

MARIANA DE SOUZA CABEZAS

**Compatibilidade, Alcance e Limites do Prequestionamento Ficto no
novo Código de Processo Civil**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

MARIANA DE SOUZA CABEZAS

**Compatibilidade, Alcance e Limites do Prequestionamento
Ficto no novo Código de Processo Civil**

Versão Corrigida

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

Catálogo de Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cabezas, Mariana de Souza

Compatibilidade, Alcance e Limites do Prequestionamento Ficto no novo Código de Processo Civil / Mariana de Souza Cabezas; orientador Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro -- São Paulo, 2023.

185 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Versão Corrigida

1. Recursos aos Tribunais Superiores. 2. Prequestionamento Ficto. I. Laspro, Oreste Nestor de Souza, orient. II. Título

Nome: Cabezas, Mariana de Souza.

Título: Compatibilidade, Alcance e Limites do Prequestionamento Ficto no novo Código de Processo Civil

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Agradecimentos

Ao meu orientador, Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro pela compreensão, paciência e saber compartilhado.

Ao Dr. Alberto Camiña Moreira, que me impulsionou ao doutorado.

À Dra. Maria Augusta da Matta Rivitti, mais uma vez, a minha eterna gratidão.

Ao Prof. Donaldo Armelin e ao Prof. Arnoldo Wald, cujos ensinamentos levo comigo.

Ao Dr. Marcello de Camargo Teixeira Panella, pelo apoio.

Ao Dr. Alexandre Nishioka e à Aparecida da Silva Santos, pelo auxílio incomensurável.

Aos meus avós Arthur e Marina, meus pais Sandra e Juan, e meus irmãos Beatriz e Carlos, esteio da minha vida.

Ao Paulo e à Maria Luiza, com todo o meu amor, pelos momentos que lhes foram roubados.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram nesta jornada.

RESUMO

CABEZAS, Mariana de Souza. *Compatibilidade, Alcance e Limites do Prequestionamento Ficto no novo Código de Processo Civil*. 2023. 185 p. Tese de Doutorado (Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O tema em debate concerne ao prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil. A análise, realizada a partir de pesquisa bibliográfica, envolvendo livros e artigos de revistas especializadas, bem como legislação histórica e atual e doutrina estrangeira, procurou analisar a compatibilidade desse dispositivo ao modelo constitucional pátrio. Foi objeto de análise o histórico, conceituação e características do recurso especial e do recurso extraordinário, a identificação das origens, definição, e controvérsias sobre o requisito do prequestionamento, extraindo-se a lógica que motivou a edição do art. 1.025. Cuidou-se na sequência, especialmente diante das últimas modificações introduzidas no sistema recursal, de análise das funções precípua que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça visam desempenhar por meio do recurso extraordinário e do recurso especial e o seu reflexo no cabimento, conhecimento e julgamento desses recursos, igualmente de forma a verificar a compatibilidade do prequestionamento ficto. Em seguida, analisou-se o art. 1.025 bem como os arts. 933 e 1.034, par. único, do Código de Processo Civil, sob a ótica da possibilidade de ampliação da devolutividade restrita que era característica de recursos de fundamentação vinculada como o recurso especial e extraordinário. Foram então objeto de análise as Súmulas 279/STF e 7/STJ, e, em que medida, a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas impacta a efetividade do art. 1.025 do Código de Processo Civil. Finalmente, cuidou-se de uma análise retrospectiva a respeito das razões que motivaram a Súmula 456/STF, que inspirou o art. 1.034 e par. único do Código de Processo Civil, sua abrangência, e, em que medida, a sua conjugação com a devolução operada por meio do prequestionamento ficto mitiga o exercício da função pública prospectiva do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A guisa de conclusão, sustenta-se a inconstitucionalidade do art. 1.025 e, subsequentemente, a sua incompatibilidade com os papéis que vêm sendo delineados relativamente ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, e, finalmente, propor-se-á uma interpretação “conforme” ao dispositivo, para que seja interpretado de forma restrita.

Palavras-chave: Direito processual. Recursos excepcionais. Requisitos. Prequestionamento ficto.

ABSTRACT

CABEZAS, Mariana de Souza. Compatibility, scope and limits of fictional prequestioning in the new Code of Civil Procedure. 2023. 185 p. Thesis (Doctor in Law). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

The subject under discussion concerns the fictional pre-questioning, provided in article 1.025 of Law no. 13,105, of March 16, 2015, which established the Code of Civil Procedure. The analysis, based on bibliographical research, involving books and articles from specialized magazines, as well as historical and current legislation and foreign doctrine, aim to analyze the compatibility of this article with the Brazilian constitutional model. The history, conceptualization and characteristics of the exceptional appeals, the identification of the origins, definition, and controversies of the pre-questioning were analyzed, in order to extract the logic that motivated the edition of article 1.025. Were also analyzed the latest changes in the appeal system, and the main functions that the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice seek to obtain through the exceptional appeals and their suitability, in order to verify the compatibility of the fictitious prequestioning. Then, the article analyzed the article 1.025 as well as articles 933 and 1.034, of the Code of Civil Procedure, by the perspective of the possibility of expanding the restricted devolution that was a characteristic of such appeals. Then the subject was how the statements of the Precedent n. 279/STF and n. 7/STJ and the impossibility of revolving facts and evidence impact the effectiveness of the article.1.025. Finally, a retrospective analysis was carried out regarding the reasons that motivated Precedent n. 456/STF, which inspired article 1.034 and paragraph of the Code of Civil Procedure, its scope, and, to what extent, its conjunction with the devolution operated through the fictional prequestioning mitigates the exercise of the prospective public function of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. As conclusion, the unconstitutionality of the article 1.025 and, subsequently, its incompatibility with the roles that have been outlined in relation to the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, and, finally, an interpretation “according to” the article will be proposed, so that it can be interpreted restrictively.

Keywords: Procedural law. Exceptional appeals. Filters. Fictitious questioning

RÉSUMÉ

CABEZAS, Mariana de Souza. Compatibilité, ampleur et limites du prequestionnement fictif dans le nouveau code de procédure civile. 2023. 185 p. Thèse de doctorat (Droit procédural civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Le sujet en discussion concerne de prequestionnement fictif, prévu à l'art. 1.025 de la loi n° 13.105 du 16 mars 2015, qui a introduit le Code de procédure civile. L'analyse a été basée sur des recherches bibliographiques, des ouvrages et articles de revues spécialisées, ainsi que sur la législation historique et actuelle et la doctrine étrangère, de manière qu'on puisse analyser la compatibilité de ce dispositif avec le modèle constitutionnel national. L'histoire, la conceptualisation et les caractéristiques de l'appel spécial et de l'appel extraordinaire, l'identification des origines, la définition et les controverses de l'exigence de pré-questionnement ont été analysées de façon qu'on peut identifier la logique qui a motivé l'édition de l'art. 1.025. Ensuite, compte tenu notamment des dernières modifications introduites dans le système de recours, on analyse des principales fonctions que le Tribunal fédéral et la Cour supérieure de justice entendent remplir par le recours spécial et le recours extraordinaire et la réflexion dans l'opportunité, connaissance et jugement de ces recours, également afin de vérifier la compatibilité des pré-questionnement fictif. Ensuite, a été analysé l'art. 1.025 ainsi que les art. 933 et 1034, par. unique, du Code de procédure civile, sous l'angle de la possibilité d'étendre la dévolution restreinte qui caractérisait l'appel spécial et extraordinaire. Les précédents 279/STF et 7/STJ ont ensuite été analysés, pour découvrir dans quelle mesure l'impossibilité de analyser les faits et les preuves impacte-t-elle l'effectivité de l'art. 1 025 du Code de procédure civile. Enfin, une analyse rétrospective a été effectuée sur les raisons qui ont motivé l'édition de le précédent 456/STF, qui a inspiré l'art. 1.034 et paragraphe du Code de procédure civile, spécialement dans quelle mesure, sa conjonction avec la dévolution opérée par l'interrogatoire préalable fictif atténue l'exercice de la fonction publique prospective de la Cour suprême fédérale et de la Cour supérieure de justice. En guise de conclusion, l'inconstitutionnalité de l'art. 1.025 et, par la suite, son incompatibilité avec les rôles qui ont été esquissés relativement à la Cour suprême fédérale et à la Cour supérieure de justice, et, enfin, une interprétation « selon » le dispositif sera proposée, afin qu'elle puisse être interprétée de manière restrictive.

Mots clés: Droit procédural. Recours exceptionnelles. Filtrage. Questionnement fictif.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1. DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	23
1.1. BREVE HISTÓRICO	23
1.2. DOS RECURSOS EM GERAL	27
1.3. DAS CARACTERÍSTICAS COMUNS AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL	31
1.4. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE	34
2. DO PREQUESTIONAMENTO	43
2.1. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO.....	44
2.2. DO PREQUESTIONAMENTO ENQUANTO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.....	49
2.3. DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO PREQUESTIONAMENTO FICTO.....	59
3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	69
4. DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR DE JUSTIÇA	77
5. DOS EFEITOS DOS RECURSOS EM GERAL	99
5.1. DO EFEITO DEVOLUTIVO	100
5.1.1. DO EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	104
5.2. DO EFEITO TRANSLATIVO.....	108
5.2.1. DA MATÉRIA A RESPEITO DA QUAL O TRIBUNAL HAVERIA DE PRONUNCIAR-SE DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE: QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA	110
5.2.1.1. DA NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA	113
6. DOS RECURSOS DE ESTRITO DIREITO.....	119
6.1. DA INADMISSIBILIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA DE FATO.....	119
6.2. DA DISTINÇÃO ENTRE QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO	126
6.3. DA DISTINÇÃO ENTRE REEXAME DE FATO E REVALORAÇÃO DA MATÉRIA FÁTICA	133
6.4. DA INTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS VAGOS E CLÁUSULAS ABERTAS E REEXAME DE PROVA .	137
7. DA APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE	143
7.1. DA SÚMULA 456/STF E DO ART. 1.034 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015	144
7.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE INCURSIONAR EM MATÉRIA FÁTICA: OBEDIÊNCIA À MOLDURA FÁTICA CONSTANTE DO ACÓRDÃO.....	149
7.3. DA POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA	156
7.4. DA POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OUTROS FUNDAMENTOS	158
8. DA CONCLUSÃO	163
REFERÊNCIAS.....	167

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AG – Agravo

AgInt – Agravo Interno

AgR – Agravo Regimental

AR – Ação Rescisória

AREsp – Agravo em Recurso Especial

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

Art – Artigo

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

DJe – Diário de Justiça eletrônico

EDcl – Embargos de Declaração

Inc – Inciso

MC – Medida Cautelar

Pet – Petição

RCL - Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

v.u. – votação unânime

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil, dentre outras disposições relativas ao sistema recursal, editou o art. 1.025, que positivou o “prequestionamento ficto” como requisito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário.

Esse dispositivo estabelece que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

O dispositivo introduzido pelo legislador no ordenamento processual civil objetivou imprimir celeridade ao processo, segurança e efetividade na realização do direito material.

A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 102, inc. III e 105, inc. III, estabelece, dentre as hipóteses de cabimento, que o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça deverão ser interpostos contra “causas decididas”, assim entendidas como a manifestação expressa no acórdão recorrido sobre a controvérsia de direito constitucional (hipótese do recurso extraordinário) ou de direito federal (hipótese do recurso especial) debatida pelas partes ao longo do processo, prestigiando o pleno exercício do contraditório e do devido processo legal.

Ocorre que sempre divergiram a doutrina e a jurisprudência a respeito do que se deveria entender por prequestionamento. Em linhas gerais entendia-se: (i) o prequestionamento é manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; (ii) é o debate anterior à decisão recorrida acerca do tema, hipótese em que o prequestionamento seria considerado como ônus da parte; e (iii) o prequestionamento pressupõe a existência cumulativa dos dois requisitos anteriores, ou seja, é o debate prévio acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do órgão judicante a respeito.

Grassam ainda classificações para o prequestionamento, cada uma com variações próprias, ao sabor do entendimento do doutrinador e do tribunal: se seria esse explícito (com o efetivo enfrentamento da matéria posta em debate, dissentindo-se a respeito da necessidade ou não de expressa referência ao dispositivo legal ou constitucional), implícito (se, embora

versada a matéria não houvesse indicação do dispositivo, ou ainda, não referida expressamente, ficasse patente a rejeição ou adoção da hipótese objeto do dispositivo).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, vigem as Súmulas de nº 282 e 356 que estabelecem ser “inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Súmula nº 282) e “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 pré-questionamento” (Súmula nº 356).

De tal modo, se o Tribunal de origem não tivesse apreciado a questão, reputava-se necessário, para atendimento do constante na Súmula nº 356, a oposição de embargos de declaração, para que a matéria objeto do recurso extraordinário fosse explicitamente apreciada. Entendia-se, que, uma vez opostos os embargos de declaração, ter-se-ia por ventilada no acórdão recorrido a questão jurídica, independentemente do fato de serem ou não acolhidos. Tratar-se-ia da hipótese de “prequestionamento ficto”.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a tendência, no entanto, foi a de ter-se como atendido o requisito do prequestionamento quando o tema jurígeno, abordado no recurso especial, e previamente invocado pelas partes nos autos, tivesse sido tratado no acórdão recorrido, não se exigindo, contudo, a referência a número de artigo de diploma legal.

Nesse sentido é a Súmula nº 211 da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”; ou seja, para essa Corte, a mera oposição dos embargos de declaração não era suficiente para configurar o prequestionamento.

Opostos embargos de declaração, e, persistindo a omissão, o recurso especial deveria ser veiculado por ofensa ao dispositivo que confere à parte o direito à integração do acórdão via embargos de declaração, qual seja, o art. 535 do Código de Processo Civil pretérito, correspondente ao art. 1.022 do Código atual. Uma vez reconhecida a omissão, os autos baixavam ao Tribunal de origem para rejuízo, integrando-se o acórdão, para então, caracterizar-se o prequestionamento.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal, prolatados às vésperas da edição do Código de Processo Civil em 2015, contudo, vinham adotando, a respeito da matéria, o entendimento mais restritivo esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, para reputar

preenchido o requisito do prequestionamento apenas quando o Tribunal *a quo* houvesse expressamente enfrentado a questão constitucional suscitada pela parte em seu recurso.

Essa instabilidade a respeito da configuração do prequestionamento, e, portanto, a respeito da hipótese de cabimento dos recursos ditos excepcionais, motivou a introdução no Código de Processo de Civil de 2015, do art. 1.025, visando aclarar e definir situações a respeito das quais controvertia a jurisprudência e censurava a doutrina.

Verificada a omissão, contradição ou obscuridade sobre a questão jurídica, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça não mais determinariam o retorno do processo ao Tribunal *a quo* para nova decisão. Considerar-se-ia fictamente analisada e rejeitada pelo acórdão embargado a tese jurídica sobre a qual não se manifestou o órgão jurisdicional ao inadmitir ou rejeitar os aclaratórios. As Cortes Superiores poderiam assim conhecer do recurso e julgar o seu mérito, configurando nítido mecanismo de aceleração de julgamento.

A parte final do art. 1.025, entretanto, sugere que, para que se tenha por fictamente integrada a questão suscitada no acórdão embargado, as Cortes Superiores deverão reconhecer a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade por parte dos Tribunais *a quo*. Isso implica que o recurso deve ser veiculado pela transgressão ao art. 1.022 do Código de Processo Civil ou ao art. 93, IX da Carta, conforme o tribunal a que se dirige, em razão da necessidade de confirmação, pela Corte Superior ou pela Corte Suprema, de que realmente houve vício de fundamentação a respeito de questão que o tribunal *a quo* haveria de ter apreciado.

Não há, entretanto, precisa definição da abrangência das matérias, cuja análise padece de erro, omissão, obscuridade ou contradição pelo Tribunal *a quo*, passíveis de “devolução” ao conhecimento das cortes de vértice – *error in procedendo* e *error in judicando* – o que seria salutar, especialmente quando se leva em conta os conhecidos óbices regimentais e sumulares ao conhecimento do recurso extraordinário e do recurso especial.

O texto do dispositivo faz referência a “elementos”. Embora Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça não revejam fatos e provas, tomando-os tais quais descritos no acórdão impugnado, analisam a qualificação jurídica que lhes foi atribuída pelos Tribunais *a quo* – e daí justamente a importância de sua perfeita delimitação.

A edição do dispositivo suscita ainda questões outras. Dentre essas, a possibilidade do alargamento das competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal e do

Superior Tribunal de Justiça por meio de lei ordinária e a sua compatibilidade com as atribuições das cortes de vértice no que tange a funções reativas e prospectivas por meio de recursos até então entendidos como de estrito direito, vocacionados antes à tutela do *ius constitutionis* do que do *ius litigatoris* e dotados de efeito devolutivo restrito.

A contribuição original decorre da ausência de produção doutrinária a respeito da abordagem que se pretende conferir à pesquisa: a inconstitucionalidade e a incompatibilidade sistêmica do “prequestionamento ficto”, a partir das competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, bem como das características dos recursos excepcionais dirigidos a esses tribunais superiores.

A partir das características de tais recursos, propõe-se uma compreensão do prequestionamento que permita necessária equalização entre os princípios formadores das cortes de vértice e dos recursos que lhe são dirigidos, com a regra do art. 1.025.

Assim sendo, no Capítulo 1, cuidar-se-á de breve histórico e da conceituação e características do recurso especial e do recurso extraordinário, especialmente no que tange aos requisitos intrínsecos e extrínsecos, a serem aferidos em juízo de admissibilidade.

O Capítulo 2 tratará da identificação das origens do requisito do prequestionamento imposto à admissibilidade dos recursos excepcionais, sua definição e contornos, delineados paulatinamente pelo legislador e pela jurisprudência. Tratar-se-á ainda nesse capítulo, da lógica que motivou a introdução no Código de Processo Civil do art. 1.025, que estabelece o prequestionamento ficto e da sua adstrição aos requisitos de admissibilidade dos recursos previstos na Carta da República.

Verificar-se-á então no Capítulo 3, a constitucionalidade do art. 1.025, considerando-se a atribuição ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça de competência não prevista expressamente na Carta, considerando-se que os incisos III dos arts. 102 e 105 preveem a competência de tais cortes para a análise de “causas decididas” e não “causas fictamente decididas”.

O Capítulo 4 cuidará das funções precípua que as cortes de vértice, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal visam desempenhar por meio do recurso especial e do recurso extraordinário: o controle da legitimidade da decisão prolatada pelos tribunais de segunda instância no caso concreto em benefício do interesse privado das partes (*ius litigatoris*) bem como o controle de estabilidade, uniformização e desenvolvimento do

direito (*ius constitutionais*) – e quais as respectivas implicações no que concerne ao cabimento, ao conhecimento e ao julgamento desses recursos.

A análise perpassa pela possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, pela necessidade de preenchimento do requisito da repercussão geral relativamente às matérias que se pretende sejam submetidas ao Pretório Excelso. No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, a análise perpassa pela instituição do filtro de relevância e, em comum a essas cortes, pelo sistema de precedentes de observância obrigatória, previstos no art. 927 e seguintes do Código de Processo Civil, por meio dos quais se busca estabelecer, com efeitos vinculantes, a adequada interpretação e aplicação do direito pelas partes e por todos os membros do Poder Judiciário, outorgando-lhe unidade.

Busca-se definir a competência e o perfil funcional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que estão atrelados à significação que a interpretação judicial pode ocupar dentro do sistema jurídico. Serão objeto de análise as características de sua função e a eficácia de seus julgados, de modo a situá-los não apenas como cortes de controle e de jurisprudência, exercendo função privada reativa, mas sobretudo cortes de interpretação e de precedentes, exercendo função pública proativa.

O objeto do Capítulo 5 será a análise dos efeitos devolutivo e translativo, desses recursos e se ainda se pode ter por válido, a partir da edição do art. 1.025 o arcabouço doutrinário em relação às características erigidas em torno de tais recursos concernentes à tipicidade do erro, função vinculada e devolutividade restrita. Verificar-se-á ainda, se diante da redação do art. 1.025, combinada com a dos arts. 933 e 1.034, par. único, restaria viabilizada a ampla devolutividade dos elementos a respeito dos quais o Tribunal *a quo* teria se omitido, restado contraditório ou obscuro, a partir de uma análise teleológica que leve em conta a relevância e repercussão da matéria a ser dirimida.

Cuidar-se-á no Capítulo 6 de analisar, a partir do art. 1.025, em que medida o desempenho das Cortes Superiores, da função pública, pode ser tolhido pela moldura fática determinada pelos Tribunais de Segunda Instância, considerando-se vigerem no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça o entendimento consubstanciado nas Súmulas 279/STF e 7/STJ que impedem o revolvimento de fatos e provas. Verificar-se-á a distinção entre análise de fatos e provas e sua requalificação jurídica – tarefa nem sempre fácil, considerando-se a interpenetração entre fato e direito.

O Capítulo 7, principiará por uma análise retrospectiva a respeito das razões que motivaram a edição da Súmula nº 456/STF em 1.10.1964, que determina que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa” – enunciado este que foi parcialmente reproduzido no art. 1.034 do Código de Processo Civil de 2015. Verificar-se-á qual o espectro passível de análise pelo Supremo Tribunal Federal a ensejo da aludida súmula, com base nos recursos que justificaram a sua edição, bem como em outros precedentes prolatados ao longo do tempo. Analisar-se-á a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre referido enunciado, e, em que medida, a sua conjugação com a devolução operada por meio do prequestionamento ficto desnatura, ou não, a caracterização das cortes de vértice como cortes de precedentes, destinadas a exercer função pública prospectiva, mediante proposições universais, íntegras e estáveis.

A guisa de Conclusão, sustentar-se-á a inconstitucionalidade do art. 1.025 e, subsequentemente, a sua incompatibilidade com os papéis que vêm sendo delineados relativamente ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, e, finalmente, propor-se-á uma interpretação “conforme” ao dispositivo.

1. DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1.1. Breve histórico

A Constituição Federal de 1988 prevê a existência de duas Cortes de Vértice, vocacionadas a assegurar a inteireza positiva, a autoridade, a validade, e integridade das normas constitucionais e federais infraconstitucionais: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, essa função era reservada apenas ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário. Com o advento da atual Constituição, esse recurso desmembrou-se em recurso extraordinário e recurso especial, sendo aquele interposto perante o Supremo Tribunal e este perante o Superior Tribunal de Justiça, corte instituída com a nova Carta.

O recurso extraordinário teve como modelo o *writ of error* do direito norte-americano, por meio do qual o *Judiciary Act* de 1789¹ passou a permitir a revisão, pela Corte Suprema daquele país, de decisões finais dos tribunais dos Estados-membros, em hipóteses relacionadas à constitucionalidade de leis, à validade e legitimidade de normas estaduais,

¹ “SEC. 25. And be it further enacted, that a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute”. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/federal-judiciary-act>. Acesso em: 17 nov. 2022.

bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União².

O recurso extraordinário foi instituído no ordenamento pátrio pelo art. 59, § 1º do Decreto nº 510, de 22.6.1890, do Governo Provisório³ e, após, repaginado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano e que dispunha:

Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das questões definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contrária à validade de tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e às leis federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional, ou de Lei Federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado de preceito ou cláusula.⁴

Conforme esclarece Alfredo Buzaid, a instituição do recurso extraordinário procurou atender, “de um lado, à índole do regime federativo, que autorizava a dualidade legislativa, emanada respectivamente da União e dos Estados e, de outro lado, à dualidade de justiças, uma federal e outra estadual”. Conforme destacou:

Reconhecida a soberania da União e a obrigatoriedade das leis federais em todo o território da República, força era colocá-las sob a proteção de um Tribunal Federal que lhes reconhecesse a supremacia quando desconhecida ou negada a sua validade e aplicação pelas Magistraturas dos Estados. Se o Congresso Constituinte não tivesse incluído entre as atribuições do Supremo o poder de anular tais sentenças, cada Estado se arvoraria em unidade soberana na aplicação do direito e poderiam surgir tantas maneiras de dizer a lei quantas fossem as justiças locais.⁵

² Aponta nesse sentido Pontes de Miranda que “é digno de nota que o legislador norte-americano resolveu o problema técnico de se limitar à *Supreme Court* ao exame de direito, ou de se lhe permitir o exame *in iure* e *in facto*, no sentido de haver certa discricção, por parte da própria *Supreme Court*: pode ela reformar, modificar ou confirmar a sentença ou decisão do tribunal estadual e abrir a execução, ou ordenar a volta do processo ao tribunal recorrido – “*the Supreme Court may reverse, modify or affirm the judgement or decree of such state court, and may, at their discretion, award execution, remand the same to the court from which it was removed by the writ.*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VIII, p. 24)

³ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625>. Acesso em: 06 nov. 2022

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

⁵ BUZOID, Alfredo. A crise no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 55, p. 342.

Desde a Reforma Constitucional de 1926, manteve-se o Supremo Tribunal Federal como a Corte à qual competia conhecer e julgar o recurso extraordinário.

Em razão da peculiaridade de ser exercitável em qualquer causa em que estivesse presente questão federal (e aqui, portanto, abrangidas tanto as questões constitucionais, como as questões federais propriamente ditas), verificou-se a existência de um grande número de recursos distribuídos ao Supremo Tribunal Federal.

Esse problema se tornou crônico, retardando consideravelmente o julgamento dos processos submetidos ao Pretório Excelso.

Em artigo intitulado “a crise do Supremo Tribunal Federal”, Alfredo Buzaid⁶ anota a incapacidade funcional da Corte de fazer frente à hipertrofia de atribuições a ela delegadas, eis que chamada a resolver controvérsias instauradas a respeito de temas decorrentes das diversas normas das mais variadas naturezas.

É importante destacar que, como já o anotava àquela época José Afonso da Silva⁷, o recurso extraordinário foi-se modificando ao longo do tempo: “foi-se adaptando à natureza da Federação brasileira. Afastou-se do seu modelo americano para tomar um caráter de instituto mais adequado às exigências do Direito nacional, segundo o sistema cultural do país”.

⁶ “A causa da crise é, a nosso ver, funcional e o seu grande responsável o legislador constituinte, que se alheou da realidade brasileira e dos seus princípios da ciência, no momento em que teve de estruturar o mais alto tribunal do país. Com efeito, ninguém desconhece que, desde 1930, o país está em contínuo progresso; aumenta o índice demográfico; cresce assustadoramente o volume de causas oriundas do surto industrial e comercial. A União intervém no domínio econômico, forma autarquias e cria numerosos institutos de previdência. A propriedade privada é condicionada ao bem comum e várias leis procuram regular-lhe a função social. Um intenso movimento de elaboração legislativa, especialmente no domínio do direito fiscal, tem dado lugar a frequentes litígios, com arguição de inconstitucionalidade. As próprias constituições estaduais têm sido submetidas à apreciação do Supremo Tribunal por atentarem contra os princípios fundamentais do regime. A centralização legislativa, que é a nota marcante da evolução do direito público nos últimos vinte anos, culmina com a promulgação dos Códigos de Processo Civil e Penal, cuja aplicação tem sido larga fonte de recursos extraordinários, porque, ainda quando a relação jurídica controvertida derive de lei estadual ou municipal, o instrumento preordenado a obter justiça é lei federal e há sempre a possibilidade de surgir uma “questão federal”. Estes elementos vitais da realidade brasileira, o legislador constituinte devia tomá-los em conta, de imediato, como ponto de partida, porque da sua estimativa dependia substancialmente a verificação se o Supremo Tribunal Federal podia arcar com tamanhas responsabilidades, sem desnaturar as suas finalidades primordiais.” (BUZOID, Alfredo. *A crise no Supremo Tribunal Federal*. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 55, p. 350-352).

⁷ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 45.

Procurou-se então equacionar o problema mediante a criação de impedimentos ou óbices regimentais⁸ que propiciassem a diminuição da quantidade de recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal. Tais tentativas, além de não lograrem êxito, foram objeto de inúmeros questionamentos.

Como anota Carlos Mario da Silva Velloso⁹, no ano de 1965, em mesa redonda na Fundação Getúlio Vargas, presidida pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti¹⁰, suscitou-se a criação de um tribunal que, tal qual o Supremo Tribunal Federal, se encarregasse do julgamento dos recursos extraordinários relativos ao direito federal comum, desafogando assim essa Corte¹¹, para que pudesse atingir o pleno “exercício de suas funções mais nobres e úteis”, relacionadas à salvaguarda do direito constitucional.

⁸ O Ministro José Carlos Moreira Alves, anota que a crise do Supremo Tribunal Federal deu margem a uma série de providências legais e regimentais para que a Corte não soçobrasse em face do volume de recursos a ela submetidos: “a Lei nº 3.396/58 exigiu que o despacho de admissão do recurso extraordinário fosse motivado, à semelhança do que já ocorria com o que não o admitia; a Emenda Regimental, de 28 de agosto de 1963, criou a súmula como instrumento de trabalho para facilitar a fundamentação dos julgados; a Emenda Constitucional nº 16/65 outorgou ao Supremo Tribunal a competência para julgar representações de inconstitucionalidade de lei e atos normativos, estaduais e federais, com a finalidade que vem expressa na exposição de motivos do projeto dessa Emenda – de lhe permitir, num único julgamento, solver a questão da constitucionalidade ou não, dessas normas, o que estancaria, no nascedouro, a fonte dos recursos extraordinários que lhe seriam interpostos se a declaração de inconstitucionalidade se tivesse de fazer em cada caso concreto; a Emenda Constitucional 1/69 admitiu restrições ao cabimento do recurso extraordinário quando interposto com fundamento nas letras *a* e *d* do inc. III de seu artigo 119”. Anota ainda que outros óbices foram sendo criados: em 1970, o Regimento Interno “estabeleceu uma série de casos de restrição ao recurso extraordinário, admitindo, como válvulas de escape, as alegações de ofensa à Constituição Federal e de dissídio com a sua jurisprudência predominante”; em 1975, a Emenda Regimental nº 3, ampliava daquelas restrições, “substituiu, com exceção a elas, o dissídio com sua jurisprudência predominante pela arguição de relevância da questão federal”, já em 1977, sobreveio a Emenda Constitucional nº 7 que, “com a mesma inspiração de reduzir o número de recursos extraordinários, introduziu em nosso sistema jurídico, a representação de interpretação de leis ou atos normativos estaduais e federais e consagrou, em seu texto, o instituto da relevância da questão federal”. Esse Regimento, atualizado em 1980, “aumentou as restrições ao recurso extraordinário, mas, em contrapartida, acrescentou uma terceira válvula de escape: a manifesta divergência com suas súmulas”. Finalmente, a Emenda Regimental nº 2/85 “alterou o sistema de restrição ao recurso extraordinário, enumerando os casos de cabimento dele nas hipóteses das letras *a* e *d* do inc. III do art. 119 da Emenda Constitucional nº 1/69, o último dos quais é o de acolhimento da arguição de relevância da questão federal nos feitos não mencionados”. (MOREIRA ALVES, José Carlos. Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição; questões e perspectivas. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 41, n. 173, p.35-48, jul./set. 1988).

⁹ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Revista Jurídica Mineira*, Belo Horizonte, v. 7, n. 73, p. 17–36, mai. 1990.

¹⁰ A mesa redonda era ainda integrada pelos juristas brasileiros: Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Ulhoa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale.

¹¹ Do relatório dessa mesa-redonda constou:

“9 - Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu afinal o assentimento de todos. Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e habeas-corpus originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados. 10 - Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam

José Afonso da Silva¹², por seu turno, já antes disso propunha a instituição de dois recursos “um, para assegurar os valores do direito objetivo federal, interposto para o tribunal superior de estrutura judiciária; outro, para assegurar os valores do direito constitucional, dirigido ao Supremo Tribunal Federal”.

Conforme esclarece José Afonso da Silva, o recurso especial caberia para “qualquer ramo processual”, contra “decisões de única ou última instância proferidas por um órgão dos sistemas judiciários, dirigido ao Tribunal Superior da estrutura judiciária”, nas seguintes hipóteses:

- a) quando a decisão recorrida for contrária à letra da lei federal (caso do atual recurso extraordinário, da revista trabalhista e do recurso especial eleitoral);
- b) quando se contestar a validade de lei ou de ato do governo local em face da lei federal (um dos casos do atual recurso extraordinário);
- c) quando ocorrer divergência na interpretação da lei federal invocada entre dois ou mais tribunais do sistema ou entre um destes e julgado do T.S. da estrutura.¹³

A ideia afinal veio a ser concretizada com a Carta de 1988, mediante a qual foi instituído o Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi atribuída a competência, dentre outras, para 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 federal¹⁴; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

1.2. Dos recursos em geral

O Código de Processo Civil não fornece definição do que seria recurso, limitando-se a disciplinar as figuras classificadas sob esse *nomen iuris*.

encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o Supremo Tribunal de uma sobrecarga”. (Relatório. Mesa Redonda sobre “Reforma do Poder Judiciário”. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, Rio de Janeiro, n. 2, v. VIII, p. 134-201, mai./ago. 1965, p. 134 e ss.)

¹² SILVA, op. cit., p.472-473.

¹³ Ibid., p. 474.

¹⁴ A redação da alínea b) foi dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 06 nov. 2022. Antes disso, era essa a redação: “b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;”.

Barbosa Moreira¹⁵, verificando que o denominador comum de todas essas figuras consiste no fato de que a interposição de qualquer delas não dá margem à instauração de novo processo, mas tão-somente propicia a extensão daquele então em curso, e que o seu uso deriva da iniciativa da parte interessada em impugnar decisão que lhe cause efeitos detrimenais, conceitua recurso como “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”. Ressalva esse autor, ser dentro do mesmo processo, “não necessariamente nos mesmos autos”, eis que, independentemente da formação de autos apartados, o processo permanece “uno”.

Nelson Nery Junior¹⁶, por seu turno, define recurso como “remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual¹⁷, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”.

Quanto à natureza jurídica dos recursos, é conhecida a lição de Nelson Nery Junior¹⁸, que afirma tratar-se de prolongamento, dentro do mesmo procedimento, do exercício do direito de ação, compreendido esse em seu sentido mais amplo, abrangendo também os procedimentos de jurisdição voluntária. Ressalva não ser o recurso, em sentido estrito, o próprio direito de ação, uma vez que pressupõe a existência de lide pendente sobre a qual ainda não se formou a coisa julgada.

Em complemento, traça um paralelo entre os pressupostos necessários para que se obtenha sentença de mérito (condições da ação, legitimidade de partes e o interesse processual, pressupostos processuais relativos aos requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo) e os requisitos recursais (enquanto prolongamento do direito de ação dentro do mesmo processo: existência de recurso previsto no ordenamento como tal, legitimidade e interesse para recorrer, tempestividade, e requisitos formais como preparo, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, p. 230.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 7. ed. atual., ampl., e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 208.

¹⁷ Para Pontes de Miranda trata-se de “impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VIII, p. 277).

¹⁸ *Ibid.*, p. 223.

A interposição do recurso tem o caráter de ônus processual¹⁹, pois apenas mediante a sua interposição é possível a reforma de decisão que foi desfavorável à parte.

Diz-se que a possibilidade de revisão por um órgão de natureza hierarquicamente superior na estrutura judicial decorre do princípio do duplo grau de jurisdição.

O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser equivocada, daí decorrendo a necessidade de permitir a sua revisão e reforma em grau de recurso.²⁰

Oreste Nestor de Souza Laspro²¹ esclarece que o duplo grau, tecnicamente, não se relaciona com a pluralidade de jurisdição, “mas com a possibilidade de reexame de demandas, atendidas certas condições e levando-se em consideração a competência dos órgãos julgadores, esta sim como medida de jurisdição.”

Igualmente André Ramos Tavares²² consigna que o direito de recorrer não se relaciona necessariamente com o duplo grau de jurisdição. Isso porque, hipóteses há em se prevê o direito de recorrer, embora sem duplo grau de jurisdição, bem como outras em que, embora previsto duplo grau, não há recurso a ele submetido, considerando decorrer este de um ato de vontade, que pode ou não se exercitar no caso concreto.

Tanto a submissão de determinadas decisões à revisão em duplo grau, mesmo sem recurso da parte, é prevista em determinadas hipóteses no ordenamento processual civil, como são previstos recursos que se submetem ao mesmo órgão que proferiu a decisão

¹⁹ Salienta Barbosa Moreira o caráter de ônus processual e não de dever, posto que a interposição do recurso trata-se “de ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou a natureza para afastar a consumação de uma desvantagem. Está presente aí o traço essencial por que o ônus se extrema do dever, ordenado este à satisfação de interesse alheio, aquele à de interesse próprio.” (BARBOSA MOREIRA, *op.cit.*, p. 230).

²⁰ Destacam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco a natureza política do princípio do duplo grau jurisdição: “Nenhum ato pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimam as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 94).

²¹ Esclarece ser tecnicamente equivocado o termo, “pois se a jurisdição é uma das projeções do poder soberano, tolerar o duplo grau de jurisdição seria admitir a existência de várias jurisdições e, conseqüentemente, a pluralidade de soberanias, o que não faz sentido”. Anota que “o problema restringe-se assim, não à unidade de jurisdição, nem à jurisdição como atividade distante da administração, mas à competência e possibilidade que determinados órgãos têm de reexaminar as demandas e rever as decisões de outros julgadores”. (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17-8).

²² TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de direito internacional e constitucional*. São Paulo, v. 8, n. 30, p. 177-186, jan./mar. 2000, p. 177.

recorrida, sem o deslocamento à outra instância ou órgão – como o são os embargos de declaração.

De qualquer modo, como aponta Oreste Nestor de Souza Laspro, em razão do duplo grau de jurisdição, decorrem aspectos positivo e negativo: aquele relacionado à possibilidade de “encaminhamento e julgamento do recurso por outro órgão julgante, que não aquele cuja decisão é impugnada”, devolvendo-se o conhecimento da matéria; e este, relacionado ao fato de que o sistema jurídico não se satisfaz apenas com a primeira decisão, que tem natureza substitutiva em relação à primeira.²³

No que concerne à classificação dos recursos, vários são os critérios possíveis. Dentre esses critérios, Humberto Theodoro Junior²⁴ aponta aquele relativo ao fim colimado pelo recorrente, podendo o recurso destinar-se à (i) reforma do julgado contra o qual se volta; à sua (ii) cassação de modo a que se profira nova decisão isenta dos vícios que ensejaram a anulação pleiteada; e (iii) ao esclarecimento e/ou integração do julgado, com o seu aperfeiçoamento, expungindo-se a falta de clareza e a contradição nele verificada, ou suprindo-lhe omissão no enfrentamento de determinadas questões suscitadas no processo, o que, eventualmente, pode ensejar o seu recebimento com efeitos infringentes, decorrentes do saneamento dos vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

Critério outro tem em mira o juízo competente para o julgamento, de modo que os recursos, por esse critério, classificar-se-iam em (i) devolutivos ou reiterativos²⁵, quando a questão julgada por um órgão é remetida, por meio do recurso, a novo julgamento por outro, colegiado ou hierarquicamente superior; (ii) não devolutivos ou iterativos, quando a impugnação é julgada pelo mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada; e (iii) mistos, quando tanto permitem o reexame pelo mesmo órgão prolator da decisão impugnada, como por outro superior.

²³ LASPRO, op. cit., p. 21 e 24.

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. III, p. 812.

²⁵ A ideia de devolução da função jurisdicional remonta a concepção tradicional do ato de devolver, “transferir a outrem”, de um órgão judicial para outro, a função de reexaminar a decisão judicial. Ocorre que, como esclarece Humberto Theodoro Junior, “no sentido técnico, é lícito afirmar que todo recurso sempre possui efeito devolutivo, pois, qualquer que seja ele, afasta ou impede a preclusão, ensejando nova oportunidade de julgamento, no todo ou em parte, da questão decidida no ato judicial impugnado”. Nessa perspectiva, para esse autor, melhor seria classificar os recursos quanto ao órgão a quem compete julgá-los, em (i) recursos reiterativos e (ii) recursos iterativos, em lugar de falar em devolutivos e não devolutivos, pois “do ponto de vista técnico, a devolutividade é característica comum a todo e qualquer recurso admitido em direito processual.” (THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 812).

Critério outro de classificação é aquele em função da extensão do reexame pretendido pela parte recorrente, podendo ser (i) total, quando se pretende a reforma integral do julgado; e (ii) parcial, quando o inconformismo se dirige à parcela das questões versadas, mantendo-se íntegras as demais não impugnadas, em decorrência do brocado *tantum devolutum quantum appellatum*, obviamente se a solução destas não dependa logicamente daquelas.

Ainda como classificação possível é aquela em função dos motivos da impugnação, dividindo-se os recursos em (i) de fundamentação livre e (ii) de fundamentação vinculada, que são aqueles cujas hipóteses de cabimento encontram-se previstas legalmente; e em função da marcha do processo rumo à execução da decisão impugnada, dividindo-se em recursos (i) com efeito suspensivo, cuja interposição impede o início da execução provisória ou definitiva; e os (ii) sem efeito suspensivo, cuja interposição permite a execução ou cumprimento do julgado.

1.3. Das características comuns aos recursos extraordinário e especial

Os recursos especial e extraordinário têm traços distintos em relação aos demais recursos, sendo considerados recursos excepcionais justamente por possuírem características próprias.

Denis Donoso e Marco Aurélio Serau Junior²⁶ anotam que se justifica a alcunha de tais recursos como excepcionais, porque “fogem ao ordinário, fogem ao objetivo comum dos recursos processuais, que é a mera reforma da decisão impugnada”. Nos recursos excepcionais “emerge com primazia a vocação para preservação das normas constitucionais e infraconstitucionais, motivos pelos quais também são conhecidos como recursos de estrito direito, quer dizer, voltados apenas à tutela do direito objetivo (e não do direito subjetivo).”²⁷

²⁶ DONOSO, Denis; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Manual dos Recursos Cíveis: teoria e prática*. 5. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 336. No mesmo sentido, José Frederico Marques anota que, diferentemente do recurso comum (ou ordinário), cuja sucumbência seria razão suficiente para justificar o pedido de novo julgamento, para os recursos especial e extraordinário, por responderem a “questões de ordem pública, fazendo prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal”, exige-se um “plus” a par da mera sucumbência. (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2003, p. 384).

²⁷ Diverge dessa classificação Barbosa Moreira, assentando que “a rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil ao ângulo prático, a denominação genérica de extraordinários. Há, sim, um recurso a que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou de dar esse nome, assim como há outro (a rigor, um conjunto heterogêneo de figuras recursais) que a Carta Federal rotula de ordinário (art. 102, nº II e 105, nº II).” (BARBOSA MOREIRA, Op.

No mesmo sentido, Carlos Maximiliano²⁸, afirmava que o que caracterizava o recurso como “extraordinário” ou “excepcional”, era o conhecimento apenas de questões jurídicas:

Em geral, a magistratura examina e assegura, de preferência, o interesse privado: este, porém, no recurso extraordinário, passa para o segundo plano, trona-se, na verdade, secundário e meramente contingente; a Corte mais alta não trata de matéria de fato; não estuda o fundo da demanda; ocupa-se com o direito em tese em vez do Direito em espécie; com a ofensa à razão intrínseca das regras positivas, isto é, ao espírito ou à letra das disposições compulsórias.

Daí a relevância da classificação dos recursos como ordinários e extraordinários. Aqueles visam precipuamente o reexame do direito subjetivo; estes do direito objetivo.

Adotando-se a classificação proposta por Humberto Theodoro Junior²⁹, tem-se que esses recursos ditos extraordinários ou excepcionais: (i) têm os fundamentos de sua admissibilidade previstos na Constituição Federal e disciplinados em lei federal; (ii) apresentam sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido; (iii) o âmbito da devolução ao órgão *ad quem*, das matérias objeto da decisão recorrida e passíveis de impugnação por meio de tais recursos (que pode ser total ou parcial) é restrito; e (iv) não são dotados *a priori* de efeito suspensivo, sendo que a execução que se faça na sua pendência é provisória.³⁰

Esses recursos possuem fundamentação vinculada, porquanto a tipicidade do erro como fundamento à sua admissibilidade encontra-se expressamente prevista na Constituição Federal.³¹

No art. 102, inc. III, da Constituição Federal estão estabelecidos os requisitos específicos do recurso extraordinário. Esse inciso admite caber recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, devendo obrigatoriamente ser invocada questão constitucional. Nas alíneas do mencionado inciso estão delimitadas as hipóteses de cabimento desse recurso. Na alínea “a”, estabelece-se a interposição de recurso

cit, p. 253). Nada obstante, considerando-se as particularidades desses recursos, expostas nesse capítulo, entende-se que se justifica a alcunha.

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*, 4. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1948. v. II, p. 356-357.

²⁹ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 812.

³⁰ Há de se ressaltar, contudo, que o Código de Processo Civil, embora ressaltando tratar-se de cumprimento provisório de sentença aquele intentado na pendência de agravo contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, possibilita que os atos de alienação do domínio do bem penhorado ou o levantamento em dinheiro se deem sem a prestação de caução pelo exequente, salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação (art. 521 do CPC). (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

³¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

extraordinário contra decisão que contrariar dispositivo da Constituição Federal. Na alínea “b”, está disposto o cabimento de recurso extraordinário contra decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Na alínea “c”, há previsão de recurso extraordinário contra decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. E, por fim, na alínea “d”, estabelece-se o cabimento do recurso extraordinário na hipótese de se julgar válida lei local contestada em face de lei federal. A matéria constitucional veiculada no recurso extraordinária deverá ainda, nos termos do § 3º do art. 102, ser dotada de repercussão geral, devidamente demonstrada, conforme critérios definidos em lei³².

No art. 105, inc. III, da Constituição estão estabelecidos os requisitos específicos do recurso especial. O referido inciso admite o cabimento de recurso especial em face de causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais e do Distrito Federal³³, devendo obrigatoriamente ser invocada questão federal. Por sua vez, nas alíneas do citado inciso, estão delimitadas as hipóteses de cabimento. Na alínea “a”, estabelece-se caber recurso especial contra as decisões que contrariem tratados ou lei federal, ou lhes negam vigência. Na alínea “b”, estabelece-se caber recurso especial em face de decisão que julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. Por fim, na alínea “c”, estatui-se a possibilidade de interposição de recurso especial contra decisão que der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Assim como o recurso extraordinário, a matéria veiculada no recurso especial deverá ser

³² Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - ([Revogado](#)); [\(Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016\) \(Vigência\)](#)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

³³ Conforme Leônidas Cabral Albuquerque, o cabimento do recurso especial não é dado pelo Código de Processo Civil: “o requisito do cabimento do recurso especial é dado pela Constituição Federal, especificamente quanto trata da competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, no inc. III e alíneas do art. 105. (...) Os primeiros requisitos a serem analisados são os expressamente constantes do inc. III. E a primeira expressão com que o operador do direito se preocupa é: causas decididas (...) pois as decisões devem necessariamente resolver controvérsia que envolva aplicação ou vigência de lei ou tratado federal. Isso pode dar-se tanto em sede de mérito como de preliminar ou de prejudicial; de direito material como de direito processual; havendo lide ou não”. E “a causa decidida deve sê-la em única ou última instância, tendo-se, pois, esgotada a recorribilidade ordinária”. (ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do recurso especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p.85).

dotada de relevância, a ser demonstrada nas razões recursais, conforme critérios estabelecidos nos incisos do § 3º do art. 105³⁴, e pendentos de regulamentação por lei ordinária.

Em razão da fundamentação vinculada e da natureza dos recursos especial e extraordinário, parcela da doutrina e jurisprudência firma o entendimento segundo o qual o efeito devolutivo desses recursos cinge-se, unicamente, à tipicidade do erro.

Como esclarece Barbosa Moreira³⁵, a tipicidade do erro é, pois, pressuposto do cabimento do recurso, objeto do juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*, que pode negar-lhe seguimento, se entender ausente o requisito (decisão essa passível de agravo nos termos do art. 1.042 do Código de Processo Civil) e objeto de apreciação pelo Tribunal *ad quem*, que não se vincula ao que entendido pelo Tribunal *a quo*. A existência do erro, por seu turno, é pressuposto de procedência do recurso, mediante o juízo de mérito pelas cortes de vértice, uma vez ultrapassada a fase de admissibilidade e de conhecimento do recurso.³⁶

1.4. Do juízo de admissibilidade

A aferição da presença ou ausência dos pressupostos recursais denomina-se juízo de admissibilidade, realizado de maneira prévia ao juízo de mérito do recurso.

Os requisitos de admissibilidade dos recursos classificam-se em dois grupos. O primeiro diz respeito aos requisitos intrínsecos, concernentes à própria existência do direito

³⁴ Art. 105. (...). § 2º. No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

I - ações penais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

II - ações de improbidade administrativa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

IV - ações que possam gerar inelegibilidade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

VI - outras hipóteses previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 6 nov. 2022.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 251.

³⁶ Destaque-se que, nos recursos de fundamentação vinculada, exige-se, tal como nos recursos de fundamentação livre, a par da tipicidade do erro, a concorrência dos demais pressupostos de cabimento.

de recorrer, neles encartando-se o cabimento, a legitimação e o interesse em recorrer, a inexistência da fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. O segundo diz respeito aos requisitos extrínsecos, concernentes ao modo de exercer o direito de recorrer, neles encartando-se a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

No caso dos recursos excepcionais, o juízo de admissibilidade é bipartido, exercendo os tribunais de segundo grau atividade delegada por parte do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na aferição prévia de tais pressupostos.

Essa delegação remonta ao Código de Processo Civil de 1939 e à Lei de nº 3.396, de 2 de junho de 1958, que deu nova redação aos arts. 864 e 865 desse código, reafirmando a possibilidade de o tribunal de segundo grau proceder ao juízo prévio de admissibilidade do recurso extraordinário, deliberando pelo seu seguimento por meio de decisão fundamentada, passível de reexame pelo Pretório Excelso, caso a parte sucumbente manejasse o competente agravo de instrumento.^{37 38}

Atualmente, o recurso manejado contra a decisão denegatória de admissibilidade é o agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário, conforme o caso, se destinado o recurso ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, respeitada a disciplina prevista nos arts. 1.042 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nos dizeres de Barbosa Moreira³⁹, juízo de admissibilidade é aquele em que se declara a presença ou a ausência de requisitos - indispensáveis para tornar legítima a atividade do órgão judicante no caso -, declarando-se admissível ou inadmissível o recurso. Juízo de mérito, por seu turno é aquele em que se apura a existência ou inexistência de

³⁷ “Art. 3º. (...). § 2º Findo esse prazo, serão os autos, com ou sem impugnação, conclusos ao presidente do Tribunal ou ao Juiz, que deferirá ou não o seguimento do recurso no prazo de cinco (5) dias.

§ 3º Será sempre motivado o despacho pelo qual o presidente do Tribunal ou o Juiz admitir o recurso ou denegar a sua interposição.”

“Art. 6º Denegado o recurso, poderá o recorrente, dentro em cinco (5) dias, interpor, agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal. Esse recurso subirá instruído com as peças que forem indicadas pelo agravante e, obrigatoriamente, com a certidão do despacho denegatório”. In: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3396.htm. Acesso em 6 de nov. 2022.

³⁸ Anteriormente à Lei de nº 3.396, não era exigido do Tribunal de segunda instância a motivação no despacho de admissibilidade do recurso ao Supremo Tribunal Federal. Essa circunstância, anota José Afonso da Silva “concorreria para o seguimento do recurso absolutamente incabível, visto que era apenas obrigado a fundamentar o despacho denegatório do recurso, não porém, o que o admitia. Assim, no último caso, não raro, na própria petição, se limitavam à chapa: ‘Sim, em termos’, sem mesmo examinarem a tempestividade”. Já agora, têm de verificar de ofício, não só esta como também o cabimento do recurso. Providência certamente salutar e que dispensaria aquela formalidade da impugnação prévia do cabimento, pelo recorrido.” (SILVA, op. cit., p. 363.)

³⁹ BARBOSA MOREIRA, op. cit. 258.

fundamento para o que se postula, tirando-se daí as consequências cabíveis, isto é, julgando-se procedente ou improcedente o recurso.

É, portanto, atividade cognitiva de natureza decisória aquela por meio da qual se declara a existência ou da inexistência dos requisitos que autorizam a admissão do recurso excepcional à instância superior, franqueando-se o acesso ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

Não se trata, portanto – ou, ao menos, não deveria se tratar –, de um pronunciamento judicial acrítico, destinado tão somente a impulsionar o processo. Como anota Fabiano Carraro⁴⁰, “trata-se de indisfarçável decisão judicial, de natureza interlocutória ou final, a depender dos efeitos jurídicos que podem advir de sua edição”, e, portanto, sujeita-se aos requisitos previstos no ordenamento processual civil para a sua prolação, notadamente quanto à necessária motivação.⁴¹

Tratando-se de competência delegada, o juízo de admissibilidade, exarado pelo Tribunal de segundo grau não impede que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça reexaminem a matéria.

Tais Cortes poderão tanto convalidar a decisão do Tribunal *a quo*, inclusive por outros fundamentos, como ainda decidir de modo diverso, considerando ausentes requisitos que o Tribunal *a quo* declarara presentes, como considerando presentes requisitos que o Tribunal *a quo* declarara ausentes.⁴²

⁴⁰ CARRARO, Fabiano. *Juízo de admissibilidade e juízo de adstrição nos recursos especial e extraordinário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 70.

⁴¹ Não por outra razão, o enunciado da Súmula de nº 83 da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça assim dispõe: “A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais”. (Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sumstj/article/download>. Acesso em: 26 out. 2022.

⁴² “A competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é do órgão *ad quem*. Ao tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso. Ocorre que, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo *a quo* para, num primeiro momento, decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso. De qualquer sorte, essa decisão do juízo *a quo* poderá ser modificada pelo tribunal *ad quem*, a quem compete, definitivamente, proferir o juízo de admissibilidade recursal, não se lhe podendo retirar essa competência. O órgão *ad quem*, a quem compete definitivamente decidir sobre a admissibilidade do recurso, não fica vinculado ao juízo de admissibilidade positivo proferido no primeiro grau de jurisdição”. (NERY JUNIOR, op. cit., p. 222). No mesmo sentido: ALBUQUERQUE, op. cit., p. 78.

No que tange à admissibilidade, o juízo positivo sempre um juízo de viabilidade, propiciando o exame do mérito do recurso⁴³. Conhecido o recurso, o Tribunal *ad quem* poderá dar-lhe ou negar-lhe provimento.

O juízo de admissibilidade positivo tem natureza de decisão interlocutória, porque a análise realizada pelo órgão *a quo* permite que o recurso tenha trânsito para a instância competente para o seu julgamento.⁴⁴

Por sua vez, o juízo negativo de admissibilidade implica o não conhecimento do recurso, vedando o exame do mérito. Nos termos da conhecida lição de Barbosa Moreira⁴⁵, quando do juízo negativo de admissibilidade, “não diz (não pode dizer) o órgão *ad quem*, em tal caso, que o recorrente tinha razão, nem que não a tinha; diz, simplesmente, que sobre isso não é possível pronunciar-se”. Com a prolação desse juízo negativo de admissibilidade, encerra-se o processo, salvo interposição de novo recurso que enseje a reforma dessa decisão.⁴⁶

Barbosa Moreira esclarece ainda que, “quando o órgão *ad quem* controla a presença ou a ausência de tais requisitos, ele o faz para verificar não se o recorrente tem ou não tem razão, mas exclusivamente, se lhe é lícito (a ele, órgão *ad quem*) chegar a verificar se o recorrente tem ou não tem razão.”⁴⁷

A respeito do tema, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, ressalvam a hipótese desse juízo negativo de admissibilidade reportar-se a inexistência do vício invocado. Nessa hipótese será um juízo de mérito, “de inviabilidade integral, percebida *icto oculi*.”⁴⁸

⁴³ “O que ocorre, de rigor, a nosso ver, é que o juízo de admissibilidade de recursos de fundamentação vinculada é um juízo de viabilidade: não é impossível que haja omissão na decisão impugnada. Ou, ainda, é possível ou, até mesmo, provável. Então, evidentemente, quem admite um recurso de fundamentação vinculada examina, ainda que muito superficialmente, o mérito. Não para dar ou não provimento, mas para dizer que é possível que o direito esteja do lado do recorrente. No juízo de mérito há cognição plena, e ao recurso se dá, ou não se dá, provimento.” (ARRUDA ALVIM, Teresa e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 450).

⁴⁴ “O sistema processual, ademais, não estabelece recurso para a decisão que admite o recurso excepcional à superior instância, o que significa dizer que o juízo positivo de admissibilidade estará corporificado, necessariamente, em uma decisão judicial de natureza interlocutória.” (CARRARO, op. cit., p. 71)

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 264.

⁴⁶ Nos termos do Código de Processo Civil, tratando-se de decisão monocrática, caberá agravo interno, passível de prolação de retratação pelo Relator, e, em sendo mantida a decisão, passível de julgamento colegiado pelo órgão competente. Tratando-se de decisão colegiada, caberá embargos de declaração (se existentes omissão, obscuridade, contradição ou erro), embargos de divergência (se existente divergência a respeito da matéria) ou recurso extraordinário (se verificada violação a algum dispositivo constitucional).

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de Admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: _____. *Temas de Direito Processual (Quinta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

⁴⁸ ARRUDA ALVIM; DANTAS, Op. cit. p. 451.

No que concerne à natureza jurídica do juízo de admissibilidade, parcela majoritária da doutrina consigna tratar-se de decisão declaratória.

Para Barbosa Moreira⁴⁹, se o recurso, ao ser interposto, satisfazia os requisitos de admissibilidade, e, só depois veio a faltar algum deles, a interposição foi eficaz no sentido de impedir a formação da *res iudicata*, e apenas deixou de produzir esse efeito no momento em que se verificou o fato superveniente, por força do qual se tornou inadmissível o recurso.

De outro lado, conforme seu entendimento, se a inadmissibilidade estava configurada *ab initio*, a interposição do recurso não obstou o surgimento da coisa julgada, pois esta remotaria “a) ao próprio instante da publicação, em se tratando de decisão irrecurável; ou b) ao instante em que, entre a publicação e a interposição, ocorreu o fato gerador da inadmissibilidade.”⁵⁰

Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha⁵¹, por seu turno, afirmam tratar-se de decisão de caráter constitutivo negativo, pois as condições de admissibilidade dos

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, Op. cit., 1998, p. 264.

⁵⁰ Conforme anota José Carlos Barbosa Moreira: “O juízo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição, se positivo, tem como efeito precípua o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*; se negativo, de trancar-lhe essa via. Ressalve-se a possibilidade, que se enseja ao recorrente, de interpor, para o órgão a que competiria o julgamento do recurso denegado, outro recurso, ou remédio análogo, contra a decisão que, no grau inferior, lhe barra a via recursal. Passado em julgado essa decisão, a situação da outra, contra a qual se interpusera recurso inadmissível, se este já o era *ab initio*, equipara-se à situação que ela teria caso não houvesse ocorrido a interposição, que não impediu a formação da *res iudicata*; se o recurso era admissível, e só deixou de o ser por fato superveniente, a interposição obstou a formação da coisa julgada, mas o obstáculo desapareceu no momento em que configurou a inadmissibilidade posterior. (...) Recurso inadmissível, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la aqui. Destarte, se inexistente outro óbice (isto é, outro recurso ainda admissível, ou sujeição da matéria, *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição) a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: não a partir da decisão que pronuncia, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste.” (BARBOSA MOREIRA, op. cit., 1998, p. 265). No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. II, p. 64; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 121.

⁵¹ “Este curso parte da premissa de que o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento (neste caso, do recursal). Assim: a) se for positivo, o juízo de admissibilidade é declaratório da eficácia do recurso, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para a prolação da decisão sobre o objeto litigioso); b) se negativo, o juízo de admissibilidade será constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) do ato complexo, que se apresenta defeituoso/viciado. Mais difícil, porém, é a resposta a uma segunda questão: o juízo de admissibilidade negativo produz efeitos retroativos ou *ex nunc*? Tendo em vista que os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a decretação de sua invalidade, o juízo de inadmissibilidade, que decorre da constatação de que o procedimento recursal está defeituoso, tem eficácia *ex nunc*, respeitando os efeitos até então produzidos pelos atos do procedimento já praticados. Nada impede, porém, que se prevejam hipóteses em que haja retroatividade do juízo de inadmissibilidade, destruindo os efeitos já operados – desde que se faça isso expressamente, para evitar surpresas aos litigantes. Nem por isso deixará de ser constitutiva a decisão: não se desconhecem decisões constitutivas negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (art. 182, Código Civil)”. (DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 132).

recursos situar-se-iam no plano da validade. No entender deles, os atos processuais produziram efeitos até a decisão que reconhecesse a presença de invalidades e decretasse o seu desfazimento. Enquanto não invalidado, produziria efeitos, impedindo o trânsito em julgado.

Para ambos, se a decisão negativa de admissibilidade retroagisse à data em que se verificou a causa de inadmissibilidade, ensejaria problemas de ordem prática, como a sujeição da parte à configuração da coisa julgada, pela não produção do efeito obstativo pelo recurso inadmissível, e ao escoamento do prazo decadencial de dois anos previsto para o ajuizamento da ação rescisória, antes mesmo da eventual prolação de decisão nesse sentido: “enquanto pendente recurso, não se poderia ingressar com a ação rescisória, pois ainda não havia coisa julgada e o prazo da ação rescisória, que é de dois anos, já teria escoado”.

Em adição a tais argumentos, anotam que o direito de rescindir a sentença estaria perdido em decorrência da decadência, sem que tivesse sido possível o exercício desse mesmo direito: “não se exercitou o direito porque não era possível, mas a despeito disso o direito deixou de existir por conta do não exercício.”

Justamente visando remediar essa situação, é que os tribunais pátrios adotavam uma posição intermediária, afirmando que, não obstante de natureza declaratória, o juízo negativo

de admissibilidade não produziria efeitos retroativos, ressalvadas as hipóteses de intempestividade⁵² ou de manifesto não cabimento do recurso.⁵³

Tendo isso em mente, Araken de Assis⁵⁴ consigna que os seus efeitos se operam *ex nunc*, de modo a preservar o termo inicial do prazo para a ação rescisória: “a eficácia *ex nunc* livra o recorrente da retroação de um eventual juízo negativo quanto ao recurso pendente, e, nesta contingência, impede a perda do prazo hábil para rescindir o julgado”.

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou esse entendimento em seu art. 975, ao estatuir que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

A medida, com efeito, é salutar, por eliminar a insegurança jurídica que pairava sobre a matéria, e, não raro, submetia a parte a situações iníquas, considerando-se a necessidade de optar, ou por abreviar o trâmite de um recurso que entendia cabível diante de uma decisão

⁵² Conforme Lúcio Flávio Siqueira de Paiva: “Dessa forma, a preclusão temporal que se opera com o esgotamento do prazo recursal fulmina (extingue) o direito de recorrer, de modo que, ao recurso intempestivo faltará elemento constitutivo mínimo do ato recursal: justamente a recorribilidade do ato decisório. (..) A extinção do direito de praticar o ato decorre simplesmente do escoamento *in albis* do prazo e não da declaração do juiz que reconheça que esse prazo se esgotou. Por consequência, o trânsito em julgado de uma decisão final ou a preclusão de uma decisão interlocutória ocorre no exato instante que se encerra o prazo do recurso que poderia ser interposto. Assim, se o prazo de apelação se encerra às 18h de uma quarta-feira, após esse horário, a sentença (já) é irrecorrível e se encontra (já) imunizada pela coisa julgada. Por isso mesmo, a apelação que venha a ser interposta no dia seguinte ataca ato já irrecorrível.” Aliás, esse Autor advoga por uma distinção, segundo o enquadramento por ele proposto para as condições de admissibilidade: para aquelas situadas no plano da existência, como a tempestividade (a que já nos referimos), a retroação da decisão declaratória dar-se-ia com efeitos *ex tunc*; para aquelas situadas no plano da validade, como o preparo, a retroação da decisão constitutiva negativa dar-se-ia com efeitos *ex nunc*. (PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. Juízo de admissibilidade recursal: natureza jurídica e efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 210, p. 57-79, ago. 2012). Em comentário a respeito, Araken de Assis critica a distinção, assim o fazendo nos seguintes termos: “Apesar do alto merecimento desse último estudo, pesam contra suas conclusões: (a) o plano da existência é, sobretudo, referência (de acordo com a célebre metáfora, ao nadador interessa saber quais os limites da piscina), não parecendo razoável entender inexistente ato processual que produz efeitos jurídicos até ulterior deliberação judicial (v.g. recurso intempestivo); b) não é inexorável que, no plano da validade, o juízo de admissibilidade opere *ex nunc*, variando a profundidade do retorno ao estado anterior (v.g. a resolução, conforme e espécie, retroagirá *ex tunc* ou *ex nunc*). Nada impede, teoricamente, a declaração *ex nunc*.” (ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 213).

⁵³ Essa orientação foi consolidada: (i) no enunciado da Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 26 nov. 2022; (ii) no inc. I do enunciado 100 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho: “I - O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. (ex-Súmula nº 100 - alterada pela Res. 109/2001, DJ 20.04.2001). II - Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial. (ex-Súmula nº 100 - alterada pela Res. 109/2001, DJ 20.04.2001)”. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=SUM&orgao=TST&pesquisar=1>. Acesso em 26 nov. 2022.

⁵⁴ ASSIS, Op. cit., p. 153.

lesionadora de seus direitos, para, na hipótese de ver-lo não acolhido apenas após o prazo decadencial, não se encontrar na situação de desamparo por não poder lançar mão da rescisória; ou correr o risco de, pacientemente a decisão do Tribunal a respeito da matéria, ver-se desprovido da possibilidade da ação rescisória.

Como se viu, no que concerne ao recurso especial e ao recurso extraordinário, requisito de cabimento, e, pois, de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, conforme expressamente previsto na Constituição Federal, é a existência de violação a matéria federal e matéria constitucional, conforme o caso.

De outro lado, considerando-se as características desses recursos, destinados às Cortes de vértice, perpassa o cabimento pela verificação de inexistência de óbices ao seu conhecimento, os chamados filtros de acesso, dentre os quais, a configuração do prequestionamento da matéria constitucional ou infraconstitucional, considerando-se a dicção dos mencionados incisos III dos art. 102 e 105 da Carta, que pressupõem a existência de “causas decididas” e a inadmissibilidade da discussão de matéria fático-probatória e/ou contratual, conforme se verificará de forma melhor detalhada em tópico específico.

2. DO PREQUESTIONAMENTO

O vocábulo prequestionamento adquiriu compreensão específica no âmbito dos recursos excepcionais, especialmente no que tange à admissibilidade desses recursos.

O prequestionamento sempre foi tido como requisito de admissibilidade e processamento dos recursos dirigidos aos tribunais superiores, mesmo anteriormente à Constituição Federal de 1988⁵⁵.

Embora a expressão “prequestionamento” não fosse comum na antiga doutrina a respeito do recurso extraordinário, exigia-se que a matéria submetida à Corte Suprema houvesse sido antes “questionada”.⁵⁶

O prequestionamento enquanto instituto jurídico viabilizador à instância superior - dado que, conforme o modelo jurídico em vigor, o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal vincula-se a antecedente discussão jurídica da causa – sempre comportou discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

⁵⁵ A esse respeito é de mister destacar a posição contrária de Nelson Nery Jr., para quem o prequestionamento não pode ser entendido como requisito de admissibilidade dos apelos extremos. Salienta que: “1. o prequestionamento é apenas um meio de instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE ou do REsp; 2. o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais; 3. o verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do REsp é o cabimento, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente decididas pelas instâncias ordinárias (CF, 102, III e 105, III); 4. a causa decidida é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas um meio para chegar-se a esse fim.” (NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de Declaração prequestionadores. In: ARRUDA ALVIM, Teresa e NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 863-864).

⁵⁶ Esclarece o Ministro Cláudio Santos, relativamente ao prequestionamento, que a palavra “é precedida do prefixo *pre*, que carrega a ideia de anterioridade e é formada da raiz latina *quaestio onis*, tal qual questão e questionar, o que levaria o intérprete, sem maiores preocupações com o seu sentido jurídico, a dizer que, do ponto de vista laico, quer dizer a indagação a tese ou assunto prévio. (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: Gabinete do Ministro Diretor de Revista (Org.). *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 349).

2.1. Da evolução histórica da exigência do prequestionamento

A República e o regime federativo, reservando-se à União competências legislativas amplas, trouxeram à tona a necessidade de garantir, a um só tempo, a supremacia da Constituição e a inteireza do Direito positivo⁵⁷.

Assim sendo, para atender a tal finalidade, surgiu o recurso ao Supremo Tribunal Federal, instituído no ordenamento pátrio pelo art. 59, § 1º do Decreto nº 510, de 22.6.1890, do Governo Provisório, e que estabelecia que das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade ou aplicabilidade de tratado e leis federais e a decisão do Tribunal do Estado for contrária;
- b) quando se contestar a validade de leis de Governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados.⁵⁸

Posteriormente, o Governo baixou o Decreto 848, de 24.10.1890, inspirado no *Judiciary Act* norte-americano, de 1789, e seu *writ of error*, cujo art. 9º, parágrafo único, letra “c” preceituava ser o mesmo cabível quando “a interpretação de um preceito constitucional, ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado, ou convenção, seja posta em questão”.⁵⁹

Esclarece Alfredo Buzaid⁶⁰, que o *writ of error* era recurso admitido pela *Judiciary Act* das decisões da Justiça Estadual para a Corte Suprema, cuja *ratio* residia no fato de ser:

Essencial para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflito entre Estado e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com referência a ela fique com os tribunais da União; e como tais questões devem surgir frequentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pela *Judiciary Act* deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a equidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde

⁵⁷ ASSIS, Araken de. Pquestionamento e embargos de declaração. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, v. 3, n. 33, p. 11-31, set. 2002, p. 13.

⁵⁸ Cf. Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em 06 nov. 2022.

⁵⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

⁶⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 96.802/RJ (EDcl em AgR), rel. Min. Alfredo Buzaid, Pleno, Brasília, DF, j. 4.11.1983, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 12.5.1983, p. 17147.

se questiona sobre a validade de uma lei ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna a Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado segundo a Constituição, tratado, lei federal ou ato feito ou autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade reclamado por qualquer das partes com base na Constituição, tratado, lei, ato ou autoridade.

Buzaid conclui que requisito para a admissibilidade do recurso era a existência do prequestionamento da matéria nele suscitada, ou seja, que a questão houvesse sido resolvida pelo Tribunal do Estado; forçoso era que constasse dos autos, ou expressamente, ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tivesse surgido no tribunal do Estado e aí tivesse sido rejeitada.⁶¹

Do Decreto 848, de 1890, o recurso migrou para a Constituição de 1891, que, no seu art. 59, III, empregou o verbo questionar, em lugar da expressão “posta em questão”⁶².

Anota o Ministro Cláudio Santos⁶³ que Epitácio Pessoa, em artigo escrito à época em que ocupava os quadros do Pretório Excelso, enunciava que “uma das condições geralmente indicadas como indispensáveis para a admissibilidade do recurso extraordinário é, já o dissemos, que se tenha efetivamente questionado no processo sobre a validade ou a aplicação da lei”.

Esse preceito foi repetido na Reforma de 1926 (art. 60, § 1º, “a”⁶⁴) e nas Constituições de 1934 (art. 76, 2, III, “b”⁶⁵) e de 1937 (art. 101, III, “b”⁶⁶). A Constituição de 1946, no

⁶¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 96.802/RJ (EDcl em AgR), rel. Min. Alfredo Buzaid, Pleno, Brasília, DF, j. 4.11.1983, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 12.5.1983, p. 17147.

⁶² Art. 59. (...) III – 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. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 06 dez. 2022)

⁶³ SANTOS, Cláudio. Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 350.

⁶⁴ Art. 60. (...) § 1º. Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação. (Disponível em: http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html. Acesso em: 06 nov. 2022).

⁶⁵ Art. 76 - A Corte Suprema compete: (...) 2) julgar: (...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

⁶⁶ Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

entanto, não fazia alusão ao termo *questionamento* na alínea “a” do art. 101, III, limitando-se a mencioná-la apenas na alínea “b”⁶⁷.

Inicialmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vislumbrou relevo na diferença. Em alguns arestos, enfatizou-se que o extraordinário, a partir da nova redação, caberia sempre que se caracterizasse qualquer dos tipos do art. 101, III, da CF/46, não importava em que condições. Em julgados do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Orosimbo Nonato chegou a pronunciar-se que, “preterida disposição legal, embora não questionada a sua aplicação, admissível o extraordinário”⁶⁸, entendendo ser “induidoso que a ofensa à letra da lei pode aninhar-se no silêncio do julgado”.⁶⁹

No âmbito da doutrina, Pontes de Miranda manteve seu posicionamento a respeito, eis que admitia o recurso sem embargo de “ter havido a discussão, controvérsia renhida, a argumentação contra ou a favor”, porque nos textos de 1891, 1934 e 1937 “facilmente se ressalta que os legisladores constituintes de todos os quatro momentos nunca exigiram o *ter-se questionado* e sim, tão-só, *questionar-se*”.⁷⁰

José Afonso da Silva⁷¹ consignava que “é de notar-se que as Constituições de 34 e 37 exigiam que se houvesse questionado sobre a aplicação da lei federal para que se legitimasse a interposição do recurso”. No seu entender, porque a Carta Magna de 1946 havia eliminado a cláusula “sobre cuja aplicação se haja questionado”, “hoje, não se exige prequestionamento sobre a aplicação da lei federal, para interpor-se o remédio constitucional; basta que a decisão a tenha vulnerado”.

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
 b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

⁶⁷ Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
 b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

⁶⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 6.362-RJ, rel. Min. Orosimbo Nonato, Brasília, DF, j. 24.1.47, deram provimento, v.u., *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 44, n. 112, jul./ago. 1947, p. 249.

⁶⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 4.772/PR, rel. Min. Orosimbo Nonato, Brasília, DF, j. 28.1.47, deram provimento, v.u., *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 44, n. 112, jul./ago. 1947, p. 366.

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. IV, p. 147-148.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 198.

No entanto, a jurisprudência dominante do Pretório Excelso não se inclinou nesse sentido e, em 1963, foram editadas as Súmulas de nº 282 e 356 e que estabelecem:

Súmula 282 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356 - 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.⁷²

Na Constituição de 1967⁷³, com a Emenda nº 1, de 1969⁷⁴, e Emenda nº 7, de 1977⁷⁵, no entanto, foi suprimida a referência a “questionamento”, porque se atribuiu ao Regimento

⁷² Colhe-se dentre os julgados comuns que deram origem às súmulas:

“Desse modo, é evidente que sobre a pretendida coisa julgada, não houve prequestionamento pelo acórdão recorrido, cujo relator, o ilustre Desembargador Oliveira e Silva, não sequer foi advertido, como fora necessário a fim de apreciá-la e submetê-la ao Tribunal na assentada do julgamento. Certo é que, assim, restava, ainda, ao ora recorrente, oportunidade de provocar o pronunciamento do Colendo Grupo de Câmaras Cíveis, sobre a questão aludida, mediante embargos declaratórios, dos quais se descurou em seu prejuízo. Contesta, entretanto, o recorrido, com veemência, aquela alegação, mas não cabe, na instância extraordinária, o exame de matéria cuja apreciação e julgamento não se verifiquem no contexto da decisão recorrida. Face ao exposto, não conheço, liminarmente, do recurso”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 53.740/RJ, rel. Min. Ribeiro da Costa, Segunda Turma, Brasília, DF, j. 6.8.1963, não conheceram, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.10.1963, p. 02891).

“A sentença confirmada não comprova ter a recorrida outros prédios próprios usados para fins comerciais. Esclareço que a firma tem necessidade do prédio para depósito da mercadoria. E, quanto ao agravo nos autos do processo, caberia ao recorrente opor embargos declaratórios para sua apreciação, o que não fez. A matéria não foi, pois, prequestionada. Quanto ao prazo para mudança, observou-se a Lei nº 1.300, de 1950. Pelo exposto, não conheço, preliminarmente, do recurso”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 48.815/MA, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Primeira Turma, Brasília, DF, j. 26.10.1961, não conheceram, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 30.11.1961, p. 2717).

“Não conheço do recurso. Nenhuma palavra existe, seja na sentença de primeira instância, seja no acórdão recorrido, sobre a exclusão da multa questionada. Se essa exclusão foi intencional, não se conhece os motivos, porque a parte interessada não opôs embargos declaratórios na ocasião própria.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 42.662/SP, rel. Min. Victor Nunes Leal, Segunda Turma, Brasília, DF, j. 3.10.1961, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 26.10.1961, p. 2388).

⁷³ Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

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

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

⁷⁴ Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...).

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

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. As causas a que se referem o item III, alíneas “a” e “d”, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

⁷⁵ Art. 119. (...).

Interno do Supremo Tribunal Federal a competência para dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

À minguada de previsão expressa na Carta de 1967, suscitada a inconstitucionalidade da Súmula nº 282, que exige o prequestionamento para a admissibilidade do apelo extremo, o Pleno do Pretório Excelso no Recurso Extraordinário nº 96.802 (EDcl em AgRg) rejeitou a arguição eis que a entendeu afinada à orientação da Casa.⁷⁶

A Carta de 1988, que atribuiu parcela de competência do Supremo Tribunal Federal ao por ela instituído Superior Tribunal de Justiça, relativamente à apreciação de matéria infraconstitucional via recurso especial, não menciona o termo “questionar” ou mesmo “prequestionar”, limitando-se a asseverar o cabimento desse recurso especial e do recurso extraordinário, contra “causas decididas em última ou única instância”.

Em vista disso, o Ministro Carlos Velloso⁷⁷ salientava que o prequestionamento sob o pálio da Carta de 1988, não teria vez. E justificava essa assertiva alegando “que o constituinte quis alargar o raio de ação do recurso especial. Isto está evidente no texto constitucional. Ademais, de regra, o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal.”

Os julgados tanto do Pretório Excelso como do Superior Tribunal de Justiça, contudo, ratificaram a necessidade do prequestionamento.

§ 1º. As causas a que se referem o item III, alíneas “a” e “d”, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário e relevância da questão federal. (Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

⁷⁶ Cf. o escólio do Min. Buzaid: “O que pretende a agravante é arguir a inconstitucionalidade do verbete n. 282 da Súmula. (...). O que este verbete consagra é o princípio do prequestionamento, instituído entre nós já na Constituição de 1891, ao dispor no art. 59: (...). O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designados no art. 119 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário. A ideia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. (...). A doutrina brasileira, invocando precisamente a seção n. 25 da Lei Judiciária, nunca hesitou em consagrar tal orientação (cf. PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, p. 101; MATOS PEIXOTO, *Recurso Extraordinário*, p. 89 e seguintes). De feito, a apresentação das questões antes da sentença e sua apreciação definitiva pela decisão de último grau é um problema de lógica jurídica, fundado na congruência que há de existir entre o pedido da parte e a resposta do juiz. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 96.802/RJ (EDcl em AgR), rel. Min. Alfredo Buzaid, Pleno, Brasília, DF, j. 4.11.1983, negaram provimento, unânime, *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 12.5.1983, p. 17147).”

⁷⁷ VELLOSO, op. cit., p. 79.

2.2. Do prequestionamento enquanto requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário

Como salientado, divergiam a doutrina e a jurisprudência a respeito do que se deveria entender por prequestionamento. Em linhas gerais entendia-se que:

- (1) o prequestionamento é manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema⁷⁸;
- (2) é o debate anterior à decisão recorrida acerca do tema, hipótese em que o prequestionamento seria considerado como ônus da parte⁷⁹; e
- (3) o prequestionamento pressupõe a existência cumulativa dos dois requisitos anteriores, ou seja, é o debate prévio acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do órgão julgante a respeito.⁸⁰

No âmbito do Supremo Tribunal Federal vigem as Súmulas de nº 282 e 356 que estabelecem ser “inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Súmula nº 282) e “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” (Súmula nº 356).

Assim sendo, o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal era no sentido de que o prequestionamento somente se verificava quando constasse do acórdão recorrido

⁷⁸ Nesse sentido: Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 277.229/RJ (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 6.3.2001, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.5.2001, p. 437; Brasil, Supremo Tribunal Federal, AI 772.813/GO (AgR), rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Brasília, DF, 25.9.2012, negaram provimento, unânime, *Diário de Justiça eletrônico* nº 198, Brasília, 8.10.2012; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 106.276/MS, rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.4.1997, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 2.6.1997, p. 23779; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.394.986/RS (AgInt), rel. Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 7.5.2019, improvido, unânime, *Diário de Justiça eletrônico* 14.5.2019.

⁷⁹ Confira-se: Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 141.731-6/DF (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.2.1994, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.4.1994, p. 8062; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 2.336/MG, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 9.5.1990, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 4.6.1990, p. 5054.

⁸⁰ Podem ser citados nessa linha os seguintes julgados: Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 133.690-1/SP (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.5.1990, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.8.1990, p. 7239; Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 1.085.506 (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 13.3.2018, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça eletrônico* nº 87, Brasília, Seção I, 4.5.2018; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 29.624-2/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 15.2.1993, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 22.3.1993, p. 4519; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.790.880/SP (AgInt), rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 11.6.2019, improvido, unânime, *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, Seção I, 18.6.2019.

as razões e os dispositivos suscitados⁸¹ pelo recorrente como infringidos pelo Tribunal *a quo*.

Os recursos especial e extraordinário diferem da apelação, na medida em que esta poderá ter por objeto de julgamento todas as questões de direito e de fato suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, especialmente quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, caso em que a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais.

O recurso extraordinário e o especial, contudo, só teriam por fundamento as questões de direito e desde que a transgressão a esses dispositivos de lei ou constitucionais tenha ocorrido no tribunal de origem, onde as questões foram ventiladas.⁸²

A apresentação das questões antes da sentença e a sua apreciação definitiva pela decisão de último grau seria um problema de lógica jurídica, fundado na congruência que haveria de existir entre o pedido da parte e a resposta do juiz, e, em consequência, no interesse da parte em impugnar um pronunciamento que rejeitou os fundamentos em que se escorava a sua pretensão, causando-lhe efeitos detrimenais.

Nas palavras de Araken de Assis⁸³, “o prequestionamento constitui o próprio conteúdo do pronunciamento judicial”, “afloração dos tipos constitucionais” contemplados nos incisos III dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, que determinam caber recursos às cortes de vértice de “causas decididas”. Em consequência, o prequestionamento não se subordinaria à iniciativa das partes.⁸⁴

⁸¹ Convém realçar a advertência de José Theophylo Fleury: “Tenha-se em mente, ademais, que a mera referência ao número do dispositivo legal ou constitucional não implica no inexorável atendimento do prequestionamento, porque há casos em que o acórdão, apesar de fazer menção expressa ao número do dispositivo, não aprecia a questão por ele tratada.” (FLEURY, José Theophylo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário. Súmula 356/STF X Súmula 211/STJ? In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pelegrini de; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.3, p. 424.

⁸² No mesmo sentido, Vicente Greco Filho: “Somente é admissível o recurso especial se a matéria foi expressamente examinada pelo tribunal, ou seja, prequestionada. O requisito do prequestionamento, que é da tradição do direito brasileiro em matéria de recursos aos tribunais superiores, está consagrado pelas súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, que eram relativas ao recurso extraordinário, mas que continuam adequadas ao recurso especial e ao próprio recurso extraordinário. O prequestionamento refere-se à matéria objeto do recurso e também ao fundamento da interposição. Não é possível, portanto, a apresentação de matéria ou fundamentos novos, por mais relevantes que sejam, que não tenham sido objeto de exame expresso na decisão recorrida do tribunal *a quo*.” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 323)

⁸³ ASSIS, op. cit., p. 831.

⁸⁴ “Das alegações das partes, contra ou a favor do ato decisório recorrido, distingue-se de modo irretorquível; o novo pronunciamento talvez nelas não se baseie, provendo o julgador *ex officio*, apesar de obrigatório o debate prévio do art. 933. Talvez as alegações do recorrente, o objeto do recurso, interposto nas instâncias ordinárias, e a resposta do recorrido suscitem a questão constitucional e predeterminem a respetiva afloração do novo

Entende Cassio Scarpinella Bueno⁸⁵ que, além da palavra “causa” comportar interpretação ampla e a palavra “decidida” implicar não caber mais outros recursos, “causa decidida” desempenha a mesma função que exercia a palavra “prequestionamento” nas Constituições Federais de 1891 a 1946. Para esse autor, “prequestionamento” deve ser entendido para todos os fins como sinônimo de “causa decidida”, isto é, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem julgar o que já foi *decidido*⁸⁶. Continuando, procura explicar que a decisão proferida deve versar sobre a aplicação ou não de uma tese jurídica fundada no direito constitucional federal ou em normas infraconstitucionais de direito federal, as chamadas questões *federal e infraconstitucional*, as quais por sua vez devem ser tratadas e *decididas*.

O Supremo Tribunal Federal, em numerosos julgados, afirmou que “o prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração pressupõe o debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de entendimento”.⁸⁷

Distingua a jurisprudência então, a figura desse prequestionamento explícito e do prequestionamento implícito, repudiado por essa corrente dominante, eis que “a matéria prequestionada há de ser expressa, clara, indubitosa. Não pode ser induzida ou deduzida dos fatos da causa”⁸⁸.

Quanto a esse denominado prequestionamento explícito, impõe-se apenas destacar que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já repudiaram o denominado prequestionamento “numérico”, não sendo necessário, constar do acórdão

prequestionamento. No entanto, as exceções expostas demonstram que inexistente vínculo obrigatório entre a atividade das partes e o prequestionamento. Na verdade, a cláusula final da súmula do STF, n 282 (“a questão federal suscitada”), aparentemente exigindo tal iniciativa e, ainda, controvérsia no recurso que formou o ato objeto do recurso extraordinário, não se harmoniza com o âmbito do efeito devolutivo dos recursos ordinários.” (ASSIS, op. cit, p. 831).

⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2, p. 681.

⁸⁶ Ibid., p. 680.

⁸⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 928.969/MG (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 29.3.2016, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 22.4.2016.

⁸⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 84.247/RJ (AgR), rel. Min. Firmino da Paz, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 23.10.1981, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 13.11.1981, p. 11414; Supremo Tribunal Federal, AG 75.355/MG (AgR), rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 30.3.1979, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 27.4.1979, p. 3381.

recorrido, os números dos dispositivos suscitados, bastando que a matéria a eles pertinente houvesse sido inequivocamente tratada^{89 90}.

Se o Tribunal de origem não houvesse apreciado a questão, reputava-se necessário, para atendimento do constante na mencionada Súmula 356, a oposição de embargos de declaração, para que a questão objeto do recurso extraordinário fosse explicitamente apreciada.⁹¹

Tais embargos de declaração recebiam a alcunha de “prequestionadores”⁹², porque, não obstante pretender a parte, de forma imediata, o saneamento do vício de fundamentação a respeito da questão cuja omissão reputou verificada, pretendia, igualmente, o atendimento à exigência que restou cristalizada na Súmula nº 356.

⁸⁹ Nesse sentido, julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Impor-se, para configuração do prequestionamento, além da matéria veiculada no recurso, a referência ao número do dispositivo legal pertinente, é exigência que extravasa o campo da razoabilidade, chegando às raias do exagero e do mero capricho, paixões que devem estar ausentes quando do exercício judicante. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 178.745-7/DF (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 4.3.1997, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 30.5.1997, p. 23.181).

Confira-se do Superior Tribunal de Justiça: Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 30.701/SE, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 13.10.2000, p. 99; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 158.070/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 20.3.2000, p. 32 e Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 169.414/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.6.1999, p. 3299, todos a portar a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – CITAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS – DESNECESSIDADE. Para implementar a exigência do prequestionamento, não é necessária a citação do dispositivo legal tido como vulnerado, sendo suficiente o exame da questão federal nele contida. O prequestionamento deve ser explícito, mas da questão federal. Embargos recebidos.”

⁹⁰ Como assenta Araken de Assis: “Individualizada a questão federal e, portanto, ocorrendo o prequestionamento claro e inequívoco, representará demasia a exigência da explícita indicação do dispositivo constitucional no provimento”. (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 832.).

⁹¹ Quando é o acórdão recorrido que teria ofendido implicitamente texto constitucional, o prequestionamento se faz mediante a interposição de embargos de declaratórios, para que se supra a omissão quanto à questão constitucional por ele não enfrentada. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 120.682/RJ (AgR), rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 25.9.1997, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 23.10.1997, p. 23164). No mesmo sentido: Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 210.638/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.4.1998, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 19.6.1998, p. 11.

⁹² Conforme Luís Eduardo Simardi Fernandes, “recebem estes a denominação de “prequestionadores”, porque o embargante, embora em um primeiro momento, anseio a correção do vício [omissão], pretende a final, o preenchimento do requisito do prequestionamento, para que lhe seja aberta a possibilidade de interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial.” (FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 190).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os Ministros Athos Gusmão Carneiro⁹³ e Carlos Velloso⁹⁴, então integrantes dessa Corte, e o Ministro Sálvio de Figueiredo⁹⁵ entendiam que bastaria que a matéria tratada pelo dispositivo legal tido por violado pelo acórdão do Tribunal local fosse debatida pelas partes, para que se tivesse por atendido o requisito do prequestionamento, independentemente da oposição de embargos de declaração.

Tratar-se-ia do denominado prequestionamento implícito, perfeitamente admissível para José Afonso da Silva⁹⁶, para quem:

A ofensa pode ser oblíqua, indireta, disfarçada e até negada. Pode ser meramente virtual ou implícita, desde que seja grave, atingindo o princípio legal através de sua mesma literalidade, mesmo porque a sentença pode ser implícita. Não importa que a orientação se mostre velada pelo silêncio do julgador ou se aninhe oculta nas dobras e refêgo da sentença. Não montaria até que a sentença proclamasse e anunciasse fidelidade e obediência ao texto malferido. Ponto é que a ofensa exista na real verdade, e tome aspecto de tratamento mortal. E ofensa existe não só quando o juiz atribui à lei interpretação conspicuamente inexata, desencadernadamente errônea, como quando deixa de aplicar, ainda pelo silêncio, lei invocada e que devidamente deveria dominar a matéria e nortear o julgamento.

A tendência, no entanto, foi a de ter-se como atendido o requisito do prequestionamento quando o tema jurígeno, abordado no recurso especial, e previamente

⁹³ Assentou o Min. Athos Gusmão Carneiro: “Ainda em linha de princípios, dispense, nos casos de omissão do acórdão, deva ser a matéria reavivada em embargos de declaratórios, quando se cuide de tema já claramente questionado no decorrer do contraditório”. (STJ, REsp 444/RJ, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 7.8.1990, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.10.1990, p. 11191).

⁹⁴ De fato, o Ministro Carlos Velloso, que, como salientado, quando do advento da Constituição de 1988 entendia que o prequestionamento não teria vez, quando ainda integrante do Superior Tribunal de Justiça consignava ser cabível o prequestionamento implícito se a questão federal houvesse sido posta. E ressaltava que “questão nova, evidentemente não pode ser suscitada no recurso especial. Porque representaria inovação, que a teoria geral dos recursos repele. O prequestionamento implícito, porém, parece-me perfeitamente cabível. Ele resulta do fato de que a questão ter sido posta, por exemplo, na apelação ou nas contrarrazões desta, recusando-a o Tribunal implicitamente”. (VELLOSO, op. cit., p. 238-239).

⁹⁵ Manifestava-se o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira no seguinte sentido: “Tenho por igual entendido que, sobretudo na ordem constitucional vigente, que alterou substancialmente o sistema recursal até então adotado, não se há mais de exigir-se o prequestionamento explícito, característico do regime anterior, no qual se construiu, por motivos sobejamente conhecidos, um sistema hermético de conhecimento do recurso derradeiro, com óbices jurisprudenciais e regimentais que não mais podemos agasalhar. (...). Daí não comungar do entendimento cristalizado no referido enunciado nº 282, segundo o qual seria inadmissível o recurso extremo ‘quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada’. E muito menos do posicionamento que reclama a referência expressa aos dispositivos legais pretensamente ofendidos.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 444/RJ, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 7.8.1990, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.10.1990, p. 11191).

⁹⁶ SILVA, op. cit., p. 197.

invocado pelas partes nos autos, tivesse sido tratado no acórdão recorrido, não se exigindo, contudo, a referência a número de artigo de diploma legal.⁹⁷

Já sob a égide do Código de Processo Civil anterior, Alexandre Moreira Tavares⁹⁸, advogava pela possibilidade de caracterização do prequestionamento por meio do enfrentamento da matéria apenas no voto vencido. No seu entender, “o prequestionamento existe mesmo se a matéria suscitada no recuso extraordinário ou recurso especial tiver sido ventilada apenas no voto vencido do acórdão recorrido. Porque, nesta hipótese, é inquestionável que o tribunal *a quo* discutiu (prequestionou) a tese jurídica do recorrente.”

Não era, entretanto o que decidira o Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, em acórdão de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence. Na ocasião assentou-se que “não se configura o prequestionamento se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido cuidou do tema suscitado no recurso extraordinário, adotando fundamento independente, sequer considerado pela maioria”.⁹⁹

O mesmo entendimento foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado de nº 320: “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

O Código de Processo Civil de 2015 modificou esse entendimento ao dispor no art. 941, que: “§ 3º. O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento”.

Como anota Cassio Scarpinella Bueno, a medida é salutar considerando-se que, a análise dos votos vencidos evidencia o prequestionamento, pois “embora o recurso extraordinário e o recurso especial sejam dirigidos a todo o acórdão – o voto vencido – ou os votos, na hipótese de ter sido aplicada a técnica de colegiamento do art. 942 – tem o condão de demonstrar de que maneira a questão constitucional e a questão federal foram tratadas e decididas, ajudando sua compreensão como um todo”.¹⁰⁰

⁹⁷ “RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO. Embora não seja necessário que o acórdão se refira expressamente a determinada norma legal, para que possa ocorrer sua violação, indispensável que a matéria jurídica de que cogita tenha sido versada. Isso não se verificando, inexistente o prequestionamento e fica inviabilizado o especial, em que se pretenda sustentar a infringência daquele dispositivo”. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 6.886/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 4.2.1992, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 24.2.1992, p 1867).

⁹⁸ SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. Prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 802, p. 96, ago. 2002.

⁹⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 256.130/SP (AgR), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 21.11.2000, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 9.2.2001, p. 18.

¹⁰⁰ BUENO, op. cit., p. 687.

O Superior Tribunal de Justiça que, no que tange à matéria, adotava o entendimento contido nas aludidas Súmulas 282 e 356, editou a sua própria Súmula a respeito da matéria, a de nº 211, com o seguinte enunciado:

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

A esse respeito, alertava Nelson Luiz Pinto¹⁰¹ que, de acordo com essa Súmula do Superior Tribunal de Justiça, não bastava, para exigência do prequestionamento, que da matéria objeto do recurso especial, a cujo respeito o acórdão recorrido foi omissivo, tivesse a parte oposto embargos de declaração. Haveria a necessidade de que os embargos fossem providos e que o tribunal *a quo* se manifestasse precisamente sobre a questão federal objeto do apelo à superior instância.

Referida Súmula indica que toda vez que forem opostos embargos de declaração visando o prequestionamento para futura interposição de recurso especial, e tais embargos forem rejeitados pelo Tribunal de segunda instância, sob o fundamento da inexistência do vício que motivou a sua oposição, não poderá a parte veicular em seu recurso especial a matéria a respeito da qual se omitiu o Tribunal de Segunda Instância.

Nessa hipótese, deverá a parte veicular em seu recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, a violação ao dispositivo de lei federal que disciplina o cabimento dos embargos de declaração.

Conforme anota Cassio Scarpinella Bueno, “somente com o acolhimento deste recurso e cassado o acórdão *a quo*, é que terá cabimento novo recurso especial para levar ao Superior Tribunal de Justiça a questão legal/federal em que se funda a causa”.^{102 103}

¹⁰¹ PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 231.

¹⁰² BUENO, Cássio Scarpinella. Pquestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 57.

¹⁰³ Confira-se ainda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AG 55.003/SP (AgR), rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.2.1995, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 27.3.1995, p. 7139; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 65.977/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 19.6.1995, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.8.1995, p. 26593; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 28.871/RJ, rel. Min. Nilson Naves, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 30.11.1992, parcial provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.2.1993, p. 1686.

Em outra obra, Cassio Scarpinella Bueno¹⁰⁴ anota que se trata de “recorrer especialmente do que foi efetivamente decidido”, ainda que o que foi decidido incorra em *error in procedendo* por não ter decidido o que deveria ter sido decidido”. Se a matéria a respeito da qual se recorre, não estiver “devida e exaurientemente decidida pelas instâncias locais”, “se não for decidida — mesmo que pudesse ter sido -, não há como alcançar aquelas duas Cortes Superiores para tratar de tema que o órgão *a quo* não decidiu”. Conforme esclarece, o que não se decidiu não pode ser objeto dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça “justamente pela mitigação (ou restrição) do efeito devolutivo dos recursos extraordinário e especial, limitados pela cláusula constitucional da causa decidida.”

A Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça estaria, portanto, em consonância com a orientação anteriormente sumulada pelo Pretório Excelso no enunciado de nº 282.

Ocorre que, no entanto, no âmbito do Supremo Tribunal havia sido editada a Súmula de nº 356 e que previa que “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Assim, parcela da doutrina e da jurisprudência extraída da redação dessa Súmula, o entendimento de que, *a contrario sensu*, atendido o sentido literal da Súmula, se opostos embargos de declaração, estaria preenchido o prequestionamento.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que, apresentados embargos de declaração, se o tribunal se recusa a suprir omissão, por entendê-la inexistente, o recurso pode ser apresentado focando a questão federal em discussão.¹⁰⁵

¹⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. 30 anos do STJ e Prequestionamento. Uma análise do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/301346/30-anos-do-stj-e-prequestionamento-uma-analise-critica-do-prequestionamento-ficto-diante-do-art-1025-do-cpc>. Acesso em: 6 nov. 2022.

¹⁰⁵ Confirma-se o que deliberou o Supremo Tribunal Federal no RE 210.638: “Com efeito, a rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, *a contrario sensu*, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador. A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual ‘não foram opostos embargos declaratórios’. Mas, se opostos, o Tribunal *a quo* se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf. e.g., RE 208.639, Inf. STF nº 78). Estou, porém, *data venia*, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal *a quo* para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de consequência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 210.638-1/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.4.1998, deram provimento, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 19.6.1998, p. 11).

Aliás, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE 219.934¹⁰⁶, tratou do dissenso do entendimento dessa Corte face à Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, e, na oportunidade, reafirmou o entendimento contido na Súmula de nº 356, salientando que o “prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi eficazmente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado nas razões de apelação esse aspecto, aliás, fundamental da controvérsia (Súmula 356)”.

O entendimento, contudo, não foi uniforme, restando vencido o Ministro Marco Aurélio, que consignou que o questionamento pressupõe que a matéria, que se pretende trazer à reapreciação do Supremo Tribunal, haja sido efetivamente decidida pela Corte de origem. Afirmou ainda, com arrimo em precedente de lavra do Ministro Francisco Rezek, que “não podemos baratear o recurso extraordinário”, transferindo ao Pretório Excelso o julgamento de embargos declaratórios que não foram apreciados como deveriam ter sido, consignando a Corte de origem¹⁰⁷. Reafirmou que, rejeitados os declaratórios, caberia à parte veicular no extraordinário a transgressão aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e necessária fundamentação, e não a matéria constitucional a respeito da qual se omitiu o Tribunal *a quo*.

Posição mais recente, contudo, no Supremo Tribunal Federal, exarada previamente à edição do Código de Processo Civil em 2015, era no sentido de interpretar as Súmulas 282 e 356 com o viés estabelecido na Súmula 211/STJ, assentando-se que “a simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos

¹⁰⁶ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 219.934, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.6.2000, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 16.2.2001, p. 140.

¹⁰⁷ Colaciona-se do voto do Ministro Marco Aurélio o seguinte excerto:

“O que incumbia ao Estado de São Paulo veicular nas razões de extraordinário? O vício de julgamento, transferindo ao Supremo Tribunal Federal a apreciação dos embargos declaratórios que não foram julgados quanto à matéria de fundo? A resposta é desenganadamente negativa. Deveria ter arguido o defeito de procedimento, articulando a deficiência na entrega da prestação jurisdicional, a nulidade, no que não examinada uma certa matéria de defesa. E não o fez. O que é o questionamento? Qual a sua razão de ser? Como fica configurado? Por ato da parte? Não, concretiza-se mediante o debate e a decisão prévios do tema jurígeno versado nas razões do extraordinário. Tem uma razão de ser que está na existência, no tocante ao recurso interposto, de um pressuposto de recorribilidade específico; está na necessidade de proceder-se a cotejo para dizer-se enquadrado, ou não, o extraordinário em uma das alíneas do inc. III do artigo 102 do que assentado pela Corte de origem – e aqui, em se tratando do concurso público e, também, da época da aposentadoria, nada foi discutido – à luz do dispositivo constitucional que se aponta como vulnerado. Senhor Presidente, a matéria – sedutora é certo -, veiculada nas razões do extraordinário, não consta, como decidida, no acórdão proferido. Não se pronunciou o Colegiado relativamente à defesa apresentada”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 219.934, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.6.2000, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 16.02.2001, p. 140).

dispositivos constitucionais apontados como malferidos, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária”.¹⁰⁸

Com efeito, há clara anomalia nesse entendimento extraído da Súmula nº 356, no sentido de passível de conhecimento o recurso extraordinário ou especial a partir da mera rejeição dos embargos de declaração opostos à decisão recorrida.

Quando o Supremo Tribunal Federal, nos precedentes que deram origem a tais Súmulas afirmou ser necessária a oposição dos embargos de declaração, para se ter por caracterizado o prequestionamento, o foi com o fito de provocar a expressa manifestação da Corte de origem a respeito da matéria que a parte pretendia devolver ao conhecimento da instância superior. Com efeito, se o Supremo Tribunal Federal deveria julgar em recurso extraordinário as causas decididas e se a decisão era ainda passível de integração por meio de embargos de declaração para que a questão federal aflorasse, nada mais razoável do que exigir da parte essa oposição: não porque a mera oposição dos embargos de declaração, qualquer a sua sorte, pudesse ensejar a caracterização do prequestionamento.

Desvenda inadequado ter-se por irrelevante o resultado dos embargos de declaração para fins de caracterização do prequestionamento, se justamente é requisito constitucional para cabimento dos recursos às Cortes de vértice a existência de “causas decididas”. A ausência de prequestionamento não poderia decorrer da não oposição de embargos declaratórios, mas unicamente da ausência de enfrentamento, pela decisão recorrida, da matéria constitucional que se pretende submeter à apreciação da Corte.¹⁰⁹

Conforme salienta Araken de Assis¹¹⁰, “os *errores in procedendo* resultantes do próprio julgamento carecem, em regra, da interposição dos embargos de declaração para

¹⁰⁸ Ementa verificada nos despachos proferidos nos seguintes recursos de relatoria do Ministro Luiz Fux: Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 644.709/DF, rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 21.11.2011, negado seguimento, *Diário de Justiça eletrônico* 25.11.2011; Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 852.271/RS, rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 17.11.2011, negado seguimento, *Diário da Justiça eletrônico* 23.11.2011. Cite-se ainda: Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 763.915 AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 12.3.2013, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 6.5.2013; Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 591.961 AgR/RJ, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 5.2.2013, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 25.2.2013.

¹⁰⁹ “Ocioso assinalar que o entendimento se revelava, nada obstante, errôneo no direito anterior. Caracterizada a omissão, é preciso prover os embargos declaratórios e, superado o indevido silêncio, decidir a questão olvidada. Pouco importará, naturalmente, o resultado formal do julgamento dos embargos. Às vezes, sucede de o órgão judiciário, rejeitando os embargos, apreciá-los *de meritis*. Atende-se assim, ao requisito do prequestionamento. Daí por que a ausência de prequestionamento não decorre da inércia de a parte interpor embargos declaratórios, como sugere a frase interpolada da Súmula do STF n. 356 (“sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios”), mas de outro dado singular: a falta de decisão quanto à questão constitucional.” (ASSIS, op. cit., p. 728).

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 727-728.

fazer a aflorar as questões federal e constitucional; do contrário, inexistente questão decidida”.¹¹¹

Nelson Nery Junior¹¹² entende igualmente faltar técnica à redação dessa Súmula de nº 356, advogando pela sua complementação, de modo a se esclarecer que a oposição dos embargos declaratórios tem de culminar no seu provimento, com a supressão da omissão, caso contrário, não se terá aberta a via excepcional. De tal modo, sugere o mestre que a aludida Súmula tenha a seguinte redação:

O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram interpostos embargos declaratórios, ou quando opostos persistir a omissão, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Logo, exigir-se para fins de prequestionamento a oposição de embargos de declaração, acabaria, por, contraditoriamente, criar exceção à exigência desse mesmo instituto, pois “contenta-se com a manifestação implícita do órgão *a quo*, em vez de reclamar pronunciamento explícito a respeito”.

2.3. Do Código de Processo Civil e do prequestionamento ficto

A instabilidade a respeito da configuração do prequestionamento motivou a inclusão na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, do art. 1.025, com o seguinte teor:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

¹¹¹ ASSIS, op. cit., p. 727-728.

¹¹² NERY JUNIOR, op. cit, p. 298.

Com esse art. 1.025, o legislador pretendeu dissipar a controvérsia jurisprudencial sobre a configuração do prequestionamento a partir da oposição dos embargos de declaração.^{113 114}

Colhe-se do dispositivo que, opostos embargos de declaração, prequestionando questão federal e/ou constitucional, consideram-se integrados ao respectivo acórdão “os elementos que o embargante suscitou”.

Ou seja, opostos embargos de declaração, se consideraria fictamente analisada e rejeitada pelo acórdão embargado a tese sobre a qual não se manifestou o órgão jurisdicional ao inadmitir ou rejeitar os embargos declaratórios. As cortes de vértice poderiam assim conhecer do recurso e julgar o seu mérito, configurando nítido mecanismo de aceleração de julgamento, obtendo, conforme a Exposição de Motivos, “maior rendimento possível.

A hipótese apenas poderia se referir a elementos já trazidos aos autos, não podendo abranger questão nova, considerando-se que não se poderia ter por omissa o acórdão sobre questão que não lhe teria sido previamente submetida.¹¹⁵

¹¹³ Constou da exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil: “Significativas foram as alterações, no que tange aos recursos para o STJ e para o STF. O Novo Código contém regra expressa, que leva ao aproveitamento do processo, de forma plena, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou ao improvimento do recurso. Sendo, por exemplo, o recurso extraordinário provido para acolher uma causa de pedir, ou a) examinam-se todas as outras, ou, b) remetem-se os autos para o Tribunal de segundo grau, para que decida as demais, ou, c) remetem-se os autos para o primeiro grau, caso haja necessidade de produção de provas, para a decisão das demais; e, pode-se também, d) remeter os autos ao STJ, caso as causas de pedir restantes constituam-se em questões de direito federal. (...). Há dispositivo expresso determinando que, se os embargos de declaração são interpostos com o objetivo de prequestionar a matéria objeto do recurso principal, e não são admitidos, considera-se o prequestionamento como havido, salvo, é claro, se se tratar de recurso que pretenda a inclusão, no acórdão, da descrição de fatos. Vê-se, pois, que as alterações do sistema recursal a que se está, aqui, aludindo, proporcionaram simplificação e levaram a efeito um outro objetivo, de que abaixo se tratará: obter-se o maior rendimento possível de cada processo.” (Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 6 nov. 2022).

¹¹⁴ Esclareça-se que no texto desse dispositivo, então de nº 1.022 do Parecer nº 956/2014, constava a palavra *pleiteou*. No texto final, contudo, submetido à aprovação do Senado, a palavra foi substituída por *suscitou*. Cassio Scarpinella Bueno entendeu relevante essa circunstância, para fins de caracterização do *prequestionamento*: “pleitear sugere que haja nos embargos de declaração pedido para *fins de prequestionamento*, o que é, aliás, o que a prática forense consagra. *Suscitar*, por sua vez, que é o verbo afinal empregado, dá margem a entendimento mais brando no sentido de ser suficiente que o tema tenha sido tratado *en passant*, ventilado, como se costuma dizer, nos embargos de declaração.” (BUENO, op. cit., p. 669).

¹¹⁵ Conforme anota Luís Eduardo Simardi Fernandes, inadmissível ter-se por fictamente prequestionada questão nova, objeto dos embargos de declaração, pois: “E aqui não temos receio em afirmar a impossibilidade dessa introdução de questão nova, pois se o cabimento dos embargos “prequestionadores” está ligado à ocorrência de omissão na decisão, este vício inexistirá quando o órgão julgador deixar de se manifestar sobre questão federal ou constitucional que não foi anteriormente levantada pelas partes – ou seja, não estará se omitindo, o que poderia justificar a oposição dos embargos, pois não se manifestou sobre a questão porque isso não lhe foi pedido.” (FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 191).

A parte final do dispositivo ressalva, no entanto, que a caracterização do prequestionamento ficto apenas ocorreria se o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal entenderem “existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”, a respeito de elementos que a parte suscitou, nada obstante tenham sido não conhecidos ou rejeitados os embargos de declaração.

De tal modo, reconhecida a existência dos vícios de fundamentação a respeito desses elementos, não mais seria necessária a anulação do julgado, com a remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para que integrasse, aclarasse ou resolvesse contradição a respeito da questão federal ou constitucional a respeito da qual teria se omitido, quedado obscuro ou contraditório, proferindo nova decisão. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal estariam autorizados a conhecer da matéria e julgar diretamente a questão legal ou constitucional, conforme o caso.

A redação do dispositivo é incongruente. Menciona que se encontram incluídos no acórdão elementos que o embargante suscitou concernentes a “erro, omissão, contradição ou obscuridade”. Ou seja, sugere a possibilidade, não do órgão que prolatou a decisão viciada, regra que deflui do art. 1.024 do Código de Processo Civil, mas da corte de vértice, à qual foi submetido o recurso especial ou extraordinário, integrar, aclarar ou resolver tais vícios, em desvio de finalidade, tanto dos recursos especial e extraordinário em que veiculados, como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, vocacionados, repise-se, à análise de violações à lei e à Carta.¹¹⁶

Aliás, nesse sentido, a violação à lei ou à Carta não defluiria de uma manifestação do tribunal *a quo* a respeito da matéria – ainda que ficta – mas de uma dúvida decorrente da maneira em que redigida o acórdão, acometido de erro, contradição, obscuridade ou omissão. De outra sorte, ao mencionar “consideram-se incluídos”, o dispositivo parece referir-se unicamente à omissão, e não aos demais vícios de fundamentação, porque quando a esses, a redação do texto deveria mencionar “consideram-se resolvidos ou aclarados” tais vícios de erro, contradição ou obscuridade.

¹¹⁶ Teresa Arruda Alvim afirma nesse sentido que: “Parece então, que o legislador de 2015 permitiu ao órgão ad quem (ao Tribunal Superior) praticamente ‘julgar’ os embargos de declaração indevidamente inadmitidos ou improvidos, o que é, no mínimo incoerente com a preocupação demonstrada no art. 1.024, § 2º, segundo o qual, quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão unipessoal proferida em tribunal, não devem ser decididos pelo colegiado, mas pelo magistrado que a proferiu. Isto porque, é claro, este terá melhores condições de corrigir o erro (material), esclarecer a obscuridade, dissipar a contradição e suprir a omissão.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.211)

A redação do dispositivo é ainda atécnica ao mencionar vícios de fundamentação a respeito de *elementos*, sem especificar se tais elementos diriam respeito a questões fáticas e/ou jurídicas.

Teresa Arruda Alvim, em comentários ao dispositivo, entende que a regra vale também para a matéria fática, seja porque o legislador não distingue entre elementos de fato ou de direito, seja porque esse entendimento “dá mais rendimento ao dispositivo”, gerando um processo mais eficiente¹¹⁷.

Com efeito, muito embora tenha sido consolidado o entendimento de que se desvenda proibida, no âmbito dos recursos excepcionais, a revisão de matéria fático-probatória, conforme os enunciados das Súmulas de nºs. 7 do STJ e 279 do STF, cabe a tais Cortes verificar a adequação da subsunção dos fatos, tais quais descritos no acórdão impugnado, à norma que se diz infringida nas razões recursais. Nas palavras dessa autora, “o encaixe equivocado dos fatos no quadro normativo leva a uma solução equivocada, e isto pode ser corrigido pelos recursos excepcionais, porque se trata de *quaestio iuris*”.

De tal modo, entende Teresa Arruda Alvim que a ausência de completude da descrição fática no acórdão recorrido, “para que se possa, por exemplo, avaliar a sua correção, tratando-se de fatos sobre os quais não há divergência, pode ser resolvida a situação à luz do art. 1.025”¹¹⁸. Ressalva que só não o será se a solução jurídica depender de anterior acerto sobre a ocorrência de fatos, hipótese na qual Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça não terão condições de decidir.

Essa solução, contudo, ensejaria que, tanto o tribunal *a quo*, por meio de competência delegada, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em juízo de admissibilidade, tivessem que analisar matéria fático-probatória não constante do acórdão recorrido, para avaliar a existência dos mencionados vícios de fundamentação, para então tê-los por superados, e, assim, considerar prequestionada a matéria veiculada nos recursos submetidos a tais cortes, o que contrariaria a *ratio* do entendimento contido nas Súmulas 7/STJ e 279/STF – que justamente, vedam a análise de fatos e provas.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam a existência de *fictio juris* a respeito da matéria. O texto normativo passa a considerar inserida na decisão embargada a questão sobre a qual não se pronunciou o tribunal, e assim, a questão terá sido

¹¹⁷ Ibid., p.135.

¹¹⁸ ARRUDA ALVIM, op. cit., 2020, p.138.

decidida, cumprindo o requisito da Carta do art. 102, III ou 105, III. Continuam as observações de que por “*fictio juris* o STJ pode examinar *diretamente* a questão que deveria ter sido *efetivamente* decidida na instância estadual ou federal inferior, com notável economia de tempo e de atividade jurisdicional”.¹¹⁹

Mas, como anota Cassio Scarpinella Bueno¹²⁰, o dispositivo, tal como redigido “acaba por aprimorar o ritual de passagem” já existente sob a égide do ordenamento processual civil anterior, na medida em submete a parte à decisão dos tribunais superiores que, de outro lado, assumem o “ônus de definir o que foi e o que não foi suscitado para, verificando o que não foi decidido, embora indevidamente, entender cabíveis recursos que, de acordo com a Constituição federal, pressupõem *causa decidida*.”¹²¹

O recurso especial ou extraordinário, com efeito, haverá de ser veiculado pela transgressão ao art. 1.022 do Código de Processo Civil ou ao art. 93, IX da Carta, em razão da necessidade de confirmação, pela corte de vértice, de que realmente houve vício de fundamentação a respeito de questão que o tribunal *a quo* haveria de apreciar.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2292.

¹²⁰ BUENO, op. cit., p. 669.

¹²¹ Justamente por isso, afirma Cassio Scarpinella Bueno que: “em tais casos, o mais adequado é que o recurso especial (ou, até mesmo, o recurso extraordinário) fosse acolhido pela violação a algum inc. do art. 1.022, por haver nele *error in procedendo*, e que houvesse determinação para que outra decisão fosse proferida, com a superação ou a correção daqueles vícios.” (Ibid., p. 670).

Esse entendimento, com efeito, vem sendo consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹²² e do Supremo Tribunal Federal¹²³.

¹²² “A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.639.314/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª. Turma, DF, j. 04.04.2017, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 10.04.2017)

“Inviável a análise de violação de dispositivos de lei não prequestionados na origem, apesar da oposição de embargos de declaração, ante a incidência da Súmula nº 211/STJ. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação do art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que, uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei, o que não ocorreu no presente caso.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.990.435/SP (AgInt), rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª. Turma, Brasília DF, j. 14.11.2022, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 17.11.2022).

“Somente a indevida rejeição dos embargos de declaração opostos ao acórdão recorrido para provocar o debate da corte de origem acerca de dispositivos de lei considerados violados que versam sobre temas indispensáveis à solução da controvérsia autoriza o conhecimento do recurso especial em virtude do prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 do CPC, desde que, no apelo extremo, seja arguida violação do art. 1.022 do CPC, situação que autoriza o STJ a reconhecer o vício e, superando a supressão de instância, analisar o pedido.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 2.036.247/RS (AgInt), rel. Min. Joao Otávio de Noronha, 4ª. Turma, Brasília, DF, j. 14.11.2022, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 17.11.2022).

¹²³ “AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ELEITORAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PROPAGANDA IRREGULAR. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. 1. O Juízo de origem não analisou a questão constitucional veiculada, não tendo sido esgotados todos os mecanismos ordinários de discussão, inexistindo, portanto, o necessário prequestionamento explícito, que pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno constitucional versado no recurso. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. O prequestionamento de que trata o art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015 pressupõe a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão atacado pelo recurso extraordinário. 3. As ofensas à Constituição indicadas no recurso extraordinário são meramente indiretas (ou mediatas), o que inviabiliza o conhecimento do referido apelo. 4. Agravo interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 1.071.160/CE (AgInt), rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 9.3.2018, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 21.3.2018).

“AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DISSOCIAÇÃO DE FUNDAMENTOS. SÚMULA 284/STF. 1. O Juízo de origem não analisou a questão constitucional veiculada, não tendo sido esgotados todos os mecanismos ordinários de discussão, inexistindo, portanto, o necessário prequestionamento explícito, que pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno constitucional versado no recurso. Incidência da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A pura e simples oposição de embargos de declaração não basta para a configuração do prequestionamento. Tal somente se verificará caso o Tribunal recorrido tenha se omitido sobre ponto a respeito do qual estava obrigado a se manifestar. Inteligência do art. 1.025 do Código de Processo Civil. 3. A indicação, no recurso extraordinário, de norma completamente estranha ao que se decidiu no acórdão recorrido atrai o óbice da Súmula 284/STF, aplicável por analogia (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia). 4. Agravo Interno a que se nega provimento.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 1.118.678/ (AgInt), rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 8.6.2018, improvido, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 21.6.2018).

“É inviável o recurso extraordinário cuja questão constitucional nele arguida não tiver sido prequestionada. Incidência da Súmula 282/STF. Além disso, a tardia alegação de ofensa ao Texto Magno, apenas deduzida em embargos de declaração, não supre o prequestionamento. Precedentes. II - Conforme estabelecido no art. 1.025 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração só atendem ao requisito do prequestionamento se efetivamente houver erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. Precedentes. III - Para dissentir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos o que é vedado pela Súmula 279/STF e das normas infraconstitucionais pertinentes ao caso, sendo certo que eventual ofensa à Constituição seria apenas indireta. Precedentes. (...). VI - Agravo regimental a que se nega

Como anota Araken de Assis¹²⁴ em comentário a respeito desse dispositivo, as “objeções levadas à autêntica ficção traduzida na inclusão da questão suscitada nos embargos de declaração, mas ao fim e ao cabo, não decidida”.

A partir da edição do art. 1.025, passou-se a questionar se os enunciados de nºs 211/STJ e 282/STF não restariam superados. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, já se manifestou pela subsistência do entendimento cristalizado na Súmula nº 211, por não tê-lo como sendo conflitante com o texto do art. 1.025 do Código de Processo Civil. O Superior Tribunal Justiça vislumbrou a hipótese de o Tribunal *a quo* furta-se na análise da questão federal suscitada nas razões recursais, sem que a respeito se possa caracterizar a infringência ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, e, conseqüentemente o “prequestionamento ficto”, na hipótese em que “a Corte estadual encontrou fundamento suficiente para solucionar a controvérsia”¹²⁵.

Trata-se justamente da hipótese em que a pretensão da parte se escora em mais de uma causa de pedir, e o Tribunal *a quo* analisa e adota como razão de decidir apenas uma delas, considerando-a suficiente para a manutenção do julgado.

O entendimento, contudo, contraria o comando do art. 489, par. único, inc. IV, do Código de Processo Civil, que determina ao julgador que enfrente “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, sob pena de se ter por indevidamente fundamentado o *decisum*.

Não bastasse, o art. 1.034, par. único, do Código de Processo Civil determina que as cortes de vértice, tendo admitido o recurso especial ou extraordinário por um fundamento, ao julgarem o processo, conheçam dos demais fundamentos aptos a solucionar o capítulo impugnado: fundamentos esses, justamente a respeito dos quais, o julgado acima do Superior

provimento.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 1.239.351/SP (AgInt), rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 11.5.2020, improvido, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 15.5.2020).

¹²⁴ ASSIS, op. cit., p. 729.

¹²⁵ “Saliente-se que, conforme entendimento pacífico no âmbito deste Tribunal Superior, o reconhecimento da inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, bem como a aplicação da Súmula 211/STJ, não se apresenta contraditório, tendo em vista que a Corte estadual encontrou fundamento suficiente para solucionar a controvérsia. Falta às matérias, portanto, o indispensável prequestionamento. Outrossim, reitera-se, não se pode falar em prequestionamento implícito (ou ficto). Isso porque, nos termos do art. 1.025 do CPC/2015 (em razão de ter a insurgente suscitado anteriormente os artigos tidos por vulnerados, ter oposto os embargos de declaração na origem e trazer esses fundamentos no recurso especial, com alegação de violação ao art. 1.022 do CPC/2015), essa possibilidade necessita do reconhecimento, pelo STJ, de ter havido erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado, o que não ocorreu no presente caso.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.992.344/SP (AgInt nos EDcl), rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 22.11.2022, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 24.11.2022). No mesmo sentido Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.794.738/RJ (AgInt), rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DF, j. 19.8.2022, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 21.8.2022).

Tribunal de Justiça confere à corte de origem alforria na análise, inviabilizando, de outro lado, o conhecimento do recurso a esse respeito por ausência de omissão.

A inovação legislativa recebeu aplausos de parcela majoritária da doutrina que vislumbrou no art. 1.025 do Código de Processo Civil mecanismo tanto de segurança jurídica, diante da adoção explícita, pelo legislador, dos embargos declaratórios *prequestionadores* (considerando-se, como já exposto no capítulo anterior, a divergência que pairava a respeito da matéria, tanto entre Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, como ainda no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal), como de celeridade processual, diante da autorização para que as cortes de vértice procedessem ao conhecimento e julgamento da matéria a respeito da qual o Tribunal *a quo* houvesse se omitido, permanecido obscuro ou contraditório, sem a necessidade da parte pacientar a devolução do processo para rejuízo daquela corte de segunda instância, sujeitando-a a eventual recalcitrância no enfrentamento da questão indevidamente omitida.¹²⁶

O dispositivo, contudo, que estabelece como ficção a análise e rejeição pelo Tribunal *a quo* da questão federal e/ou constitucional esbarra no texto expresso da Carta, que prevê nos incisos III dos arts. 102 e 105, a instauração da competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal diante de “causas decididas”.

A aplicação do dispositivo esbarra ainda em questões outras e que dizem respeito à devolutividade restrita dos recursos ditos de estrito direito, como o são o recurso especial e o recurso extraordinário, bem como ao papel do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico, aos quais, justamente, na qualidade de cortes de vértice, não seria dado atuar como tribunais de terceira instância, tendo sua função alargada por lei ordinária, incursionando amplamente em fatos e provas da causa, de forma a revê-la

¹²⁶ Conforme Carreira Alvim: “Esse preceito resolve a divergência que se instaurou nos tribunais superiores, por ocasião do julgamento de recurso, especialmente os embargos de declaração prequestionadores, porque, muitas vezes, a parte embargante prequestionava, efetivamente, determinada questão jurídica, para viabilizar a interposição de eventual recurso especial ou extraordinário, mas o tribunal de origem “não esclarecia, eliminava, supria ou corrigia aquilo que o embargante pretendia.” (ALVIM, J. E. Carreira. *Recursos de Embargos no novo CPC*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017, p. 95).

Confira-se ainda: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.724; DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 16. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm. 2019. v.3, p. 379; MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1025 e STJ: prequestionamento ficto, pero no mucho. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>>. Acesso em: 06 nov. 2022; CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1538-1539; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 540-541.

em suas dimensões vertical e horizontal, para fins de aferição de elementos a respeito dos quais o Tribunal *a quo* teria incorrido em erro, omissão, obscuridade ou contradição, para constatar a existência de prequestionamento ficto e então, poder proceder ao conhecimento e provimento dos recursos submetidos a tais cortes.

Ilustrativo nesse sentido é o fato do Superior Tribunal de Justiça, em numerosos julgados mencionar que o que o art. 1.025 propicia é justamente a “supressão de grau”.¹²⁷

Essa questão se torna mais sensível quando se verifica que a redação do art. 1.025 conjugada com a dos art. 933¹²⁸ e 1.034¹²⁹ do Código de Processo Civil, possibilitaria uma ampla devolução atinente a questões de matéria federal e constitucional não enfrentadas pelas cortes de segunda instância, e, eventualmente, sequer objeto das razões recursais, e, ainda, não apenas de direito, mas também de fato.

E é por isso que se defende a inconstitucionalidade desse dispositivo de lei federal, considerando-se o indevido alargamento, por meio de lei ordinária das competências constitucionais de tais cortes.

Tudo isso ainda em conflito com a crescente objetivação não apenas do recurso extraordinário, como também do recurso especial e a tentativa de racionalização das atividades desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça mediante a crescente adoção de filtros e de mecanismos destinados à uniformização, estabilidade e eficiência dos julgados dessas cortes, a exemplo do regime de precedentes legalmente vinculantes.

Se, com efeito, tais mecanismos visam igualmente diminuir a sobrecarga de processos que submetidos a Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, com a aceleração de seus julgamentos, não parece que a “supressão de grau” propiciada pelo art.

¹²⁷ “Importante assinalar que o prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 do CPC/2015, só é admissível quando, após a oposição de embargos de declaração na origem, a parte insurgente suscitar violação ao art. 1.022 do mesmo diploma, porquanto somente dessa forma é que o órgão julgador poderá verificar a existência do vício e proceder à supressão de grau, providência não adotada no recurso especial apresentado.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.893.222/GO (AgInt), rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª. Turma, DF, j. 19.9.2022, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 21.9.2022). No mesmo sentido: Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.639.314/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª. Turma, DF, j. 04.04.2017, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 10.04.2017.

¹²⁸ Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

¹²⁹ Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.”

1.025, para a transferência a tais cortes de matérias que deveriam ter sido dirimidas em segundo grau atenda a esse desiderato.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Cumpra primeiramente destacar a inconstitucionalidade do art. 1.025 do Código de Processo Civil.

Como mencionado no capítulo precedente, ao editar esse dispositivo, o legislador disciplinou a possibilidade de configuração do prequestionamento, por meio da caracterização de erro, omissão, contradição ou obscuridade por parte do tribunal *a quo* em analisar matéria constitucional ou infraconstitucional que lhe foi submetida.

Ao assim fazer, acaba por atribuir às cortes de vértice não apenas a competência para o conhecimento de “causas decididas”, como dizem os incisos III dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, mas também o de causas decididas, a partir justamente de uma “ficção” estabelecida em lei.

Essa disposição não se encarta expressamente nas competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cuja disciplina é fixada pelo legislador constituinte originário. Assim, não poderia a legislação infraconstitucional pretender conferir novas competências a tais cortes, a par daquelas explicitamente delineadas pelo texto constitucional.

Como salientou o Ministro Celso de Mello¹³⁰, em julgado a respeito da prerrogativa de foro, por revestir-se a competência do Supremo Tribunal Federal “de extração constitucional - submete-se, por isso mesmo, a regime de direito estrito”. De tal modo, conforme o Ministro Celso de Mello, a competência do Supremo Tribunal Federal “não pode ser ampliada, nem restringida, por legislação meramente comum (ordinária ou complementar), sob pena de frontal desrespeito ao texto da Lei Fundamental da República”.

Nesse mesmo julgado, o Ministro Celso de Mello invocou em arrimo ao seu entendimento o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Marbury v. Madison*, no qual se estabeleceu que, como o delineamento constitucional das competências dessa Corte havia sido concebido pelos *Founding Fathers*, havia limitação de, por meio de legislação ordinária, realizar-se ampliações dessas mesmas competências,

¹³⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RCL 2.657/DF (MC), rel. Min. Celso de Mello, 2ª. Turma, Brasília, DF, j. 21.06.2004, concedida liminar, unânime, *Diário de Justiça*, Seção I, 25.6.2004.

protegidas que estavam de indevidas ingerências por parte do Poder Legislativo daquele país¹³¹.

Conforme estatui Thomas Cooley, a “Constituição é uma outorga de poderes”, a “Constituição é a medida e a distinção dos poderes conferidos”¹³². Como corolário, consigna que: “as palavras afirmativas da Constituição que declaram quais casos em que o Supremo Tribunal terá jurisdição ordinária, devem interpretar-se negativamente a respeito de todos os demais outros casos”¹³³.

Ainda naquele julgado sobre a prerrogativa de foro, o Ministro Celso de Mello reportou-se também à decisão histórica do próprio Supremo Tribunal Federal, datada de 17 de agosto de 1895, mediante a qual, já naquela época, se advertia não ser lícito ao Congresso Nacional, mediante atividade legislativa comum, ampliar, suprimir ou reduzir a esfera de competência da Corte Suprema, “pelo fato de tal complexo de atribuições jurisdicionais derivar, de modo imediato, do próprio texto constitucional”. Naquela feita, o Supremo Tribunal Federal proclamou a “impossibilidade de tais modificações por via meramente legislativa, *por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do Tribunal.*”¹³⁴

Em igual sentido, a respeito da “ideia de taxatividade constitucional das competências originárias dos tribunais superiores”, o Ministro Alexandre de Moraes¹³⁵, após citar o mencionado *Marbury vs. Madison* e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a

¹³¹ “Vale mencionar, neste ponto, a observação feita por Bernard Schwartz (*A Commentary on the Constitution of the United States*, Part I, p. 367, n. 143, 2. ed., 1963, The Macmillan Company, New York), a propósito do alto significado político-jurídico de que se revestiu a decisão proferida em *Marbury v. Madison*: ‘Even more important, as a consequence of the original jurisdiction of the highest Court being derived from the basic document itself, is the placing of such jurisdiction beyond Congressional control. This has been settled ever since *Marbury v. Madison*. The statute held unconstitutional there was one which was construed as vesting the Supreme Court with the original jurisdiction to issue *writs of mandamus*. Chief Justice Marshall rejected the contention that, since the organic clause assigning original jurisdiction to the high bench contained no express negative or restrictive words, the power remained in the legislature to assign original jurisdiction in that Court in cases other than those specified. On the contrary, said Marshall, a negative or exclusive sense must be given to the cases of original jurisdiction spelled out in Article III. (...). The statute at issue in *Marbury v. Madison*, was ruled invalid because it sought to give the Supreme Court original jurisdiction in a case not specified by Article III. Under *Marbury v. Madison*, then, the Congress may not enlarge the original jurisdiction of the high bench. But the reasoning of that great case applies with equal force to legislative attempts to restrict the Supreme Court’s original jurisdiction. The constitutional definition of such jurisdiction deprives Congress of any power to define it. The legislative department may neither extend nor limit the terms of the organic grant.’ (grifei)” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RCL 2.657/DF (MC), rel. Min. Celso de Mello, 2ª. Turma, Brasília, DF, j. 21.06.2004, concedida liminar, *Diário de Justiça*, Seção I, 25.6.2004).

¹³² COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução: Alcidez Cruz. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 28

¹³³ *Ibid.*, p. 134.

¹³⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Acórdão n. 5, rel. Min. José Hygino, j. 17.8.1895.

¹³⁵ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 38. ed. rev., atual. e ampl., Barueri: Atlas, 2022. p. 643.

respeito da matéria, destaca que a competência do Supremo Tribunal Federal qualifica-se como “um complexo de atribuições jurisdicionais de *extração essencialmente constitucional*, não comportando a possibilidade de extensão, que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus* pelo rol inscrito no art. 102”.

O mesmo entendimento, com efeito, por simetria, aplica-se ao caso do Superior Tribunal de Justiça, considerando-se que, tal como o Supremo Tribunal Federal, a sua competência encontra-se estabelecida na Carta, no art. 105.¹³⁶

Prevalece, com efeito, no nosso ordenamento jurídico, o princípio da hierarquia. Constituição, leis, decretos, tratados, regulamentos e outros diplomas não se situam num mesmo plano de horizontalidade, e sim num plano de verticalidade. Como destaca J.J. Gomes Canotilho¹³⁷:

A função ordenadora dos actos normativos não assenta apenas numa hierarquização dos mesmos através de relações supra-infra-ordenação, mas também numa divisão espacial de competências. O princípio hierárquico acentua o carácter de limite negativo dos actos normativos superiores em relação aos actos normativos inferiores; o princípio da competência pressupõe antes uma delimitação positiva, incluindo-se na competência de certas entidades a regulamentação material de certas matérias.

Assim, invocando-se o que J.J. Gomes Canotilho denominou como “blocos de competências reservadas de determinadas matérias”¹³⁸, não poderia o legislador ordinário ampliar as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, fixadas na Constituição Federal – essa pretensão haveria de viabilizar-se por meio de emenda à Constituição.

Assim foi feito quando se quis instituir a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, de arguições de

¹³⁶ Como anota Alexandre de Moraes: “Essa extensão de competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento de ações de improbidade administrativa das autoridades descritas nos arts. 102 e 105 da Carta Magna fere, frontalmente, não só o princípio do juiz natural e uma das regras clássicas do Direito constitucional (“taxatividade constitucional das competências da Corte Suprema), nascida em 1803, como também a pacífica interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a definição taxativa de competência da Corte Suprema e do STJ, previstas nos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional.” (MORAES, op. cit., p. 651)

¹³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 694-695.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 695.

descumprimento de preceito fundamental¹³⁹; quando se modificou a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de recurso extraordinário e de recurso especial em decorrência da alteração das alíneas “d” e “b” dos incisos III dos arts. 102 e 105, respectivamente; quando se atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para a edição de súmulas vinculantes; e instituiu o caráter vinculante às decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental; quando se estabeleceu como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a repercussão geral da matéria constitucional¹⁴⁰; por fim, quando se instituiu como requisito de admissibilidade do recurso especial a relevância das questões federais suscitadas¹⁴¹.

De tal modo, o art. 1.025 padece de vício de inconstitucionalidade formal. Tais vícios, conforme leciona J.J. Gomes Canotilho:

incidem sobre o acto normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma de sua exteriorização; na hipótese de inconstitucionalidade formal, viciado é o acto, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.¹⁴²

De outro lado, nem se argumente que tratar-se-ia a disposição do art. 1.025 de mera explicitação, por meio de lei, de hipótese outra de prequestionamento, para fins de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial.

Também aí haveria inconstitucionalidade formal, porque não é dado às leis ordinárias impor determinada interpretação à Constituição.

Com efeito, J.J. Gomes Canotilho¹⁴³, a respeito do que denominou “princípio básico sobre a produção jurídica”, destaca que “nenhuma fonte pode criar outras fontes com eficácia igual ou superior à dela própria. Apenas pode criar fontes de eficácia inferior”. Leciona que:

¹³⁹ Emenda Constitucional n.º 3 de 117, de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1. Acesso em: 06 nov. 2022.

¹⁴⁰ Emenda constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5.º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art9. Acesso em: 06 nov. 2022.

¹⁴¹ Emenda constitucional n.º 125, de 14 de julho de 2022. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm#art1. Acesso em: 06 nov. 2022.

¹⁴² CANOTILHO, op. cit., p. 949.

¹⁴³ Ibid., p. 696.

este princípio básico desdobra-se em várias proposições: (1) nenhuma fonte pode atribuir a outra um valor de que ela própria não dispõe; (2) nenhuma fonte pode atribuir à outra um valor idêntico ao seu; (3) nenhuma fonte pode dispor do seu próprio valor jurídico, acrescentando-o ou diminuindo-o; (4) nenhuma fonte pode transferir para actos de outra natureza o seu próprio valor jurídico.

Disso decorre que sequer a lei não poderia pretender atribuir uma interpretação ao conceito de “causas decididas”, pois estando previsto na Carta, somente ato de igual valor (a saber, de teor constitucional), poderia fazê-lo.

Ainda valendo-se das lições de J. J. Gomes Canotilho¹⁴⁴, serão inconstitucionais regulamentos interpretativos de lei que se arrogarem interpretação autêntica da lei “mesmo se a lei expressamente autorizar”, pois isso “violará princípio da hierarquia e o princípio da prevalência da lei”, na medida em que “interpretação autêntica só pode ser feita por acto legislativo de igual valor”.

Carlos Maximiliano já destacava que autêntica é a “interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance declara”¹⁴⁵.

No mesmo sentido, Jorge Miranda¹⁴⁶ anota a respeito da matéria que interpretação autêntica só pode ser feita “por lei com força constitucional – ou seja, em Constituição rígida, por lei decretada pelo processo peculiar de revisão, e não de lei ordinária”:

Pode, não raro, a lei ordinária interpretar as disposições constitucionais regulamentando-as ou tornando-as exequíveis, e, de outra sorte, concretizando e desenvolvendo o seu conteúdo; mas ainda que se pretende vocacionada para conferir um sentido “correcto” ou “autêntico” a certa e determinada norma constitucional, a lei ordinária não tem capacidade ou força jurídica para tal e está ela própria sujeita ao juízo de inconstitucionalidade (e à interpretação que este pressupõe) a cargo dos órgãos de fiscalização competentes.

Assim, em caso de desbordamento ou incompatibilidade entre o previsto na Carta e a lei que pretende lhe outorgar sentido, Thomas Cooley destaca que “como o poder

¹⁴⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 696.

¹⁴⁵ “Portanto, só uma Assembleia constituinte fornece a exegese obrigatória do estatuto supremo; as Câmaras, a da lei em geral, e o Executivo, dos regulamentos, avisos, instruções e portarias. O regulamento pode esclarecer o sentido da lei e completá-lo; mas não tem o valor de interpretação autêntica a oferecida por aquele, ou por qualquer outro ato ministerial: os tribunais tomam conhecimento das dúvidas levantadas sobre a correção da exegese constante de um regulamento, e, se lhes parecerem procedentes, fulminam o mesmo, consideram-no írrito e nulo, por incompatível com a lei a que se refere.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 72).

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983, v. II, p. 231.

legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu”.¹⁴⁷

Carlos Maximiliano ressalva ainda que, mesmo quando admissível a lei interpretativa, “o seu ato, embora reprodutivo e explicativo de outro anterior, é uma verdadeira norma jurídica”.

Trata-se, no seu entender, de “nova regra, semelhante à primeira e desta modificadora, porém de modo quase imperceptível”. Em vista disso, salienta a dificuldade em se distinguir a mera interpretação da verdadeira inovação.^{148 149}

Assenta o Supremo Tribunal Federal que, nessa qualidade, sujeita-se ao controle de constitucionalidade. Anote-se que, por ocasião do julgamento da ADIn 605/STF¹⁵⁰, o relator Ministro Celso de Mello, após destacar que a edição de leis interpretativas constitui “atividade anômala e virtualmente estranha à tipicidade das atribuições político-jurídicas dos órgãos incumbidos de legislar”, censurou a pretensão da lei de “impor, como seu objetivo imediato, uma interpretação da Constituição: aí, a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior.”¹⁵¹

Sob essa ótica – inovação no direito positivo – também desvenda-se inadmissível o art. 1.025, porque a lei não poderia inovar, para expandir ou divergir do conteúdo previsto em diploma hierarquicamente superior, impondo como seu objeto imediato, uma interpretação do texto da Constituição¹⁵².

¹⁴⁷ COOLEY, op. cit., p. 171

¹⁴⁸ MAXIMILIANO, op. cit., p. 75.

¹⁴⁹ Voto proferido na ADIn 2.605/DF.

¹⁵⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADIn 2.605/DF (MC), rel. Ministro Celso de Mello, Pleno, Brasília, DF, j. 23.10.1991, indeferiram, v.u., *Diário de Justiça*, Seção I, 5.3.1991.

¹⁵¹ Esse entendimento restou reiterado na ADIn 2.797/DF: “Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI 2.279/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, Brasília, DF, j. 15.9.2005, provida, maioria, *Diário da Justiça*, Seção I, 19.12.2006, p. 37).

¹⁵² “A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito

Há inconstitucionalidade formal, insíta a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior.

De tudo resulta, que a lei ordinária que pretenda impor determinada inteligência da Constituição – como a caracterização do prequestionamento de modo ficto – seria formalmente inconstitucional.

Por fim, não se pode admitir tratar-se de norma integrativa. A previsão de prequestionamento ficto não supre uma lacuna constitucional nem há previsão explícita na Carta que autorize a extensão do conceito de causas decididas, e, por consequência, a extensão da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para julgar, por meio de recurso extraordinário e de recurso especial, hipóteses de vulneração “fictícia” da norma constitucional e infraconstitucional.

No ponto, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do Ministro Roberto Barroso destacou que ainda que se admita em casos excepcionais, individualmente considerados, a interpretação ampliativa de competências do Supremo Tribunal Federal, isso só poderia ocorrer em caso de “lacuna constitucional evidente”. E ainda assim, quando não implique violação a “uma evidente opção política do poder constituinte originário”, inclusive sob pena de agudizar “as sérias dificuldades [das cortes de vértice] para exercerem as suas competências originárias de forma célere e efetiva”¹⁵³

no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa, competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pet 1.738/MG (AgInt), rel. Ministro Celso de Mello, Pleno, Brasília, DF, j. 10.9.1999, negaram provimento, unânime. *Diário da Justiça*, Seção I, 10.10.1999, p. 42.)

“A questão da prerrogativa de foro — achando-se intimamente associada ao postulado do juiz natural — constitui expressiva garantia de ordem processual outorgada pela Carta da República a quem sofre, em juízo, a persecução penal instaurada pelo Estado. A definição constitucional das hipóteses de prerrogativa de foro *ratione materiae* representa elemento vinculante da atividade de persecução criminal exercida pelo Poder Público. É que o Estado não pode desconsiderar essa garantia básica que predetermina, em abstrato, os órgãos judiciários investidos de competência funcional para a apreciação de litígios penais que envolvam determinados agentes públicos. O princípio da naturalidade do juízo — que reflete noção vinculada às matrizes político ideológicas que informam a concepção do Estado Democrático de Direito — constitui elemento determinante que conforma a própria atividade legislativa do Estado e que condiciona o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter persecutório em juízo.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 77.313/MG (AgInt), rel. Ministro Celso de Mello. 1ª Turma, Brasília, DF, j. 23.4.1996, negaram provimento, unânime. *Diário da Justiça*, Seção I, 17.5.1996, p. 16.343).

¹⁵³ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pet 3.240/DF (AgInt), rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, Brasília, DF, j. 10.5.2018, negaram provimento, maioria. *Diário da Justiça eletrônico* 22.8.2018.

De tal modo, entende-se pela inconstitucionalidade formal do art. 1.025 do Código de Processo Civil, seja porque a lei ordinária não pode pretender alargar as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, fixadas na Carta; seja porque a lei não pode pretender expandir, integrar ou divergir do conteúdo de texto constitucional, para igualmente alargar as competências das cortes de vértice.

Ora, considerando-se o exposto em capítulo precedente a respeito da instituição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e das funções que tais cortes pretendem desempenhar por meio dos recursos de estrito direito, revela-se consentânea a opção do controle interpretativo a partir de “causas decididas”, como se explicitará com mais vargar em capítulo adiante.

Destaque-se ainda que o dispositivo desvenda-se incongruente com a transmutação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em Cortes Supremas, por meio de julgamentos prospectivos com a fixação de orientações com vinculante força legal, e a tendência de objetivação dos recursos extraordinário e especial, do que é reflexo a instituição dos requisitos de admissibilidade recursal relativos à repercussão geral e à relevância da matéria arguida. É o que se passa a expor a seguir.

4. DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR DE JUSTIÇA

Conforme explanado em capítulo anterior, por meio do recurso extraordinário e do recurso especial, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça buscam definir e assegurar a unidade de interpretação da norma constitucional e legal, respectivamente.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁴ esclarece que tais cortes são órgãos de superposição, constituídos como centros de convergência, no âmbito das quais, mediante última palavra, procede-se à unificação da jurisprudência e preservação da autoridade do ordenamento jurídico nacional, evitando dispersão interpretativa eventualmente incorrida pelos tribunais regionais federais e dos estados.

Em obra clássica sobre a cassação civil, Piero Calamandrei¹⁵⁵ anota que Corte e recurso constituem um binômio cujos termos não podem ser separados sem que percam, um e outro, seu respectivo significado. Se tanto a Corte apenas pode desempenhar o seu papel constitucional por meio de provocação pela via do recurso, igualmente este apenas se justifica enquanto via apta ao desempenho, pela Corte, desse mesmo papel.

As Cortes de vértice desempenham, por meio dos recursos a elas dirigidos, as funções nomofilática, uniformizadora, dikelógica e paradigmática. As duas primeiras são tidas como funções clássicas de órgãos de cúpula, enquanto que as duas últimas são consideradas funções contemporâneas.

Esclarecem Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹⁵⁶ que são funções contemporâneas, porque, muito embora não tenham sido planejadas pelos mentores dos dois grandes modelos de tribunais de cúpula ou de vértice – a Corte Suprema dos Estados Unidos da América e a Corte de Cassação da França – revelaram-se, quando o exercício das

¹⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017. v.1, p. 551-552 e 643.

¹⁵⁵ “El recurso de casación es un medio de impugnación cuyas condiciones están establecidas por la ley procesal de modo que provoquen de parte de la corte de casación un cierto reexamen limitado, correspondientes a sus especiales fines constitucionales. Corte de casación y recurso de casación, constityen, por tanto, un binômio cuyos términos no pueden ser aislados sin que pierdan el uno y el otro gran parte de su significado respectivo. (...). El recurso de casación sólo és concebible como instrumento de este supremo órgano judicial, que sólo a través de las decisiones sobre los recursos puede ejercer su función”. (CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Tradução: Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 11)

¹⁵⁶ ARRUDA ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 327.

atribuições [dessas cortes] ganhou dinamismo, constituindo-se em consequências, às vezes problemáticas, não antevistas.”

A função nomofilática é aquela por meio da qual se busca a interpretação exata, única e verdadeira da lei, de forma a garantir a certeza e estabilidade jurídica^{157 158}.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹⁵⁹, apontando para a evolução da ideia do juiz como a “bouche de la loi”, “assumindo uma ideia de realização da ordem jurídica tomada holisticamente”, defendem a existência de uma *nomofilaquia dialética* ou *tendencial*, mediante a utilização de processos hermenêuticos e dialéticos, para que, a partir da análise de múltiplas possibilidades de interpretações, atinja-se a que melhor equacione a lide¹⁶⁰.

Piero Calamandrei já sublinhava como função “exemplar” da Corte de Cassação formular resoluções de direito extensíveis a todos os casos similares, promovendo a unificação da interpretação, imposta para casos sucessivos.¹⁶¹

No que tange à função uniformizadora, esta se reportaria à *uniformidade interpretativa*, impedindo ofensas à igualdade e à legalidade, de modo que se tenha uma única interpretação *correta* da lei, diante de mesmas condições fáticas.¹⁶²

¹⁵⁷ AZZONI, Clara. *Os recursos especial e extraordinário no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

¹⁵⁸ A função nomofilática (*nomofilaquia*, em italiano) é palavra derivada dos vocábulos gregos *nomos* e *phylássa*, a significar, respectivamente, lei e guarda, em vernáculo: “L’idea stessa di *nomofilachia* esprime dunque l’idea di stabilità e certezza ad opera di un elevato e imparziale corpo di tecnici del diritto. Letteralmente significa *custodia delle norme*, cioè salvaguardia dalle loro alterazioni. Nella Grecia classica si riferiva al compito di un’apposita magistratura, in alcune póleis deputata al preventivo vaglio di costituzionalità delle leggi, perché molto ci si preoccupava della saldezza delle norme necessaria ai complessi traffici mercantili”. A própria ideia de *nomofilachia*, portanto, expressa a ideia de estabilidade e certeza por um alto e imparcial corpo de técnicos jurídicos. Literalmente significa “custódia das normas”, ou seja, resguardando-se de suas alterações. Na Grécia clássica, referia-se à tarefa de um judiciário especial, em algumas pólis delegada ao escrutínio prévio da constitucionalidade das leis, pois muito se preocupava com a solidez das regras necessárias para o complexo comércio mercantil”. (SEVERINI, Giuseppe. La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia. In: *Federalismi.it*. n. 19/2018, p. 5. Disponível em: <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2018/10/La-sicurezza-giuridica-e-le-nuove-implicazioni-della-nomofilachia.pdf>. Acesso em: 2.dez. 2022).

¹⁵⁹ ARRUDA ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 309-310.

¹⁶⁰ “Perciò, essendo si sempre più precisato che la certezza del diritto non significa immutabilità, la nomofilachia alla quale tende il giudice di legittimità viene intesa non come assoluta, ma come relativa e aperta al cambiamento (ché, peraltro, il dubbio dell’interprete è altrettanto importante quanto le sue certezze). In tal modo la “cultura del precedente” si pone in una linea di evidente continuità con una concezione dialettica della nomofilachia, che, nella autorevole opinione di alcuni magistrati della Corte, era effettivamente voluta sin dagli anni ottanta e configurava l’efficacia del precedente, non tanto come *autorictas*, quanto come il risultato di una sintesi diretta a garantire alla collettività una stabilità “relativa” delle decisioni.”. (MORCAVALLO, Ulpiano. Sistema di principi e tutela dei diritti. In: ____; IANNIRUBERTO, Giuseppe (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*. II edizione. Milano: Giuffrè, 2010, p. 14).

¹⁶¹ CALAMANDREI, op. cit., p. 18.

¹⁶² ARRUDA ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 320-321.

Passando às funções contemporâneas, a *dikelógica*, palavra formada pelos radicais gregos *dike* (“justiça”) e *lógiko* (“relativa à razão”), está direcionada, nas palavras de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹⁶³, “à busca da justiça do caso levado aos tribunais, com a correta aplicação do direito”. Justamente, por isso, alertam, trata-se de função relacionada à tutela do *ius litigatoris* frente ao *ius constitucionais*, aquele mais presente em sistemas de países que adotam o reenvio, ao invés da revisão.

E, por fim, a função *paradigmática*, por meio da qual, ainda que em países de *civil law*, nos quais as decisões de órgãos de cúpula não gozem efeito vinculativo obrigatório, servem elas de orientação para os órgãos jurisdicionais inferiores, contribuindo igualmente para a estabilidade, previsibilidade e igualdade do sistema¹⁶⁴.

Por meio do recurso extraordinário e do recurso especial, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça vêm desempenhando tais funções, em combinações em que, ao longo do tempo, sobressairam umas em detrimento de outras.

No que tange à função nomofilática, recurso extraordinário e recurso especial visam resolver a contrariedade à Constituição ou à lei federal, incorrida por parte dos tribunais de segunda instância, destinando-se assim a preservar e conservar a higidez e correta interpretação da norma jurídica (*ius constitutionis*), preservando-se a segurança jurídica.

A função uniformizadora, embora decorrendo, em grande medida da função nomofilática, é especialmente prevista na Carta, na alínea “c” do inciso III do art. 105, que estabelece como hipótese específica de cabimento do recurso especial, a existência de dissídio interpretativo a respeito de leis em idêntica moldura fática. Assim, cabe recurso especial quando o acórdão recorrido “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Como esclarece Flavio Cheim Jorge¹⁶⁵, no regime federalista adotado no Brasil, trata-se de função especialmente necessária para conter a dispersão interpretativa decorrente da aplicação da norma pelos diferentes tribunais estaduais e federais, comprometendo a segurança jurídica e a igualdade perante a lei norma.¹⁶⁶

¹⁶³ Ibid., p. 328-329, grifos dos autores.

¹⁶⁴ AZZONI, op. cit., p. 26.

¹⁶⁵ JORGE, Flavio Cheim. Função e técnica do julgamento do recurso especial e extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 295, p. 165-192, set. 2019.

¹⁶⁶ Conforme José Saraiva: “no sistema federativo, a lei representa o liame que une todos os entes federados e, por isso, ela deve ter primazia no ordenamento jurídico nacionalmente aplicado. Do contrário, caso fosse facultada a cada unidade federada a livre interpretação das normas nacionais pelos Poderes locais, ter-se-ia a

Embora se atribua, por meio dos recursos extraordinário e especial, a função dikelógica a tais Cortes, essa função atua na medida em que seja possível a igual atuação das demais funções¹⁶⁷.

A função dikelógica, com efeito, vem sendo mitigada a partir da instituição dos requisitos da repercussão geral e da relevância da matéria infraconstitucional (que visam enfatizar nos recursos extraordinário e especial, respectivamente, o aspecto público, autorizando-se ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a avaliação das matérias a respeito das quais julguem conveniente debruçar-se, muito embora segundo parâmetros determinados pela Carta e regulamentados pela lei), com especial prestígio às funções nomofilática, uniformizadora e paradigmática.

A criação do requisito da repercussão geral visa reconduzir o recurso extraordinário aos seus fins precípuos, devolvendo ao Supremo Tribunal Federal a autodeterminação em relação à sua tarefa de última instância do controle difuso de constitucionalidade. De igual maneira ocorre com o recurso especial a partir da instituição da relevância da matéria infraconstitucional, na medida em que última instância de controle da interpretação da lei federal.

É de se destacar a esse respeito, que configuram hipótese específica de repercussão e de relevância, os casos em que acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante dessas respectivas cortes (art. 1.035, § 3º, inc. I do Código de Processo Civil e art. 105, § 3º, inc. V da Carta), enfatizando-se as funções nomofilática e uniformizadora.

No que tange à última função - a paradigmática – essa se faz especialmente evidente a partir da instituição pelo Código de Processo Civil do sistema de “precedentes” formalmente vinculantes e uma progressiva abstração ou objetivação de tais recursos. Já o era sentida no âmbito do Código de Processo Civil anterior, sendo de se ressaltar a instituição da súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de modo a atribuir aos enunciados das súmulas da jurisprudência dominante dessa corte, eficácia vinculante e

“estadualização” do direito federal. Donde decorre a necessidade de existirem tribunais nacionais para assegurar a validade uniforme das leis federais para todos os cidadãos a ela sujeitos.” (SARAIVA, José. *Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 88).

¹⁶⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso anota que tais recursos têm conotação “bifronte”, ou seja, a parte ao acenar com a violação a dispositivo de lei federal ou da Constituição permite a tais cortes que, em provendo o recurso, ao mesmo tempo em que solucionem a relação jurídica individual preservem a integridade da ordem jurídica: “tais recursos permitem à Corte superior desempenhar, a um tempo, as funções nomofilática (defesa da ordem normativa) e dikelógica (resolução justa do caso concreto)”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 161).

obrigatória não só para todos os órgãos do Poder Judiciário, mas também para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Christoph A. Kern¹⁶⁸ anota que, diante de múltiplas teorias e diferentes abordagens, torna-se tarefa árdua distinguir o papel das cortes de vértice (ou supremas). Dentre os critérios distintivos clássicos, encontra-se justamente a análise das funções e características dos recursos a elas submetidos, especialmente se são disponíveis ao interesse privado e/ou ao interesse público, e, como corolário, a ênfase imprimida na igualdade na aplicação da lei, no desenvolvimento do direito, e, conseqüentemente, nas conseqüências ao sistema recursal, pela primazia ou adoção de quaisquer desses modelos, como, por exemplo, a existência de restrições de acesso às cortes de vértice¹⁶⁹.

No mesmo sentido, Elisabetta Silvestri¹⁷⁰ anota que o modelo de cortes de vértice perpassa pelas funções que tais cortes desempenham no sistema jurídico e pelo âmbito e

¹⁶⁸ KERN, Christoph A. O papel das Cortes Supremas. Tradução: Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochem. *Revista dos Tribunais*, v. 948, a. 103, p. 47-76, out. 2014, p. 47.

¹⁶⁹ A respeito da função dos Tribunais Superiores, Daniel Mitidiero destaca a existência de três fases históricas distintas: “Num primeiro momento, partindo-se do modelo do Tribunal de Cassação revolucionário francês, origem dos nossos tribunais de estrito direito, outorgava-se ao Tribunal apenas a defesa da lei em abstrato (o art. 19 da Constituição de 1791 dizia-o expressamente, referindo que o seu controle dirigia-se unicamente à *contravention expresse au texte de la loi*), sendo-lhe vedado o conhecimento do mérito da causa. Cumpria-lhe uma ineludível função política, tendo estrutura de órgão judicial, mas alocação acessória do Legislativo. O substrato teórico que lhe animava estava, como é notório, em Montesquieu: imaginava-se a função judiciária mesmo como “la bouche qui prononce les paroles de la loi”. Reconhecido, porém, que a atividade judicial envolve uma necessária interpretação da legislação, a função dos tribunais supremos acabou adquirindo um novo endereço: o objetivo desse controle voltou-se à uniformização da jurisprudência. A corte de cassação italiana no início do século XX, ilustra bem esse ponto. (...) O controle sobre os casos decididos (ou, como prefere a nossa Constituição, sobre as “causas decididas em única ou última instância”, art. 102, III) aparece apenas em um terceiro momento. Passa-se a colimar às Cortes Supremas não mais o simples objetivo de uniformizar a jurisprudência, antes lhe assinalando o fito de outorgar unidade ao direito.” (MITIDIERO, Daniel. *Relevância no recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 13 e 14).

¹⁷⁰ “Ciò che qualifica ogni modello di corte suprema è, in realtà, la funzione che la corte concretamente svolge nel sistema giurisdizionale in cui è incardinata, e, conseqüentemente, l’ambito e le finalità del controle esercitato nei confronti dei giudici sottordinati e delle loro decisioni. Da un punto di vista teorico, il catalogo delle funzioni che si possono attribuire ad una corte suprema, pur non essendo illimitato, spazia tra due concezioni antitetiche: da un lato, la concezione che riconosce alla corte il ruolo di garante ultimo della correttezza delle decisioni rese nei singoli casi concreti e, dall’altro lato, la concezione che le assegna un compito da svolgere nell’interesse oggettivo dell’ordinamento attraverso il controllo esercitato in ordine all’uniforme interpretazione delle norme vigenti. Si tratta, ovviamente, di due concezioni che riflettono un diverso modo di concepire il ruolo della corte suprema: la prima fa della corte un organo al servizio degli individui e del loro interesse ad ottenere la *giusta* decisione delle controversie che li coinvolgono, mentre la seconda vede nella corte il difensore per eccellenza di un interesse superiore, ossia quello al mantenimento dell’unità del diritto positivo ed all’attuazione del principio di uguaglianza nell’applicazione delle norme. Si può quindi parlare di una funzione “privata” della corte suprema, e di una funzione “pubblica”, a seconda che si adotti l’una o l’altra concezione del ruolo che le è próprio. Dal livello astratto della teorizzazione si può poi scendere al livello di una verifica concreta, che consenta di accertare qualle delle funzioni caratterizzi l’operato della corte suprema di uno specifico ordenamento, sul presupposto che l’esercizio dell’una non esclude necessariamente quello dell’altra e che il rapporto fra le due funzioni non si atpeggia in realtà nei termini di una rígida contrapposizione, ma piuttosto come un rapporto diallettico, in cui una pluralità di variabili determina la prevalenza ora dell’una, ora dell’altra. (SILVESTRI, Elisabetta. Corti Supreme Europee: acceso, filtri e selezione. In: *Le Corti Supreme: Atti del Convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 105-106).

finalidade do controle por elas exercido. Essa autora opõe a preocupação de atender ao interesse individual da parte em obter uma decisão “justa” no caso concreto à preocupação de atender a um interesse dito “superior” relativo à manutenção da unidade do direito positivo, e a atuação do princípio da igualdade na aplicação da norma. Reporta-se assim a uma função privada e a uma função pública dessas cortes, ressaltando que o desempenho de uma dessas funções não exclui necessariamente o da outra, sendo que estas se relacionam de maneira dialética, justamente mediante uma pluralidade de combinações possíveis.

Nada obstante, entre a tutela do *ius litigatoris* e do *ius constitutionis*, ressalva essa autora que haveria de prevalecer a do segundo, relacionado à função “pública” da corte de vértice, por meio de uma interpretação geral e abstrata da norma, replicável em casos concretos futuros, e não apenas de verificação da legalidade das decisões em casos particulares.^{171 172}

No direito pátrio, Cândido Rangel Dinamarco¹⁷³ assinala a mudança de perspectiva na concepção do direito processual. Se antes a *tutela de direitos* era erigida como escopo de um sistema constituído a partir da “projeção da premissa imanentista então vigorante quanto ao conceito de ação”, atualmente, o enfoque desloca-se para o âmbito do direito público, vislumbrando-se no processo um instrumento do Estado para o exercício de uma função sua, a jurisdição.

¹⁷¹ “Si discute così se spetti ala cassazione tutelare lo *ius litigatoris* o piuttosto lo *ius constitutionis* e si giunge ad affermare che, mentre un corretto esercizio della nomofilachia dovrebbe a plegiare l’attuazione del primo, al contrario la Corte manifesta un’evidente propensione ad esaltare il secondo. In questa chiave, la funzione “publica” della corte ricerca il vero significato della legge, attraverso un’interpretazione generale ed astratta delle norme, scopre tale significato e lo esplicita a beneficio dei giudici inferiori che quelle norme applicheranno nei casi concreti. Còmpito della corte, quindi, non è la verifica della legalità della decisione res nel singolo caso, ma qualcosa di ben più impegnativo, ossia a “l’interpretazione della legge come regola generale diretta a disciplinare “classi” di fattispecie?: un’attività che, appunto, essa svolge a tutela dello *ius constitutionis* e rispetto alla quale il controllo sulla corretta applicazione della legge nel caso concreto (lo *ius litigatoris*) passa in secondo piano ed ha massimo una funzione strumentale.” (Ibid., p.108)

¹⁷² Piero Calamandrei já anotava, no que concerne à Corte de Cassação, que ainda que o recurso interposto pela parte vise, sob a ótica desta, a correção da injustiça da decisão no caso concreto, a iniciativa privada deve servir a fins públicos, de modo que apenas poderá ser admitido o acesso de tal recurso à Corte de Cassação, quando o interesse privado e o interesse sejam convergentes na necessidade de correção e uniformização da interpretação da lei: “El recurrente no se mueve por interés teórico en la interpretación exacta de la ley, sino solamente por el interés práctico em hacer que se anule una sentencia que él considera injusta a su cargo; pero, precisamente porque el recurso de casación está construído en forma que se utilice la iniciativa privada para los fines públicos, esa reclamación contra la injusticia que aparezca causada por error de derecho (*error iuris in iudicando*), és decir, por uno de los errores de interpretación de la ley que la corte está llamada a corregir. (...) Pero, puesto, que aquí el interés individual de la eliminación de la sentencia injusta se utiliza como instrumento del interés público en la eliminación de la inexacta interpretación de la ley, el recurso de casación está construído de modo que abra el acceso a la impugnación sólo cuando esos dos intereses concuerden y en forma que se satisfaga a la vez.” (CALAMANDREI, op. cit., p. 18).

¹⁷³ DINAMARCO. Cândido Rangel. A reforma constitucional do poder judiciário. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 197-212.

Na esteira desse entendimento, anota Cássio Scarpinella Bueno¹⁷⁴ que a “finalidade primeira dos recursos extraordinários e especial é a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não a busca da melhor solução para o caso concreto”, individualmente considerado. A satisfação do direito subjetivo individual apareceria como um “efeito “indireto” ou “reflexo” do julgamento realizado por Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, por meio de recursos excepcionais, cujo objetivo precípua seria propiciar “o zelo pela validade, autoridade, uniformidade interpretativa, e, enfim, pela inteireza positiva do direito constitucional”^{175 176}.

Observa ainda que o STF e o STJ:

diferentemente de tribunais de cassação europeus, desempenham não só a função *rescisória*, mas também *rescindente*, isto é, não se limitam a *cassar* ou *invalidar* o julgado contrário à CF ou à lei federal porque estão habilitados, pelo modelo constitucional, a *rejulgar* a causa *nos limites em que decidida*, aplicando, desde logo, ao caso concreto, a solução que entendem ser adequada para a questão constitucional ou para a questão legal federal.^{177 178}

J.J. Canotilho¹⁷⁹, por seu turno, salienta que o que caracteriza decisivamente a função de um tribunal constitucional é a sua “jurisdicionalidade” e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controle. A decisão do Tribunal Constitucional tem força política, porque “não só resolve problemas constitucionais de especial sensibilidade política”, mas

¹⁷⁴ BUENO, op. cit., p. 677.

¹⁷⁵ Na mesma linha esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso que “o recurso extraordinário e o recurso especial não se destinam precipuamente à revisão de *decisões injustas*”. (MANCUSO, op. cit., p. 147).

¹⁷⁶ Veja-se que mesmo Nelson Nery Junior e Georges Abboud, que enfatizam a “tarefa constitucional de decidir lides, isto é, resolver situações litigiosas de direito subjetivos”, pelos tribunais de vértice (por desconhecer “qualquer democracia constitucional em que os Tribunais Superiores tenham por função a exclusividade de estabelecer e fixar teses jurídicas para o futuro e em abstrato”), afirmam que essa circunstância não implica uma obrigação a que tais cortes julguem todos os casos. Enfatizam a inconstitucionalidade de se perceber uma visão meramente objetiva dos tribunais superiores, olvidando-se a dimensão democrática, especialmente do STF para defesa dos direitos fundamentais, os quais, explicam, “além de instrumentos de limitação do Poder Público”, “exercem forte função contramajoritária”, isto é, “ter direito fundamental assegura a existência de posição juridicamente garantida contra decisões políticas de eventuais maiorias políticas” (NERY JR., Nelson e ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 619).

¹⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, Lei n. 13.105, de 16.3.2015*. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 647-648, grifos do autor.

¹⁷⁸ Clara Moreira Azzoni anota igualmente nesse sentido: “Nossas Cortes Superiores, muito embora se aproximem significativamente dos Tribunais de Cassação, na medida em que não constituem um terceiro grau de jurisdição e tampouco se prestam a analisar o conteúdo fático-probatório dos autos, são marcadas pela característica de possuírem competência para exercer também o juízo de revisão, aplicando o direito à espécie. Os Tribunais Superiores não constituem terceiro grau de jurisdição, mas sim tribunais de superposição, destinados a exercer o controle da legalidade da decisão proferida pela instância inferior (função nomofilática) e a uniformização da jurisprudência.” (AZZONI, op. cit., p. 38 e 148).

¹⁷⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 681.

também porque sua jurisprudência “produz, de facto ou de direito, uma influência determinante junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direção política”.

Tais argumentos podem ser invocados igualmente para o Superior Tribunal de Justiça, considerando-se a influência determinante de suas decisões no plano infraconstitucional sobre os demais tribunais pátrios. Nas palavras de Arruda Alvim:

A função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judicante em relação à inteligência de todo o direito federal de caráter infraconstitucional. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação. O conhecimento do direito positivo federal infraconstitucional, na sua percepção final e última, é indissociável da casuística em que se estampa a interpretação do STJ.¹⁸⁰

É nesse sentido que Michele Taruffo¹⁸¹ fala em “nomofilaquia através do precedente”, como função típica de corte superior destinada a “assegurar o uniforme respeito à lei através de decisões “universalizáveis” e projetáveis para o futuro”.

Esse autor aponta, contudo, a idiosincrasia entre a convivência dessa função, com a de “nomofilaquia do caso concreto”, por meio da qual a Corte seria induzida a se pronunciar sobre “uma infinidade de questões, independentemente daquele interesse ou daquela relevância geral, e, por isso, independentemente da *universalidade* do critério de decisão que vem utilizado no caso singular”. Anota tratar-se de contradição com a evolução histórica dessas cortes, pois dessa função não se vislumbra projeção para o futuro, “mas apenas a analítica solução das questões de direito surgidas no caso concreto”.

Destaca que, para que os pronunciamentos das Cortes de vértice se constituam em fatores de racionalização, de uniformidade, previsibilidade e de igualdade de tratamento na imensa quantidade e variedade dos casos que lhes são submetidos, é necessário que não se lhes imponham julgamentos sobre especificidades de casos singulares concretos:

É necessário, portanto, que se tratem de precedentes em sentido próprio e, por isso, que eles apresentem os caracteres distintivos de “raridade”, autoridade e

¹⁸⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 37-44, out./dez. 1999, p. 37.

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

universalidade em função dos quais eles possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.¹⁸²

São, contudo, conhecidas as dificuldades de as Cortes de vértice desempenharem satisfatoriamente as suas funções, diante da pleora de recursos que lhes são submetidas.

José Afonso da Silva¹⁸³ já alertava para as dificuldades de o Supremo Tribunal Federal realizar-se plenamente como guardião da Constituição quando tem de conciliar a função típica de guarda dos valores constitucionais com a função de julgar por recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância.

Justamente por isso, o sistema jurídico brasileiro tem passado por uma série de mudanças e redefinições quanto a modelos e a técnicas a serem observadas e praticadas na busca da uniformização da jurisprudência e unidade do Direito, visando prestigiar a segurança jurídica com inspiração no modelo de precedentes judiciais do sistema da *common law* e determinando às cortes de vértice a reformulação dos seus papéis e funções no controle, interpretação e aplicação da lei.¹⁸⁴

No âmbito do Código de Processo Civil, pode-se citar a edição do art. 38 da Lei nº. 8.038, de 28 de maio de 1990, mediante o qual se pretendeu atribuir poderes ao relator para negar seguimento aos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça que contrariassem, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal. Trata-se da chamada súmula impeditiva de recursos.

Posteriormente, a Lei nº. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, conferiu poderes aos relatores de recursos dos demais tribunais, além do STF e do STJ, para tomar como referência em suas decisões, não apenas a jurisprudência dominante das Cortes Superiores, mas também a do respectivo tribunal perante o qual tramitou o recurso. Além disso, possibilitou ao relator que não só negasse seguimento a recursos contrários à súmula ou à jurisprudência dominante, ainda não sumulada, como também que lhes desse provimento

¹⁸² TARUFFO, op. cit., p. 155.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 550.

¹⁸⁴ Anoto Cândido Rangel Dinamarco que: “Desde o início a Reforma do Poder Judiciário trazia em si uma proposta de renovação não somente da estrutura anatômica do Poder Judiciário, mas também das linhas mestras de sua atuação. Importava, acima de tudo, como todos sentiam, gerar instrumentos ágeis para uma atuação mais pronta e eficaz na oferta de acesso à justiça, além de meios para coibir certas mazelas da Instituição. De um lado, eliminar ou ao menos atenuar as lastimáveis demoras, que são fonte de corrosão dos direitos e alimento ao tempo inimigo, do qual com sabedoria falava Carnelutti. De outro, combater os focos de distorção dos sagrados deveres e compromissos dos magistrados, nem sempre empenhados em bem servir, nem sempre interessados em ser independentes, nem sempre orientados pelos melhores dos sentimentos humanos ou éticos”. (DINAMARCO, op. cit., p. 197-212).

quando a decisão recorrida destoasse da jurisprudência majoritária (art. 557, § 1º-A). Note-se que sequer havia necessidade de sua cristalização em enunciado sumular.¹⁸⁵

Foram disciplinadas por meio da Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, as hipóteses de repercussão geral da matéria constitucional controvertida (arts. 543-A e B, em regulamentação ao art. 102, § 3º da CF introduzido pela emenda constitucional nº 45 de 2004), que estabeleceu mecanismo de filtro de relevância econômica, social, política e/ou jurídica, para análise de recursos extraordinários pela Suprema Corte, fixando-se, posteriormente o entendimento para aplicação em processos semelhantes.

E ainda por meio da Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, estabeleceu-se o julgamento por amostragem, hipótese em que o julgamento do processo considerado representativo da controvérsia deveria vincular o julgamento dos demais processos que versassem idêntica questão (que ficavam sobrestados aguardando a solução daquele).

O efeito vinculante foi expressamente instituído em 17 de março de 1993, com a emenda constitucional nº 3, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, outorgando às decisões definitivas de mérito nela proferidas, “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (art. 102, § 2º).

Posteriormente, por meio da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, esclareceu o legislador que o efeito vinculante se estendia à ação direta de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (parágrafo único do art. 28). Idêntica disposição constou da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Finalmente, a emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, coroou as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional com efeito vinculante, com significativo diferencial relativamente a influência exercida pela jurisprudência até então.¹⁸⁶

O Código de Processo Civil veio consolidar esse crescendo. Representou a consolidação e refinamento de mecanismos que já vinham sendo desenhados pelo legislador e que se reportam à: (i) simplificação de julgamentos ou abreviação do procedimento que atendessem à necessidade de aplacar a litigiosidade de massa que teve significativo impacto

¹⁸⁵ Essa faculdade, replicada no CPC atual, encontra-se no art. 932.

¹⁸⁶ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Súmula vinculante. In: GIANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vítor José de Mello (Org.). *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 322.

sobre a estrutura do Poder Judiciário, imprimindo maior celeridade aos julgamentos; bem como (ii) uniformização entendimento do judiciário, mediante expedientes tendentes a vincular órgãos judiciários inferiores às decisões dos órgãos superiores, e seus próprios integrantes, visando coibir dispersões interpretativas em processos que versassem idêntica matéria de direito.¹⁸⁷

Estabeleceu-se um rol hierárquico de “precedentes” de observância obrigatória¹⁸⁸, que abrange, contudo, sob esse rótulo jurisprudência, precedentes prolatados em incidentes de assunção de competência ou de resoluções de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos, súmulas e orientações do plenário do órgão especial em que estejam vinculados (art. 927).

Como corolário, estabeleceu: (i) a reclamação como meio de remediar a resistência cultural e histórica dos magistrados em vincular à jurisprudência dominante (art. 988); e ainda (ii) a ação rescisória, por violação à “norma jurídica” (art. 966, V), quando a decisão impugnada tenha se baseado em súmula ou precedente inaplicável à hipótese.

Restaram instituídos mecanismos de padronização, com a fixação de enunciados genéricos vinculantes.¹⁸⁹

Finalmente, mais recentemente, foi editada a emenda constitucional nº 125, de 14.7.2022, ainda pendente de regulamentação pela lei, que institui como requisito de admissibilidade do recurso especial também a relevância das questões de direito infraconstitucional, incluindo-se na Carta os §§ 2º e 3º ao art. 105.

O Código de Processo Civil confere destaque aos precedentes exarados pelos Tribunais, sempre nessa perspectiva de estabilidade, uniformidade, e de redução de número de recursos¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, v. I, p. 214 e SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 39, n. 236, p. 13-26, out. 2014.

¹⁸⁸ O termo “precedente” tem variadas definições nos diferentes ordenamentos e realidades jurídicas, sendo empregado pelo Código para designar uma decisão judicial com aptidão para ser utilizada como fundamento em decisão posterior. Poderão ser precedentes todas as decisões dotadas de “potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156).

¹⁸⁹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, p. 215-226, p. 222.

¹⁹⁰ Esclarece Hermes Zanetti Junior que a nova legislação nada mais é do que o produto consolidado do “processo de maturação da teoria da interpretação e da evolução da teoria do direito, rompendo definitivamente com o caráter persuasivo da jurisprudência ao estabelecer a vinculação formal e normativa aos precedentes judiciais (art. 489, § 1º, V e VI, 9265 e 927). (...) No Estado Democrático Constitucional, a coerência do ordenamento jurídico não é dada aprioristicamente - seja pelo direito natural, seja pelo legislador - mas uma

Nas palavras de Arruda Alvim¹⁹¹

o que o CPC/2015 busca, ao elevar a jurisprudência a um patamar central na sistemática de desenvolvimento do direito, é justamente, dar uniformidade à aplicação das leis e da ordem jurídica. A ideia é de conferir previsibilidade aos jurisdicionados, e remediar uma certa *anarquia interpretativa* que é resultado da falta de observância, pelo Judiciário, de suas próprias decisões.

Os pronunciamentos das Cortes inevitavelmente passam por filtros, que se justificam na perspectiva de compatibilização com o que delas se esperam: deliberação sobre temas de interesse coletivo, ao mesmo tempo em que se define o caso concreto para as partes – deliberação essa que, segundo José Carlos Barbosa Moreira deveria caber à própria Corte.¹⁹²

Cândido Rangel Dinamarco¹⁹³ já anotava que a ideia de universalizar o exercício da jurisdição não poderia conduzir “a níveis de plenitude e exaurimento que franqueassem ao Estado e a seus juízes o mais amplo e incondicionado exercício do poder”. Ressalva que nenhum sistema processual pode prescindir de limitações ao exercício da jurisdição, pois “a obcecada radicalização do postulado de universalização acabaria conduzindo pelos caminhos do arbítrio, do absurdo e do irracional.”

É sob essa ótica que limitar o acesso às Cortes de vértice não significa necessariamente restringir a tutela jurisdicional – tais limitações são antes, como diz Cândido Rangel Dinamarco, “reflexos da relatividade da própria universalidade da tutela jurisdicional”¹⁹⁴. Tais óbices devem ser encarados como garantias da racionalidade com que Estado deveria exercer sua função jurisdicional mediante regras destinadas à segurança, celeridade e eficiência do sistema.¹⁹⁵

consequência da atividade essencialmente interpretativa exercida pelo Poder Judiciário, controlado intersubjetivamente de maneira endoprocessual e extraprocessual pela doutrina, pelas partes envolvidas, mediante impugnações e recursos, pela tradição jurídica de um determinado país, em um determinado momento histórico”. (ZANETTI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O mito dos juízes julgadores: o Código de Processo Civil e os precedentes. In: CÂMARA, Helder Moroni Câmara et al. (Coord.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 137-154. v.2., p. 145).

¹⁹¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1494.

¹⁹² BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 613.

¹⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 397.

¹⁹⁴ *Ibid.* p. 411

¹⁹⁵ Há, no entanto, de existir um equilíbrio entre acesso e limitações do poder jurisdicional, tarefa “instável”, como anota Cândido Rangel Dinamarco, diante da “conotação eminentemente cultural e histórica, no sentido de que são as exigências da nação – éticas, axiológicas, econômicas, psicossociais – que determinam os rumos pelos quais evolui o sistema do processo”: “Estamos, como se vê, no campo dos óbices legítimos – alguns delimitando a própria oferta de tutela jurisdicional (princípio da demanda, competência internacional e relativa

Coerente então, com a função pública dessas Cortes, visando estabelecer uniformidade, assegurar a higidez e inteireza do ordenamento, servindo como diretriz, vinculante, para demais tribunais e órgãos jurisdicionais pátrios, é o estabelecimento de filtros de acesso, como aqueles atinentes à repercussão geral e relevância da matéria impugnada.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁹⁶, em comentários a respeito da necessária repercussão geral e relevância da matéria legal, afirma derivarem eles do “razoável consenso” de que as Cortes Superiores – sob pena de se converterem em mais uma instância recursal, necessitam algum tipo de filtro, barreira ou elemento de contenção no que tange ao *input* de processos a elas dirigidos. Vislumbra então a existência de outras técnicas e exigências instituídas sob o que denominou “ótica reducionista” de acesso às cortes de vértice, dentre as quais se encartam o efeito devolutivo limitado do recurso extraordinário e do recurso especial¹⁹⁷, a exigência do prequestionamento, a exclusão da matéria de fato e revisão probatória.

Tais institutos, além de contribuírem para o controle e redução do sempre crescente volume dos recursos que assoberbam tais cortes, implicando morosidade excessiva em seus julgados e dispersão entre os seus órgãos fracionários, são aderentes à já mencionada concepção de tais cortes como voltadas ao direito objetivo.

Discorrendo sobre essa matéria, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁹⁸ estatui que a adoção da repercussão geral, característica básica dos recursos de estrito direito, permite

imunidade dos atos dos demais poderes do Estado) e outros destinados a racionalizar o exercício da jurisdição precisamente para que a tutela jurisdicional seja conducente à ordem jurídica justa. O que preocupa e carece de legitimidade são os exageros que, às vezes, a partir de comportamentos tradicionalistas ou de exacerbado e mal direcionado tecnicismo, essas exigências sistemáticas são antepostas ao dever de cumprir a solene promessa constitucional de distribuir justiça”. (DINAMARCO. Cândido Rangel. Universalizar a tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 405.

¹⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Do recurso extraordinário e do recurso especial. Disposições gerais. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil* (art. 926 a 1.072). 1. ed., 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2017. v.4, p. 527-528.

¹⁹⁷ Igualmente no direito italiano, há limitação das matérias devolvidas ao conhecimento da Corte de Cassação. Como anota Emanuele Siacca, a Corte de Cassação se debruça apenas a respeito dos erros de direito, resguardando-se aos tribunais de hierarquia inferior na escala judiciária a decisão a respeito de elementos de fato: “Non tutti gli errori commessi dal giudice di merito sono denunciabili in Cassazione; (...). Infatti, taluni vizi della sentenza impugnata, come in seguito vendremo, non sono denunciabili, perchè la legge limita il controllo giurisdizionale della Corte di Cassazione a determinati errori. Gli errori del giudice di merito sono sottoposti alla tradizionale distinzione di errores in iudicando ed errores in procedendo. I primi, risguardano il merito del giudizio, cioè quegli errori che commette il giudice nel pronunciare la sua decisione relativamente agli elementi di fato e di diritto della controversia; i secondi, risguardano, invece, l’attività procedurale che il giudice svolge nel coltivare ed instruire il processo.” (SIACCA, Emanuele. *La tecnica difensiva innanzi alla cassazione civile*. Roma: La Giustizia, 1951, p. 47).

¹⁹⁸ MANCUSO, op. cit., p. 212.

falar-se numa objetivação do recurso extraordinário, na medida em que nele sobreleva a finalidade do interesse público, pois a solução alvitada por essa corte, a respeito da matéria constitucional, vincula não apenas as partes figurantes nos polos ativo e passivo do processo em análise, mas justamente tendo em vista a transcendência da matéria, todas as relações regidas pela norma constitucional objeto da análise perpetrada pelo Supremo Tribunal.¹⁹⁹

Essa preocupação com a redução do número de recursos endereçados às cortes de vértice e instituição de sistema de filtros não é um fenômeno local.

Comentando a respeito da experiência francesa, Xavier Lagarde²⁰⁰ anota que, que tentando justamente equacionar-se o congestionamento da Corte de Cassação daquele país, discutia-se projeto de uma nova redação ao art. L411-2-1 do Código de Organização Judiciária, de forma a admitir-se apenas a submissão àquela Corte de questões que representassem interesses relacionados ao “desenvolvimento da lei”, “unificação da jurisprudência”, ou grave ameaça a um direito fundamental²⁰¹. Anota esse autor, que o projeto visa sacramentar o juiz de segunda instância como encarregado de controlar e, se necessário, retificar a regularidade, a legalidade e a qualidade da sentença de primeiro grau, e o Tribunal de Cassação, finalmente, como juiz de direito, investido de um cargo principalmente reorientado em sua missão normativa.²⁰²

¹⁹⁹ A respeito do tema, consignou a Ministra Cármen Lúcia: “A exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do julgamento do recurso extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízes e tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa em cada caso.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 565.714-1/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, j. 30.4.2008, *Diário de Justiça eletrônico* 13.6.2008). Confirma-se ainda: DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 103, n. 389, p. 491–500, jan./fev. 2007.

²⁰⁰ LAGARDE, Xavier. La réforme de La cour de Cassation. Présentation critique. *Réformer la Cour de Cassation. Le projet de réforme en débat. Actes du colloque du 11 avril 2019*. Paris: IRJS Éditions, 2019, p. 5-16.

²⁰¹ Projet de nova redação do art. L.411-2-1- do Code de l’organisation judiciaire:

“La Cour de cassation n’autorise le pourvoi que:

1°. Si l’affaire soulève une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit;

2°. Si l’affaire soulève une question présentant un intérêt pour l’unification de la jurisprudence;

3°. Si est en cause une atteinte grave à un droit fondamentale. Toutefois, l’autorisation n’est pas requise pour les matières dans lesquelles l’examen du pourvoi obéit à des délais particulières.”

²⁰² “Le projet de filtrage des pourvois “s’inscrit dans une perspective, à moyen ou long terme, de refonte de l’architecture des recours. Ce schéma d’ensemble verrait consacrer la juridiction de première instance comme le juge naturel de l’achèvement normal du procès, la juridiction du second degré comme le juge chargé de contrôler et, l’ecas échéant, de redresser la régularité, la légalité et la qualité du jugement du premier degré, La Cour de cassation, enfin, comme le juge du droit, investi d’un office principalement recentré sur sa mission normative.” (LAGARDE, op. cit., p. 7).

Loïc Cadiet²⁰³, após destacar as profundas controvérsias existentes a respeito do tema, advoga pela adoção do filtro para a Corte de Cassação francesa, relativa a matérias relevantes, de eleição da própria Corte, pois a qualidade da justiça deve melhorar na primeira instância e os próprios tribunais de recurso devem estar mais aptos a assegurar o controle dessa qualidade num prazo razoável. É, como diz, permitindo plenamente que os primeiros níveis de jurisdição desempenhem plenamente o seu papel, que o Tribunal de Cassação não será concebido como um terceiro nível de jurisdição e poderá exercer plenamente a sua missão no desenvolvimento do direito.²⁰⁴

No âmbito do direito estadunidense, o Congresso conferiu à Suprema Corte amplos poderes de seleção dos casos aptos à sua análise. De acordo com a *Rule 10* das *Rules of the Supreme Court of the United States*²⁰⁵, após a interposição do pedido pelo recorrente (*petition for writ of certiorari*), cabe à Suprema Corte examinar se há razões relevantes para que o caso seja julgado por aquela instância, ressaltando-se, na parte final, que a Corte não toma para si a função de corrigir erros cometidos pelo judiciário estadunidense, mas a de

²⁰³ CADIET, Loïc. Ouverture. Le processus de filtrage en question. *Réformer la Cour de Cassation. Le projet de réforme em débat. Actes du colloque du 11 avril 2019*. Paris: IRJS Éditions, 2019, p. 19-26, esp. 23 e 25.

²⁰⁴ “Le deuxième trajectoire envisagée par l’apport de la commission de réflexion emprunterait le chemin d’une transformation radicale de la Cour de cassation en Cour suprême judiciaire, reposant sur un mécanisme de sélection des pourvois permettant à la Cour de cassation de ne se prononcer que sur recours qu’elle aurait choisis parce qu’ils lui paraissent les plus importants. (...) Cette question de filtrage, à laquelle est consacrée la séance de ce matin, est assurément le plus névralgique. Elle donne lieu à des débats dans lesquels la passion le dispute bien solvante à la raison. La caricature à une réalité beaucoup plus complexe qui ne peut être réduite à la simple opposition de la conception démocratique et de la conception aristocratique du rôle de la Cour de cassation. D’abord, il est impossible d’envisager une réforme de la Cour de cassation sans insérer cette évolution dans une réflexion d’ensemble sur le système des voies de recours, depuis la première instance jusqu’au pourvoi en cassation. Si l’on veut éviter que la cour de cassation soit assaillie de recours mettant en oeuvre sa fonction disciplinaire, il faut que la qualité de la justice s’améliore en première instance et que les cours d’appel soient elles-mêmes davantage en mesure d’assurer le contrôle de cette qualité dans un délai raisonnable. C’est en permettant pleinement aux premières degrés de juridiction de jouer complètement leur rôle que la Cour de Cassation ne sera pas conçue comme un troisième degré de juridiction et pourra pleinement exercer sa mission dans le développement du droit.”

²⁰⁵ “Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law”. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2022.

julgar ações que tenham relevância e repercussão nacional bem como aquelas que gerem efeitos em todo o país - e não apenas em relação ao caso individual.

No sistema argentino, o Código Procesal Civil y Comercial de la Nación igualmente prevê que é discricção da Corte a recusa em analisar o recurso extraordinário, quando entender que este padece de repercussão federal ou quanto as questões nele suscitadas forem carentes de transcendência²⁰⁶.

É diante dessa nova conformação do sistema recursal brasileiro, que Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero²⁰⁷ enfatizam uma transmutação, não apenas do Supremo Tribunal Federal, mas também do Superior Tribunal de Justiça em verdadeiras Cortes Supremas, ou seja, *cortes de interpretação* e de *precedentes*, e não mais simples cortes de *controle* e de *jurisprudência*.

Destacam a nova compreensão do papel desempenhado por essas cortes, não apenas como responsável pela tutela da norma contra eventual arbítrio do judiciário, mas sim, a atuação em colaboração com o legislador para se atingir a unidade do direito com a vigência efetiva dos destacados princípios da *segurança jurídica*, da *liberdade* e da *igualdade* de todos perante o direito.²⁰⁸

²⁰⁶ Ley 23.774 de 13 de abril de 1990: “Artículo 2º. Sustitúyense los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por los siguientes: “Artículo 280. LLAMAMIENTO DE AUTOS. RECHAZO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO. MEMORIALES EN EL RECURSO ORDINARIO. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. (...) En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos.” Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23774-175/actualizacion>. Acesso em: 06 nov. 2022.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 554, grifos dos autores.

²⁰⁸ Oportuno ainda destacar o entendimento de Marcelo Lima Guerra, que aponta: “Na passagem do Estado legislativo para o Estado constitucional, operou-se uma profunda e radical transformação no papel a ser desempenhado no ordenamento jurídico, pelo Poder Judiciário. Se no Estado legislativo o Poder era mantido (pelo menos nos planos do discurso teórico, deixando-se de lado o plano empírico) sob o império (o mais estrito possível) da lei, reservando-lhe um papel acentuadamente técnico – o juiz boca da lei, mero “conhecedor” do Direito posto pelo legislador – no Estado constitucional o Judiciário passa a ser convocado a uma atuação cada vez mais criativa, no sentido de não se limitar mais a uma mera reprodução (técnica) do Direito posto, mas a completar, lado a lado, com o Poder Legislativo, a tarefa de densificar o ordenamento jurídico, já delineado em linhas axiológicas fundamentais pela própria Constituição. Tal mudança reservada no papel do Judiciário é algo que se impõe, seja advertido, como um corolário do reconhecimento de plena força normativa às cartas constitucionais (decorrentes de uma mudança de concepção ideológica sobre as Constituições), o qual pressiona por uma mudança de concepção ideológica sobre o próprio Poder Judiciário. Com efeito, é a própria estrutura aberta reconhecida às normas fundamentais que exige esta mudança paradigmática quanto à atuação jurisdicional. É ineliminável, portanto, uma margem maior e crescente de poderes atribuídos ao juiz, precisamente na concretização dos direitos fundamentais.” (GUERRA, Marcelo Lima. Sobre a formação dos magistrados. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 327-351, mai. 2010, p. 328).

O julgamento de um recurso extraordinário ou especial é, segundo esses autores, uma *oportunidade* para que as cortes de vértice confirmem adequada interpretação ao direito, adicionando significado ao discurso do legislador, reduzindo o grau de indeterminação inerente ao direito.

De tal modo, entendem que, com o redimensionamento do papel dessas cortes, o controle das decisões tomadas no *caso concreto* torna-se um *meio* para que a real finalidade delas possa ser desempenhada. Conforme destacam, “se antes a interpretação era o meio e o controle do caso era o fim, agora o controle do caso é o meio que proporciona o atingimento do fim da interpretação”.²⁰⁹

A missão, então, de tais cortes não estaria apenas na *guarda* da Constituição e do direito federal, mas na efetiva *reconstrução interpretativa*, decidindo quais significados devem prevalecer ante as eventuais dúvidas interpretativas e como guia interpretativo para os envolvidos com a administração da Justiça Civil e sociedade.²¹⁰

Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni²¹¹ entendem que a consecução da unidade do Direito pelo Supremo Tribunal Federal em uma dupla perspectiva: (i) no plano da unidade retrospectiva, alcançada pela compatibilização das decisões; e (ii) no plano da unidade prospectiva, buscada pelo desenvolvimento de novas soluções aos problemas sociais, sendo que neste último plano é que consiste a tendência do pensamento contemporâneo a respeito da matéria.

Idêntico entendimento é aplicável ao recurso especial, notadamente após a instituição do filtro de relevância da matéria infraconstitucional, como requisito de admissibilidade desse recurso.

Daniel Mitidiero²¹² em obra específica a respeito dessa matéria defende uma alteração do significado do Superior Tribunal de Justiça, o que imporia uma mudança em seu perfil funcional: essa corte deixa de ser corte de controle e passa a ser de interpretação. O recurso especial visaria assim primordialmente à unidade do direito (*ius constitutionais*) do que à decisão justa do caso concreto das partes (*ius litigatoris*):

²⁰⁹ Ibid., p. 555, grifos dos autores.

²¹⁰ Ibid., p. 556, grifos dos autores.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

²¹² MITIDIERO, Daniel. *Relevância no recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 54, 144p.

Uma corte que visa ao controle da decisão recorrida é uma corte reativa. Vale dizer: a corte desempenha um papel que pressupõe a existência de uma violação ao direito já ocorrida, sendo sua tarefa sancioná-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar os seus efeitos, mediante sua cassação ou reforma. O recurso serve para reagir a uma violação ao direito já ocorrida, perpetrada pela decisão que constitui o seu objeto, sendo a atuação da corte pensada somente para o passado.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça por mirar antes na interpretação da norma, passa a ser uma corte reativa e não apenas uma corte proativa. A unidade do direito, que a corte visa promover, tem duas direções distintas: é tanto retrospectiva, ao visar resolver uma questão jurídica de interpretação controvertida nos tribunais, como proativa ao desenvolver o direito, diante de novas necessidades sociais, outorgando adequada solução para questões jurídicas novas.

A sua atuação estaria destinada, primordialmente, a orientar a adequada interpretação e aplicação do direito, mirando o futuro, atuando de maneira proativa, outorgando-lhe unidade.

A partir da compreensão de que o precedente judicial é “ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do direito e meio para a obtenção de sua unidade”, entende Daniel Mitidiero²¹³ que descabe afirmar-se que o recurso é direito subjetivo da parte, sendo, portanto, plenamente admissível a sua submissão a um sistema de filtros recursais.

Assim sendo, configura-se inadequada a instituição do art. 1.025. Como bem anota Cassio Scarpinella Bueno²¹⁴, a superação da celeuma sobre o prequestionamento, não pode perpassar sobre aspectos semânticos, etimológicos ou jurisprudenciais. Deve centrar-se na Carta e na compreensão do que seria “causa decidida”, conforme consta dos artigos 102 e 105, a partir da qual as cortes de vértice podem desempenhar adequadamente a sua missão constitucional:

²¹³ MITIDIERO, op. cit., p. 57.

²¹⁴ “Não é estudando a etimologia da palavra, nem seus diversos significados que ajudarão na resposta à indagação. Muito menos fazer análise, por mais completa que se possa pretender, da jurisprudência dos tribunais superiores como se esta análise - e qualquer outra que diga respeito a direito positivo - pudesse se desgrudar de suas fontes normativas e de suas variações. A única forma de superar este impasse, a meu ver, é querendo relacionar, de alguma forma, o *prequestionamento* com a expressão constitucional em vigor, “causa decidida”. Para ir direto ao ponto, as referências a prequestionamento devem ser substituídas, a partir da CF de 1988 - e, em rigor, já deveria ter sido assim desde a CF de 1967-, por causa decidida. Não se trata, contudo, de uma mera substituição de uma palavra por uma expressão com conservação de seu conteúdo. O que poderia se entender (ou que efetivamente era entendido) por prequestionamento antes da ordem constitucional de 1967 não corresponde necessariamente ao que deve ser compreendido por causa decidida.” (BUENO, Cassio Scarpinella. 30 anos do STJ e prequestionamento. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/301346/30-anos-do-stj-e-prequestionamento-uma-analise-critica-do-prequestionamento-ficto-diante-do-art-1025-do-cpc>. Acesso em: 6 nov. 2022.

É das decisões proferidas por outros órgãos jurisdicionais que decorrem, ou não, violações e contrariedades às normas federais e à jurisprudência de outros tribunais. Sem prévia decisão, não há como estabelecer em que medida normas federais infraconstitucionais foram ou deixaram de ser violadas pelos demais componentes da estrutura judiciária nacional.

Com efeito, nada tendo sido decidido a respeito da matéria veiculada no recurso, a função de revisão e de controle da interpretação da norma seria inócua. Como anota Cassio Scarpinella Bueno, “se nada se decidiu a seu respeito, não há padrão de confronto com a legislação federal para fins de recurso especial”. Essa consideração, evidentemente, se estende ao recurso extraordinário.

De outra sorte, se, de um lado, buscou-se com as reformas pelas quais passou o sistema recursal brasileiro, a progressiva redefinição do papel das cortes de vértice no sistema recursal brasileiro, com ênfase nas funções nomofilática, uniformizadora e paradigmática, desvenda-se inadequado um prequestionamento ficto, que, na contramão de tais reformas, reposiciona a ênfase na função dikelógica, propicia a transferência a tais cortes, de toda uma sorte de matérias cuja apreciação caberia ao Tribunal de segunda instância.

Ao contrário de mecanismo de eficiência e aceleração de julgamento – com a aventada possibilidade de supressão de instância, pois em tese não se faria mister a anulação do acórdão recorrido por vício de fundamentação –, a transferência de tais julgamentos ao Superior Tribunal e Justiça e ao Supremo Tribunal Federal pode ter como efeito reverso, justamente a agudização dos males que a norma diz ter visado evitar: a morosidade na prestação jurisdicional pelas cortes de vértice, assoberbadas com a análise de inúmeros recursos.

Ora, se tais questões deveriam ter sido dirimidas perante os tribunais de segunda instância, vocacionados justamente à ampla incursão em matéria fático-probatória, por meio de recursos de amplo efeito devolutivo, não se mostra adequada a transferência da análise de tais matérias, como sugere o dispositivo às cortes de vértice, como tentativa de remediar uma deficiente prestação jurisdicional por esses tribunais.

Tivessem desempenhado adequadamente a tarefa de fundamentação das decisões, como determinam inúmeros dispositivos do Código de Processo Civil e a Carta da República, poderiam inclusive contribuir para inibir a ascensão da pletora de recursos às cortes de vértice.

O dispositivo não pode implicar uma alforria aos tribunais de segunda instância na sua tarefa de fundamentar adequadamente as decisões judiciais. Não podem furtar-se de declinar as razões pelas quais acatam ou rejeitam todos os argumentos invocados pelas partes, hábeis à solução do litígio, conforme determina o art. 489, § 1º. do Código de Processo Civil, sob o equivocado entendimento de que a tanto restariam dispensados, pois nos termos do art. 1.025, estariam transferidos à análise do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, justamente em razão desse mesmo vício de fundamentação.²¹⁵

Ou seja, desoneram-se os Tribunais de segunda instância, e, de outro lado, oneram-se as cortes de vértice, em movimento inverso àquele que seria propiciado pelas mencionadas reformas tendentes à racionalização, uniformização e aceleração dos julgados submetidos ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Mas não bastasse isso, como será objeto de tópico próprio, da combinação do art. 1.025 - que transfere, posto que passam a estar prequestionadas, toda uma sorte de matérias que, assim não fosse, estariam relegadas à reapreciação das cortes de origem – com o art. 1.034, que determina, uma vez ultrapassado o exame de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, o julgamento do processo, mediante o exame das demais matérias aptas à solução do capítulo impugnado, inclusive fatos supervenientes e questões de ordem pública, na dicção dos arts. 485, § 3º e 933, possibilita-se a efetiva transmutação do foco dessas cortes de vértice, pela ênfase no *ius litigatoris*, em detrimento do *ius constitucionais*, por

²¹⁵ De fato, já se verifica essa patologia, sendo de se destacar julgados ao menos no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que, ao se rejeitar os embargos de declaração opostos pela parte, faz-se expressa referência ao art. 1.025:

“Oportuno anotar, igualmente, a desnecessidade do alegado prequestionamento, visto que em momento algum foi negada vigência a dispositivos constitucionais e legais e, como já mencionado, inexistem os requisitos necessários ao acolhimento dos presentes embargos. Aliás, já foi decidido que: “Para fins de conhecimento do recurso especial, é dispensável o prequestionamento explícito dos dispositivos tidos como violados, inexistindo contrariedade ao art. 535 do CPC/1973 quando a Corte de origem decide clara e fundamentadamente todas as questões postas a seu exame.” (REsp nº 1.259.035/MG, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 05/04/2018, DJe 11/04/2018). Não bastasse, lembro que artigo 1.025 do Código de Processo Civil dispõe que: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” Nada há, portanto, a ser aclarado ou modificado.” (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, AC nº 1001315-85.2018.8.26.0464/5000, rel. Des. Marco Pelegrini, 17ª. Câmara de Direito Público, São Paulo, SP, j. 24.10.2022, Diário de Justiça Eletrônico 24.10.2022)

“No mais, quanto ao pré-questionamento, cumpre ressaltar a norma positivada no art. 1.025 do novo diploma processual: “Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” Caso a embargante entenda que a matéria não foi analisada a contento, deve interpor recurso às instâncias superiores.” (Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo, AG nº 2036367-28.2019.8.26.0000/50000, rel. Des. Fabio Podestá, 5ª. Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. 20.5.2019, Diário de Justiça Eletrônico 20.5.2019).

meio de julgados reativos, ao invés de prospectivos, como requer o capítulo do Código atinente ao direito jurisprudencial e aos “precedentes” formalmente vinculantes, em clara incoerência de perspectiva.

Como destaca Eduardo Couture, o processo “possui uma estrutura e uma função” e o “problema da função consiste em saber para que serve o processo”²¹⁶. De tal modo, a análise sobre o prequestionamento deve mirar a função que desempenha no ordenamento.

André Gomma de Azevedo²¹⁷ anota que:

O prequestionamento tem como escopo salvaguardar a finalidade precípua dos tribunais superiores. Ou seja, se os tribunais superiores têm como essencial função corrigir eventuais teses aplicadas erroneamente nos tribunais regionais e estaduais, cumpre ao instituto processual em questão obstar todas as teses não debatidas por estes tribunais.

Não se trata, com efeito, de se advogar por mero formalismo. O prequestionamento justifica-se, porque é pressuposto para que as cortes de vértice possam assegurar a inteireza positiva, a autoridade, a validade, autoridade e a integridade das normas, por meio da atuação sobre causas decididas.

Como anota Vidal Serrano Nunes Junior²¹⁸ “o princípio da unidade indica que a Constituição é um sistema integrado por diversas normas, reciprocamente implicadas, que devem ser compreendidas em sua harmoniosa globalidade”.

Assim, os dispositivos devem ser interpretados de maneira unificante, com a consequente superação prática de antinomias, como a que aqui se entende estar caracterizada com a edição do dispositivo que autoriza a configuração do prequestionamento ficto.

De tal modo, entende-se por incompatível com as atribuições que se pretende atribuir às cortes de vértice – o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, a disposição contida no art. 1.025 do Código de Processo Civil, na medida em que enseja o reposicionamento de tais cortes em tribunais de revisão, com atribuições semelhantes a uma

²¹⁶ COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução: Vítor Mozart Russomano. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 37.

²¹⁷ GOMMA DE AZEVEDO, André. Prequestionamento. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 233, mar. 1997, p. 145.

²¹⁸ NUNES JR., Vidal Serrano. Interpretação constitucional. In: LUCCA, Newton De; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coordenação). *Direito constitucional contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 301-312, p. 309.

terceira instância, passando a rever a adequação da solução aviltrada pelos tribunais estaduais e regionais federais em cada caso concreto.

A seguir será analisada a matéria relativa aos efeitos dos recursos em geral e dos recursos dirigidos às cortes de vértice, demonstrando-se, a existência de antinomia a respeito da matéria, considerando-se que a possibilidade de equiparação dos recursos excepcionais ao recurso de apelação.

5. DOS EFEITOS DOS RECURSOS EM GERAL

A doutrina²¹⁹ identifica, comumente, como efeito da interposição dos recursos vários efeitos. Dentre esses o efeito *obstativo* ou *impeditivo*, que evita o trânsito em julgado da decisão da decisão recorrida; o *suspensivo*, que é aquele em virtude do qual se impede a produção imediata dos efeitos da decisão, qualidade esta que perdura até o julgamento do recurso com a preclusão ou a coisa julgada. Esse efeito é conferido por razões de ordem prática, que leva a lei a impedir que se modifique o estado de direito e de fato entre as partes enquanto pende de julgamento o recurso interposto.

Há ainda o efeito *devolutivo*, que é aquele em virtude do qual se devolve o conhecimento da matéria impugnada ao órgão judicante; e, como variante desse efeito, o efeito *expansivo*, que ocorre quando o julgamento do recurso puder propiciar decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada, que é o mérito do recurso.

O efeito *translativo* ocorre quando o órgão *ad quem* julga fora das questões constantes das razões ou contrarrazões dos recursos, não se podendo falar em julgamento *extra* ou *ultra petita*, como ocorre com as questões que devem ser conhecidas de ofício; o efeito *substitutivo* se dá quando o recurso for conhecido e julgado pelo mérito, podendo ser total ou parcial, consoante versar o recurso sobre todos os capítulos da decisão impugnada ou apenas parcela desta, e o órgão *ad quem* a acolher esse mesmo recurso em sua integralidade ou parcialmente, substituindo, na parte acolhida, a decisão impugnada.

Para o que interessa ao nosso trabalho, cuidaremos dos efeitos devolutivo, expansivo e translativo.

²¹⁹ NERY JR., op. cit., p. 456 e seguintes; BRUSCHI, Gilberto Gomes e COUTO, Mônica Bonetti. *Recursos cíveis*. 3. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 237 e seguintes; ASSIS, op. cit., p. 273 e seguintes; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57 e seguintes. Esse último autor, acrescenta ainda o efeito regressivo ou de retratação, que enseja o retorno da matéria impugnada ao próprio órgão judiciário prolator da decisão recorrida, como ocorre no caso dos embargos de declaração. Trata-se de variação do efeito devolutivo.

5.1. Do efeito devolutivo

O efeito devolutivo consiste na devolução do conhecimento da matéria impugnada ao órgão *ad quem*, a fim de que possa reexaminar a decisão recorrida.

Nelson Nery Junior²²⁰ acentua que “o efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, e não mera técnica do processo, princípio esse fundamental do direito civil brasileiro”.

Com efeito, o juiz, em regra, não pode agir de ofício, apenas por meio de provocação da parte ou interessado; conseqüentemente, o julgamento deve se dar nos limites do pedido, fixados pela parte na inicial, não podendo julgar *extra, ultra* ou *infra petita*, sob pena de declaração de nulidade do ato decisório.

Transportando esse entendimento para a esfera recursal, que, nas palavras de Nelson Nery Junior, trata-se de “espécie de renovação do direito de ação em outra fase do procedimento”²²¹, o recurso interposto pela parte devolve ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Assim, o juízo competente para a análise do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões, que devem ser finalizadas com o pedido de nova decisão, fixando-se assim os limites e o âmbito da devolutividade (*tantum devolutum quantum appellatum*).²²²

Daí porque o efeito devolutivo pressupõe o ato de impugnação específica, admitindo-se somente a dedução de pretensão genérica em juízo nos casos expressos elencados pelo art. 324 do Código de Processo Civil²²³.

Deve o recorrente indicar as razões pelas quais pretende ver reformada ou anulada a decisão impugnada e fazer pedido de nova decisão. Somente assim o tribunal *ad quem*

²²⁰ NERY JR, op. cit., p. 401.

²²¹ Ibid., p. 401.

²²² Na lição de Araken de Assis: “A terminologia – efeito “devolutivo” – explica-se por força da tradição. Fez bem o CPC de 2015 em não a mencionar explicitamente. Ela sempre se prende à figura do juiz como delegado do Príncipe. Recebido o apelo, o juiz devolve a jurisdição ao delegado imediatamente anterior. A flagrante impropriedade da palavra, no Estado Democrático Constitucional, sugeriu o emprego da expressão “efeito de transferência” (rectius: remessa). (ASSIS, op. cit., p. 286)

²²³ Art. 324. O pedido deve ser determinado.

§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico:

I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados;

II - quando não for possível determinar, desde logo, as conseqüências do ato ou do fato;

III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 nov. 2022.

poderá apreciar o mérito do recurso, uma vez que é o recorrente que delimita o seu âmbito de devolutividade.

Diante do princípio dispositivo e dos limites fixados pelo recorrente ao devolver ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, decorre a inadmissibilidade da *reformatio in pejus*, tarjando-se de nulidade a decisão a qual foi além do âmbito de devolutividade requerido pela parte, para a prejudicar.

O objeto da devolutividade constitui o mérito do recurso, ou seja, a matéria sobre a qual deve o órgão *ad quem* pronunciar-se, provendo-o ou improvendo-o.

Na conhecida lição de Kazuo Watanabe²²⁴, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo e no plano vertical, a profundidade daquela exercida pelo magistrado, sendo exauriente (completa) ou sumária (incompleta).

De tal modo, possível é a combinação de graus de cognição nos planos vertical e horizontal, conforme as fases ou a modalidade dos procedimentos: se a cognição se estabelece sobre todas as questões, é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade, ou seja, “ampla em extensão, mas sumária em profundidade”. De outro lado, pode-se ter cognição limitada em extensão (quando é vedada a análise “de uma área toda de questões”, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela seria exauriente quanto à profundidade, ou seja, nessa hipótese “cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade”²²⁵.

²²⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 113.

²²⁵ Kazuo Watanabe exemplifica nesse sentido: “a) o já mencionado procedimento de cognição plena e exauriente; b) o de cognição limitada (ou parcial) e exauriente: com limitação quanto à amplitude do debate das partes e consequentemente da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical da profundidade, quanto ao objeto cognoscível; c) o procedimento, ou fase de procedimento, de cognição plena e exauriente “secundum eventum probationis”: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes, isso em razão de técnica processual (para conceber procedimento simples e célere, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas, ou não, com eficácia preclusiva, conforme os elementos de convicção), ou por motivos de política legislativa (evitar, quando em jogo interesse coletivo, a formação de coisa julgada material a recobrar juízo de certeza; fundado em prova insuficiente e formado mais à base de regras de distribuição do ônus da prova); d) o de cognição eventual, plena ou limitada e exauriente: somente haverá cognição se o demandante tomar a iniciativa do contraditório ou a cognição prevista no esquema abstrato da lei pode ficar prejudicada segundo o comportamento do demandado; e) o de cognição sumária ou superficial - em razão da urgência ou do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a

Transportando esse entendimento para o grau recursal, tem-se que o efeito devolutivo pode ser igualmente examinado nos planos da extensão (dimensão horizontal) e da profundidade (dimensão vertical).

A delimitação da dimensão horizontal do efeito devolutivo dá-se em função da extensão da impugnação realizada pela parte em suas razões recursais (o conhecido brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*).

A profundidade do efeito devolutivo determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* para decidir o objeto litigioso do recurso.²²⁶

No que tange ao efeito expansivo, este, na lição de Nelson Nery Junior consiste em reconhecer que a devolução operada pelo recurso “não se restringe às questões resolvidas na sentença, compreendendo também as que poderiam ter sido decididas, seja porque suscitadas pelas partes, seja porque cognoscíveis de ofício”²²⁷.

Diz-se de duas dimensões para a expansão do efeito recursal: (i) a primeira se verifica no plano vertical, possibilitando ao órgão *ad quem* a análise de questões suscitadas no processo com capacidade de interferir, em caráter prejudicial na solução da controvérsia; (ii) a segunda, no plano horizontal, possibilitando a apreciação pelo tribunal *ad quem* de questões novas, como as de ordem pública e/ou que não chegaram a ser enfrentados pela decisão recorrida.²²⁸

cognição superficial para a concessão da tutela reclamada; f) processo de cognição rarefeita, que é o de execução.” (WATANABE, op. cit, p. 113).

²²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais*. 13 ed, Salvador JusPodivm, 2016, v. 3, p. 142.

²²⁷ Kazuo Watanabe exemplifica nesse sentido: “a) o já mencionado procedimento de cognição plena e exauriente; b) o de cognição limitada (ou parcial) e exauriente: com limitação quanto à amplitude do debate das partes e consequentemente da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical da profundidade, quanto ao objeto cognoscível; c) o procedimento, ou fase de procedimento, de cognição plena e exauriente “secundum eventum probationis”: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes, isso em razão de técnica processual (para conceber procedimento simples e célere, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas, ou não, com eficácia preclusiva, conforme os elementos de convicção), ou por motivos de política legislativa (evitar, quando em jogo interesse coletivo, a formação de coisa julgada material a recobrar juízo de certeza; fundado em prova insuficiente e formado mais à base de regras de distribuição do ônus da prova); d) o de cognição eventual, plena ou limitada e exauriente: somente haverá cognição se o demandante tomar a iniciativa do contraditório ou a cognição prevista no esquema abstrato da lei pode ficar prejudicada segundo o comportamento do demandado; e) o de cognição sumária ou superficial - em razão da urgência ou do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada; f) processo de cognição rarefeita, que é o de execução.” (Ibid, p. 113).

²²⁸ É o que se depreende da redação dos parágrafos 1º e 2º do art. 1.013 do Código de Processo Civil: Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

Esse efeito expansivo, conforme Gilberto Bruschi e Mônica Couto²²⁹, pode subdividir-se em expansivo objetivo interno e externo. O primeiro diria respeito à modificação da decisão recorrida em virtude do julgamento do recurso, tornando incompatível a nova decisão proferida com a decisão recorrida; o segundo ocorre quando o julgamento do recurso espalha seus efeitos para outra fase do processo, como, por exemplo, no caso de cumprimento provisório de sentença em curso.

Haveria efeito expansivo subjetivo nos casos de “inscindibilidade das situações jurídico-materiais, que é a razão de ser o fundamento da unitariedade”²³⁰, de modo a afetar terceiros, além de recorrente e recorrido, como nas hipóteses de litisconsórcio.

No que tange à expansão do efeito devolutivo, para Nelson Nery Jr., as preliminares que a parte adversa normalmente alega em contrarrazões, e que ensejam o não conhecimento do recurso, não integram o efeito devolutivo, eis que se referem a matérias de ordem pública, e, portanto, autorizam a que o tribunal se pronuncie *ex officio* a respeito. Assim sendo, salienta “seria mais apropriado dizer-se que esse tipo de questão fica ao exame do tribunal pelo denominado efeito translativo do recurso, porquanto o efeito devolutivo, como já vimos, é manifestação do princípio dispositivo.”²³¹

A possibilidade de o tribunal conhecer das questões discutidas e debatidas no processo, ainda que a decisão não as tenha apreciado por inteiro, bem como conhecer de todos os fundamentos da ação ou defesa, configura exceção ao princípio dispositivo, e tal exceção justifica-se em razão de militar o interesse público em face de determinadas questões justamente denominadas de ordem pública.

O efeito devolutivo é inerente a todos os recursos previstos no ordenamento pátrio, exatamente porque o seu escopo nada mais é do que submeter à cognição de outro órgão, a decisão impugnada. O efeito devolutivo estende o procedimento, prolongando o processo até que a decisão judicial não mais seja impugnável, quer pela inércia da parte em não

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 nov. 2022.

²²⁹ BRUSCHI; COUTO, op. cit., 2019, p. 285. No mesmo sentido: MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 536.

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 43- 44.

²³¹ NERY JUNIOR, op. cit., p. 402.

interpor recurso, quer pelo esgotamento da instância recursal. Assim sendo, do efeito devolutivo decorre o obstativo, que adia a formação da coisa julgada.

5.1.1. Do efeito devolutivo restrito dos recursos excepcionais

No que tange aos recursos excepcionais, sempre se entendeu que o princípio dispositivo, que delimita a extensão do efeito devolutivo, seria restrito, em decorrência do sistema recursal, que fixaria limites à sua fundamentação. O recorrente deveria preencher requisito previsto em lei, a fim de que o recurso pudesse ser conhecido, e, no mérito, deveria demonstrar a efetiva ocorrência desse requisito legal para que possa ser provido.

Como anota Flávio Cheim Jorge²³², nos recursos excepcionais, o juízo de mérito importa em duas fases distintas: o *iudicium rescindens* e o *iudicium rescisorium*. A primeira fase (*iudicium rescindens*) consistiria num juízo de cassação, por meio do qual a Corte de vértice deliberaria sobre a anulação ou desconstituição do acórdão impugnado, por estar em desconformidade com a interpretação da norma considerada como a correta, atuando, dessa forma, a função nomofilática destinada à proteção do direito objetivo (*ius constitutionis*). Ultrapassada essa, na segunda fase (*iudicium rescisorium*), destinada ao rejuízo da causa, a função desempenhada pela Corte reporta-se à *dikelógica*, ao solucionar a lide no caso concreto atende ao interesse da parte recorrente (*ius litigatoris*) diante da análise dos fundamentos da causa e das demais questões dela surgidas.

Esclarece ser relevante a compreensão dessas duas etapas do julgamento do mérito dos recursos excepcionais, para a perfeita delimitação da profundidade do efeito devolutivo, atinente a cada uma delas (cassação e revisão).

No juízo de cassação operar-se-ia efeito devolutivo restrito. Ao órgão competente, Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme tratar-se de recurso extraordinário ou recurso especial, restaria devolvida a tipicidade do erro. No juízo de admissibilidade, verificar-se-ia unicamente se era hipótese de erro típico, enquanto que no juízo de mérito averiguar-se-ia se a impugnação levada a cabo pelo recorrente era ou não fundada.

²³² JORGE, Flávio Cheim. Função e técnica do julgamento do recurso especial e extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 295, p. 165-192, set. 2019.

José Carlos Barbosa Moreira²³³ enunciava nesse sentido que, na hipótese de recursos cuja fundamentação seja vinculada, a tipicidade do erro é pressuposto de admissibilidade e cabimento do recurso. Se o erro não for típico, o órgão *ad quem* dele não conhecerá e, se não verificada a existência real do erro, será improcedente o recurso.

Quanto aos recursos excepcionais, o prequestionamento afluiria então como expressão do próprio efeito devolutivo: ficaria submetida e/ou devolvida à reapreciação do Tribunal *ad quem* apenas aquela matéria previamente controvertida e decidida pelo órgão recorrido.

No mesmo sentido, a lição de Pontes de Miranda²³⁴, para quem, a devolução operada por esses recursos excepcionais diria respeito apenas à matéria impugnada, “mas só no tocante à incidência e aplicação das normas constitucionais ou legais versadas no acórdão recorrido”. Em consonância com as atribuições dessas cortes de vértice, já abordadas em capítulo precedente, dizia, “não se revê, nem se julga a matéria de fato, que se toma em consideração apenas para se determinar a incidência e consequente aplicação dos dispositivos alegadamente violados”. Isso porque:

A natureza do recurso especial e do recurso extraordinário, integrantes ambos do gênero dos recursos classificados como extraordinários, em contrapartida aos ordinários, leva ao entendimento de que o efeito devolutivo por eles produzido opera restritivamente, de modo a só permitir a verificação da incidência da norma nos estritos limites cogitados pelo acórdão recorrido e não outros, ainda que pudessem ter sido considerados pelo aresto.

Assim é que, ultrapassada a fase do conhecimento, e, portanto, considerada a ocorrência de alguns dos motivos que a Constituição indica como capazes de justificar a interposição dos recursos extraordinário e especial, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça decidirão o mérito recursal.

De fato, o que ressuma das disposições do atual Código de Processo Civil em relação aos recursos especial e extraordinário, é uma explicitação do alargamento do âmbito de seu conhecimento, e, portanto, da devolução operada às cortes de vértice.

Já o vimos no capítulo anterior, que o art. 1.025 transfere a tais Cortes, o conhecimento de matéria não decidida, mas que, por ficção nele prevista, sujeita-se à

²³³ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 251. No mesmo sentido: ALBUQUERQUE, op. cit., p. 88.

²³⁴ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 145.

devolução como matéria implicitamente decidida e rejeitada, para efeitos de cabimento e conhecimento do recurso.

Mas o Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 1.034, vai mais além e, no que tange ao julgamento no juízo de revisão, assim dispõe: “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.”

Em comentários sobre o art. 1.034, parágrafo único, Araken de Assis²³⁵ anota que, tal como redigido, o dispositivo “implica equiparar o recurso especial, no particular à apelação”, considerando-se que, no atinente a esse recurso, o § 1º do art. 1.013, do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

De fato, com o parágrafo único do art. 1.034, no Código de Processo Civil está explicitada a devolução, uma vez ultrapassado o juízo prévio de admissibilidade, dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado, ainda que não tenham sido igualmente objeto de expresso enfrentamento na decisão impugnada.

Em acréscimo, o *caput* desse art. 1.034, dispõe que, nessa hipótese, o tribunal correspondente, se Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, “julgará o processo, aplicando o direito”.

Muito embora disposição semelhante se verificasse no enunciado da Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal²³⁶, não com a abrangência pretendida pelo *caput* do art. 1.034, que remete ao julgamento do *processo* e não ao julgamento da *causa*, como era o enunciado da súmula, ora essa possibilidade está positivada, e, em análise conjunta com o mencionado art. 1.025 e ainda com o art. 933 do Código de Processo Civil que prevê, no capítulo atinente aos recursos, que o Relator, ao julgar haverá de levar em conta fatos supervenientes e

²³⁵ ASSIS, op. cit., p. 547.

²³⁶ Súmula 456/STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

questões apreciáveis de ofício, implica a atribuição de ampla devolutividade dos recursos especial e extraordinário.

Recursos que, tal como historicamente cunhados, permitiam a revisão *in iure*, ou seja, a reapreciação de questões de direito “enfrentadas” pelo órgão *a quo*²³⁷, o que implicaria afastar da abrangência de seu conhecimento, questões não expressamente enfrentadas, sequer constantes dos recursos excepcionais, inclusive “fatos supervenientes”.

Barbosa Moreira no âmbito do Código de Processo Civil anterior, divergia da possibilidade de conferir-se aos recursos excepcionais, uma vez ultrapassado o juízo de admissibilidade, ampla devolutividade. No que tange à possibilidade de o julgamento do recurso interposto em relação a uma parte da decisão repercutir sobre outros capítulos, afirmava Barbosa Moreira, que “isso não ocorrerá porque a cognição do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça se estenda a tal restante, e, sim por causa do vínculo de subordinação necessária entre ele e a parte impugnada”.²³⁸

Em comentários ao atual art. 1.034 do Código de Processo Civil, Rodolfo de Camargo Mancuso²³⁹ anota que, alcançando o plano da revisão – portanto superado, com avaliação positiva, o juízo de admissibilidade – “aquelas cortes têm seu âmbito de cognição expandido” – poderão então, examinar “os demais fundamentos” subjacentes ao objeto litigioso da causa.

Defende esse autor que esse dispositivo quer dizer que o efeito devolutivo limitado, no recurso extraordinário e no recurso especial restringe-se ao juízo de admissibilidade. Ultrapassada essa fase, expandir-se ia a cognição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que então, atuando como cortes de revisão, podem conhecer “dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”, na dicção do parágrafo único do art. 1034, “autorização essa que, de resto, afina-se com o ideário da jurisdição integral.”

²³⁷ Conforme Vicente Greco Filho: “Só é admissível o recurso especial se o seu fundamento é matéria de direito, não cabendo se o erro ou injustiça imputados ao acórdão forem decorrentes de má apreciação de matéria de fato. Observe-se, porém, que o erro sobre os critérios de apreciação da prova, ou errada aplicação de regras de experiência são matéria de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial.” (GRECO FILHO, op. cit., p. 324).

²³⁸ BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 585.

²³⁹ MANCUSO, 2017, p. 488-546.

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini²⁴⁰ distinguem a dimensão vertical dos recursos excepcionais em dois momentos: juízo de cassação da decisão recorrida, quando o tribunal *ad quem* “se adstringirá à questão constitucional ou federal infraconstitucional posta na decisão, a fim de verificar se a solução dada a ela foi a correta”; juízo de revisão, quando o tribunal conhecerá, “com profundidade”, de todas as questões suscitadas e daquelas que podem ser conhecidas de ofício, tudo sempre nos limites do capítulo impugnado.

Conforme exposto nos capítulos precedentes, defende-se aqui ser equivocada a ampliação da devolução às cortes de vértice, em juízo de admissibilidade e na fase de conhecimento de recurso extraordinário e de recurso extraordinário. Como já dito, a devolução só pode reportar-se ao que efetivamente restou decidido no acórdão recorrido, transposto à corte de vértice, por meio do pedido de revisão formulado pela parte de anulação/reforma. Vale dizer, devolução restrita nas dimensões vertical e horizontal, de forma a tornar-se consentânea ao texto constitucional, à racionalização das atribuições das cortes de vértice que devem atuar por meio de tais recursos, visando remediar interpretações aberrantes efetivamente exaradas pelos tribunais de segunda instância.

No que tange ao juízo de mérito, como explicitaremos em tópico próprio, consentâneo com o entendimento acima, não poderia operar-se igualmente ampla devolução, para atingir fatos e questões supervenientes, ou fundamentos não enfrentados pelos tribunais de segunda instância, e não devolvidos inclusive à minguada de impugnação específica pela parte.

5.2. Do efeito translativo

É o efeito translativo aquele pelo qual se transfere, ao conhecimento do tribunal *ad quem*, o conhecimento de questões não suscitadas pelas partes ao longo do processo, ou não objeto de apreciação pela decisão impugnada.

²⁴⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 677.

Conforme salienta José Miguel Garcia Medina²⁴¹, essa circunstância decorre do princípio inquisitório, em virtude do qual, em determinadas situações especificamente previstas em lei, pode o órgão judicial agir e pronunciar-se de ofício, independente de pedido ou requerimento da parte ou interessado.

Trata-se de situações em que presentes questões de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado justamente porque a respeito delas não se opera preclusão, conforme o estabelecem os arts. 485, § 3º e 487, II do ordenamento processual civil brasileiro.

Humberto Theodoro Junior²⁴² afirma ser tal efeito “consectário do caráter publicista do processo contemporâneo, para permitir ao órgão da superior instância o exame, mesmo sem constar das razões ou contrarrazões recursais”.

Conforme Nelson Nery Junior²⁴³, além das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, ficam também transferidas ao tribunal destinatário do recurso de apelação, por força do art. 1.013, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil, as questões que deixaram de ser apreciadas pelo juízo de primeiro grau, bem como os demais fundamentos do pedido ou da defesa que deixaram de ser acolhidos.

Em regra, opera-se o efeito translativo nos recursos ordinários (apelação, agravo de instrumento, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), mas não nos recursos extraordinário, especial e embargos de divergência.

A questão, que sempre foi controvertida, ganha nova dimensão a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, no âmbito do Código anterior, o § 3º do art. 267 previa que o juiz conheceria de ofício de tais matérias, em qualquer tempo e grau de jurisdição, “enquanto não proferida sentença de mérito”.

A interpretação restritiva ao conhecimento de tais matérias arrimava-se na aludida expressão e via nela um limitador temporal. Ou seja, a possibilidade de conhecimento de ofício de tais matérias ficaria restrita à prolação da sentença de mérito, ou ao julgamento de

²⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

²⁴² Anota ainda que: “Enquanto o efeito devolutivo emana do princípio dispositivo (que impera enquanto se acham em jogo interesses disponíveis da parte), o efeito translativo (que, de certa forma, conecta-se com o efeito devolutivo) é uma decorrência direta do princípio inquisitivo, que atua no direito processual nos domínios do interesse coletivo, ultrapassando a esfera dos interesses individuais em conflito no processo.” (THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 864).

²⁴³ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit., p. 461.

eventual recurso pela segunda instância, considerando-se o efeito substitutivo operado pelo acórdão em relação à sentença.

O Código de Processo Civil atual, contudo, autoriza no § 3º do art. 485, o conhecimento de tais matérias, “em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.

De tal modo, a mudança legislativa pretende superar a controvérsia então existente a respeito da possibilidade de questões de ordem pública ser conhecidas também no âmbito dos tribunais, em especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

5.2.1. Da matéria a respeito da qual o Tribunal haveria de pronunciar-se de ofício ou a requerimento da parte: questões de ordem pública

As questões de ordem pública são aquelas que condicionam a legitimidade do próprio exercício de jurisdição. Por isso, não precluem²⁴⁴ e podem ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, sendo passíveis de reconhecimento de ofício pelo magistrado.

O conceito de ordem pública, dotado de imprecisão, implica a precedência do interesse geral, público ou social, sobre o individual. Abrangem, sobretudo, as condições da ação e os pressupostos processuais, além da preempção, litispendência e coisa julgada. Contudo, não se exaure nas condições de admissibilidade do julgamento de mérito, pois estão inclusas nesse conceito todas as situações que tenham o condão de ensejar vícios que maculem o processo.

Gleydson Kleber Lopes de Oliveira²⁴⁵ anota que ordem pública diz respeito a “relações regulamentadas por normas jurídicas cuja observância é subtraída, em medida

²⁴⁴ A preclusão é a impossibilidade de se praticar um ato processual, e pode ser ela *temporal*, porque decorre do decurso de tempo; *consumativa*, “quando a parte esgota a oportunidade de praticar determinado ato, praticando-o de uma das maneiras alternativamente previstas em lei, como possíveis, ficando proibida de praticá-lo de outra maneira” (cf. GRECO FILHO, op. cit., p. 22); e *lógica*, quando o impedimento à prática do ato decorre do fato da parte ter praticado outro ato com ele incompatível. Em razão do instituto da preclusão decorrem dois princípios: o da ordem legal necessária das atividades processuais como uma sucessão de fases distintas, nitidamente separadas entre si, e o da eventualidade, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque e de defesa.

²⁴⁵ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate de matéria impugnada. In: NERY JUNIOR, Nelson;

mais ou menos ampla, segundo os casos, à livre vontade das partes e à valorização arbitrária que as mesmas podem fazer de seus interesses individuais”.

O mesmo autor acha oportuno traçar ligação entre a questão de ordem pública e as nulidades, uma vez que, violada a questão de ordem pública, o processo torna-se viciado, ensejando a nulidade ou até inexistência²⁴⁶.

Dada à importância da questão de ordem pública, a atribuição do juiz em analisá-la de ofício mostra-se imune à preclusão *pro judicato*, pois como assevera Humberto Theodoro Junior²⁴⁷, sobre tais matérias não têm disponibilidade as partes, e que funcionam como pressupostos de “legitimidade da própria função jurisdicional do Estado”. Tanto o próprio juiz de primeiro grau, como o Tribunal superior (em grau de recurso), pode voltar a examinar essas questões, em qualquer fase do processo, enquanto não julgado o mérito da causa.

É certo que quanto à preclusão, seu campo de atuação não alcança o âmbito próprio da atividade jurisdicional, sendo dever do magistrado enquanto ainda não finda a tarefa judicante, perquirir pela presença dos pressupostos e condições da ação.²⁴⁸

Destaca ainda Vito Antônio Boccuzzi Neto²⁴⁹, que tais questões desafiam uma relação de direito público, que envolve de maneira imediata e prevalecte um interesse de caráter geral. De modo que, “quando surge uma questão de ordem pública num processo, há o predomínio das coisas do Estado em detrimento do interesse particular das partes”.

ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.3, p. 239.

²⁴⁶ Conforme Gleydson Kleber Lopes: “Ocorre nulidade absoluta quando o ato processual ofender uma norma que tutele um interesse público, caso em que o vício será insanável, e deve ser examinada de ofício pelo juiz, podendo qualquer das partes invocá-la a qualquer tempo, enquanto a nulidade relativa terá lugar quando a norma infringida tenha por objeto preservar o interesse da parte, caso em que o vício será sanável, devendo somente a parte suscitá-la, sob pena de preclusão. As nulidades consubstanciam-se em vícios de forma e de fundo. Os primeiros: não previstos em lei como nulidades absolutas, somente as partes podem suscitá-las, sob pena de preclusão; excepcionalmente previstos os vícios de forma em lei como nulidades absolutas, são decretáveis de ofício e não há preclusão. Os segundos, que são defeitos relativos, sobretudo, aos pressupostos processuais e às condições da ação, consubstanciam-se em nulidades absolutas, sendo decretáveis de ofício e não geram preclusão”. (Ibid., p. 239)

²⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 444.

²⁴⁸ Não por outra razão José Rogério Cruz e Tucci assevera que: “A possibilidade de cognição *ex officio* dessa matéria corresponde, evidentemente, à garantia de boa administração da justiça, sendo que eventual inércia do magistrado *lo hace responsable de mal desempeño del cargo, por grave omisión*.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 640, p. 23, fev. 1989).

²⁴⁹ BOCUZZI NETO, Vito Antônio. Recursos excepcionais – o prequestionamento e a matéria de ordem pública. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 440.

Logo, questão de ordem pública referir-se-ia a toda matéria atinente aos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional que, quando desatendida, tem o condão de viciar – nulidade absoluta ou inexistência jurídica – o processo.

Pois bem, conforme adiantado, a disposição literal do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil/73 suscitava disceptações relacionadas ao entendimento de que as matérias nele referidas somente poderiam ser suscitadas até a prolação da sentença de mérito em primeiro grau de jurisdição, de forma que, havendo recurso contra sentença definitiva, seria defeso ao tribunal o exame de ofício da questão de ordem pública.

O Código de Processo Civil atual veio tentar sanar essa questão, estabelecendo no art. 485, § 3º que tais matérias são passíveis de conhecimento de ofício “em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.

De tal modo, pela redação do dispositivo, tais questões poderiam ser também suscitadas no âmbito dos tribunais, que delas poderiam conhecer, “enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”. De fato, a sentença de mérito por si só não poderia inibir a possibilidade de análise de ofício da questão de ordem pública pelo tribunal, uma vez que o acórdão, ao apreciar o recurso, substitui a sentença.²⁵⁰

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre foi majoritária no sentido da admissibilidade de serem suscitadas e serem conhecidas, inclusive de ofício, essas matérias pelos tribunais de segunda instância²⁵¹.

²⁵⁰ Invoca-se, nesse sentido, a anotação de Egas Dirceu Moniz de Aragão, para quem “a denominação [sentença de mérito] não retira ao julgamento dos tribunais as características, que lhe são inatas, de sentenças ou decisões, mesmo de despachos”. Assim, o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso (art. 512), do que resulta que, “sentença de mérito é a que o definir, com caráter final, aplicando-se, portanto, o preceito do texto, também aos tribunais superiores, julgando originariamente ou em grau de recurso”. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II, p. 416). Veja-se ainda nesse sentido: ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Tratado de direito processual civil*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. I, p. 321-322.

²⁵¹ Confira-se:

“As matérias referentes as condições da ação e aos pressupostos processuais podem ser reexaminadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive, *ex officio*.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 122.004/SP, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, Brasília, DF, j. 16.12.1997, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 2.3.1998, p. 131).

“A questão relativa à aplicação, à espécie, do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n.º 11.280/06 - pronunciamento da prescrição, de ofício, pelo juiz -, é matéria de ordem pública, passível de conhecimento pelas instâncias ordinárias a qualquer tempo, ainda que tenha sido arguida somente em embargos de declaração. Precedentes”. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.225.624/RJ, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 18.10.2011, deram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 3.11.2011).

“Por fim, com relação à tese que sustenta que a prescrição trata-se de matéria de ordem pública, logo, poderia ser decretada a qualquer tempo e de ofício, por qualquer instância, se faz oportuno ressaltar que “após o trânsito

A discepção grassava no tocante ao conhecimento de tais matérias no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, em razão da necessidade do preenchimento do requisito do prequestionamento da matéria, que, como visto, se reporta às “causas decididas”.

5.2.1.1. Da necessidade de prequestionamento das questões de ordem pública

Consoante o exposto nos capítulos precedentes, em virtude do necessário preenchimento do requisito do prequestionamento e da fundamentação vinculada dos recursos especial e extraordinário, controvertia-se a respeito da possibilidade de as cortes superiores, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, conhecerem de ofício das matérias de ordem pública.

Parcela considerável da doutrina - dentre esses Eduardo Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim, Nelson Nery Junior, José Miguel Garcia Medina -, entendia inadmissível o conhecimento *ex officio* de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais.

Com efeito, Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim²⁵² consignavam que, também no caso de questão de ordem pública, havia necessidade de prequestionamento, porque, caso contrário, não restaria preenchido o requisito constitucional ensejador do cabimento do recurso especial pela alínea “a” do inc. III do art. 105 da CF/88. No seu entender, era preciso que o tribunal local tivesse apreciado a questão federal para viabilizar o acesso ao Superior Tribunal de Justiça, pela via do recurso especial. O mesmo entendimento aplicava-se ao recurso extraordinário em razão da similitude dos requisitos ensejadores de seu cabimento, contidos no art. 102, inc. III da CF.

Ricardo Aprigliano²⁵³, em obra a respeito da matéria, afirma que, coerente à natureza e função dos recursos especial e extraordinário, que possuem “objetivos diversos,

em julgado da ação de conhecimento, eventual ausência de manifestação sobre matéria de ordem pública somente pode ser arguida pela via da Ação Rescisória, porquanto inviável seu questionamento na fase executiva por meio de Embargos à Execução.” (REsp 1.681.184/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21.9.2017, DJe 09.10.2017). 4. Agravo interno a que se nega provimento.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.394.088/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 11.6.2019, improvido, v.u., *Diário da Justiça eletrônico* 18.6.2019).

²⁵² ARRUDA ALVIM, Eduardo e ARRUDA ALVIM, Angélica. Recurso especial e prequestionamento. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 170.

²⁵³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 218. No mesmo sentido: RIBEIRO, Eduardo.

relacionados à uniformidade do controle da legislação infraconstitucional e da Constituição, independentemente da justiça do caso concreto”, é a vedação a que seja “examinado e eventualmente reconhecido, no plano prévio e prejudicial do juízo de admissibilidade” desses recursos, de ofício, questões de ordem pública.

Oportuno ao presente é também o escólio de Nelson Nery Junior²⁵⁴, que afirma que como o texto constitucional fala em serem cabíveis os recursos extraordinário e especial das causas decididas, “apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação pelas vias excepcionais dos recursos constitucionais”. No seu entender, não há efeito translativo nos recursos excepcionais porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (CF, arts. 102, inc. III, e 105, inc. III).²⁵⁵

Dessa opinião também partilha José Miguel Garcia Medina²⁵⁶. Saliencia que por configuraram os recursos especial e extraordinário como de fundamentação vinculada, seu efeito devolutivo é limitado, assim, ausentes os pressupostos constitucionais para o cabimento do recurso, o mesmo não poderá ser conhecido. E assevera que a Constituição Federal não abre qualquer exceção a tal pressuposto. Daí se inferir que, não obstante a disposição do art. 485, § 3º. do Código de Processo Civil, a questão que não tenha sido objeto da decisão recorrida não poderá ser objeto de recurso extraordinário ou do recurso especial e que essa regra aplica-se, inclusive, às matérias de ordem pública.

Partindo do pressuposto que os requisitos de cabimento dos recursos extraordinários e especial constam expressamente na Constituição Federal, afirma José Miguel Garcia Medina que tais disposições não são atingidas por lei inferior, mesmo que a lei em referência seja o Código de Processo Civil, pois tal ilação “decorre, está claro, de aplicação do princípio da hierarquia das normas”.²⁵⁷

No seu entender, a possibilidade de conhecimento *ex officio* das matérias de ordem pública só atingiria os recursos extraordinários e especial se existisse, na Constituição Federal, dispositivo com conteúdo semelhante. E acrescenta que não constando a matéria na decisão recorrida, mesmo que haja provocação da parte quando da interposição do recurso

Recurso Especial. In FONTES, Renata Barbosa. *Temas de Direito: homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 54.

²⁵⁴ NERY JUNIOR, op.cit, p. 442.

²⁵⁵ Ibid., p. 482.

²⁵⁶ MEDINA, op. cit., p. 158.

²⁵⁷ MEDINA, op. cit., p. 159.

extraordinário ou recurso especial, ainda assim não será possível o conhecimento da matéria pelo Tribunal *ad quem*.

Cite-se também Araken de Assis²⁵⁸, no sentido de que:

(...) coerente à ideia de afloração, a virtual possibilidade de o órgão judiciário se pronunciar, em tese, a respeito de algumas questões, apreciáveis *ex officio*, necessariamente não preenche os tipos constitucionais. É indispensável que o juiz singular ou órgão fracionário do tribunal, respeitado o esgotamento das vias recursais ordinárias, efetivamente decida a questão.

Salienta ainda Araken de Assis que, embora seja lícito conhecer dos pressupostos processuais e das condições *a qualquer tempo e grau de jurisdição*, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, conforme art. 485, § 3º, do Código de Processo Civil, se o órgão a *quo* nada resolveu, expressamente, acerca da sua presença ou inexistência no processo, decerto não caberão recursos especial ou extraordinário.

A parcela da doutrina que assevera dever ser dispensado o prequestionamento relativamente à questão de ordem pública nos recursos excepcionais, funda-se na possibilidade de possuir ela, se não observada, o condão de viciar o processo.

Um dos expoentes dessa corrente era Nelson Luiz Pinto²⁵⁹. Afirmava, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que consoante a disposição legal do art. 267, § 3º do Código de Processo Civil, deve ser dispensado o prequestionamento das questões de ordem pública -, impondo-se ao Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecer dessas questões, evitando-se assim o trânsito em julgado de uma decisão viciada, e a decorrente propositura da ação rescisória. Para esse autor, as condições da ação e os pressupostos processuais deveriam, necessária e obrigatoriamente, serem objeto de exame *ex officio* por qualquer juiz ou Tribunal, antes de se adentrar o julgamento do mérito, independentemente de ter havido ou não o requerimento das partes. Desse modo, no seu entender, “pode-se dizer que essas matérias de ordem pública por força de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito”²⁶⁰.

²⁵⁸ ASSIS, op. cit., p. 547. No mesmo sentido: ARAKEN, Assis. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeiro Preto, n. 33, p. 11-31, set. 2002, p. 20.

²⁵⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (Teoria Geral e admissibilidade)*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 145.

²⁶⁰ PINTO, op. cit., p. 182.

Rodolfo de Camargo Mancuso²⁶¹, que embora preconize a devolutividade restrita no âmbito do recurso especial e do recurso extraordinário, admite que, no caso de questões de ordem pública, pode-se ter por inexigível o prequestionamento, “desde que se possa, sem esforço, aferir, no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado na instância precedente.”

Arlete Inês Aurelli, por seu turno, destaca ferir o princípio da economia processual possibilitar que as matérias de ordem pública sejam atacadas por posterior ação rescisória, quando do trânsito em julgado, e impedir que sejam apreciadas em grau de recurso especial e extraordinário.²⁶²

Para outra corrente doutrinária e jurisprudencial, a discussão sobre a possibilidade de o tribunal examinar, suscitar, de ofício ou a requerimento da parte, questão de ordem pública não ventilada na decisão recorrida, não se passa no campo do prequestionamento, que é ínsito ao juízo de admissibilidade. É nesse sentido o entendimento de Egas Dirceu Moniz de Aragão²⁶³, assentando que na fase de revisão, “ficará livre ao Tribunal apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, sem o que lhe seria impossível *aplicar o direito à espécie*, conforme dispõem as regras regimentais”.

Releva ainda citar o entendimento de Paulo Henrique dos Santos Lucon²⁶⁴ que afirma que não se trata apenas de razão metodológica a disposição relativa ao conhecimento *ex officio* das matérias de ordem pública, porque diz respeito ainda “a uma diretiva superior, relacionada ao papel do juiz no processo civil moderno” ou, em outras palavras, “ao princípio da inquisitorialidade”; “havendo violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido, principalmente naqueles casos em que a decisão será *inutiliter data*”, dispensando-se o prequestionamento.²⁶⁵

Precedentes jurisprudenciais favoráveis à dispensa do prequestionamento em caso de matéria de ordem pública são minoritários. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça,

²⁶¹ MANCUSO, op. cit., p. 231.

²⁶² AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 23, n. 89, p. 279, jan./mar.1998.

²⁶³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II, p. 416.

²⁶⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 735.

²⁶⁵ LUCON, op. cit., p. 741.

encontram-se arestos no sentido de ser possível ao tribunal, conhecer de ofício da matéria de ordem pública, *aplicando o direito à espécie*, uma vez superada a fase de conhecimento.²⁶⁶.

É controvertida, ainda, a fundamentação em função da qual deve o órgão jurisdicional competente, em sede de recurso, analisar de ofício questão de ordem pública.

Diverso é o entendimento de Nelson Nery Junior²⁶⁷, para quem tal possibilidade advém do princípio translativo. Isso porque, no seu entender o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício questões de ordem pública não arguidas pelas partes “não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do princípio inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos”. E argumenta ainda que “mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição de recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou nas contrarrazões do recurso”.

Humberto Theodoro Junior²⁶⁸ defende o conhecimento de tais questões no âmbito dos recursos excepcionais por outro fundamento. Conforme advoga, não haveria na Constituição, que define os casos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, vedação expressa à incidência do efeito translativo, tendo sido definido nesse diploma os casos de admissibilidade de tais recursos. De tal modo, compreende que o efeito translativo, definido na lei comum, “nada tem a ver com o poder da parte de definir o objeto da impugnação recursal, que se presta para justificar a exigência de prequestionamento dos temas cabíveis no objeto dos recursos especial e extraordinário”.

Considerando entender que efeito translativo “é algo que existe primariamente na esfera de atribuições de qualquer órgão jurisdicional que assuma a função de decidir em qualquer processo, não importa o grau de jurisdição em que ele se acha tramitando”, afirma que “uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, a decadência e as questões de ordem pública.”

²⁶⁶ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 466.861/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.6.2004, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 29.11.2004, p. 277; Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 485.969/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 11.9.2003, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 4.4.2005, p. 251.

²⁶⁷ NERY JUNIOR, op. cit., p. 484.

²⁶⁸ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 866.

Bruno Dantas²⁶⁹ anota que a manifestação do efeito translativo, “por se relacionar com o juízo de mérito, exige a superação do juízo de admissibilidade”. Portanto, o conhecimento do recurso é pressuposto lógico para se permitir que o Tribunal, ao analisar o mérito recursal, possa adentrar ao exame de questões de ordem pública. Para esse autor, igualmente não se poderia imputar ausência de prequestionamento a tais matérias como óbice ao seu conhecimento, pois, como “exigir um prequestionamento de questão que tenha surgido depois (fato superveniente) ou que tenha sido detectada somente naquele momento recursal (questão de ordem pública).”

A questão então, ganha relevo com a disposição constante do *caput* do art. 1.034 do Código de Processo Civil. Como anota Humberto Theodoro Junior²⁷⁰, a regra foi traçada para a apelação, “mas sua extensão para os recursos especial e extraordinário se impõe, visto que também nestes o tribunal *ad quem*, uma vez admitido o apelo, terá de “julgar o processo, aplicando o direito à espécie””.

Destacando que ao determinar o dispositivo “julgar o processo” e não apenas reexaminar o “julgamento da causa” realizado pela instância de origem, o legislador impõe ao Tribunal *ad quem* a necessidade de o Tribunal Superior apreciar, de ofício, os pressupostos processuais e as condições da ação, porque verificada a sua inobservância, não será possível o pronunciamento válido sobre o mérito do processo.

No ponto, coerente com o aqui já exposto, a respeito da necessidade de observância do requisito dos recursos excepcionais, relativo a efetiva existência de “causas decididas”, entendemos pela impossibilidade de, em sede de juízo de admissibilidade, dispensar-se o prequestionamento, inclusive a respeito de questões de ordem pública.

De outro lado, ultrapassada a fase de conhecimento, poderiam as cortes de vértice conhecerem de tais matérias, não em razão do efeito devolutivo, mas do efeito translativo, considerando-se o interesse público na solução de tais matérias, e, especialmente quando a sua solução possa configurar-se em antecedente lógico para a definição do mérito da causa posta em apreciação.

É o que se exporá em capítulo próprio.

²⁶⁹ DANTAS, Bruno. Da ordem dos processos no tribunal. In: *Comentários ao Código de Processo Civil* (art. 926 a 1.072). BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). 1. ed., 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2017. V.4, p. 54-88.

²⁷⁰ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 866.

6. DOS RECURSOS DE ESTRITO DIREITO

6.1. Da inadmissibilidade de revisão de matéria de fato

A finalidade dos ditos recursos excepcionais é de assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais.

Assim, o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos demais recursos, mas restrito aos lindes da matéria jurídica invocável.

De tal modo, não se prestam tais recursos ao reexame de matéria de fato, presumindo-se ter sido esta dirimida pelas instâncias ordinárias por ocasião da subsunção do fato à norma de regência.^{271 272}

²⁷¹ No ordenamento jurídico francês, vedou-se à Corte de Cassação a cognição do fundo dos negócios: “La Cour de cassation est le juge du droit. Elle ne réexamine pas les faits qui sont à l'origine du litige. Sa mission consiste à vérifier que les tribunaux et cours d'appel de l'ordre judiciaire ont correctement appliqué la loi. En d'autres termes, la Cour de cassation ne se prononce pas sur le conflit qui oppose les parties, mais sur la qualité de la décision de justice qui a été rendue. Lorsque la Cour de cassation estime que la règle de droit n'a pas été appliquée de façon adéquate, elle prononce une "cassation": la décision de justice est annulée et l'affaire est renvoyée devant une cour d'appel ou un tribunal pour être rejugée.” Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/la-cour/les-missions-de-la-cour-de-cassation> . Acesso em: 17 dez. 2022.

²⁷² Jordi Nieva Fenoll entende ser equivocado o entendimento, derivado da experiência da Corte de Cassação francesa, e replicado em outros modelos de Cortes de vértice, de que não se poderia rever fatos. Isso porque quando se diz que a Corte de Cassação não poderia conhecer da matéria de fundo, querer-se-ia referir ao amálgama entre fatos e direito (e não propriamente aos fatos em si). Isso porque, a Corte de Cassação analisava a “contravenção expressa ao texto da lei”, e o amálgama entre fato e direito imporia uma análise mais aprofundada não aferível à primeira vista: “En ninguno de los Decretos de 27 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, institutivos del Tribunal de Cassation se disse, salvo error, que el “Tribunal de Cassation ne pourra pas juger sur le fait des affaires”, sino que lo que se disse es que el “Tribunal de Cassation ne pourra pas connaitre du fond des affaires”. Y creemos que no cabe confundir el fondo de un asunto con los hechos del mismo. El fondo es el todo, la amalgama de hechos y derecho del caso concreto, y no sólo los hechos. De ello se hace eco el próprio Calamandrei, al afirmar que el error debía ser expreso, tal y como decía el Decreto, es decir, claramente visible en una primera lectura de la sentencia. Por esa razón los errores que se refieran al fondo, al hecho y al derecho del caso concreto, no podían entrar en casación. Por consiguiente, los errores sobre la premissa menor no podían acceder a casación, pero, y esto es importantísimo, no por sua naturaleza fáctica, sino porque no eran advertibles a primera vista. No se podía entrar por tanto en los hechos, pero tampoco en sua calificación jurídica, de forma que el Tribunal de Cassation, como hemos dicho y decían los Decretos, sólo analizaba “la contravention expresse au texte de la loi”, en el sentido más literal de la expresión”. Afirma que a distinção entre fato e direito ocorreu depois disso e por razões de ordem técnico-políticas, restringindo-se a análise pela Corte de Cassação da existência do fato fixado como tal pelo juiz do tribunal *a quo*: “La distinción [hecho y derecho] fue implícitamente proclamada algún tiempo después. En los años sucesivos la Cour descendió al terreno de lo concreto con la fausse application de la ley, también en ámbito civil. Sin embargo, a buen seguro por las mismas razones técnico-políticas que, en un principio habían vedado el análisis del fondo, ni el Tribunal de cassation para el ámbito penal, ni la Cour, ahora, se atrevieron a dar el siguiente paso, que era la discusión de la existencia de los hechos fijados por el Juez *a quo*. La evolución y ampliación del ámbito de cognición se detuvo aquí”. Tais razões se referem à limitação técnica e necessidade de imprimir celeridade aos julgamentos da Corte: “En primer lugar, piénsese que historicamente esas limitaciones no tienen lugar en razón de una hipotética mejor protección del ius constitucionais, sino por razones de capacidade técnica del

Como destaca Roberto Rosas²⁷³, objetiva-se assim, impedir que as Cortes Superiores entrem em limites destinados a outros graus. O âmbito de abrangência da apreciação das postulações veiculadas em primeiro grau, analisadas amplamente naquela instância, vai sendo paulatinamente restringido conforme tais postulações venham sendo submetidas a diferentes instâncias revisoras.

Rodolfo de Camargo Mancuso²⁷⁴ pondera a respeito que, se fossem cabíveis os recursos especial e extraordinário para revisão de matéria fática, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça seriam convertidos em novas instâncias ordinárias, e esses recursos restariam despojados de sua característica de excepcionalidade, eis que vocacionados à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.^{275 276}

Sob essa perspectiva, grassam nas cortes superiores os seguintes enunciados:

Súmula nº 7/STJ – *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*

Súmula nº 279/STF - *Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*

órgano y celeridade en sus decisiones, celeridade que interesa tanto al tribunal supremo como al litigante (al menus al probus litigator)”. (FENOLL, Jordi Nieva. *El hecho y el derecho en la casación*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 33-34 e 83, 324p).

²⁷³ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: comentário às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 344.

²⁷⁴ Afirma esse autor que: “Um dos motivos porque se tem os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais, reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (máxime a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência”. (MANCUSO, op. cit., p. 167-168).

²⁷⁵ No mesmo sentido anota Luís Eduardo Simardi Fernandes: “Ainda, uma vez consignado que a função do STF é justamente a de velar pelo respeito à Constituição Federal, forçoso concluir que não se está diante de um terceiro grau de jurisdição. E isso porque o recurso em tela não tem por fim proteger o direito subjetivo do recorrente, que fica em segundo plano, mas se presta a tutelar o direito objetivo. Sua função é a de garantia a supremacia da Constituição Federal. E, justamente por isso – de não se buscar por esse recurso a satisfação da pretensão do litigante – que não se aceita o reexame de provas no julgamento do recurso extraordinário, tomando os ministros para decidir o recurso, a narrativa dos fatos constantes da decisão recorrida.” (FERNANDES, op. cit., p.154).

²⁷⁶ A respeito da possibilidade de revisão de matéria fática no âmbito das Corte de vértice italiana, afirma Luigi Lombardo que: “Parlare di controllo del fatto in cassazione potrebbe apparire un “ossimoro”; ed in effetti, per certi versi, lo è. Nel nostro sistema, la Cassazione non è propriamente un giudice in senso proprio, un giudice che conosce “fatto” e “diritto”. Il giudizio di legittimità non è un terzo grado di giudizio, ma è limitato solo al controllo di legalità della sentenza. Ciò vuol dire che, in via di principio, il sindacato di legittimità è escluso sulla questione di fatto.” (LOMBARDO, Luigi. *La logica del giudice ed il controllo di legittimità nel giudizio civile*. Disponível em: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/LOMBARDO_-

[La logica del giudice ed il controllo di legittimità nel giudizio civile.pdf](#). Acesso em: 17 dez. 2022.

A redação dos aludidos enunciados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça pressupõe uma artificial separação estanque entre questões de direito (vontade abstrata da lei) e de fato (vontade concreta da lei), na conhecida acepção de Chiovenda²⁷⁷.

Miguel Reale²⁷⁸, em sua teoria tridimensional do direito, já destacava o fenômeno jurídico como uma unidade sintética de três dimensões básicas: a normativa, a fática e a valorativa, que “se implicam e se exigem reciprocamente”, segundo uma “relação dialética de implicação-polaridade”.

Daí porque José Afonso da Silva²⁷⁹ afirmava que, em realidade, não seria possível separar fato e direito, pois este é, “objeto tridimensional, porque integrado de fato valor e norma. Só por abstração podem ser separados”. Pedro Aragonese assinala que a dificuldade nesse sentido deriva do fato de que os fatos, assim como as normas, não aparecem no momento de sua aplicação como fenômenos puros.²⁸⁰

²⁷⁷ “A atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente, a dois distintos objetos: o exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de direito), exame dos fatos que transformaram em concreta a vontade da lei (questão de fato).” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.1 Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 40).

²⁷⁸ “Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça). Nas duas últimas décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor que confere determinado significado a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66).

²⁷⁹ Destacava, ainda no que concerne aos fatos que: “Entre aqueles elementos, concisamente denominados fatos, podemos distinguir aqueles que constituem uma das dimensões do direito, outros que se opõem ao direito e aqueles que não interessam ao direito. Donde encarados do ponto de vista jurídico, descobrimos três categorias de fatos: a) fatos jurídicos, como dimensão do Direito, integrantes do Direito (condutas jurídicas), porque suportes de valores bilaterais atributivos; b) fatos antijurídicos, ofensivos ao direito, porque albergam um sentido contrário ao Direito, ou um desvalor (condutas contrárias ao Direito); e fatos a-jurídicos, indiferentes ao Direito, porque fora do mundo jurídico. Somente as duas primeiras categorias, em regra, podem formar uma questão de fato, objeto de apreciação do juiz.” (SILVA, op. cit., p. 126).

²⁸⁰ “Sin embargo, basta examinar tal cuestión en los aspectos señalados, en los que se han mostrado con una mayor irritabilidad, para comprender la dificultad, o, mejor diríamos, la imposibilidad de señalar pautas generales para establecer una correcta distinción. Ello es así porque los hechos, como las normas, no aparecen en el momento de su aplicación como fenómenos puros.” (ARAGONESES, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960, p. 788).

Anote-se ainda que, sob a perspectiva do ordenamento jurídico, relevantes são os fatos jurídicos, ou seja, aqueles assim considerados sob a perspectiva do direito, como determinantes para o deslinde de determinada questão²⁸¹.

Assim, ainda que possamos, por “abstração”, tentar empreender uma distinção entre questões de direito e questões de fato para fins de admissibilidade dos recursos excepcionais, esta não é uma tarefa simples. Existem entre questões de direito e questões de fato, inúmeras nuances, muitas vezes de difícil distinção, senão após um exame minucioso e aprofundado de cada caso.²⁸² E ainda, assim, como anota Jordi Nieva Fenoll²⁸³, o que se extrai são “percepções” a respeito dos fatos e do direito que, após o curso do processo, se convertem em “afirmações”.

Como observa Barbosa Moreira²⁸⁴, a singeleza da afirmação de que os recursos excepcionais permitem tão somente a revisão *in iure*, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão *a quo*, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que, à primeira vista se afigura²⁸⁵.

De fato, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao conhecerem do recurso, não se limitam a cassar a decisão recorrida, quando divergente da interpretação dessas cortes sobre a questão de direito, e a restituir os autos ao Tribunal *a quo*, para novo julgamento.

²⁸¹ Henrique Araújo Costa afirma a respeito que “tradicionalmente a atividade probatória (relacionada às questões de fato) estaria ligada à demonstração; enquanto a atividade intelectual (relacionada às questões de direito) estaria ligada à persuasão – motivo pelo qual também se afirma que fato precisa de prova; e direito, de argumento.” (COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em recurso especial: a Súmula 7 do STJ*. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 19)

²⁸² ARRUDA ALVIM, Teresa. Questão de fato e Questão de Direito. *Revista da Academia Paulista de Direito*. v. 3, n. 02, p. 235-256, jan./jun. 2012. No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM, Teresa e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 362.

²⁸³ “Donde indudablemente és imposible, por completo, separar los hechos del derecho de la sentencia. Realmente lo que ocurre en la sentencia es es una autentica actividad de creación de derecho y de afirmación, cuando no de creación de hechos. Antes del proceso, y durante el proceso, lo único que podemos afirmar que exista propiamente son percepciones sobre los hechos, que se convierten en afirmaciones al llegar al proceso, así como afirmaciones sobre el derecho.” (FENOLL, Jordi Nieva. *El hecho y el derecho en la casación*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 122, 324p).

²⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 604.

²⁸⁵ Destaca Barbosa Moreira que “a ânsia de “sistematizar” a todo custo pode às vezes induzir os juristas, sem exclusão dos maiores, a utilizar, na representação da realidade, técnicas que confinam perigosamente com a fotomontagem. Corre-se o risco de manipular os dados, por amor à harmonia plástica da composição. O resultado será talvez fascinante do ponto de vista estético; deixará, porém, certo ressaibo de insatisfação na mente de quem espera algo mais que uma construção doutrinária.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeito da sentença. Variações sobre o tema. In: _____. *Temas de direito processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, p. 1989, p. 182.

Nos termos do art. 1.034 do Código de Processo Civil, que replica parcialmente o enunciado da Súmula nº 456/STF, após conhecer do recurso pela violação à norma jurídica, o tribunal procede a sua aplicação à espécie, isto é, julga a causa. Só quando o fundamento do recurso consiste em *error in procedendo* é que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento ao recurso, anula a decisão recorrida e, se o caso, remete os autos ao Tribunal *a quo* para que outra se profira.

É evidente, portanto, a aparente incongruência entre as disposições das Súmulas 7/STJ e 279/STJ, com as da Súmula nº 456/STF e do art. 1.034 do Código de Processo Civil, e, ainda, com a função nomofilática, paradigmática e uniformizadora dos julgamentos proferidos pelas Cortes de vértice. Ainda que tais Cortes Superiores devam julgar a causa e uniformizar a interpretação da lei e da Carta, em virtude da restrição contida nas súmulas de nºs 7/STJ e 279/STF, não estariam autorizadas a qualquer incursão na seara probatória, do que se cuidará em capítulo próprio.

A mesma dificuldade se denota quanto à aplicação do disposto no art. 1.025 do Código de Processo Civil. As Cortes Superiores não podem incursionar em matéria fática, mas a partir da análise da situação fática descrita no acórdão procedem à análise da correção da subsunção desta à solução jurídica encontrada pelo Tribunal *a quo*. Assim, ainda que se possa ter por prequestionada a matéria jurídica a respeito da qual o Tribunal *a quo* se omitiu, a análise da correção da interpretação advogada pela parte não prescindirá da análise da moldura fática constante do acórdão recorrido, que a tanto, pode igualmente ter se omitido ou tê-lo feito de maneira deficiente.²⁸⁶

Não se desconhece que a análise no campo do direito probatório contenta-se com a verdade formal. Essa, como anota Jordi Ferrer Beltran²⁸⁷, que goza de autoridade jurídica, por ter sido assim declarada pelo órgão jurisdicional, “pode coincidir, ou não, com a [verdade] material (mesmo que, frequentemente, admita-se ser desejável que o faça)”.

Michele Taruffo²⁸⁸ bem anota que decidir sobre fatos implica escolher uma narração dos fatos do caso entre as muitas possíveis, ou pelo menos entre aquelas que foram

²⁸⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. op. cit., 2020 p. 116.

²⁸⁷ “Independentemente da coincidência com os fatos realmente ocorridos, à declaração de fatos provados, realizada pelo juiz ou tribunal na sentença é atribuída a qualificação de verdadeira formalmente. (...) Dessa forma, a declaração de fatos provados pelo julgador torna-se verdadeira (em sentido formal) pelo mero fato de ser emitida pelo órgão judicial.” (BELTRAN, Jordi Ferrer. Prova e verdade no direito. In: *Coleção novo processo civil*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, n. 2.3.)

²⁸⁸ “Decidere sui fatti implica pur sempre che si scelga uNa narrazione dei fatti del caso tra le molte possibili, o almeno tra quelle che sono state concretamente prospettate al giudice o che il giudice stesso può configurare.

concretamente propostas ao juiz ou que o próprio juiz pode configurar: tratar-se-ia de identificar a *melhor* narração possível entre aquelas que parecem sensíveis no caso particular.

De qualquer modo, desvenda-se a necessidade de compatibilização dessa hipótese com os aludidos enunciados, até porque à míngua da exclusão de determinadas matérias do controle das Cortes Superiores, restaria mitigada a sua função de manter a uniformidade e a coerência da interpretação do direito (nomofilaquia).²⁸⁹

Ainda a respeito dessa matéria, anota Yves Chartier²⁹⁰ que, embora a Corte de Cassação francesa não possa incursionar sobre fatos e provas, pode realizar um juízo de adstrição, a partir da motivação da decisão recorrida ao fundamento jurídico empregado, e, daí, conseqüentemente, extrair a eventual existência de violação da lei, de falta de fundamento legal que suporte a decisão, a desvirtuação, ausência ou vício de motivação, falta de amparo às suas conclusões.²⁹¹

Non si trata invero (vale a pena di sottolinearlo ancora) di dedurre sillogisticamente verità certe da premess generali, ma di individuare e la “migliore” narrazione possibile tra quello che appaiono sensate nel caso particolare.” (TARUFFO, Michele, Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LI, fasc. 3, Milão: Giuffrè, 1997).

²⁸⁹ Nesse sentido já afirmou o Ministro Marco Aurélio: “Dizer-se do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais que lhe são próprios pressupõe, sempre, a consideração de certas premissas fáticas. Descabe confundir enquadramento jurídico-constitucional dos parâmetros da controvérsia, tais como retratados, soberanamente, no acórdão impugnado na via excepcional do extraordinário, com o revolvimento da prova coligida. Mister se faz a fuga às generalizações, tão comum no afã de economizar tempo e emprestar ao Judiciário a celeridade reclamada pelos jurisdicionados. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o extraordinário, já na fase de conhecimento perquire o acerto, ou o desacerto, sob o ângulo constitucional, da decisão atacada. Tendo em vista a ordem natural das coisas, procede a partir de fatos e esses são os do acórdão que se pretende alvejado.” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, RE 140.270/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.4.1996, conheceram e deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.10.1996, p. 39859).

²⁹⁰ “Au demeurant même lorsque la Cour de cassation abandonne la qualification aux juges du fond, elle peut néanmoins exercer un contrôle de la motivation, autrement dit vérifier que le juge a suffisamment donné de motifs à sa décision. D’autre part, la Cour de cassation ne doit elle pas, alors même que les parties n’auraient pas invoqué tel ou tel élément de fait devant les juges du fond, vérifier que ceux-ci ont bien effectué la recherche nécessaire, dès lors que la connaissance de ces éléments pouvait avoir une incidence sur la solution? Très nombreux sont les moyens en ces sens: c’est d’ailleurs, on le verra, le principe même du défaut de base légale. À ces moyens, la Cour de cassation répond les plus souvent que le juge n’avait pas à effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée: en réalité, derrière ce type de critique à l’encontre d’une décision, le demandeur au pouvoir cherche le plus souvent à dissimuler un moyen nouveau. Cependant, il arrive aussi que, considérant telle ou telle recherche comme nécessaire, inhérente à la nature même du point de droit soulevé, la Cour de cassation fasse effectivement à des juges du fond le reproche de ne pas s’y être livrés. Il est difficile de ne pas admettre qu’il y a là une question d’espèce autant que de doctrine, liée aux conditions mêmes dans lesquelles se présente tel ou tel litige. C’est qu’il y a des degrés dans la “non conformité” à la règle du droit. (...). Le cas d’ouverture tendente à se ranger en cinq grandes catégories: la violation de la loi, le défaut de base légale, la dénaturation, le défaut (au double sens: absence, vice) de motivation, le défaut de réponse à ses conclusions. À ces cas principaux, s’en ajoutent d’autres, secondaires par leur rareté ou leur nature.” (CHARTIER, Yves. *La cour de cassation*. 2. édition, Paris: Dalloz, 2001, p. 66-67).

²⁹¹ Pontes de Miranda, em análise sobre o sistema alemão, destaca que a revisão desse sistema teve os mesmos fitos de política jurídica da unidade de jurisprudência que a cassação francesa: “Também ela se restringe às

No mesmo sentido, Luigi Lombardo²⁹² destaca que não obstante seja da competência da Corte de Cassação italiana a análise da qualificação do fato à correta *fattispecie*, coibindo a “falsa aplicação” da norma (que ocorre quando esta, embora corretamente interpretada em abstrato, incide sobre um fato diverso daquele por ela regulado, ou quando determinada relação jurídica é regulada de forma substancialmente diferente daquela prevista pela norma), essa tarefa nem sempre é possível de ser realizada incondicionalmente, justamente por esbarrar na inviabilidade de se incursionar a respeito de fatos e de provas.

Compete à Corte italiana, com efeito, como anota Elio Fazzalari²⁹³ apenas o juízo a respeito da violação ou falsa aplicação da lei, o que compreende erro sobre existência da

questões de direito. Distinguem-se, porém, em que, embora tenha que considerar os fatos do pleito como as jurisdições inferiores os verificaram, a Corte suprema alemã podia e devia, em certos casos, providenciar, de maneira definitiva, sobre o feito, isto é, substituir decisão sua, completa, à da instância de que se recorreu. Não há linha de divisão necessária entre o juízo cassatório, *iudicium rescindens*, e o juízo do feito, *iudicium rescissorium*”. (PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 22).

²⁹² “Il giudizio di diritto è poi anche “applicazione della norma al fatto”; ed anche in tale campo la Corte di cassazione può muoversi agevolmente. Com’è noto, per applicazione della norma si intende sia la qualificazione del fatto alla stregua della *fattispecie* normativa (c.d. *sussunzione del fatto nella norma*) sia la determinazione delle conseguenze giuridiche che devono regolare la vicenda fattuale: si tratta, rispettivamente, della “premissa minore” e della “conclusione” del sillogismo giudiziale. Corrispondentemente, la «falsa applicazione» della norma consiste o nel riferire una norma, correttamente interpretata in astratto, ad un fatto diverso da quello che essa regola oppure nel determinare in concreto una regolamentazione giuridica del rapporto sostanziale difforme rispetto a quella prevista dalla norma applicata. Non sempre però l’applicazione della norma al fatto è incondizionatamente sindacabile in cassazione. Vi è un ambito nel quale il sindacato di legittimità è alquanto limitato. (...) Dal metodo del «prudente apprezzamento» scaturiscono, infatti, due canoni fondamentali che il giudice deve osservare nel ragionamento in fatto: 1) la “validità logica”, nel senso che la valutazione delle prove deve essere compiuta mediante inferenze che, per un verso, ab interno, osservino le regole della logica, per l’altro, ab externo, siano coerenti rispetto al *thema probandum* e al contenuto degli elementi di prova acquisiti; 2) la “ragionevolezza” secondo il *sensus communis* e le conoscenze umane generalmente riconosciute, nel senso che la valutazione delle prove non può essere arbitraria, ma deve osservare le c.d. “regole d’esperienza” generalmente accettate nell’ambito della cultura della collettività sociale. (...) In definitiva, deve ritenersi che, quando il ragionamento del giudice è “manifestamente illogico” o “manifestamente irragionevole”, risulta violato il metodo giuridico posto dalla legge per la ricostruzione del fatto: si è in presenza, quindi, di un vero e proprio errore di diritto, come tale sindacabile dalla Corte di cassazione; al contrario, quando il ragionamento del giudice è immune da “manifesta illogicità” e da “manifesta irragionevolezza”, quando esso cioè esso si è mantenuto entro l’ambito del plausibile, non può esservi errore di diritto: ogni critica al ragionamento del giudice si muove sul piano della opinabilità, del merito, che, per sua natura, è sottratto al controllo di legittimità.” (LOMBARDO, Luigi. *la logica del giudice ed il controllo di legittimità nel giudizio civile*)

²⁹³ “Di conseguenza, nella formula “violazione o falsa applicazione” vanno compresi: l’errore circa l’esistenza della norma (che si articola nell’errore commesso assumendo che esista una norma che invece non esiste o non rientra nel novero di quelle indicate nel n. 3; e nell’obliterazione di una norma che esiste); l’errore nell’interpretazione della norma (che a sua volta comprende l’errore intorno alla interpretazione, meglio alla individuazione della *fattispecie* astratta; e quello circa la interpretazione della statuizione che la norma collega alla *fattispecie* astratta); l’errore nell’applicazione della norma (consistente nell’applicazione ad una *fattispecie* concreta che non corrisponde a quella astrattamente descritta dalla norma); l’errore nella deduzione delle conseguenze dalla norma esattamente interpretata e applicata (ma quest’errore sembra mera ipotesi di scuola, dovendo consistere in ciò che il giudice, dopo aver scelto la norma acconcia, dopo averla retamente interpretata, dopo averla applicata con pertinenza alla *fattispecie*, traga e proclami conseguenze del tutto difformi da quelle individuate in sede d’interpretazione). È appena il caso di rilevare che, se tradizione di linguaggio vuole si parli di errore del giudice, ciò che in effetti si denuncia in Cassazione è il vizio della sentenza, cioè l’obiettivo discordanza fra pronuncia di merito

norma, erro relativo à obliteração de uma norma existente, erro na aplicação da norma, na dedução de suas consequências.

6.2. Da distinção entre questão de fato e questão de direito

Fixadas as premissas relativamente à matéria subsumível à análise e apreciação das Cortes Superiores por meio dos ditos recursos excepcionais, a afastar a possibilidade de, por meio de embargos declaratórios ter-se por prequestionada matéria cujo moldura fática a ela subjacente não se encontre perfeitamente delimitada no acórdão recorrido, cabe então a tentativa de distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de admissibilidade e provimento desses recursos.

Franciulli Netto²⁹⁴ anota que a distinção entre juízo de fato e juízo de valor se mostra intensamente controvertida, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e, sobretudo, ao Direito.

O fato e o direito se revelariam qualitativa e materialmente análogos, pois, conforme Antônio Castanheira Neves, não teria sentido querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas *ideia* transcendental) do homem real (não do *sujeito em geral* ou gnoseológico) a *puro fato* ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-fato. Destaca que: “o que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstrata, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido”.²⁹⁵

e legge regolatrice, a prescindere dalla sua imputabilità al giudice. Così il soccombente può bem denunciare alla Cassazione la discordanza fra sentenza e ius superveniens (costituito vuoi dalla legge sopravvenuta che abroghi quella che fu parâmetro della pronuncia, vuoi dalla sopravvenuta dichiarazione d'incostituzionalità di quest'ultima norma; anzi, dello ius superveniens la Cassazione deve tener conto u'fficio, se attiene alla definizione di un punto della *quaestio iuris* sollevato nel ricorso.” (FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario di cognizione*. Impugnazioni. Roma: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1990, p. 158-9).

²⁹⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, REsp 171.219/SC, rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 12.3.2002, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 1.7.2002, p. 274.

²⁹⁵ Prossegue ainda Castanheira Neves: “Se, com isto fica esclarecida a inaceitável estreiteza do positivismo empirista e cientista, ao reduzir dogmaticamente a realidade ao somatório de dados abstratos de percepção sensível, não é menos importante acentuar, por outro lado, que o ato e o juízo axiológico-normativos são também em si mesmos atos intencionais, de uma intencionalidade sempre referida a um determinado dado objeto, como pressuposto de sua realização. (...) O que temos em vista são dados reais, embora só com esse sentido eles são reais. Queremos dizer que nem o sentido se pode desprender da sua inserção nos vários planos da realidade em geral que o condiciona, nem é redutível às realidades condicionantes – só na específica integração, ontologicamente unitária, da “realidade de sentido” temos dado o “dado”.” (NEVES, Antonio Castanheira. *Questão de Facto- Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*. Coimbra: Almedina, Coimbra, 1967.p. 500-501).

Realmente, impossível empreender-se uma absoluta e rigorosa distinção entre questão de direito e de fato, especialmente quando se tem em conta que a norma incide sobre fatos, no mundo empírico.^{296 297}

A respeito desse necessário enfrentamento de fatos, anota Elio Fazzalari que o magistrado, ao analisar o julgado, pode concluir que não se conjuga a norma com os fatos apurados, o que impõe a formulação de uma nova hipótese, a qual põe em marcha um novo processo de julgamento, de fato e de direito: “e isso até que fatos e regras sejam recompostos em um arranjo substantivo bem definido, a partir do qual o juiz possa afirmar ou negar a existência do direito a ser protegido”.²⁹⁸

Considera-se superado o enfoque estático a respeito da matéria, mediante o qual se pressupunha uma heterogeneidade e independência entre questões de fato e de direito, como se estas jamais pudessem se confundir umas com as outras, sobretudo, pudessem ser examinadas isoladamente, cada qual com o seu instrumental próprio.

Danilo Knijnik²⁹⁹ invoca nesse sentido, uma “espiral hermenêutica”, segundo a qual a aplicação do direito envolveria uma atividade altamente dinâmica, circulando-se de premissas menores a maiores, diversas e sucessivas vezes, até se conformarem fato e direito naquilo que, apenas descritivamente, ou seja, em sua forma ou aparência externa, será um

²⁹⁶ Ovídio Batista da Silva já alertava sobre o “paradigma racionalista” com o qual se comprometeu o sistema processual civil, que se “infiltra sutilmente nas mais variadas questões processuais, determinando-lhes o sentido profundo e orientando, tiranicamente as suas consequências”. Em razão disso, “a separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do ser e do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da compreensão, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia. Revista de Processo*, São Paulo, a. 28, n. 110, p. 19-36, abr./jun. 2003, p. 34 e 36).

²⁹⁷ Henrique Araújo Costa afirma no mesmo sentido que “De outra parte, a distinção estanque, tal qual foi colocada, cai por terra ao percebermos que a dinâmica argumentativa definidora dos conceitos está embutida num discurso jurídico muito assemelhado. Ainda mais ao nos darmos conta de que a utilidade dessa definição é estabelecer critérios de procedimentalidade (admitir ou não o recurso), ou seja, é um critério atingido por meio do contraditório para a obtenção de uma vantagem. Daí que ambos (fato ou direito) são definidos da mesma forma, embora o direito seja assumidamente reconhecido por argumentos e o fato pretensamente demonstrado por prova. Em outras palavras, a prova é um conceito jurídico e só pode ser reconhecido como tal e aplicado como tal, tendo como consequência imediata sua prevalência sobre qualquer ontologia, ainda que na mitologia jurídica as provas tenham relação necessária e direta com o mundo dos fatos. Trata-se de mais uma face da persuasão, agora extrapolando os limites do caso concreto e funcionamento como critério de aceitação e estabilidade das decisões fundamentadas em atenção a estes critérios”. (COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em recurso especial: a Súmula 7 do STJ*. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 24-25)

²⁹⁸ Dall’altro canto, l’analisi de le norme al cui impiego, il giudice pervenga può rilevare ch’esse non si coniugano coi fatti accertati, e imporre la formulazione di una nuova ipotesi, la quale rimette in moto un nuovo iter di giudizio, in fatto e in diritto. E ciò fin quando fatti e norme si ricompongano in un ben definito assetto sostanziale, in base al quale il giudice possa affermare o negar la sussistenza del diritto bisognoso di tutela.” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. V Edizione. Padova: Cedam, 1989, p. 367).

²⁹⁹ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 97, v. 353, jan./fev. 2001, p. 15-52.

silogismo. Assim sendo, os juízos de fato e de direito seriam conjuntamente elaborados, por meio de recíprocas influências, em níveis plúrimos e sucessivos, da norma ao fato e do fato à norma, até chegar ao resultado final. Disso resulta que “é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui um fato.”³⁰⁰

Teresa Arruda Alvim³⁰¹ igualmente nota que as soluções jurídicas são encontradas depois do que considera um movimento “pendular”, que se dá entre o mundo dos fatos e o das normas, até que o aplicador da lei consiga enxergar com clareza a subsunção, qualificando os fatos e determinando-lhes as consequências no plano normativo.

Se o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, poder-se-ia falar em questões predominantemente de fato e predominantemente de direito, quando, naquele movimento pendular a atenção do intérprete se fixe mais demoradamente nas normas do que nos fatos. O fenômeno jurídico seria assim simultaneamente de fato e de direito, embora o aspecto problemático desse fenômeno possa estar girando em torno dos fatos ou em torno do direito.

A propósito de uma distinção entre questões de fato e de direito, José Afonso da Silva³⁰², afirma que aquelas se relacionam a uma má compreensão do magistrado sobre o sentido das condutas (fatos) sob seu conhecimento (erro de fato); estas se relacionariam à má compreensão do sentido genérico do direito invocado que orientaria aquelas condutas e serviria de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo (erro de direito).

Embora tradicionalmente se distinga “questão de fato” da questão de saber se “o que aconteceu” (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa

³⁰⁰ Esse autor invoca ainda ao lado da “Espiral Hermenêutica”, a “précompreensão”, segundo a qual se supõe que no início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva ainda fugidia. Esclarece que preconiza a superação do modelo positivista, sem que isso signifique, sob hipótese alguma o abandono da positividade do direito, e sem que, por igual, represente uma absorção do fato ao direito, bem como o abandono das concepções político-jurídicas que lhe estavam implicadas. (KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 97, v. 353, jan./fev. 2001, p. 21).

³⁰¹ ARRUDA ALVIM; DANTAS op. cit., p. 363.

³⁰² “Pode ocorrer, no entanto, que ele [juiz], por incultura, insensibilidade, ou má-fé, cometa erros. Se se engana na apreciação dos fatos, condutas, provas, erra na questão de fato; se na valoração de normas jurídicas positivas, aplicáveis aos fatos provados, seja na escolha delas, chamando a reger os fatos uma disposição legal que absolutamente não os qualifica, seja negando a existência de uma lei existente ou admitindo a existência de preceito legal inexistente, comete erro na questão de direito”. (SILVA, op. cit., p. 131-132).

perguntar pela “existência” de um acontecimento, seria preciso que esse acontecimento tenha sido apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica.^{303 304}

Existem hipóteses, portanto, em que a “seleção” da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. Nesse contexto, afirma Barbosa Moreira³⁰⁵, quando “se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito”.

Prossegue Barbosa Moreira explicitando que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação seria, portanto, o procedimento pelo qual se determina o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Assim, dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento seria interpretá-la. Daí, que tanto se poderia vislumbrar a violação à lei ao se admitir a sua abrangência a um fato que não se encaixa em sua moldura conceitual, quanto ao se excluir de sua abrangência um fato enquadrável na aludida moldura. Afirma Barbosa

³⁰³ Veja-se nesse sentido: LARENZ, Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 295-296.

³⁰⁴ Nesse sentido, confira-se Elio Fazzalari: “il giudice deve, innanzitutto, ricostruire la situazione di fatto (che struttura la situazione giuridica sostanziale, oggetto di questione, in base alle allegazioni ed alle prove). Questa parte del giudizio si suole indicare – l’abbiamo rilevato – come “giudizio di fatto”: essa mette capo alla affermazione o negazione, da parte del giudice, della esistenza dei fatti rilevanti nella specie, i quali si possono chiamare, perciò fatti “principal” e consistono come si è accennato, in fatti costitutivi (...), fatti estintivi (...), fatti impeditivi (...). “(FAZZALARI, op. cit., p. 364).

³⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alegação de compensação rejeitada no despacho saneador. Documento junto sem audiência da outra parte. Pedido de exibição de documento em poder de pessoa jurídica sediada no estrangeiro. Questão de qualificação jurídica: possibilidade de reexame mediante recurso extraordinário *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 221-240.

Moreira, “viola-se a lei, tanto ao aplicá-la a hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la a hipótese nele contida.”^{306 307}

Justamente a partir dessa compreensão, e da necessidade de distinguir as questões de fato e de direito para fins de admissibilidade dos recursos às cortes superiores, é que Teresa Arruda Alvim³⁰⁸ invoca a possibilidade de se subdividirem as questões jurídicas em questões predominantemente fáticas e questões predominantemente de direito no sentido estrito, a partir de dois critérios diferentes.

Ter-se-ia, então, uma questão “predominantemente jurídica”, se (i) o foco de atenção do raciocínio do juiz estivesse situado em como deve ser entendido o texto normativo, já que estariam “resolvidos” os aspectos fáticos e o mecanismo de subsunção; bem como quando o foco sobre o qual deveria recair a atenção do julgador estivesse justamente no momento de incidência do direito, ou seja, na qualificação dos fatos a partir de um critério legal extraído do texto normativo (*subsunção*).³⁰⁹

³⁰⁶ Arruda Alvim que afirma que, do ponto de vista ontológico, a vulneração à ordem jurídica é idêntica quando se erra na aplicação do Direito, tanto quanto se erra na identificação do fato: “Pois, se o fato é “a”, subsumível à norma “a”, mas se identifica o fato “b”, quando o fato era realmente “a”, curialmente foi vulnerada a ordem jurídica, embora através de um raciocínio diverso, ou um enunciado diferente. (...). Tanto faz errar diretamente, tendo em vista a premissa maior, a lei, quanto errar relativamente à premissa maior, isto é, tendo em vista o fato, pois, como decorrência do erro de fato, eleger-se-á a lei errada. Em ambos os casos, a ordem jurídica foi vulnerada, isto é, deixou de ser aplicada a norma que efetivamente incidiu, quando da ocorrência do fato, no mundo empírico.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. Reexame do valor da prova. *Direito processual civil 2 (estudos e pareceres)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43). Esse mesmo entendimento é partilhado por José Miguel Garcia Medina que afirma que “haverá violação à ordem jurídica tanto ao se aplicar o direito de modo equivocado quanto ao se conceber erroneamente um fato sobre o qual incidiria a lei correta. Tanto num quanto noutro caso, há aplicação incorreta da lei. Identificando-se o fato de modo impreciso, fatalmente se aplicará a lei também de modo impreciso, pois se aplicará a lei errada, ou seja, a lei inaplicável, à situação, por tratar-se de hipótese diversa da prevista pela lei. Desse modo, quando se visa à qualificação jurídica de um fato, enquadrando-o num determinado conceito legal, não se trata de questão de fato, mas sim de questão de direito, pois o que se perquire é se houve aplicação correta da lei e não se e quando o fato ocorreu.” (MEDINA, op. cit., p. 176).

³⁰⁷ Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa: “Se a errônea definição jurídica do fato descrito e provado na causa impede que incida nele a regra jurídica federal aplicável, a vulneração dessa norma é de ser declarada em recurso extraordinário, pois essa é uma *quaestio juris*, visto que o negar obliquamente a incidência da norma federal que incide é o mesmo que lhe negar vigência, como previsto no art. 119, III, a, da Constituição. 4. Recurso extraordinário provido.” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 76.535/SP, rel. Min. Antônio Neder, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 6.5.1977, conhecido, provido, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 20.5.1977, p. 3260).

³⁰⁸ ARRUDA ALVIM, p. 362.

³⁰⁹ Elio Fazzalari anota que o controle da qualificação jurídica dos fatos se faz por meio da análise da adstrição da inclusão do fato sobre o qual se estrutura a relação deduzida em juízo ao caso específico da norma substantiva a que se refere a lei, a partir de um juízo dedutivo em face de sua motivação: “relazione conjugata tra la fattispecie astratta posata dalla norma e quella concreta previamente accertata, e, questa volta, in un giudizio dedutivo, cioè nella deduzione delle conseguenze collegate dalla norma alla fattispecie. Più esattamente: tale applicazione consiste nella inclusione del fatto (su cui si struttura il rapporto dedotto in lite) nella fattispecie della norma sostanziale, cui la legge processuale fa rinvio; e nel dedurre, predicandola in motivazione, la situazione sostanziale: esistenza o inesistenza del diritto”. (FAZZALARI, op. cit., p. 392).

No que concerne a essa última hipótese, a dificuldade de qualificação (se questão predominantemente de fato ou de direito) residiria quando (i) não houvesse dúvida sobre o modo e ocorrência dos fatos, mas sim a respeito da própria subsunção; e, ainda (ii) havendo dúvidas de como os fatos ocorreram, em que medida essa circunstância estaria apta a ensejar determinada consequência jurídica.³¹⁰

A tentativa de diferenciação entre questões de fato e questões de direito ensejaria patologias, suscitadas por Danilo Knijnik, as quais poderiam ser abaixo resumidas:

- 1) um grupo de questões que, necessariamente, está à margem do controle revisional, em função de suas implicações fáticas, ao qual se poderá chamar, para os efeitos do Recurso Especial, questão de fato;
- 2) um grupo de questões que, necessariamente, está sujeito ao controle revisional, em função de seu caráter eminentemente jurídico, ao qual se poderá chamar, para os efeitos do Recurso Especial, questão de direito;
- 3) um grupo de questões insuscetíveis de reclassificação, seja na questão de fato, seja na questão de direito, ao qual se poderá chamar, valendo-se do direito comparado, de questão mista, e que poderá, ou não, presentes certos requisitos, ser objeto de uma revisão *in jure*.³¹¹

Danilo Knijnik³¹² esclarece que a questão mista, assim como as demais, opera através de três zonas conceituais: a zona de certeza positiva, a zona de certeza negativa e a zona de penumbra ou halo conceitual. Nesta, contudo, a zona de incerteza ou penumbra conceitual é mais acentuada³¹³ e o seu controle (inclusive a questões de saber se o juiz apreciou racionalmente a prova) “só estará legitimado se o Superior Tribunal de Justiça tiver condições de corrigir a margem de decisão, desenvolvendo, posteriormente, o direito”.³¹⁴

³¹⁰ Assenta Teresa Arruda Alvim que “É um erro de base que compromete evidente e inexoravelmente todo o raciocínio subsequente, gerando seguidas ilegalidades ou inconstitucionalidades. Não se nega que o encaixe dos fatos sob a norma seja matéria essencialmente jurídica e que, se este processo de qualificação se dá de modo equivocado, tudo o que se lhe segue equivocado será. Em outros termos, se a função do recurso especial é fundamentalmente a de flagrar e a de corrigir ilegalidades, todos os casos em que os fatos foram qualificados erradamente, tendo-se-lhes aplicado norma diferente daquela que, na verdade, deveria ser aplicada, deveriam ser reavaliados pelos Tribunais superiores no bojo desses recursos.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel e ARRUDA ALVIM, Teresa. Qualificação jurídica dos fatos feita equivocadamente dá azo à rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 19, n. 76, p. 166-179, out./dez. 1994).

³¹¹ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 160.

³¹² KNIJNIK, op. cit., p. 204.

³¹³ Como observa Henrique Araújo Costa a respeito, a questão mista se consubstancia em verdadeira categoria autônoma e suficiente de classificação. Nota que não obstante a autonomia proposta, Knijnik não nega que os extremos conceituais sejam de fato orientados pelo critério da preponderância, de modo que a terminologia mais precisa seria: “questões preponderantemente de fato, questões preponderantemente de direito e questões mistas”. (COSTA, op. cit., p. 160).

³¹⁴ Conforme Danilo Knijnik: “o reexame de questão mista, aí incluída a violação ao princípio da persuasão racional, só se justifica quando a Corte, ao ensejo de delimitar as margens de decisão, efetua o desenvolvimento

Assim, a revisão das questões mistas restaria autorizada nas hipóteses nas quais se vislumbra uma utilidade prospectiva, aferível em quatro hipóteses não cogentes, segundo raciocínio tópico, quais sejam, possibilidade de efeito exemplificativo, repetitividade, transcendência ou relevância.³¹⁵

Segundo esse modelo, afirma Danilo Knijnik, a Súmula 7 deveria ser lida nos seguintes termos:

Não se conhecerá do Recurso Especial tendo por objeto questões preponderantemente fáticas. As questões mistas, entretanto, poderão ou não ser revisadas “in jure”, desde que certos requisitos se façam presentes, quais sejam (1) a existência de dúvida quanto à observância da margem de decisão e (2) a possibilidade, ao ensejo de revisá-la, de proceder-se a um desenvolvimento posterior do direito, circunscrevendo seu âmbito de aplicação.

Nessa definição, poderá o intérprete servir-se de critérios indicadores alternativos — efeito exemplificativo, repetibilidade, transcendência e relevância.^{316 317}

No entanto, se considerarmos que em ambos os casos se discute a incidência da norma no mundo empírico, teríamos aí questão de direito a justificar a admissibilidade dos recursos excepcionais.

Em vista do exposto, podemos considerar, de modo genérico, que a questão será considerada “fática”, se, para que se redecida a matéria, houver necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido. Nos outros casos, teríamos questão de direito – ou

posterior do direito, ou seja, acrescenta algo novo à ciência jurídica. Assim, se a Corte, diante da questão mista, puder promover a sua conversão em questão de direito, estará justificada, observados os demais requisitos de natureza formal e substancial, a revisão *in jure*. Caso contrário, é porque o juiz da apelação está a operar no setor que lhe foi reservado pela Constituição Federal, no qual é soberano e ao qual se deve outorgar significativa deferência. (...) Portanto, somente quando o Superior Tribunal de Justiça, frente uma questão mista, tiver ensejo de efetuar um desenvolvimento posterior do direito, delimitando as margens de decisão, estará autorizada a revisão.” (Ibid., p. 209-210).

³¹⁵ Esclarece ainda Danielo Knijnik: “1º - o efeito exemplificativo, como tal o que permita servir de pauta geral para casos futuros, ou que possa constituir num precedente; 2º - a repetibilidade, como tal o que respeite a uma situação massificada na sociedade, que venha ter ao judiciário frequentemente; 3º - a relevância, como tal a importância que a questão, embora individual, possa ter para o ordenamento jurídico como um todo, seja em função de sua gravidade econômica, política ou institucional, seja em função de sua gravidade jurídica, tal como a decisão de uma questão fundamental; 4º - a transcendência, como tal a importância que a questão, individual ou não, possa ter para a sociedade de maneira geral” (Ibid., p. 240).

³¹⁶ Ibid., p. 239.

³¹⁷ A questão da transcendência é exposta também no direito estrangeiro, como lembra Gleydson Kleber Lopes de Oliveira: “Em virtude da impossibilidade da mencionada separação, a doutrina alemã defende o entendimento de que o critério a ser eleito, para efeito de distinção entre questões de fato e de direito, deve ser o da transcendência da matéria, que é demonstrável pela possibilidade de repetição em casos futuros, em consonância com a finalidade do recurso dirigido a tribunal superior.” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 279).

predominantemente de direito, a ensejar tanto a admissibilidade, conhecimento, como a possibilidade de análise do recurso dirigido às cortes de vértice quanto ao mérito.

6.3. Da distinção entre reexame de fato e reavaliação da matéria fática

Distingue-se ainda o *mero reexame* das provas da sua *reavaliação*. O reexame consistiria em nova apreciação do conteúdo da prova produzida, dos elementos carreados pelas partes para a demonstração de suas alegações. A *reavaliação* das provas, por seu turno, consistia na verificação de *desobediência a norma que determina* o valor que a prova pode ter, em função do caso concreto.

A reavaliação, conforme João Batista Lopes³¹⁸, seria questão concernente ao direito probatório, ou seja, envolveria discussão sobre critérios jurídicos de que se valeria o juiz no exercício de seu mister. O juiz não goza de liberdade absoluta no exame das provas, cumprindo-lhe observar as regras jurídicas sobre a matéria, além, naturalmente, dos conhecimentos científicos, das máximas de experiência etc. De tal modo, sendo de rigor que o juiz se submeta a critérios jurídicos no exame do conjunto dos autos, a inobservância desse dever envolveria questão de direito passível de arguição no recurso dirigido às cortes de vértice.³¹⁹

Não se inclui nas questões de fato, cujo reexame resta vedado às Cortes Superiores, a qualificação jurídica dos fatos, pois, quando se qualifica erroneamente um fato há, em consequência, aplicação incorreta da lei, hipótese em que passível de controle pelas Cortes Superiores.

A possibilidade da requalificação jurídica dos fatos no âmbito das Cortes de vértice é acolhida igualmente pelo ordenamento alienígena.

³¹⁸ LOPES, João Batista. Recurso especial. Distinção entre Reexame e reavaliação da prova. Diferença entre fato e qualificação jurídica do fato. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 60, jan. 2008, p. 113-119.

³¹⁹ Nesse mesmo sentido, manifestara-se Arruda Alvim: “Não se cuida, assim, nessa etapa, consequentemente, do reexame dos fatos, da realidade de como esses ocorreram ou de corrigir os fatos provados, eis que são aceitos como tais. Este momento tem e vista a colocação dos fatos no plano jurídico, fazendo-se indagações como as que se seguem. Poderia o magistrado dispensar a imputação de verdade dada pela lei? Desrespeitar a dispensa de provas por ela imposta? Desconhecer a hierarquia existente no campo das provas? Nisto consiste o problema da valoração e da representatividade da prova, abertas ao exame do STF. Quando esse órgão examina a valoração e a representatividade da prova, não está ele protegendo o interesse subjetivo das partes, e sim, garantindo os princípios probatórios consagrados no Direito Positivo.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Reexame do Valor da Prova. *Direito Processual Civil 2. Estudos e Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37, p. 27-600).

Como destaca Yves Chartier³²⁰, a solução jurídica aplicada aos fatos pelo tribunal de segundo grau – a quem compete a apreciação soberana da matéria fática - é passível de controle pela Corte de Cassação francesa, por meio da análise de sua conformidade à regra do direito aplicável à espécie. No mesmo sentido, Emanuele Siacca³²¹ anota caber à Suprema Corte italiana trazer os fatos, conforme fixados, à luz das normas jurídicas que se alega terem sido violadas ou erroneamente aplicadas pela Corte *a quo*.

Luiz Guilherme Marinoni³²², em artigo a propósito da matéria, após advertir quanto à impossibilidade de o julgador, nas instâncias extraordinárias, formar *nova convicção sobre os fatos a partir a partir do reexame das provas*³²³, afirma ser necessário distinguir o *reexame de prova* da aferição: (a) da licitude da prova; (b) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico; (c) do objeto de convicção e da convicção suficiente diante da lei processual; (d) do direito material; (e) do ônus da prova; (f) da idoneidade atual das regras de experiência e das presunções; (g) do valor abstrato das provas.

O Ministro Villas Boas³²⁴, em precedente elucidativo sobre o então entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, afirmava que o reexame de prova diz respeito à pura operação mental de conta peso e medida, a qual é imune o controle excepcional. Quanto à reavaliação jurídica, “exatamente porque se envolve na teoria do valor do conhecimento, esta Augusta Corte pode sair de sua posição de neutralidade, dispondo-se a apurar se houve

³²⁰ “Ainsi, la Cour de Cassation n’a-t-elle jamais a dire si un “fait” est ou n’est pas – et c’est en ce sens qu’elle ne connaît pas au fond, souverainement apprécié par les juges du premier et du second degré, ces juges eussent-ils commis des erreurs à cette occasion. En revanche, son contrôle est appelé à s’exercer sur la qualification des faits retenus: il lui appartient de dire si le raisonnement des ces juges qui les a conduits, à partir des faits, à une solution juridique déterminée, est ou non “conforme aux règles de droit”. Et c’est précisément dans cette qualification que reside la difficulté du sujet, difficulté qui tient essentiellement à deux éléments.” (CHARTIER, op. cit., 158 p)

³²¹ “Nel controllo degli errori in giudicando, viceversa, la Suprema Corte non può per legge riesaminare i fatti, anche se siano stati travisati, nè apprezzarli in modo diverso da quello del giudice di merito; la sua attività si limita a ricondurre i fatti, così come sono impostati dal medesimo giudice di merito, sotto le norme giuridiche che si pretendono violate o erroneamente applicate”. (SIACCA, Emanuele. *La tecnica difensiva innanzi alla cassazione civile*. Roma: La Giustizia, 1951, p. 48).

³²² MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 30, v. 130, p. 19-38, dez./2005.

³²³ Igualmente destaca José Miguel Garcia Medina que “ao julgar o processo, aplicando o direito, os tribunais superiores não revolvem fatos e as provas produzidas, tal como poderia suceder, por exemplo, no julgamento da apelação. Com efeito, os fatos serão reexaminados na medida em que estiverem descritos na decisão recorrida. Nesse caso, o tribunal superior não analisará os fatos com o intuito de conferir se eles ocorreram ou não do modo estabelecido pelo juízo a quo, mas apenas para deles extrair as respectivas consequências jurídicas. Caso, definida a inteligência da norma que deve incidir sobre o fato, não tenha o tribunal superior condições de fazê-lo, em razão da falta de dados da decisão recorrida, deverá determinar o retorno dos autos ao juízo *a quo*, para que este decida em consonância com a *ratio* fixada pelo STJ.” (MEDINA, op. cit., p. 343).

³²⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 57.420/GB, rel. Min. Villas Boas, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 7.5.1965, conheceram, maioria, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 26.5.1965.

ou não a infração a algum princípio probatório, e, desta perspectiva, tirar alguma conclusão que sirva para emenda da injustiça porventura cometida.”³²⁵ ³²⁶

A importância do aludido precedente reside no fato de distinguir o reexame da prova da necessidade de se verificar a existência de infração lógico-jurídica na sua valoração e, nessa perspectiva, corrigir a decisão de mérito.

Pondera Barbosa Moreira³²⁷ que, embora não seja lícito ao tribunal *ad quem* repelir, por inverídica, a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode

³²⁵ É justamente nesse sentido, o entendimento que grassa no Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai de julgado paradigmático do Ministro Rodrigues Alckmin:

“Pedi vista dos autos e passo a proferir voto. É indubitoso que a função do Supremo Tribunal Federal, nos casos de negativa de vigência de lei federal ou de dissídio de interpretação, se restringe ao *ius constitutionis* e não cuida do *ius litigatoris*. Cabe ao STF velar pela unidade e pela aplicação do direito federal (*nomofilaquia*), não decidir se bem ou mal julgaram as Instâncias locais, dos direitos dos litigantes. No tocante ao direito probatório, portanto, somente podem ser objeto de apreciação questões de direito. O chamado erro na valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende ao direito federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso, ofendido, a justificar a defesa do *jus constitutionis*. Mas, quando, sem que a lei federal disponha sobre valor probante, em abstrato, de certos meios de prova, o julgado local, apreciando o poder de convicção dela, conclua (bem ou mal) sobre estar provado, ou não, um fato, aí não se tem ofensa ao direito federal: pode ocorrer ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte. Não cabe ao Sr., sob color de ‘valorar a prova’, reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ter como provado o que a Instância local disse não estar. Seria, indubitavelmente, transformar o recurso extraordinário em uma segunda apelação, para reapreciação de provas (que se consideram mal apreciadas) quanto a fatos da causa.” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 84.699/SE, rel. p/acórdão Min. Rodrigues Alckmin, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.12.1976, não conheceram, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.6.1977, p. 3645).

³²⁶ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assentou o Ministro Garcia Vieira que: “Como se vê, o caso é típico, de valoração e não de reexame de provas, porque a questão central é saber se o Juiz podia ou não afastar o laudo pericial e adotar o parecer técnico da SUREHMA. Sabemos que o recurso especial não se presta ao simples reexame de provas (Súmula 7 do STJ), mas no caso *sub judice* não pretende o recorrente este reexame de fatos e sim que o julgador singular podia, como de fato o fez, formar livremente sua convicção e adotar o parecer técnico várias vezes mencionado. Assim agindo, agiu legalmente. Não se pode confundir qualificação jurídica dos fatos demonstrados com reexame do quadro probatório. Entender que o Juiz pode ou não adotar esta ou aquela prova não é reexaminar a prova. Saber se uma prova é ou não admitida, se deve ou não prevalecer sobre outra, é valoração. Agora, perquirir se um determinado fato está ou não comprovado importaria em reexame de prova. Este E. Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, já firmou o entendimento de ser cabível o recurso especial, quando se tratar, como no caso, de valoração da prova, bastando citar suas decisões nos Recursos Especiais 4.678-SP, *DJ* de 17.12.1990, 5.663-SP, *DJ* de 20.05.1991 e Agravos Regimentais 3.952-PR, *DJ* de 19.11.1990, e 5.197, *DI* de 22.10.1990, e 11.062-SP, *DI* de 16.9.1991.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 20.701/MS, rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 27.5.1992, não conheceram, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.8.1992, p. 11.256).

Citem-se ainda o seguinte, dentre outros: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.310.567/PA (AgR), rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 17.6.2019, improvido, unânime, *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 21.6.2019.

³²⁷ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 581.

qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa da qual fizera o órgão *a quo*, de forma a extrair deles consequências jurídicas também diferentes.^{328 329}

Athos Gusmão Carneiro identifica o *erro na valoração da prova* ensejador do apelo extremo como *erro de direito*, no caso em que o Juiz tenha decidido com base em prova inadmissível pelo direito positivo para aquela hipótese específica. Trata-se dos casos específicos em que a lei dispõe abstratamente sobre o *valor* de certas provas.³³⁰

O *mero reexame da prova* inadmissível em sede de apelo extremo seria aquele que demandaria que as provas fossem examinadas e reavaliadas seja individualmente, seja em cotejo com o restante do conjunto probatório – o que não obstante, pode ensejar conduzir ao mesmo resultado obtido com a reavaliação das provas: a conclusão de que a subsunção ter-se-ia dado de modo equivocado.

Ainda que o reexame das provas possa até ensejar uma qualificação diferente dos fatos, daquela que se lhes deu a instância ordinária - o que ontologicamente seria questão de direito - esta *questão*, sob a ótica técnico-processual será considerada como *questão de fato*, insusceptível de ser objeto de recurso especial ou extraordinário.

Para Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas³³¹, contudo, essa questão não se coloca quando a inadequação do processo subsuntivo ocorre ou pode ser verificada a partir de dados constantes da *própria decisão impugnada*, ou seja, quando a instância ordinária descreve um fato e o qualifica erradamente no próprio acórdão de que se recorreu. Nesses casos, se estará diante de questão que, tanto do ponto de vista ontológico quanto do ponto de vista técnico, consubstancia-se em questão de direito. Nota, contudo, que o controle do juízo de fato, quando feito pela Corte de Cassação, não é exatamente o controle de uma pura estrutura lógica, a respeito da qual se pode declarar (ou negar) a legitimidade (ou acerto), prescindido da análise do seu conteúdo substancial, “já que, se não levasse em conta todos os elementos concretos em que consiste e de que decorre o juízo não estaria, rigorosamente, controlando absolutamente nada”.

³²⁸ Barbosa Moreira nota ser *quaestio iuris* a que se suscite acerca da observância de regra de direito probatório – inserta na Constituição, se se trata de recurso extraordinário; na legislação ordinária, se de especial. Por exemplo: a decisão impugnada reconheceu a eficácia de certa prova, supostamente obtida por meio ilícito (e portanto, com violação ao art. 5, LVI, da Carta da República); a questão é controlável no aspecto jurídico por meio de recurso extraordinário. (*Comentários, op. cit.*, p. 582).

³²⁹ Para Teresa Arruda Alvim, a hipótese configuraria dupla ilegalidade: valorar mal a prova, e, como consequência, qualificar equivocadamente os fatos. (ARRUDA ALVIM; DANTAS, *op. cit.*, p. 372).

³³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991 p. 116.

³³¹ *Ibid*, p. 244.

De fato, não se trata de tarefa fácil, considerando-se as implicações e interpenetrações entre fato e direito, nada obstante, no âmbito dos recursos para as cortes de vértice, a análise possível é aquela partir dos elementos fáticos constantes do acórdão recorrido. A partir daí, analisa-se a correção do processo subsuntivo incorrido pelo acórdão impugnado, e, verificada incongruência que impeça a reavaliação jurídica a partir dessa mesma moldura fática, o acórdão recorrido deve ser cassado, determinando-se à Corte de segunda instância, que proceda a certificação a respeito de fatos e provas, pois essa tarefa não pode ser relegada às Cortes de vértice, pelas razões já antes expostas.³³²

Como corolário, desvenda-se inviável, para fins de caracterização do prequestionamento ficto, a averiguação a respeito de elementos fático-probatórios a respeito dos quais o tribunal de origem se omitiu ou restou obscuro ou contraditório.

Entendimento contrário impliaria o desvirtuamento das características dessas cortes e dos recursos excepcionais a elas dirigidos, com a ampliação de suas competências constitucionais.

6.4. Da interpretação de conceitos vagos e cláusulas abertas e reexame de prova

Discute-se ainda o controle, em sede de recursos excepcionais, da aplicação de lei que contenha conceitos vagos ou não determinados e cláusulas abertas³³³, cujo referencial fático não seria unívoco.

Mauro Cappelletti nota que, quanto mais vaga a lei, e mais imprecisos os elementos do direto, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.³³⁴

³³² KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 97, v. 353, jan./fev. 2001, p. 15-52, p. 48.

³³³ Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “Conceitos indeterminados são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das consequências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma explícita determinação. (...) São conceitos indeterminados, por exemplo, “repouso noturno”, “ruído excessivo”, “perigo iminente” etc., mas também alguns estritamente jurídicos como “antijuridicidade”, “ato administrativo” etc. Os conceitos normativos também pedem do decisor uma coparticipação na determinação do seu sentido, porque são indeterminados como os anteriores e, além disso, constituem, de per si valoração de comportamento cujos limites serão especificados na decisão. Assim o são, por exemplo, o conceito de “mulher honesta”, “dignidade”, “honra” etc.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1980, p. 96).

³³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 42.

Isso não quer dizer que não possam se tornar passíveis de controle, considerando-se justamente que a interpretação do conceito vago é pressuposto da aplicação da lei ou de um princípio jurídico, mediante os quais seja veiculado. Ocorre, contudo, que, quanto mais vago o conceito e quanto mais complexo ou cambiante o substrato fático no qual se apoia³³⁵, mais difícil o seu controle no âmbito dos recursos excepcionais, ditos de estrito direito.³³⁶

Essa questão avulta diante da complexidade das relações travadas no âmbito da sociedade moderna e a constatação de que instrumental tradicional é insuficiente para resolver e fazer frente às demandas e necessidades de implementação e concretização daí emergentes.

Como observa Michele Taruffo, toda norma tem um significado intrínseco, implícito, mas objetivamente dado. Assim, toda a atividade do intérprete consiste em individualizar e tornar explícito este significado. Se existe um problema interpretativo, isso se resolve individualizando esse significado, descartando outros, considerados equivocados. No entender de Michele Taruffo, o método interpretativo lógico-dedutivo excluiria qualquer discricção do intérprete, que deve explicitar os significados implícitos objetivamente existentes. Sob essa ótica, o juiz apenas declara o direito e não o cria: “procede logicamente sem cumprir escolhas de valores, aplicando dedutivamente a norma ao fato”.³³⁷

A interpretação pode, de fato, ser tida como um processo de qualificação da realidade. Consubstancia-se no núcleo do processo de aplicação da norma. Aplicar uma regra jurídica envolve pelo menos três passos: a busca da significação da norma (que envolve necessariamente a concepção de exemplos em abstrato) a análise do fato concreto e a verificação, o “ajuste final”, do encaixe ou não do fato na norma.

Assim, para a interpretação de um termo jurídico, se colocam duas perguntas: primeira relativa à própria significação do termo; a segunda, relativa ao objeto e sua qualificação, ou seja, se aquele objeto é passível de ser designado por aquele termo. A

³³⁵ “Ninguém pode negar o caráter axiológico dos princípios. Desse modo, é correto afirmar que a maneira de interpretá-los evolui de acordo com o tempo; valores atuais eleitos pela nação definirão o que precisamente se tornou importante, isto é, quais são os resultados escolhidos e que devem preponderar. A partir daí dá-se um novo enfoque à observância dos princípios, ou, por que não dizer, um amálgama às necessidades emergentes das normas jurídicas hierarquicamente superiores consagradoras de tais princípios, mediante a adequação da técnica processual às regras de direito material.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94-95)

³³⁶ ARRUDA ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 210.

³³⁷ TARUFFO Michele, em *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 76; citado por KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

liberdade do Juiz, então, num sistema de direito positivo e codificado, consistiria em determinar em cada caso o perímetro ou o contorno das determinações legais, de forma mais ou menos “criativa” segundo mais ou menos impreciso o texto da lei³³⁸.

Barbosa Moreira³³⁹ nota que, na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como intuitivo, certa margem de liberdade: “algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor”.

Alerta que não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com o da *discrecionalidade*, embora seja verdade que, também o juiz, não raro, se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias. O que um e outro fenômeno teriam em comum seria o fato de que, em ambos, seria particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação.

Haveria, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o “fato” e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do “fato”, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, pre-determinada. Sucederia o inverso, quando é a própria escolha da consequência que fica entregue à decisão do aplicador.

É nesse sentido que, para Henrique Araújo Costa³⁴⁰, a problemática da controlabilidade das decisões judiciais proferidas a respeito de conceitos vagos demanda o amadurecimento da expectativa de uma previsibilidade do Judiciário, juntamente com a paradoxal compreensão de que a lei não pode ser mecanicamente interpretada.

Teresa Arruda Alvim³⁴¹ destaca a importância de que se trace uma linha divisória nítida entre conceitos vagos e cláusulas abertas, pois todo conceito jurídico deveria ser

³³⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. Questão de fato, conceito vago e controlabilidade. In: _____ (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 428-463.

³³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. *Temas de Direito Processual Civil (Segunda Série)*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 61-72.

³⁴⁰ COSTA, op. cit., p. 91.

³⁴¹ ARRUDA ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 218.

aplicado de molde a gerar uma só solução justa – ou seja, aquela considerada a “melhor” e mais “adequada” para aquele caso concreto.

E, para tanto, a atenção do intérprete, ao refazer o processo subsuntivo, nas hipóteses em que em apreço conceito vago ou cláusula geral, *não* se centra na *norma* e *nem* se divide equilibradamente entre *fato e norma*, por ser esta imprecisa e vaga.

Há certos conceitos, entretanto, que além de serem conceitos vagos, envolvem elementos de caráter essencial e intrinsecamente subjetivos. Ou seja, há conceitos que abrangem certas características que só podem ser aferidas em função da realidade inerente dos sujeitos envolvidos. Assim, nestes casos, verificar a incidência da lei implica uma apreciação de elementos de ordem subjetiva, em relação àqueles que teriam praticado certo ato, e elementos de ordem objetiva, ligados à efetiva prática do ato. Assim, ao verificar a incidência da lei (que contenha conceito vago) no caso concreto, haverá de se levar parcela de realidade fática como o contexto social, cultural e econômico em que se encontra inserido, para aferição da motivação/conduta.

Arruda Alvim, partindo da premissa que os conceitos vagos são perfeitamente subsumíveis à função controladora das Cortes superiores, afirma que, quando o Poder Judiciário revê a interpretação de um conceito vago feita por órgão inferior, “o poder de revisão é integral”³⁴². Isto porque, quando há uma má interpretação de um conceito vago, conseqüentemente, estar-se-ia dando ao caso concreto, solução igualmente equivocada, e, portanto, proferindo decisão em infração à lei ou à Carta – infração esta mais facilmente verificável quanto menos indeterminado for o conceito interpretado.

Entendimento mais restritivo no que concerne à profundidade da cognição contexto fático implicaria a impossibilidade da função nomofilática/paradigmática no que concerne à parcela substancial de decisões fundamentadas na interpretação de normas de conceito vago e/ou principiológicas.

Assim, se o objetivo último dos recursos excepcionais é resguardar o sistema jurídico e não a situação individual das partes, a não ser mediatamente ou de modo indireto, a aludida cognição não se poderia configurar como fator impeditivo, pois o resultado do controle

³⁴² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 80.

realizado pelas cortes de vértice seria *transcendente* à situação das partes, desempenhando função *paradigmática* ou *exemplificadora*.³⁴³⁻³⁴⁴

A transcendência que deve necessariamente derivar das decisões de um recurso excepcional, viabilizando que se fixe o sentido último que se deve dar a um conceito vago ou a uma cláusula geral, deve nortear o entendimento sobre a possibilidade de, em casos paradigmáticos, se proceder ao reexame do contexto fático no qual se insere, ao qual se subordina e lhe conforma.³⁴⁵

Cumprem, assim, os recursos excepcionais as duas funções de zelar pelo cumprimento da ordem jurídica e pela uniformidade da jurisprudência.

Seja como for, a regra é que a limitação cognitiva da instância extraordinária está resumida à base empírica oferecida pela instância ordinária ao campo de análise do recurso especial. Não por outra razão Henrique Araújo Costa³⁴⁶ afirma que, idealmente, tanto no modelo de cassação quanto no modelo de revisão, o que se julga na instância de superposição é o acórdão, e não integralmente o caso. Diante disso, tudo que concerne à coerência da decisão atacada está sob possibilidade de reanálise. Nesse sentido é que diz que “também o juízo de fato é controlável em cassação, quando o juízo de mérito a ele chegou por intermédio de critérios ilógicos ou antijurídicos.”

Por fim, a transgressão poderia ser legitimada também para garantir a aplicação da jurisprudência já pacificada, ou injustiça manifesta. Neste último caso a aferição se daria em razão de uma motivação oculta da sentença, ocasionando uma consequência bastante perniciosa para o sistema: “um precedente que não reflete o que se vê no acórdão, justamente porque a fundamentação é oculta”.

³⁴³ Arruda Alvim observa que a função dos mais altos tribunais da maioria dos países deve ser eminentemente exemplar, e os casos que julgam devem ser paradigmáticos. Devem ser capazes de significar orientação para os demais tribunais e refundir da grande rotina da judicatura. Assim, rigorosamente, não se pode dizer que esses tribunais tenham a função de controlar todo o tipo e toda a espécie de ilegalidade. É necessário que a questão tenha outras qualidades ou atributos (*Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 41, texto principal e nota 15).

³⁴⁴ É por isso que Teresa Arruda Alvim ressalta que, apesar de às vezes se estar diante de questões que, tecnicamente, poderiam considerar-se questões de fato, o Tribunal Superior deve reformar (ou não) a decisão, examinando o recurso no mérito, se se trata de hipótese em que deve, deste Tribunal, emanar *orientação* para os demais. (ARRUDA ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 213).

³⁴⁵ Danilo Knijnik registra nesse sentido o mecanismo da repercussão geral, que compreende a relevância das questões jurídicas, como elemento moderador das questões mistas, embora apenas para o recurso extraordinário. (KNIJNIK, op. cit., 2005, p. 279).

³⁴⁶ COSTA, op. cit, p. 92.

Doutrina e jurisprudência convergem para a conclusão de que, em sede de recurso especial e de recurso extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, dados a fundamentação vinculada e o âmbito de devolutividade restrita, não analisam a prova. O que se permite a essas Cortes Superiores é a requalificação jurídica dos fatos.

Ocorre que, como visto, a singeleza da questão se esgota na afirmação acima. Como declinado, é virtualmente impossível uma distinção estanque entre fato e direito. E as Cortes superiores, em seus julgados não permitem a aferição de um padrão uniforme que permita tal distinção, eis que os acórdãos ocultam reais fatores de fundamentação sobre a superação ou flexibilização no que concerne à incursão em matéria fática, verificada casuisticamente,

Cabe então a adoção de uma postura metodológica que não obstante prime pela aderência aos princípios constitucionais e a coerência sistêmica, busque a realização de direitos – perspectiva essa verificada a partir da tendência de publicização do processo visando decisões prospectivas, especialmente quando diante da relevância e transcendência da matéria, a sua repetibilidade e o caráter exemplificativo.

De tal modo, conforme o exposto acima, a análise passível de ser realizada no âmbito dos recursos especial e extraordinário, é aquela que leva em conta a moldura fática do acórdão recorrido, sendo passível, no que tange a fatos e provas, é o controle a partir da fundamentação, por critérios de justificação e valoração jurídica.

Incongruente esta, e não sendo possível a correção do processo subsuntivo pela necessidade de certificação a respeito dos fatos e provas, desvenda-se inviável que Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça julguem o processo, aplicando o direito, devendo cassar o acórdão, para que outro seja proferido, a partir de uma certificação de competência da instância de origem.

7. DA APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE

Conforme exposto, o recurso extraordinário e o recurso especial são considerados recursos ditos excepcionais, de fundamentação vinculada, cuja tipicidade do erro, prevista de modo específico pela Constituição Federal e pela lei, é pressuposto de cabimento e de admissibilidade do recurso.

Assim, tais recursos só poderiam ter por fundamento as questões de direito que a Constituição especifica e desde que a transgressão aos dispositivos invocados na peça recursal tenha ocorrido no tribunal de origem, no qual a questão tivesse sido enfrentada, e, portanto, prequestionada.

A questão que então se coloca é como conciliar essa feição de tais recursos, que lhes impõem limitações em termos de cognição, com a determinação contida no art. 1.034 do Código de Processo Civil, que determina às cortes de vértice julgar o processo, uma vez conhecido o recurso especial ou extraordinário (determinação essa que, como visto reproduz parcialmente o enunciado da Súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal de nº 456), o que poderia implicar desbordar o princípio dispositivo, revolver as provas e os fatos da causa, análise a respeito da qual, em tese, as Cortes superiores não gozariam de ampla liberdade.

Ainda, como conciliar essas limitações com a disposição inserta no parágrafo único do mesmo art. 1.034, no sentido de que a interposição do recurso transfere ao conhecimento das cortes de vértice os demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado, possibilitando-lhes, ainda que não tenha sido objeto do recurso ou da decisão recorrida – vale dizer, sem causa decidida, avancem tais Cortes sobre tais questões, considerando-se ademais a possibilidade de prequestionamento ficto e de aplicação nesse âmbito do disposto no art. 933 que determina a análise não apenas de questão apreciável de ofício, como de questão fática superveniente.

7.1. Da Súmula 456/STF e do art. 1.034 do Código de Processo Civil 2015

Sob a égide da Constituição de 1934, surgiu o entendimento, a partir da interpretação da redação do seu art. 76, 2), III, a)³⁴⁷, segundo o qual, cabia ao Supremo Tribunal Federal julgar, não apenas as questões constitucionais e legais suscitadas no recurso que lhe havia sido submetido, mas também a própria causa.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal estabelecia-se à margem do disposto em seu Regimento Interno (“RISTF”) em vigor à época, cujo art. 193, parte final, restringia o âmbito do julgamento pela Corte, uma vez conhecido o recurso, “à questão federal controvertida”.³⁴⁸

Miguel Francisco Urbano Nagib³⁴⁹ invoca, a propósito, o levantamento realizado por Augusto Cordeiro de Mello sobre a discepção então existente entre os Ministros que

³⁴⁷ Art. 76 - A Corte Suprema compete: (...)

2) julgar: (...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o.htm. Acesso em: 06 jun. 2022).

³⁴⁸ Art. 193. No julgamento do recurso o Tribunal verificará preliminarmente se ocorre algum dos casos em que o mesmo é facultado. Decidida a preliminar pela negativa, não se tomará conhecimento do recurso; se pela afirmativa, julgará o feito, mas sua decisão, quer confirme, quer reforme a sentença recorrida, será restrita à questão federal controvertida.

³⁴⁹ O Ministro Orosimbo Nonato entendia que acima do dispositivo regimental está a disposição constitucional que manda que o Supremo Tribunal Federal decida a causa conhecido o recurso. E, ao seu ver, “só decidirá a causa, examinando os fatos, de que deriva o direito alegado”.

E argumenta: “Este destaque impõe-se na preliminar do conhecimento. Quando, segundo os fatos apurados soberanamente, a lei não foi ofendida, não se conhece do recurso, a federal question fica inexistente. Se, porém, o Tribunal conhece do recurso, passa a ‘decidir’ a causa. Esta ‘decisão’ embora circunscrita aos termos da decisão local há de versar sobre o fato e o direito”. Rec. Ext. nº 7.836 (D.J., DE 24-3-1950, pág. 993). Ainda o Ministro Orosimbo Nonato no Rec. Ext. nº 14.458, julgado em 1º de junho de 1950, assim se pronunciou: “Constitucionalistas nossos, do mais elevado tomo, como Castro Nunes e Francisco Campos, entendem que, no recurso extraordinário, o Supremo Tribunal julga a causa, mas julga-a no plano inalterável de fato estabelecido pela justiça local. Desabraço-me, entretanto, dessa douta opinião para entender que, conhecido o recurso, o Supremo Tribunal julga a causa, como está na lei maior. Esse julgamento abrange o fato e o direito. Nem a aplicação do direito é possível sem a apreciação do fato, que o origina: o facto jus oritur. (...)”. Nesse julgamento o Ministro Hahnemann Guimarães considerou que “admitido ao conhecimento da Turma o recurso extraordinário, transforma-se este Tribunal na instância do mérito, em terceira instância de mérito, julgando inteiramente o caso. A Constituição [1946] afirma-o expressamente, quando diz no art. 101, inc. III: ‘Julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância dos outros tribunais ou juizes’. Consequentemente, admitido ao conhecimento o recurso extraordinário, a causa tem de ser julgada no mérito e elemento do mérito, condição da ação, requisito da tutela jurídica, é a legitimidade para a causa. (...) Assim, parece-me que ao Supremo Tribunal é lícito, em grau de recurso extraordinário, apreciar a legitimidade das partes ad causam, a legitimidade ativa ou passiva” (D.J., de 16-4-1952, pág. 1.968). Decidiu o Tribunal Pleno, por acórdão de 12 de outubro de 1956 no Rec. Ext. nº 22.179 (embargos), relator o Ministro Edgard Costa, que

compunham o Supremo Tribunal Federal a respeito da interpretação do art. 193 do RISTF à luz da Constituição de 1946, em cujo art. 101, inc. III³⁵⁰, repetiu o disposto no art. 76 da Carta pretérita.

A partir do entendimento de que caberia à corte, ultrapassada a etapa de conhecimento, julgar a causa, editou-se a Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal, aprovada na Sessão Plenária de 1.10.1964, com a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

Nos recursos referenciados como tendo dado origem à aludida Súmula, admitiu-se um largo espectro sobre o conceito de “julgar a causa”, pois em tais recursos, o Supremo Tribunal Federal: (i) determinou a aplicação do direito à espécie, julgando por fundamentos não invocados: RE 46.988/SP³⁵¹ e RE 35.833/RS³⁵²; (ii) analisou material probatório quando “indispensável para julgar a questão federal envolvida: AG 23.496/MG³⁵³; e (iii) aplicou lei não prequestionada: RE 56.323/MG³⁵⁴.

Como se depreende da redação da Súmula nº 456/STF, há de ser ultrapassada a etapa de conhecimento do recurso, para que a causa possa ser julgada. *Conhecer*, como já dito, implica, uma vez superado positivamente o juízo de admissibilidade, reconhecer-se a

“superada a preliminar do conhecimento do recurso extraordinário, cabe ao Tribunal reexaminar a controvérsia, com ampla atribuição de examinar os próprios fatos da causa, se entrosados com a questão federal”. Também no Rec. Ext. nº 14.710 julgado em 21 de dezembro de 1949, o Ministro Edgard Costa já assim se pronunciara: “Transposta a preliminar do conhecimento do recurso por qualquer dos fundamentos especificados no dispositivo constitucional que o autoriza, a Turma julgará a causa pelo seu merecimento, apreciando toda a matéria debatida, provas e alegações consideradas na instância local” (D.J., de 27-12-1951, pág. 5.047). (NAGIB, Miguel Francisco Urbano. Simultaneidade de recursos mais atrapalha que ajuda. In: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-01/simultaneidade-recursos-stf-stj-atrapalha-ajuda>. Acesso em 18 jan. 2022).

³⁵⁰ Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
 b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 06 jun. 2019).

³⁵¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 46.988/SP, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Pleno, Brasília, DF, j. 31.7.1961, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 20.11.1961.

³⁵² Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 35.833/RS, rel. Min. Victor Nunes, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 28.11.1961, provido, unânime *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 11.1.1962.

³⁵³ Brasil, Supremo Tribunal Federal, AI 23.496/MG, rel. Min. Victor Nunes, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 14.7.1961, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 6.9.1961.

³⁵⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 56.323/MG, rel. Min. Victor Nunes, Pleno, Brasília, DF, j. 1.10.1964, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 5.11.1964.

ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 102, III, e 105, III da Constituição Federal, que autorizam o trânsito dos recursos extraordinário e especial, respectivamente.

Em comentário a respeito da Súmula nº 456, Teori Zavascki³⁵⁵ ressaltava “que o verbo *conhecer* foi empregado na súmula com um sentido peculiar, que não pode ser confundido com o comumente adotado em relação aos recursos ordinários”. *Conhecer* não significaria, ali, apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade. O verbo seria empregado com significado mais abrangente, para agregar também uma importante parcela de exame do próprio mérito recursal: a que diz respeito à existência ou não de violação à norma constitucional ou à norma federal.

Conforme já adiantado em capítulo precedente, o julgamento dos recursos excepcionais se dividiria em três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da etapa antecedente:

- (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante ao dos recursos ordinários, no qual se analisa a presença dos requisitos extrínsecos (tempestividade, preparo, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e intrínsecos (cabimento, interesse em recorrer e legitimação para recorrer);
- (b) a do juízo sobre o enquadramento nas hipóteses dos arts. 102, inc. III e 105, inc. III, e respectivas alíneas (que na terminologia da Súmula nº 456 do STF compunha, o juízo de *conhecimento*); e, finalmente, se for o caso,
- (c) a do novo julgamento da causa.³⁵⁶

Assim, conhecido o recurso, de acordo com a redação da Súmula nº 456/STF³⁵⁷, reproduzida parcialmente no art. 1.034 do Código de Processo Civil, o Tribunal não se

³⁵⁵ ZAVASCKI, Teori. Jurisdição Constitucional do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, v. 212, p. 13-23, out/2012.

³⁵⁶ Teresa Arruda Alvim anota a possibilidade de que haja certa dose de sobreposição entre o juízo de admissibilidade e de mérito. Nota ainda que o juízo de inadmissibilidade, quando se trata de recursos de fundamentação vinculada, é muito frequentemente um juízo de não provimento do recurso, proferido como resultado de cognição exauriente (certeza) quando à inexistência de fundamento invocado. O Juízo de inadmissibilidade seria assim um juízo definitivo de certeza quanto à inviabilidade do provimento do recurso, muitas vezes por razões de mérito; já o juízo de admissibilidade envolveria sempre um juízo de viabilidade – possibilidade, não em tese, mas diante do caso – de que àquele recurso se dê provimento. (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 248).

³⁵⁷ Destaque-se que a Súmula nº 456/STF reproduzia parcialmente o conteúdo então constante no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 324, com o seguinte teor: “No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. O texto foi alterado com a introdução da emenda regimental 31/2009 para constar com a seguinte redação: “Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.”

limitará às questões nele veiculadas, podendo apreciar os demais aspectos necessários à solução da demanda, provendo ou improvendo o recurso.

Tal se dá porque, como já dito, em nosso sistema, os recursos ditos excepcionais não são recursos de pura *cassação*, assim considerados os que, quando providos, *devolvem o julgamento da causa à instância de origem*. Cuida-se de recursos de *revisão*, o que significa que o próprio órgão competente para o seu julgamento promoverá, quando for o caso, o *novo julgamento da causa*.

Esclareça-se nesse aspecto, que o art. 1.034, ao determinar o julgamento, após a admissão do recurso, reporta-se ao “processo” e não à causa, como era a dicção da Súmula e dos projetos aprovados na Câmara dos Deputados e Senado Federal. A modificação, em decorrência de “ajustes de redação” verificou-se antes da sanção presidencial, e desvenda-se atécnicamente, porque Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça não julgam o processo e sim causas nos termos do inc. III dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal. Aliás, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi acrescida, por emenda regimental de nº 24/2016, disposição nesse sentido, para adaptação ao novo Código de Ritos, fez constar do § 5º do art. 255, a palavra constante da redação original, qual seja, “causa”.³⁵⁸

Igualmente, o par. único do art. 1.034 prevê que, no caso de recurso especial ou o recurso extraordinário serem admitidos e providos, quanto ao juízo de cassação, por motivo ligado a uma causa de pedir ou a um dos fundamentos de defesa, que foi objeto de decisão do órgão *a quo* (em relação ao qual terá havido, em tese, prequestionamento), pode o tribunal superior, ao rejulgar a causa, conhecer de eventual outro fundamento da defesa ou de eventual outra causa de pedir.

A lei deixa claro que a outra causa de pedir ou o outro fundamento da defesa não de dizer respeito ao capítulo impugnado já para que possam ser conhecidos, pois o outro terá transitado em julgado.

Athos Gusmão Carneiro³⁵⁹ entende que superado, pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça o conhecimento do recurso extraordinário ou especial, a lide

³⁵⁸ “Art. 255. (...) § 5º No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie, com observância da regra prevista no art. 10 do Código de Processo Civil.” Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/580/3967>. Acesso em: 06 nov. 2022.

³⁵⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. O papel da jurisprudência no Brasil. A “Súmula” e os Precedentes jurisprudenciais. Relatório ao Congresso de Roma. *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: Edição Comemorativa – 15 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005, p. 325-346, 492 p., p. 329

será “decidida em sua integralidade”, restringindo-se as hipóteses de retorno ao tribunal a quo para rejuízo nos casos de vício formal ou grave *erro in procedendo*.

De idêntico entendimento participa Flavio Cheim Jorge³⁶⁰, para quem o Código de Processo Civil conferiu “profundidade” ao efeito devolutivo normalmente restrito do recurso especial e extraordinário, possibilitando o conhecimento inclusive de ofício das matérias de ordem pública e dos fundamentos de ambas as partes.

Fredie Didier Junior³⁶¹ esclarece que a opção do Código de Processo Civil a respeito da matéria é coerente com um sistema que prestigia o julgamento de mérito. Muito embora admitindo a necessidade do prequestionamento como requisito de admissibilidade recursal, consigna esse autor que, no juízo de rejuízo, não há qualquer limitação cognitiva a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo):

“Conhecido o recurso especial, a profundidade de seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há de especial no julgamento de um recurso excepcional; o “excepcional” em um recurso extraordinário ou especial está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento.”³⁶²

Muito embora evidentemente se respeite os entendimentos doutrinários acima citados, em consonância com o até aqui exposto, este trabalho propõe uma interpretação restritiva para o julgamento a ser empreendido pelas Cortes de vértice, após o conhecimento do recurso extraordinário e do recurso especial (assim como em relação ao juízo de admissibilidade), coerente com o que se entende sejam as funções primordiais de tais cortes, a partir da configuração que lhes vêm sendo dada progressivamente, com especial ênfase às funções nomofilácia, uniformizadora e paradigmática em face da dikelógica.

E, como corolário, uma interpretação restrita à devolutividade desses recursos, tanto no que concerne aos pressupostos de admissibilidade, e às fases de conhecimento e julgamento de mérito, como se detalha a seguir.

³⁶⁰ JORGE, Flavio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis de acordo com o Novo CPC*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 387.

³⁶¹ DIDIER JUNIOR.; CUNHA, op. cit., p. 322.

³⁶² Como anota Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha: “Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário ou especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário ou especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser conhecidas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, a decadência e as questões de que trata o § 3º do art. 485 do CPC, porque não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo [ou do próprio direito, acrescente-se], profira decisão eivada de vício, suscetível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial”. (DIDIER JUNIOR.; CUNHA, op. cit., p.323).

7.2. Da impossibilidade de incursionar em matéria fática: obediência à moldura fática constante do acórdão

Como mencionado, admitia-se nos julgados que deram origem a Sumula nº 456/STF, o reexame da matéria fática subjacente à demanda, uma vez ultrapassada a etapa do conhecimento, para fins de rejulgar a causa em sua integralidade.

Como esclarece Miguel Urbano Nagib³⁶³, tal entendimento residia na ideia de que a Constituição Federal, ao estabelecer a competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – julgar as causas decididas em única ou última instância –, não podia tê-los privado dos meios para desempenhar essa função.

Assim, tanto ao Supremo Tribunal Federal como ao Superior Tribunal de Justiça teria sido atribuído o poder de rejulgar as causas decididas pelas instâncias inferiores, e não só os fundamentos em que se escoraram as respectivas decisões. A jurisdição recursal extraordinária não poderia ser cerceada pelas limitações do instrumento que justamente proporcionaria o seu exercício. Afirma que a circunstância de a parte não poder alegar matéria de fato ou de direito infraconstitucional (federal ou local) para fundamentar o cabimento do recurso extraordinário não poderia significar que as Cortes Superiores estariam impedidas de examinar tais aspectos, se isto fosse necessário para o julgamento da causa.

Era essa a orientação dominante no Pretório Excelso até o julgamento do RE nº 67.284³⁶⁴, quando se decidiu conferir ao enunciado da Súmula nº 456/STF sentido diverso da orientação adotada nos precedentes que lhe serviram de referência. Na ocasião, entendeu o Supremo Tribunal Federal, como fator limitador ao pleno julgamento da causa o revolvimento de matéria fática não examinada pelo Tribunal *a quo* – o que impunha o retorno dos autos à corte de origem a fim de que ali se prosseguisse com o julgamento da apelação³⁶⁵.

³⁶³ NAGIB, op. cit.

³⁶⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 67.284, rel. Min. Thompson Flores, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 29.09.69, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 25.2.1970.

³⁶⁵ Cuidava-se, então, de recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgara improcedente ação revogatória de doação por descumprimento de encargo, sob o fundamento de não haver sido o donatário constituído em mora por meio de interpelação, notificação ou protesto. O Supremo Tribunal Federal conheceu do recurso em razão da divergência e contrariedade ao art. 961 do Código Civil, afirmando a desnecessidade da interpelação. Contudo, ao invés de julgar desde logo a causa – o que teria exigido a apreciação das provas relativas ao alegado descumprimento do encargo, matéria não examinada pelo tribunal estadual –, determinou o retorno dos autos à instância de origem a fim de que ali se prosseguisse no julgamento da apelação. A

Consignou-se à época que “não cabe, em princípio, ao STF, mesmo conhecendo do RE, reexaminar os fatos assentados pela instância ordinária.”

A orientação prevalecente então é a de que as Cortes de vértice, ao aplicarem o direito à espécie, não podem revolver os fatos e as provas produzidas para verificar se ocorreram ou não do modo declinado pelo juízo *a quo*. É facultado apenas extrair as consequências jurídicas dos referidos fatos, examinados tais quais descritos na decisão recorrida.^{366 367}

Afirma José Miguel Garcia Medina³⁶⁸ que, “por isso, podem as partes exigir do órgão *a quo*, que se manifeste com precisão acerca dos fatos, já que sobre esses fatos, tal como especificados na decisão recorrida, recairá o juízo de mérito dos recursos extraordinário e especial.”

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas³⁶⁹, destacando igualmente que o prequestionamento presta-se a fazer com que conste da decisão a questão federal ou a questão constitucional, anota que, para que os tribunais superiores possam fazer o reexame da subsunção, ou seja, a reavaliar o processo subsuntivo em sentido lato, feito pelo tribunal *a quo*, muitas vezes haveria a necessidade de se pedir para que integrem expressamente a decisão aspectos do quadro fático em que se estribou a decisão impugnada.

Isso porque, o rejuízo, quando consistente no refazimento da subsunção, somente não ocorrerá se a decisão recorrida não contiver os elementos necessários à compreensão das questões a serem resolvidas, como por exemplo, a decisão proferida pelo

discussão que então se estabeleceu foi no sentido de ser possível separar-se do julgamento de mérito da causa o reexame das provas dos autos. Prevaleceu o entendimento no sentido de que só se aceita a apreciação das questões que mereceram análise na Instância *a quo*, consignando-se que o Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário, não deve examinar os fatos

³⁶⁶ Foi esse o entendimento manifestado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, inclusive com arrimo no aludido precedente do STF no RE 67.284: “Considero, porém, que a norma constitucional, a determinar o julgamento da causa pelo Superior Tribunal de Justiça, deva ser interpretada dentro do sistema e em atenção às funções desta Corte. A base empírica do julgamento será a oferecida pelas instâncias ordinárias. Salvo violência à norma de direito probatório, os fatos a considerar serão os acertados no tribunal que proferiu a decisão recorrida. Não se coaduna com o papel constitucional deste tribunal sopesar provas. Tenho, pois, como adequados os parâmetros estabelecidos no julgamento do recurso extraordinário 67.284. Se o julgamento da causa condicionar-se ao exame de provas para verificar quais fatos serão considerados, deve a matéria ser devolvida à apreciação do tribunal de origem.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 28.325-9 (EDcl), rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 13.4.93, não conheceram, *Diário da Justiça da União*, Seção I, 3.5.1993).

³⁶⁷ No âmbito do direito argentino, Augusto Morello destaca igualmente que: “el recurso de casación o el de la inaplicabilidade de ley tendrán andamento en la medida en que a través de la interpretación de la voluntad negocial se trate de determinar la naturaliza jurídica del acto o se lo califique como de tal o cual figura”. (MORELLO, Augusto Mario. *Recursos extraordinários y la eficacia del proceso*. Buenos Aires: Hamurabi, 1981, t. II, p. 590)

³⁶⁸ MEDINA, op. cit., p. 99.

³⁶⁹ ARRUDA ALVIM; DANTAS op. cit., p. 356.

juízo *a quo* que rejeita a alegação do recorrente com fundamento apenas na não incidência de determinada norma, sem retratar no acórdão, com exatidão, a “base empírica”, sobre a qual a mesma incidiria.

Assim sendo, pra esses autores, o rejuízo ensejado pelo art. 1.034 “deve ocorrer uma vez flagrada a ilegalidade, mas com limitações relativas à impossibilidade de se reverem fatos e de se reexaminarem provas”³⁷⁰

Muito embora entendam que aludido dispositivo confira aos recursos especial e extraordinário um efeito devolutivo “muito semelhante” àquele que tem a apelação, em virtude de determinar o Código de Processo Civil a devolução aos Tribunais de Segunda Instância das demais causas de pedir e/ou demais fundamentos da ação, ainda que não tenham sido de objeto de expressa análise pelo juiz de piso, ressalvam como ponto de discepção a impossibilidade de, nos recursos especial e extraordinário se incursionar pelo conteúdo fático-probatório.³⁷¹

Ainda a propósito da descrição dos fatos, José Miguel Garcia Medina³⁷² aponta que pode ocorrer que a questão de direito se relacione com uma questão de fato prejudicial ou subordinada. No seu entender, quando a questão de fato é prejudicial – isto – é, a compreensão da questão de direito dependeria da correta fixação dos fatos – e há dúvidas sobre como teriam ocorrido os fatos, o Tribunal Superior, em princípio, não julgará o mérito do recurso, mas determinará a remessa dos autos ao juízo recorrido, para que se dê o correto delineamento dos fatos, sobre os quais incidirá norma jurídica.

Quando, por outro lado, a questão de fato é subordinada, o Tribunal Superior poderá fixar a inteligência da norma jurídica tida por violada e remeterá os autos ao juízo recorrido, para que este dê prosseguimento ao julgamento da causa, inclusive mediante a realização da

³⁷⁰ Esses Autores destacam ainda que se o juiz só incluiu, expressamente, na decisão de segundo grau, os fatos em que efetivamente se baseou a solução normativa encontrada e não aqueles que foram por ele desprezados, porque considerados, por exemplo, irrelevantes, ficaria difícil, senão impossível, para a parte demonstrar, inclusive para fins de admissibilidade do recurso excepcional, que a decisão deveria ser outra, porque outros fatos deveriam ser levados em conta pela parte para decidir. (ARRUDA ALVIM; DANTAS, op. cit. p. 357).

³⁷¹ É por isso que Teresa Arruda Alvim, em outra obra, anota que: “Por isso é que o art. 1.034, caput e parágrafo único só podem ser aplicados, em função da situação concreta. Havendo necessidade de que os autos sejam compulsados, não podem ser aplicados. É justamente isso que faz com que sustentemos que as feições de uma decisão completa, quando se trata de uma decisão impugnável pela via dos recursos de estrito direito não podem ser idênticas àquelas que se exigem para uma decisão de juízo singular, como regra não sujeita àqueles recursos. Por isso, é que, tem a parte o direito de obter do tribunal a complementação o da decisão, com a inclusão da matéria fática, e este direito deve ser exercido por meio dos embargos de declaração, se o tribunal se negar indevidamente de fazê-lo, pode decidir com base no art. 1.025, dispensando-se a volta dos autos ao Juízo a quo”. (ARRUDA ALVIM, op cit., p. 181)

³⁷² MEDINA, op. cit., p. 99.

prova considerada, pela corte de vértice como necessária para a atuação do comando legal postulado pela parte recorrente.³⁷³

De tal modo, conhecendo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça dos recursos a eles dirigidos, tais cortes só deveriam julgar a causa, se puderem fazê-lo à luz das *peculiaridades exurgidas nas instâncias anteriores*, como explanado em capítulo precedente a respeito da impossibilidade do revolvimento de matéria fático-probatória. Na hipótese, portanto, de o julgamento depender de premissas fáticas não estabelecidas pelo acórdão recorrido, deverão fixar a tese de direito aplicável ao caso e determinar que os tribunais de segunda instância façam a sua aplicação ao caso concreto.

Ainda a respeito do tema, Araken de Assis³⁷⁴ anota que a circunstância de aplicar o direito à espécie “pressupõe a exata delimitação da espécie sob julgamento – única e exclusivamente a questão federal impugnada, individualizada nas razões do recurso (art. 1.029, inc. I), e decidida pelos tribunais inferiores”.

Com efeito, devem as Cortes de vértice aterem-se à sua função constitucional, evitando assumir o papel de terceira instância, e, assim, inspirado no encantador pretexto de fazer a justiça no caso concreto, tornar perenes os litígios. Há clara perplexidade em se pretender equiparar tais recursos à apelação ignorando-se que, na esfera extraordinária, o conhecimento, por parte do órgão *ad quem* deve ficar limitado em razão da natureza da verificação decorrente do controle preliminar de admissibilidade do recurso.

³⁷³ Cite-se nesse sentido, a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento sobre a constitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88, que trata do imposto de renda devido pelo sócio cotista, acionista ou titular de empresa individual. No julgamento, a Corte acabou por estabelecer que o imposto (i) seria devido, no caso das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, se o contrato social estabelecesse a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base; (ii) e não seria devido se o contrato não estabelecesse tal disponibilidade. Como os Tribunais Regionais Federais não realizavam tal distinção, a premissa fática, concernente à existência no contrato de cláusula relativa à disponibilidade do lucro, não se encontrava delineada em grande número de processos. Assim, o Supremo Tribunal Federal, no *leading case*, conheceu do recurso, mas se absteve de julgar a causa, determinando que o tribunal de origem assim o fizesse, considerando, de um lado, a orientação fixada pela Corte, e, de outro, a prova documental existente nos autos. De fato, esclareceu o Relator Ministro Marco Aurélio que deixava de aplicar o disposto na Súmula nº 456/STF, posto que “o verbete pressupõe o julgamento da lide, consideradas as peculiaridades exurgidas nas instâncias anteriores, o que não ocorre no caso dos autos. (...) Por isso, entendo que a solução mais adequada para a hipótese concreta é a baixa dos autos para julgamento da lide, assentados os contornos quanto à inconstitucionalidade.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 172.058/SC, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, Brasília, DF, j. 30.06.95, conheceram, unânime, Diário de Justiça da União, Seção I, 13.10.1995). A mesma orientação foi seguida em inúmeros casos: Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 204.205, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 23.03.98; Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 185.743, rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.03.97; Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 175.275, rel. Min. Celso de Mello, DJU 10.12.96; Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 200.972, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 21.02.97; Brasil, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 233.486, rel. Min. Sydney Sanches, DJU 06.10.98.

³⁷⁴ ASSIS, op. cit., p. 945.

Tanto assim, que Araken de Assis anota, relativamente à extensão do efeito devolutivo que:

“Na prática, a extensão e a profundidade do efeito devolutivo no recurso especial não se distinguem entre si. Se a parte é ilegítima, mas o tribunal inferior nada decidiu a esse propósito, porque não percebeu o defeito, ou porque rejeitou a ilegitimidade e o interessado não impugnou a questão via especial, o STJ não pode conhecer da questão, incidentalmente, julgando o mérito do recurso baseado em outra questão federal. (...)”³⁷⁵

Ainda no que tange ao exame da matéria fática, Humberto Theodoro Junior³⁷⁶ esclarece que a circunstância de, para verificação da adstrição do acórdão impugnado terem Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal de se debruçar sobre fatos, isso não implica que possam “reavaliar os fatos para formar nova e diversa convicção sobre a respectiva veracidade”.

Os fatos que serão levados em conta serão exatamente aqueles fixados pelos tribunais *a quo*, soberanos nesse mister: “o novo exame se limita a verificar qual foi a versão fática assentada no julgado originário para sobre ela fazer incidir a tese de direito considerada correta, em lugar da tese incorreta aplicada pelo tribunal inferior”. Daí porque, ressalva que “julgar a causa, dentro do recurso extraordinário ou especial, portanto, tem sentido menor do que aquele referente ao ato do tribunal de origem”.³⁷⁷

Nelson Nery Junior³⁷⁸, diferentemente, entende ser possível o reexame da prova dos autos uma vez ultrapassado o conhecimento do recurso. Distingue, contudo, o juízo de cassação do juízo de revisão. Afirma que o reexame de provas não é possível no juízo de cassação, daí porque as partes não podem veicular no recurso especial ou extraordinário a errônea no reexame da prova – “apenas o que estiver no corpo do acórdão é que será possível de impugnação”.

Entretanto, no seu sentir, no juízo de revisão, por ser necessário que o Tribunal julgue a lide em sua inteireza, seria possível o exame de todas as questões suscitadas, ficando então livre para rever a causa. Conforme seu entendimento, “na segunda fase do julgamento, vale dizer, no juízo de revisão, os tribunais superiores passam a ter a mesma competência dos

³⁷⁵ ASSIS, op. cit., p. 956.

³⁷⁶ THEODORO JR, op. cit. p. 962.

³⁷⁷ Ibid, p. 962

³⁷⁸ NERY JUNIOR, op. cit. p. 465-466.

tribunais de apelação (TJ e TRF), podendo rejulgar a causa”. No juízo de revisão, afirma, “incide o regime jurídico da teoria geral dos recursos como um todo, inclusive com a incidência do efeito translativo: exame pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, *ex officio*, das matérias de ordem pública”.³⁷⁹

Partilha do mesmo entendimento Miguel Urbano Nagib³⁸⁰, para quem o estatuído na Súmula nº 279/STF não poderia se revestir em óbice ao julgamento da causa a partir da análise dos fatos, sob pena de impedir a Corte de cumprir a sua missão constitucionalmente assegurada, infringindo o disposto no art. 102, III.

Afirma esse autor que as objeções de natureza processual-constitucional que se poderiam levantar ao imediato julgamento da causa pelo STF seriam facilmente respondíveis:

- (a) não seria caso de supressão de instância, pois se supõe que a causa já tenha sido julgada pela instância de origem;
- (b) não haveria cerceamento de defesa, pois a oportunidade para produzir provas já passou;
- (c) não haveria quebra do contraditório, já que se cuidaria, unicamente, da aplicação do direito aos fatos provados nos autos; e
- (d) não haveria, por fim, violação ao devido processo legal, pois na aplicação do direito aos fatos da causa consiste a própria essência da atividade jurisdicional.³⁸¹

³⁷⁹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 465-6.

³⁸⁰ “Mas, se a instância ordinária não houver assentado a premissa fática decisiva para o julgamento da causa (...), o Tribunal deverá examinar a prova existente nos autos, sem que daí advenha supressão de instância, cerceamento de defesa, quebra do contraditório ou violação ao devido processo legal.

Será isto possível? Entendemos que sim. Nem a súmula 279, nem a Constituição proíbem o STF de reexaminar os fatos da causa, desde que isto seja indispensável para o seu julgamento – bem entendido: o julgamento da causa, e não o da questão constitucional veiculada no recurso extraordinário. O que a súmula 279 estabelece é que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, e isto não se discute.

Uma coisa, porém, é dizer que o recurso é incabível para simples reexame de prova; outra é dizer que o STF, depois de reconhecer que o recurso é cabível, não possa formar um juízo originário sobre a prova, quando isto seja necessário ao julgamento da causa. Em algumas situações – e a série de casos mencionada bem demonstra essa possibilidade –, proibi-lo de formar esse juízo será o mesmo que impedi-lo de julgar a causa, o que infringiria o art. 102, III, da Constituição.

Quem dá os fins dá também os meios. Se a Constituição deu ao Supremo competência para julgar as causas decididas em única ou última instância, deu-lhe também, forçosamente, o poder necessário para fazer esse julgamento.” (NAGIB, Miguel Urbano, *op. cit.*).

³⁸¹ Cite-se no mesmo sentido o entendimento de João Francisco Naves da Fonseca: “Superado o juízo de admissibilidade e verificada a efetiva ocorrência do *error iuris* atacado pelo recurso, o tribunal de superposição deve julgar a causa com base em todos os elementos de prova constantes nos autos, ainda que não mencionados no acórdão recorrido, desde que respeite dois limites. O primeiro consiste na garantia do direito à prova, assegurado constitucionalmente pela cláusula do devido processo legal, de modo que se o julgamento integral da causa, após a fixação da tese jurídica correta, depender da prova ainda não produzida, o tribunal de superposição deve devolver os autos para que o juízo de primeira instância, ou o tribunal de origem complete a instrução probatória e profira nova decisão. O segundo limite são os pontos de fato já decididos pelo tribunal local, porque este é soberano quanto à matéria fática decidida no acórdão – é vedado o reexame, não o exame.

Nada obstante, se a finalidade dos ditos recursos excepcionais é de assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais, o espectro de sua cognição não poderia ser amplo, ilimitado, como nos recursos comuns.

Daí porque, entende-se inviável, que, no âmbito das cortes de vértice, a consideração de elementos fáticos supervenientes ao acórdão recorrido. Vislumbra-se apenas tal possibilidade, se a respeito de tais “elementos”, de aferição primo ictu oculi, inexistir discepção - hipótese essa em que Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça poderiam tomá-los como provados e incontrovertidos.

Com efeito, a doutrina erigida em torno dos papéis e funções da Corte de vértice impossibilita esse amplo revolvimento de matéria fática, presumindo-se ter sido esta dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam a subsunção do fato à norma de regência, nos precisos termos das Súmulas 7/STJ e 279/STF.

Isso, contudo, não quer dizer que tais cortes não se debrucem sobre fatos e provas para verificar a subsunção, a justificação conforme critérios de adequação e logicidade, ou ainda, como explicitado em item precedente, para fins de perfeita delimitação em casos de cláusulas abertas e conceitos vagos – considerando-se, como visto, a artificial delimitação em campos absolutamente estanques de fato e direito.

Nada obstante, a matéria de fato que fica excluída do âmbito dos recursos excepcionais é aquela cujo conhecimento pelas Cortes Superiores levaria a mero reexame de prova, ou seja, aqueles casos em que não se perscruta o interesse no contraste entre o *decisum* recorrido e um texto constitucional ou legal – onde, na verdade, o interesse do recorrente é, pura e simplesmente, infringir o julgado, objetivo esse adequado aos recursos de tipo comum, que já foram ou poderiam ter sido manejados *oportuno tempore*.

Aliás, tais fatos já foram aceitos pelo tribunal de superposição no momento de verificar a existência de uma questão de direito que superasse a barreira do exame de admissibilidade, especialmente se o recurso invocou erro na subsunção do fato à norma (qualificação jurídica do fato).” (FONSECA, João Francisco Naves da. Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial. São Paulo: Saraiva, 2012, n. 24, p. 100-102).

7.3. Da possibilidade de conhecimento de matérias de ordem pública

Como já se explicitou em capítulo precedente, para parcela da doutrina, as matérias de ordem pública, cujo reconhecimento de ofício seria defeso na etapa de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, por faltar o prequestionamento.

Já mencionados nesse sentido, as posições de Nelson Luiz Pinto³⁸² e de Moniz de Aragão³⁸³. Em acréscimo, cite-se a posição do Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar, que admite o enfrentamento da matéria, quando necessária para aplicação do direito à espécie, no recurso conhecido por outro fundamento. A esse respeito ressalva:

Reconheço lisamente a existência da controvérsia e a evidente colisão de princípios (daí a razoabilidade de qualquer das posições adotadas), mas parece preferível a solução aceita pela corrente por último exposta acima.³⁸⁴

Rogério Licastro Torres de Mello partilha desse entendimento e acrescenta que “em tempos de processo civil orientado à eficácia e à maximização de resultados, esta nos parece a orientação correta, especialmente porque pode prevenir, inclusive, a propositura de ações autônomas de impugnação da coisa julgada por conta de vícios de ordem pública”.³⁸⁵

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça encontram-se arestos nos quais vêm se entendendo, justamente com arrimo no enunciado nº 456 do Supremo Tribunal Federal, ser possível ao tribunal, conhecer de ofício da matéria de ordem pública, *aplicando o direito à espécie*, uma vez superada a fase de conhecimento.^{386 387}

³⁸² PINTO, op. cit. p. 145.

³⁸³ Cf. também a respeito ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, v. 128, p. 184, out. 2005.

³⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n. 132, p. 286, fev. 2006.

³⁸⁵ MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 32, n. 151, p. 335, set. 2007.

³⁸⁶ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 466.861/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.6.2004, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 29.11.2004, p. 277.

³⁸⁷ “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS. AÇÃO VISANDO A EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS. CAPACIDADE RECURSAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. SÚMULA 456/STF. POSSIBILIDADE. AGRAVO

Para Flávio Cheim Jorge³⁸⁸, no que tange às matérias de ordem pública, o indicativo seria dado pelo art. 485, § 3º do Código de Processo Civil, que diz que o juiz conhecerá de ofício das condições da ação, dos pressupostos processuais positivos e negativos, “em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.”, estende-se igualmente ao Superior Tribunal de Justiça.”

Assim, no que tange às matérias de ordem pública, superada a etapa de conhecimento, nada obstará o conhecimento de tais matérias, especialmente diante, como visto, da explicitação constante do § 3º do art. 485 e do art. 933, que determinam o conhecimento de ofício, de forma prévia ao julgamento do recurso, enquanto não transitado em julgado.

Nessa hipótese, adentrado ao mérito do recurso, em virtude do efeito translativo, antes mencionado, entendemos que as cortes de vértice poderiam adentrar na análise de matérias de ordem pública, por justamente condicionarem a prestação da tutela jurisdicional de mérito, de modo que, ausentes quaisquer uma delas, tem-se por inexistente o direito a tutela, inviabilizando a apreciação do pedido, com a consequente extinção do processo sem julgamento de mérito. Do mesmo modo, poder-se-ia analisar a existência de pressupostos processuais, que condicionam a formação e regularidade da relação jurídica processual e, portanto, atuam na constituição e validade do processo, entendido este com o veículo ou instrumento material através do qual se manifesta e se operacionaliza o exercício da jurisdição. Assim, ausentes os pressupostos de existência, não haverá formação da relação processual, e o processo e decisões nele proferidas não obstante ostentarem feições factuais

NÃO PROVIDO. 1. Doutrina e jurisprudência entendem que as Casas Legislativas - câmaras municipais e assembleias legislativas - têm apenas personalidade judiciária, e não jurídica. Assim, podem estar em juízo tão somente na defesa de suas prerrogativas institucionais. Não têm, por conseguinte, legitimidade para recorrer ou apresentar contrarrazões em ação envolvendo direitos estatutários de servidores. 2. Tratando-se de ação ordinária em que os autores, servidores do quadro de pessoal da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, postulam a equiparação de seus vencimentos, a qual fora julgada procedente, a legitimidade recursal recai na Fazenda Pública do Estado de Goiás, tendo em vista que tal matéria extrapola a mera defesa das prerrogativas institucionais da Assembleia Legislativa, assim compreendidas aquelas eminentemente de natureza política. Precedentes do STJ. 3. O Superior Tribunal de Justiça pode enfrentar a matéria prevista nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, porquanto "Os temas que gravitam em torno das condições da ação e dos pressupostos processuais podem ser conhecidos *ex officio* no âmbito deste egrégio STJ, desde que o apelo nobre supere o óbice da admissibilidade recursal, no afã de aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e Súmula n.º 456 do STF" (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 864.362/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 15/9/2008). 4. Agravo regimental não provido." (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 44.971/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.5.2012, improvido, unânime, Diário de Justiça eletrônico 5.6.2012).

³⁸⁸ JORGE, op. cit., p. 387.

típicas e concretas, serão juridicamente inexistentes – uma vez que juridicamente inexistente o instrumento para o exercício da Jurisdição.

Essa análise, contudo, como já exposto, haverá de se dar por meio da moldura fática constante do acórdão, não sendo adequado às cortes de vértice procederem ao amplo revolvimento fático.

7.4. Da possibilidade de conhecimento de outros fundamentos

No que tange aos fatos supervenientes e demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado, parcela da doutrina, a partir da interpretação da mencionada Súmula 456, entendia que, ultrapassado o exame de admissibilidade, deve o tribunal, ao realizar o exame de mérito do recurso, examinar outros fundamentos jurídicos, ainda que não suscitados expressamente pelo recorrente e recorrido, e, até mesmo, não examinados expressamente pela decisão impugnada.

Essa questão é controvertida, justamente em razão da devolução restrita dos recursos excepcionais e dos mencionados óbices contidos nas Súmulas 7/STJ e 279/STF, que vedariam, inclusive no âmbito da revisão, a incursão em fatos e provas.

É sob essa ótica, que Athos Gusmão Carneiro³⁸⁹ levanta a seguinte problemática, ainda sob a égide do Código anterior: o pedido da parte finca-se em três fundamentos suficientes e, diante do acolhimento de apenas um deles, sem manifestação seja do Magistrado seja das partes sobre os demais, poderiam as Cortes Superiores deles conhecer?:

Suponhamos, assim, que o pedido formulado pelo autor repouse em três fundamentos: "A", "B" e "C", cada um deles afirmado suficiente. O juiz afirma a demanda *procedente* pelo fundamento "A", e se abstém (aliás, a sentença não é obra de doutrina) de examinar os fundamentos "B" e "C". Ao autor, já vitorioso na demanda, por certo não assistirá interesse jurídico em apelar para que sejam examinados o segundo e o terceiro fundamentos. Interesse assiste ao réu sucumbente, e este apela impugnando aquele fundamento que serviu de arrimo à sentença, ou seja, o fundamento "A".

Em tal hipótese, poderá o tribunal de segundo grau (provocado, ou não, pelo autor em suas contrarrazões) examinar também os fundamentos "B" e "C"? Sim, nos termos do art. 515, § 2º, do CPC. Mas suponhamos que o colegiado venha a *reformat a sentença*, considerando improcedente o fundamento "A", sem todavia efetuar o exame dos fundamentos "B" e "C"; estes, assim, não estarão prequestionados.

³⁸⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravo e agravo interno*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 106.

O autor, então, interpõe *recurso especial*, invocando divergência jurisprudencial no alusivo ao fundamento "A". O STJ *conhece do recurso*, pelo alegado dissídio, mas ao mesmo *nega provimento*, por considerar correta a tese sustentada pelo acórdão recorrido; e, ao fazê-lo, a Turma não examina os fundamentos "B" e "C".

Quid juris? Não estará incompleta a prestação jurisdicional, eis que para a incidência da norma legal não foram considerados os fatos da causa, não foi apreciada a lide (tal como posta na inicial e na contestação) em sua integralidade? Terá o Tribunal aplicado "o direito à espécie", na forma regimental e sem violar o direito fundamental do pleno acesso à Jurisdição?"

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhem-se julgados no âmbito dos quais essa corte julgou a causa, inclusive com base em fundamentos que não foram objeto do acórdão recorrido³⁹⁰, do recurso especial³⁹¹, sequer das contrarrazões apresentadas³⁹², inclusive com base em direito superveniente³⁹³ invocando a necessidade de prestação jurisdicional no caso concreto.

Miguel Urbano Nagib³⁹⁴, por seu turno, afirma que se se entende que as Cortes superiores, ao reconhecerem que a decisão recorrida incidiu numa das hipóteses previstas nos arts. 102, inc. III e 105, inc. III, da Constituição, deve julgar a causa; e se o julgamento da causa deve ser feito à luz de todo o ordenamento jurídico – pois nenhuma causa pode ser julgada sem a potencial consideração de todas as leis existentes no país, e não seria imaginável que a Constituição fosse atribuir logo ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça uma jurisdição mutilada.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni advogada por uma ampla devolutividade, vinculando-se a corte de vértice apenas ao pedido formulado pela parte: “quando aos fundamentos desse pedido, é livre para examinar a todos, ainda que não hajam sido expressamente referidos nas razões do recurso interposto (efeito devolutivo vertical ou em profundidade).”³⁹⁵

Fredie Didier Junior³⁹⁶ entende igualmente que, se o capítulo impugnado do acórdão recorrido tiver mais de um fundamento, e o recurso extraordinário abranger todos eles, nada

³⁹⁰ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AG 961.528/SP, rel. Min. Massami Uyeda, 3ª. Turma, Brasília, DF, j. 21.10.2008, improvido, unânime, Diário de Justiça da União, Seção I, 11.11.2008.

³⁹¹ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AR 579, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 2ª Seção, Brasília, DF, j. 28.2.2000, provido, unânime, Diário de Justiça da União, Seção I, 5.2.2001, p. 69.

³⁹² : Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 20.645/SC, rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, Brasília, DF, j. 22.3.2000, Diário de Justiça da União, Seção I, 1.8.2000.

³⁹³ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no Ag 1.404.513/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves, 1ª Turma, j. 19.3.2013, improvido, unânime, Diário de Justiça Eletrônico 26.3.2013.

³⁹⁴ NAGIB, op. cit.

³⁹⁵ MARINONI, MITIDIERO, e ARENHART, op. cit., p. 523.

³⁹⁶ DIDIER JUNIOR., CUNHA, op. cit., p. 331

impediria que as cortes de vértice, uma vez conhecido o apelo por um fundamento se debruçassem sobre os demais em razão da profundidade do efeito devolutivo do recurso excepcional: “o recurso, afinal, foi conhecido, e o capítulo impugnado ainda não transitou em julgado. Exatamente porque ainda não há coisa julgada, pode o STF reexaminar o capítulo impugnado amplamente.”

No seu entender, a situação é diferente quando o recurso não é admitido em relação a um dos capítulos impugnados; nesse caso, a extensão do efeito devolutivo (delimitada pelo recorrente) limita a sua profundidade. Os capítulos que sobem com o recurso extraordinário são aqueles relacionados ao capítulo que não transitou em julgado.³⁹⁷

Humberto Theodoro Junior³⁹⁸ suscita hipótese outra. Esse Autor anota que nas hipóteses em que o acórdão recorrido centrou-se na preliminar, a superação desta, não autorizaria a que o Superior Tribunal de Justiça avançasse no exame da matéria de fundo que não foi debatida no acórdão recorrido, ainda que se trate de “causa madura”. Lembrando não serem os recursos especial e extraordinário instrumentos de revisão de julgamentos dos tribunais locais em toda extensão da lide, “mas apenas de reapreciação da tese de direito federal ou constitucional em jogo”, não se poderia considerar, em princípio, esse entendimento ofensivo ao acesso à Corte superior.

Humberto Theodoro Junior vislumbra apenas uma exceção à análise de fatos que não arrimaram a matéria jurídica devolvida ao conhecimento das cortes de vértice: quando a causa compreende vários pedidos e o acórdão censurado solucionou apenas aquele que tinha natureza prejudicial em face dos demais. Mas ressalva: “tudo haverá de corresponder a uma causa madura, em sua totalidade, ou seja, as novas questões a enfrentar no julgamento do recurso extraordinário ou especial já deverão ter passado por suficiente contraditório e provas.”

O mesmo não poderia ocorrer quando diante de pedido ou a defesa arrimados em causa de pedir (fundamentação) múltipla. Tudo, porém, haverá de corresponder a uma causa madura, em sua totalidade, ou seja, as novas questões a enfrentar no julgamento do recurso extraordinário ou especial já deverão ter passado por suficiente contraditório e provas.

³⁹⁷ DIDIER JUNIOR, CUNHA, op. cit., p. 331

³⁹⁸ THEODORO JR., p. 964

José Miguel Garcia Medina³⁹⁹, por seu turno, defende uma interpretação restritiva, ressaltando que se aplica o disposto no art. 1.034, par. único, apenas em relação aos fundamentos jurídicos, já que os tribunais julgam a causa “aplicando o direito à espécie”, atentando à descrição dos fatos, tal como estabelecidos na decisão recorrida.

Vê-se, portanto, a existência de ampla discepção a respeito da abrangência propiciada pelo art. 1.034 e seu parágrafo único, que, como visto, replica parcialmente o comando da Súmula 456/STF.

A interpretação restritiva a respeito dessa matéria desvenda-se mais consentânea ao escopo e abrangência do recurso especial e do recurso extraordinário, bem como a função das cortes de vértice. Entendemos que o que se devolve, em termos de fundamentos outros atinentes ao capítulo impugnado, apenas poderia ser matéria jurídica arrimada em moldura fática constante do acórdão recorrido ou extraível de plano dos autos, sem que haja discepção entre as partes a esse respeito. No que concerne aos fundamentos outros, não se poderia ter por admissível a invocação ab novo, em razão tanto da ausência do exercício do contraditório, de prequestionamento, como de supressão de instância.

³⁹⁹ MEDINA, op. cit. p. 104.

8. DA CONCLUSÃO

Cuidou-se do disposto no art. 1.025 do Código de Processo Civil, por meio do qual o legislador positivou o “prequestionamento ficto” como requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

A hipótese desta tese é da inconstitucionalidade formal desse dispositivo, considerando-se que a Constituição Federal de 1988, em seus arts. 102, inc. III e 105, inc. III, estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para, mediante recurso extraordinário e o recurso especial, respectivamente, julgarem “causas decididas”.

Por “causas decididas” se entende a manifestação expressa do juízo recorrido sobre a controvérsia de direito constitucional (hipótese do recurso extraordinário) ou de direito federal (hipótese do recurso especial) debatida pelas partes ao longo do processo, prestigiando, sob esse aspecto, o pleno exercício do contraditório e do devido processo legal. Noutras palavras, para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possam verificar o acerto da decisão recorrida, é necessário que o órgão jurisdicional *a quo* tenha, antes, efetivamente decidido a respeito da tese jurídica ventilada nos recursos extraordinário e especial. É preciso, como se costuma dizer, esgotar a instância, questionando previamente o juízo do qual se recorre para a aplicação e interpretação do direito constitucional ou federal. Daí falar-se em prequestionamento da questão federal ou constitucional.

O legislador, por meio desse dispositivo alarga indevidamente, por meio de lei ordinária, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para que, a par da análise, por via do recurso extraordinário e recurso especial, de “causas decididas”, também passem a se debruçar a respeito de causas “fictamente decididas”, a partir da recusa dos tribunais de segunda instância em justamente decidir a matéria impugnada.

Considerando revestir-se a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, “de extração constitucional”, submete-se a regime de direito estrito, não pode ser ampliada, nem restringida, por legislação ordinária. Nem poderia o legislador ordinário pretender atribuir uma interpretação ao conceito de “causas decididas”, pois

estando previsto na Carta, somente ato de igual valor (a saber, de teor constitucional), poderia fazê-lo.

Não bastasse a inconstitucionalidade formal do dispositivo, entende-se pela clara incompatibilidade do dispositivo ao ordenamento, em face da existência de contradição sistêmica na adoção do prequestionamento ficto quando se tem em conta a caracterização das Cortes Superiores como cortes de precedentes.

O dispositivo implica a transferência às Cortes de vértice da análise de toda uma gama de questões que deveriam ter sido dirimidas perante a instância ordinária, contribuindo para o asoerboamento das atribuições dessas cortes, e conseqüentemente morosidade na prestação jurisdicional, com o efeito reverso àquele pretendido pelo legislador.

Aludida transferência também não se mostra consentânea com a progressiva adoção de institutos justamente tendentes a imprimir uniformização, estabilidade e celeridade aos julgados das Cortes de vértice como o são filtros recursais relativos a repercussão geral da questão constitucional e a relevância da questão federal, e demais mecanismos de julgamento por amostragem e de compatibilização e vinculação horizontal e vertical de decisões, mediante os quais se propõem uma função não apenas reativa, mas, sobretudo proativa por essas Cortes.

A extensão vertical e horizontal da devolução passível de ser operada por meio do “prequestionamento ficto” enseja a transferência às cortes de vértice do julgamento da questão controvertida que caberia aos tribunais de segunda instância, não atende à significação que se pretendeu conferir a essas cortes pela nova ordem judiciária, que buscou instituir um sistema de precedentes de observância “obrigatória”, atribuindo-lhes, mais do que função meramente reativa, uma função proativa de promoção da constitucionalidade e legalidade mediante a outorga de sentido à Carta e à lei, deixando de ser meras cortes de controle para passarem a cortes de interpretação.

No que concerne à interpretação do art. 1.025, entende-se por uma necessária compatibilização com o arcabouço jurídico que cunhou o recurso extraordinário e o recurso especial, a saber, recursos de estrito direito e fundamentação vinculada, cuja tipicidade do erro, prevista de modo específico pela Constituição Federal e pela lei, era pressuposto de cabimento e de admissibilidade do recurso, restringindo-se o seu espectro de incidência.

O legislador assim, não poderia pretender transferir ao conhecimento das Cortes de vértice toda uma gama de vícios de fundamentação, atinentes a erro, obscuridade,

contradição ou omissão, em supressão de instância, e desvirtuamento tanto do recurso especial e extraordinário em que veiculados tais vícios, como das competências constitucionais de tais cortes que não se traduzem em Terceira Instância.

A caracterização do prequestionamento ficto a partir de elementos que o Tribunal *a quo* deixou de analisar enseja a ampliação da devolutividade não apenas na fase de conhecimento, mas também, como consequência, na fase de julgamento do mérito do recurso especial e do recurso extraordinário, em razão da dicção do art. 1.034, par. único, que estabelece que “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado” - fundamento, impugnado que sequer foi decidido expressamente – o que implicaria, nesse aspecto, a equiparação à devolutividade operada no recurso de apelação, em suas dimensões vertical e horizontal.

Assim, retomando-se as características desses recursos excepcionais, propõe-se, como forma de compatibilização, que, mediante o prequestionamento ficto, apenas se possa, em juízo de admissibilidade, ter por devolvidas às Cortes de vértice questões jurídicas passíveis de conhecimento a partir da moldura fática constante do próprio acórdão recorrido.

Ultrapassado o juízo de admissibilidade e de conhecimento do recurso, em juízo de mérito, propõe-se a devolução igualmente atinente às matérias efetivamente apreciadas. Para fins de compatibilização, admite-se uma limitação quanto ao seu espectro de incidência, para se conhecer, sob uma perspectiva horizontal, das demais matérias jurídicas atinentes ao capítulo impugnado, desde que seja desnecessário revolver-se matéria fático-probatória, seja porque se encontra ela delimitada na moldura fática do acórdão recorrido, seja porque, aferível de plano ou a respeito não paire divergência entre as partes.

Admite-se ainda, considerando-se o efeito translativo e a previsão constante dos art. 485, § 3º c/c 933, do Código de Processo Civil, uma vez ultrapassado o conhecimento do recurso especial e extraordinário, de matérias de ordem pública e de elementos fáticos supervenientes, desde que, como declinado, sejam incontroversos e aferíveis de plano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n. 132, p. 273-288, fev. 2006;

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do recurso especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. 127p.;

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson e ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 14-148;

ALVIM, J. E. Carreira. *Recursos de embargos no novo CPC*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017. 182p.;

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo. O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. 288p.;

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II. 368p.;

ARAGONESES, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960, 834p.;

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 382p.;

ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica. Recurso especial e prequestionamento. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1. p. 160-179;

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 214p.;

_____. *Tratado de direito processual civil*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. I;

_____. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 37-44, out./dez. 1999;

_____. Reexame do valor da prova. *Direito processual civil 2 (estudos e pareceres)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 392p.;

_____. *Manual de Direito Processual Civil*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 1.278p.;

_____. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 1.494p.

_____ e ARRUDA ALVIM, Teresa. Qualificação jurídica dos fatos feita equivocadamente dá azo à rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 19, n. 76, p. 166-179, out./dez. 1994;

ARRUDA ALVIM, Teresa. Questão de fato, conceito vago e controlabilidade. In: _____ (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 428-463;

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 656p.;

_____. Questão de fato e Questão de Direito. *Revista da Academia Paulista de Direito*, São Paulo, v. 3, n. 02, p. 235-256, jan./jun. 2012;

_____. *Embargos de Declaração*. 5 ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 364p.;

_____ e DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 654p.;

ASSIS, Araken de. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeiro Preto, n. 33, p. 11-31, set. 2002;

_____. *Manual dos recursos*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1.068p.;

AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 23, n. 89, p. 266-280, jan./mar. 1998;

AZZONI, Clara. *Os recursos especial e extraordinário no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. 311p.;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: _____. *Temas de direito processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42;

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. *Temas de Direito Processual Civil (Segunda Série)*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 61-72;

_____. Alegação de compensação rejeitada no despacho saneador. Documento junto sem audiência da outra parte. Pedido de exibição de documento em poder de pessoa jurídica sediada no estrangeiro. Questão de qualificação jurídica: possibilidade de reexame mediante recurso extraordinário. In: _____. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 221-240;

_____. Conteúdo e efeito da sentença. Variações sobre o tema. In: _____. *Temas de direito processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, p. 1989, p. 175-183;

_____. Juízo de Admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: _____, *Temas de Direito Processual (Quinta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131-138;

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.V. 717p.;

BELTRAN, Jordi Ferrer. Prova e verdade no direito. In: *Coleção novo processo civil*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;

BOCUZZI NETO, Vito Antônio. Recursos excepcionais - o prequestionamento e a matéria de ordem pública. In NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11;

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Constituição do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Constituição do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1890. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Institui o Código de Processo Civil. *Coleção das Leis do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm#art863. Acesso em: 26 nov. 2022;

BRASIL. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1969, ret. 21 out. 1969 e repúb. 30 out. 1969. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. *Diário do Congresso Nacional*, Rio de Janeiro, RJ, 4 set. 1926, Seção I. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 abr. 1977. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

Brasil. Emenda Constitucional nº. 3 de 17, de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 mar. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1. Acesso em: 06 nov. 2022;

Brasil. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 31 dez. 2004, Seção I, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art9. Acesso em: 06 nov. 2022;

Brasil. Emenda constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 15 jul. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm#art1. Acesso em: 06 nov. 2022;

BRASIL. Lei nº 3.396, de 2 de junho de 1958. Altera a redação dos arts. 864 e 865 do Código do Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 jun. 1958. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3396.htm. Acesso em: 06 nov. 2022;

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de setembro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 06 out. 2017;

BRASIL. Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm#art2. Acesso em: 06 out. 2017;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 2.336/MG, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 9.5.1990, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 4.6.1990, p. 5054;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 444/RJ, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 7.8.1990, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.10.1990, p. 11191;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 6.886/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 4.2.1992, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 24.2.1992, p. 1867;

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 20.701/MS, rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 27.5.1992, não conheceram, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.8.1992, p. 11.256;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 28.871/RJ, rel. Min. Nilson Naves, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 30.11.1992, parcial provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.2.1993, p. 1686;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 29.624-2/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 15.2.1993, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 22.3.1993, p. 4519;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EDCL no REsp 28.325-9/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 13.4.93, não conheceram, *Diário da Justiça da União*, Seção I, 3.5.1993;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AG 55.003/SP (AgR), rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.2.1995, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 27.3.1995, p. 7139;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 65.977/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 19.6.1995, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.8.1995, p. 26593;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 106.276/MS, rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.4.1997, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 2.6.1997, p. 23779;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 122.004/SP, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, Brasília, DF, j. 16.12.1997, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 2.3.1998, p. 131;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 30.701/SE, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 13.10.2000, p. 99;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 158.070/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 20.3.2000, p. 32;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 169.414/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.6.1999, p. 3299;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AR 579/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 2ª Seção, Brasília, DF, j. 28.2.2000, provido, unânime, *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 5.2.2001, p. 69.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 20.645/SC, rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, Brasília, DF, j. 22.3.2000, *Diário de Justiça da União*, Seção I, 1.8.2000;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 171.219/SC, rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 12.3.2002, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 1.7.2002, p. 274;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 466.861/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.6.2004, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 29.11.2004, p. 277;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 485.969/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 11.9.2003, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 4.4.2005, p. 25;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AG 961.528/SP, rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 21.10.2008, improvido, unânime, *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 11.11.2008;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.225.624/RJ, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 18.10.2011, deram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 3.11.2011;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 44.971/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.5.2012, improvido, unânime, *Diário de Justiça eletrônico* 5.6.2012;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no Ag 1.404.513/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves, 1ª Turma, j. 19.3.2013, improvido, unânime, *Diário de Justiça Eletrônico* 26.3.2013;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.639.314/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DF, j. 04.04.2017, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 10.04.2017;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.394.986/RS (AgInt), rel. Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 7.5.2019, improvido, unânime, *Diário de Justiça eletrônico* 14.5.2019;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.394.088/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 11.6.2019, improvido, v.u., *Diário da Justiça eletrônico* 18.6.2019;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.790.880/SP (AgInt), rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 11.6.2019, improvido, unânime, *Diário de Justiça eletrônico* 18.6.2019;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.310.567/PA (AgR), rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 17.6.2019, improvido, unânime, *Diário da Justiça eletrônico* 21.6.2019;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.794.738/RJ (AgInt), rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DF, j. 19.8.2022, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 21.8.2022;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.893.222/GO (AgInt), rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DF, j. 19.9.2022, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 21.9.2022;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.990.435/SP (AgInt), rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, Brasília DF, j. 14.11.2022, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 17.11.2022;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 2.036.247/RS (AgInt), rel. Min. Joao Otávio de Noronha, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 14.11.2022, não conhecido, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 17.11.2022;

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.992.344/SP (AgInt nos EDcl), rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 22.11.2022, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 24.11.2022;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Acórdão n. 5, rel. Min. José Hygino, j. 17.8.1895, In: *Jurisprudência STF*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, p. 100-101, 1.897;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 6.362-RJ, rel. Min. Orosimbo Nonato, Brasília, DF, j. 24.1.47, deram provimento, v.u., *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 44, n. 112, jul./ago. 1947, p. 249;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 4.772/PR, rel. Min. Orosimbo Nonato, Brasília, DF, j. 28.1.47, deram provimento, v.u., *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 44, n. 112, jul./ago. 1947, p. 240;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AI 23.496/MG, rel. Min. Victor Nunes, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 14.7.1961, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 6.9.1961;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 46.988/SP, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Pleno, Brasília, DF, j. 31.7.1961, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 20.11.1961;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 42.662/SP, rel. Min. Victor Nunes Leal, Segunda Turma, Brasília, DF, j. 3.10.1961, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 26.10.1961, p. 2388;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 48.815/MA, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Primeira Turma, Brasília, DF, j. 26.10.1961, não conheceram, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 30.11.1961, p. 2717;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 35.833/RS, rel. Min. Victor Nunes, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 28.11.1961, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 11.1.1962.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 53.740/RJ, rel. Min. Ribeiro da Costa, Segunda Turma, Brasília, DF, j. 6.8.1963, não conheceram, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.10.1963, p. 02891;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 56.323/MG, rel. Min. Victor Nunes, Pleno, Brasília, DF, j. 1.10.1964, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 5.11.1964;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 57.420/GB, rel. Min. Villas Boas, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 7.5.1965, conheceram, maioria, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 26.5.1965;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 172.058/SC, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, Brasília, DF, j. 30.06.95, conheceram, unânime, *Diário de Justiça da União*, Seção I, 13.10.1995;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 67.284, rel. Min. Thompson Flores, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 29.9.1969, provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 25.2.1970;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 84.699/SE, rel. p/acórdão Min. Rodrigues Aleckmin, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.12.1976, não conheceram, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.6.1977, p. 3645;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 76.535/SP, rel. Min. Antônio Neder, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 6.5.1977, conhecido, provido, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 20.5.1977, p. 3260;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 75.355/MG (AgR), rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 30.3.1979, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 27.4.1979, p. 3381;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 84.247/RJ (AgR), rel. Min. Firmino da Paz, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 23.10.1981, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 13.11.1981, p. 11414;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 96.802/RJ (EDcl em AgR), rel. Min. Alfredo Buzaid, Pleno, Brasília, DF, j. 4.11.1983, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 12.5.1983, p. 17147;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 133.690-1/SP (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.5.1990, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.8.1990, p. 7239;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADIn 2.605/DF (MC), rel. Ministro Celso de Mello, Pleno, Brasília, DF, j. 23.10.1991, indeferiram, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 5.3.1991;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 141.731-6/DF (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.2.1994, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.4.1994, p. 8062;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 140.270/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.4.1996, conheceram e deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.10.1996, p. 39859;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 77.313/MG (AgInt), rel. Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 23.4.1996, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 17.5.1996, p. 16.343;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 200.972/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 29.5.1996, deferido em parte, unânime, *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 21.2.1997;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 175.275/RS, rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, j. 10.12.1996, deferido em parte, unânime, *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.2.1997;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 178.745-7/DF (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 4.3.1997, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 30.5.1997, p. 23.181;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 185.743/PR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 4.3.1997, conhecido e provido, unânime, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 30.5.1997;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 120.682/RJ (AgR), rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 25.9.1997, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 23.10.1997, p. 23164;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 204.205/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 23.3.1998, deferido em parte, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 24.4.1998;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 210.638/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.4.1998, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 19.6.1998, p. 11;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 233.486/DF, rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 06.10.1998, conhecido e provido, unânime, *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 9.4.1999;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pet 1.738/MG (AgInt), rel. Ministro Celso de Mello, Pleno, Brasília, DF, j. 10.9.1999, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 10.10.1999, p. 42;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 219.934, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.6.2000, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 16.2.2001, p. 140;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 256.130/SP (AgR), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 21.11.2000, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 9.2.2001, p. 18;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 277.229/RJ (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 6.3.2001, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.5.2001, p. 437;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RCL 2.657/DF (MC), rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 21.06.2004, concedida liminar, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 25.6.2004;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI 2.279/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, Brasília, DF, j. 15.9.2005, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 19.12.2006, p. 37;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 565.714-1/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 30.4.2008, improvido, *Diário de Justiça eletrônico* 13.6.2008;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 852.271/RS, rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 17.11.2011, negado seguimento, v.u., *Diário da Justiça eletrônico* 23.11.2011;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 644.709/DF, rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 21.11.2011, negado seguimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 25.11.2011;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AI 772.813/GO (AgR), rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Brasília, DF, 25.9.2012, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico*, 8.10.2012;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 591.961 AgR/RJ, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 5.2.2013, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 25.2.2013;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AG 763.915 AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 12.3.2013, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 6.5.2013;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 928.969/MG (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 29.3.2016, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 22.4.2016;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 1.071.160/CE (AgInt), rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 9.3.2018, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 21.3.2018;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 1.085.506 (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 13.3.2018, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça eletrônico* 4.5.2018;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pet 3.240/DF (AgInt), rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, Brasília, DF, j. 10.5.2018, negaram provimento, maioria. *Diário da Justiça eletrônico* 22.8.2018;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 1.118.678/DF (AgInt), rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 8.6.2018, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 21.6.2018;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 1.239.351/SP (AgInt), rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 11.5.2020, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 15.5.2020;

BRUSCHI, Gilberto Gomes e COUTO, Mônica Bonetti. *Recursos cíveis*. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 700p.;

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, Lei n. 13.105, de 16.3.2015*. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015. 824p.;

_____. *Curso sistemático de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v.2. 832p.;

_____. Prequestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3. p. 52-82;

_____. 30 anos do STJ e Prequestionamento. Uma análise do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/301346/30-anos-do-stj-e-prequestionamento-uma-analise-critica-do-prequestionamento-ficto-diante-do-art-1025-do-cpc>. Acesso em: 6 nov. 2022;

BUZAID, Alfredo. A crise no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 55, p. 327-372;

CADIET, Loïc. Ouverture. Le processus de filtrage en question. *Réformer la Cour de Cassation. Le projet de réforme en débat. Actes du colloque du 11 avril 2019*. Paris: IRJS Éditions, 2019. 129p.;

CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1.696p.;

CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Tradução: Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. 277p.;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. II, 481p.;

_____. *O novo processo civil brasileiro*., 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. 592p.;

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1.522p.;

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993. 143p.;

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.;

_____. O papel da jurisprudência no Brasil. A “Súmula” e os Precedentes jurisprudenciais. Relatório ao Congresso de Roma. *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: Edição Comemorativa – 15 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 325-346.;

_____. *Recurso especial, agravo e agravo interno*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 372p.;

CARRARO, Fabiano. *Juízo de admissibilidade e juízo de adstrição nos recursos especial e extraordinário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. 309p.;

CHARTIER, Yves. *La cour de cassation*. 2. edition, Paris: Dalloz, 2001. 168p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução: J. Guimarães Megale. São Paulo: Saraiva, 1969. 1.323p.;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014. 382p.;

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 304p.;

COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em recurso especial: a Súmula 7 do STJ*. Brasília: Thesaurus, 2008. 294p.;

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução: Vitor Mozart Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 78p.;

DANTAS, Bruno. Da ordem dos processos no tribunal. In: *Comentários ao Código de Processo Civil* (art. 926 a 1.072). BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2017. V.4. p. 54-88;

DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 103, n. 389, p. 491–500, jan./fev. 2007;

_____. (Coord.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. 2 ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. 944p.;

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões Judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. 720p.;

DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.5;

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. 4 v. 920p.;

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2010. v. I. 495p.;

_____. A reforma constitucional do poder judiciário. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 197-212;

_____. Universalizar a tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 393-431;

_____. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017. v.1. 856p.;

DONOSO, Denis; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Manual dos Recursos Cíveis: teoria e prática*. 5. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Juspodivm, 2020. 432p.;

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. V Edizione. Padova: Cedam, 1989. 711p.;

_____. *Il processo ordinario di cognizione*. Impugnazioni. Roma: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1990. 431p.;

FENOLL, Jordi Nieva. *El hecho y el derecho en la casación*. Barcelona: Bosch, 2000. 324p.;

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 219p.;

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1980. 316p.;

FLEURY, José Theophylo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário. Súmula 356/STF X Súmula 211/STJ? In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pelegrini de; NERY

JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 409-440;

FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012. 97p.;

GOMMA DE AZEVEDO, André. Prequestionamento. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 233, mar. 1997;

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. 420p.;

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed., rev., ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 478p.;

_____. Função e técnica do julgamento do recurso especial e extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 295, p. 165-192, set. 2019;

KERN, Christoph A. O papel das Cortes Supremas. Tradução: Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochem. *Revista dos Tribunais*, v. 948, a. 103, p. 47-76, out. 2014;

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001;

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 300p.;

LAGARDE, Xavier. La réforme de La cour de Cassation. Présentation critique. *Réformer la Cour de Cassation. Le projet de réforme en débat. Actes du colloque du 11 avril 2019*. Paris: IRJS Éditions, 2019. p. 5-16;

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 192p.;

LARENZ, Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed., Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 728p.;

LOMBARDO, Luigi. *La logica del giudice ed il controllo di legittimità nel giudizio civile*. Disponível em: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/LOMBARDO_-_La_logica_del_giudice_ed_il_controllo_di_legittimita_nel_giudizio_civile.pdf. Acesso: 17 dez. 2022;

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Súmula vinculante. In: GIANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vítor José de Mello (Org.). *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. São Paulo: Saraiva, 2008;

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 23, p. 45-60, jul./set. 1981;

_____. Recurso especial. Distinção entre Reexame e reavaliação da prova. Diferença entre fato e qualificação jurídica do fato. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 60, p. 113-119, jan. 2008;

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

_____. Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 728-741;

MACCORNICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 424p.;

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1025 e STJ: prequestionamento ficto, pero no mucho. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>>. Acesso em: 06 nov. 2022;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Do recurso extraordinário e do recurso especial. Disposições gerais. In: *Comentários ao Código de Processo Civil (art. 926 a 1.072)*. BUENO, Cassio Sacripinella (Coord.). 1. ed., 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2017. V.4. p. 488-546;

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 489p.;

MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, n. 130, p. 19-38, dez./2005;

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 271p.;

_____. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 408p.;

_____ e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 95p.;

_____ ; _____ e ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante o Procedimento Comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1.101p.;

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2003. 157p.;

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*, 4. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1948. v. II. 2.504p.;

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 342p.;

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 352p.;

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 32, n. 151, p. 335-344, set. 2007;

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, p. 215-226;

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, t. II. 410p.;

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 144p.;

_____. *Relevância no recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 150p.;

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 38. ed. rev., atual. e ampl., Barueri: Atlas, 2022. 1.088p.;

MORCAVALLO, Ulpiano. Sistema di principi e tutela dei diritti. In: ____; IANNIRUBERTO, Giuseppe (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*. II edizione. Milano: Giuffrè, 2010;

MOREIRA ALVES, José Carlos. Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição; questões e perspectivas. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 41, n. 173, p. 35-48, jul./set. 1988;

MORELLO, Augusto Mario. *Recursos extraordinários y la eficacia del proceso*. Buenos Aires: Hamurabi, 1981, t. II. 752 p.;

MORONI Câmara et al. (Coord.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 137-154. v.2;

NAGIB, Miguel Francisco Urbano. Simultaneidade de recursos mais atrapalha que ajuda. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-01/simultaneidade-recursos-stf-stj-atrapalha-ajuda>. Acesso em: 21. Nov. 2022;

NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de Declaração prequestionadores. In: ARRUDA ALVIM, Teresa e NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. v. 4. p. 851-864;

_____. *Teoria Geral dos Recursos*, 7. ed., atual., ampl., e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 669p.;

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2.288p.;

_____; _____. *Código de processo civil comentado*. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2.288p.;

_____; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 900p.;

NEVES, Antonio Castanheira. *Questão de Facto - Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967. 927p.;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 2.032p.;

NUNES JR., Vidal Serrano. Interpretação constitucional. In: LUCCA, Newton De; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coordenação). *Direito constitucional contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 301-312;

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate de matéria impugnada. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.3, p. 232-271;

ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, v. 128, p. 175-184, out. 2005;

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. Juízo de admissibilidade recursal: natureza jurídica e efeitos., *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 210, p. 57-79, ago. 2012;

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (Teoria Geral e admissibilidade)*. São Paulo: Malheiros, 1992. 217p.;

_____. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros, 1999. 334p.;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização de Sergio Bermudes. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VIII. 484p.;

_____. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. IV. 355p.;

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. 371p.;

RIBEIRO, Eduardo. Recurso Especial. In: FONTES, Renata Barbosa (Coord.). *Temas de Direito: homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 45-58;

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: comentário às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 488p.;

SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. Prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 91, n. 802, p. 95-104, ago. 2002;

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: *DOCTRINA do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 347-368;

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. 507 p.;

SARAIVA, José. *Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002. 423p.;

SEVERINI, Giuseppe. La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia. In: *Federalismi.it*. n. 19/2018, p. 5. Disponível em: <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2018/10/La-sicurezza-giuridica-e-le-nuove-implicazioni-della-nomofilachia.pdf>. Acesso em: 2.dez. 2022;

SIACCA, Emanuele. *La tecnica difensiva innanzi alla cassazione civile*. Roma: La Giustizia, 1951. 278p.;

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 39, n. 236, p. 13-26, out. 2014;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 878 p.;

_____. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. 487 p.;

SILVA, Ovídio Baptista da. Processo e ideologia. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 28, n. 110, p. 19-36, abr./jun. 2003;

SILVESTRI, Elisabetta. Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione. In: *Le Corti Supreme: Ati del Convegno svoltosi a Peruggia il 5-6 maggio, 2000*, Milano: Giuffrè, 2001. p. 105-116;

TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. 189p.;

_____. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LI, fasc. 3, Milão: Giuffrè, 1997

_____. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, v. 199. p. 139-155, set. 2011;

TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de direito internacional e constitucional*. São Paulo, v. 8, n. 30, p. 177-186, jan./mar. 2000;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. III. 1.066p.;

TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 640, fev. 1989;

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Recurso Especial. Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, a.22, n. 90, p. 79-97, abr./jun. 1989;

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Cognitione jurisdictional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 999p.;

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. 190p.;

ZANETTI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O mito dos juízes julgadores: o Código de Processo Civil e os precedentes. In: CÂMARA, Helder Moroni Câmara et al. (Coord.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 137-154. v.2;

ZAVASCKI, Teori. Jurisdição Constitucional do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, n. 212, p. 13-24, out/2012.