

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

GECYCLAN RODRIGUES SANTANA

**Fundamentos, relações e implicações dos embargos de
declaração prequestionadores no novo Código de Processo
Civil**

**VITÓRIA-ES
2012**

GECYCLAN RODRIGUES SANTANA

**Fundamentos, relações e implicações dos embargos de
declaração prequestionadores no novo Código de Processo
Civil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.
Orientadora: Prof. Dra. Adriana Pereira Campos

**VITÓRIA-ES
2012**

GECYCLAN RODRIGUES SANTANA

**Fundamentos, relações e implicações dos embargos de
declaração prequestionadores no novo Código de Processo
Civil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Aprovada em 01/06/2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dra. Adriana Pereira Campos
Universidade Federal do Espírito Santo
Presidente – Orientadora

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Edson Alvisi Neves
Universidade Federal Fluminense

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Santana, Gecyclan Rodrigues, 1963-
S232f Fundamentos, relações e implicações dos embargos de
declaração prequestionadores no novo Código de Processo Civil
/ Gecyclan Rodrigues Santana. – 2012.
122 f.

Orientadora: Adriana Pereira Campos.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Processo civil. 2. Recurso especial. 3. Recurso
extraordinário. 4. Embargos (Processo civil). 5. Devido processo
legal. 6. Brasil. Código de processo civil. I. Campos, Adriana
Pereira. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de
Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 3.

Dedico este trabalho a minha família, Mônica, esposa amada e companheira de todos os momentos, Guilherme e Giselle, meus diletos filhos, por suportar e apoiar os inevitáveis momentos de distanciamento.

Dedico-o também ao incentivo e o carinho de minha mãe, Maria Santana, esteio dos momentos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, a Deus pelo privilégio de desenvolver esta dissertação que tanto enriqueceu meu aprendizado no processo civil.

Agradeço, de forma especial, a minha orientadora, Dr^a Adriana Pereira Campos, pela forma sempre segura, crítica e clarividente, mas ao mesmo tempo amiga e carinhosa, como conduziu a realização deste trabalho.

Agradeço aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo pela forma sempre gentil como nos ajudaram ao longo desses anos de convivência.

Em especial, agradeço aos professores que participaram da Banca de Qualificação deste trabalho, prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto e prof^a Dr^a Valesca Raizer Borges Moschen, não só pela oportunidade de aprender uma grande lição acadêmica, mas também pela forma justa como conduziram o processo de qualificação deste texto.

À turma de 2010, colegas maravilhosos e inesquecíveis, por tudo o que passamos juntos desde o começo do processo seletivo até este momento. Foram gratificantes os momentos de debate, especialmente com Sérgio Cupertino, o Serginho, com quem começamos a tomar gosto pelo tema desta dissertação.

Aos colegas do COC, que me substituíram em momentos capitais para que este trabalho pudesse concretizar-se. A todos, Silvana, Daniel de Paula, Marcão, Rodolfo, Janaína, Joélson e Thaís Helena, meu sincero muito obrigado.

A Valadares, pelo apoio técnico para a conclusão deste trabalho e pela compreensão por momentos de ausência no Pré-Concurso.

Aos meus queridos alunos, por entenderem os momentos em que não me foi possível estar presente e por apoiarem a realização deste trabalho com palavras de carinho e incentivo.

A todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram para que este trabalho se fizesse realidade.

“O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso.”

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

RESUMO

Esta dissertação trata dos embargos de declaração e da sua utilização, no direito brasileiro, como forma de fazer aflorar o requisito de prequestionamento das matérias constitucional ou infraconstitucional inerente, segundo entendimento jurisprudencial (acórdãos e Súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ) e doutrinário, à interposição de recurso extraordinário ao STF ou de recurso especial ao STJ. A partir da ideia de justiça por meio do processo, busca-se a compreensão conceitual básica dos recursos, discorre-se sobre os embargos de declaração e sobre os recursos extraordinário e especial, tendo o prequestionamento como fio condutor do que se expõe. Após algumas breves considerações sobre a origem e o papel de cada um dos recursos supracitados e sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do prequestionamento, busca-se analisar a inteligência acerca dos embargos de declaração como elementos aptos a consubstanciar esse requisito, mormente a posição esposada pelo STF e pelo STJ diante da omissão do juízo *a quo* em analisar o ponto suscitado pela parte embargante. Vistos esses pontos, o próximo passo foi verificar a disciplina dos embargos de declaração no texto do projeto do novo Código de Processo Civil, já aprovado pelo Senado da República e em tramitação na Câmara dos Deputados. Nesse ponto, o que importa é verificar o que o novo Código traz a lume, principalmente no que tange ao artigo 979, que vem positivar o chamado prequestionamento ficto, e ao espírito que permeia a Exposição de Motivos do novo CPC, levando-se em conta seus principais objetivos. A seguir, buscou-se verificar a relação entre o artigo 979 e as duas mais importantes concepções metodológicas de processo civil no Brasil contemporâneo: o instrumentalismo e o formalismo-valorativo. Depois disso, o objetivo foi verificar as dimensões ontológica, deontológica, axiológica, principiológica e constitucional do prequestionamento ficto, levando-se em consideração sua positivação no novo CPC, no artigo 979, e as implicações dessa positivação. Finalmente, chega-se à conclusão de que não haverá mais procedência a Súmula 211 do STJ, louvando-se a iniciativa de o legislador pôr fim, a uma dissensão entre o STF e o STJ que já durava anos e parecia interminável, garantindo, dessa forma, o conhecimento dos recursos extraordinário e especial e, conseqüentemente, justiça, segurança jurídica e efetividade do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil – Embargos de declaração – Recurso Extraordinário – Recurso Especial – Prequestionamento ficto – STF – STJ – Novo CPC.

ABSTRACT

This dissertation deals with requests for clarification and their use in the Brazilian law, in order to bring out the requirement of raw prequestionamento infra constitutional or inherent jurisprudential understanding according to (Judgments and Precedents 282 and 356 of the 211 STF and STJ) and doctrinaire, to either extraordinary appeal to the S T F or special appeal to the S T J. From the idea of justice through the process, we seek to understand the basic conceptual resources, talks are on the requests for clarification about the features and extraordinary and special, having prequestionamento as a conducting wire that is exposed. After some brief remarks on the origin and role of each of the aforementioned features and the doctrinal and jurisprudential understanding about prequestionamento, seeks to analyze intelligence about the requests for clarification as elements able to substantiate this requirement, mainly the position espoused by the S T F and the S T J because of the lack of judgment a quo to examine the point raised by the objector. Seen these points, the next step was to verify the discipline of requests for clarification in the draft text of the new Code of Civil Procedure, approved by the Senate of the Republic and through the House of Representatives. At this point, what matters is to see what the new code brings to light, especially in regard to Article 979, which is called the positive findings prequestionamento ficto and the spirit that pervades the Explanatory Memorandum of the new CPC, taking into account its main objectives. Afterwards, we sought to investigate the relationship between Article 979 and the two most important methodological conceptions of civil procedure in contemporary Brazil: instrumentalism and formalism-evaluative. After that, the objective was to verify the ontological, deontological, axiological, principled and constitutional dimensions of prequestionamento ficto, taking into account their positivization on the new CPC, article 979, and the implications of this positivization. Finally, one comes to the conclusion that no further provenance 211 from the S T J 211 Precedent, praising the initiative to the legislature put an end to a disagreement between the STF and STJ which had lasted for years and seemingly endless, thus ensuring, knowledge of special and extraordinary appeal, therefore, justice, legal certainty and effectiveness of the process.

KEYWORDS: Civil Procedure – Requests for clarification - Extraordinary Appeal - Special Appeal - Prequestionamento ficto - STF - STJ - New CPC.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 ACESSO À JUSTIÇA, PROCESSO E RECURSOS | 14 |
| 2 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS | 25 |
| 2.1 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO | 25 |
| 2.2 DA EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL | 30 |
| 2.3 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO ELEMENTOS PREQUESTIONADORES: ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ | 36 |
| 2.4 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES | 42 |
| 3 O PROJETO DO NOVO CPC E O PREQUESTIONAMENTO FICTO | 46 |
| 3.1 AS PREMISSAS NORTEADORAS DO NOVO CPC: UMA ANÁLISE DA SUA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS | 52 |
| 3.2 O PREQUESTIONAMENTO FICTO DO NOVO CPC À LUZ DO INSTRUMENTALISMO E DO FORMALISMO-VALORATIVO | 64 |
| 3.3 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA: DIREITO COMPARADO | 79 |
| 4 AS IMPLICAÇÕES DO ARTIGO 979 DO NOVO CPC | 87 |
| 4.1 AS DIMENSÕES ONTOLÓGICA, DEONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA DO ARTIGO 979 | 88 |
| 4.2 A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA DO ARTIGO 979..... | 92 |

| | |
|--|------------|
| 4.3 A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 979..... | 100 |
| 5 CONCLUSÃO | 106 |
| 6 REFERÊNCIAS | 116 |

INTRODUÇÃO

Há muito tempo o processo civil brasileiro desfruta de privilegiada condição de debate que só contribui para seu aperfeiçoamento como espaço público de atuação democrática. Inspirados pelo momento, intentamos, nesta dissertação, construir um texto que também possa contribuir para enriquecer o universo de trabalhos que ora vêm a lume com uma louvável frequência.

O cerne de nossas preocupações, a premência de um processo justo e efetivo, que realmente reflita o grau de compromisso que exige o Estado de Direito brasileiro, em especial sob o influxo de uma gama de valores e direitos fundamentais, não difere tanto do de muitos outros estudiosos do processo. O processo está em plena ebulição com o advento de um novo Código de Processo Civil, e é fundamental que se precise seu comprometimento com os valores que informam o processo contemporâneo.

Assim, a partir da ideia de justiça e de suas implicações para o processo, o primeiro passo é fixar premissas que serão importantes para os limites do desenvolvimento do tema proposto nesse trabalho. Certamente que o acesso à justiça se converte, neste texto, em um intermitente mantra a sustentar os rumos da análise necessária à compreensão do verdadeiro papel do processo em um mundo marcadamente necessitado de um melhor serviço por parte do Judiciário. O prequestionamento ficto, nesse sentido, é simbólico, porquanto revela coragem de superar a mesmice processual burocrática.

O segundo movimento refere-se à investigação da relação existente entre os embargos de declaração e o prequestionamento exigido para interposição dos recursos extraordinário e especial. Importa verificar, nesse item, como os embargos, considerados por muitos um recurso de pouca importância, tornaram-se fundamentais para configurar o prequestionamento da matéria constitucional ou federal objeto de recurso extraordinário especial. Além disso, impende analisar, mais detidamente, por constituir importante polêmica envolvendo as duas mais altas cortes do país, o entendimento do STF e do STJ acerca dos embargos de declaração como elementos prequestionadores.

Nesse quadrante, o objetivo-mor desta dissertação é verificar como o projeto do novo CPC redimensiona o prequestionamento ficto, uma original solução encontrada para suprir a omissão do tribunal inerte diante da alegação da parte, permitindo que esta, após opor embargos, tenha seu recurso extraordinário ou especial apreciado pelos tribunais competentes para tal tarefa, o STF e o STJ.

Também constitui intento deste trabalho perscrutar como o prequestionamento ficto se harmoniza com o espírito que nutre e orienta a elaboração do novo CPC. Nesta tarefa, impende analisar, ainda, a interrelação entre esse instituto e os cinco objetivos da comissão de juristas encarregada dessa elaboração: fina sintonia com a Constituição, inclusão do processo no contexto fático em que atua, simplificação, maior rendimento possível do processo e coesão do sistema por meio da organicidade das regras.

É claro que mesmo as vozes mais cétricas já admitem que o novo CPC é uma realidade e que sua entrada em vigor é apenas questão de tempo. Tanto ideias forjadas no âmbito do instrumentalismo quanto no do formalismo-valorativo integram o Código, que procura uma ruptura mitigada, sem deixar de valorizar os instrumentos do CPC/73. Diante de tudo isso, faz-se mister realizar um cotejo entre essas duas concepções metodológicas de processo, tomando-se como base as idéias de seus autores representativos, e o prequestionamento ficto, inserido no novo CPC por meio de um de seus artigos.

O último passo, antes de cerrar cortinas, é, primeiramente, a análise do prequestionamento ficto no que tange ao dimensionamento de seu *ontos*. Analisa-se, depois, nesse momento, o seu caráter deontológico, uma vez que, como norma, impõe-se aos aplicadores de direito a que ele se dirige, no caso ministros dos tribunais superiores.

Também os elementos principiológicos e os constitucionais, na interrelação com o prequestionamento ficto, ganham destaque nesse item. Uma breve incursão nos conceitos de regras e princípios são o ponto de partida para determinar a consonância do instituto com estes e com aquelas, dimensionando, especialmente, sua forma de atuação num e noutra campo.

O elemento constitucional, entendido como um referencial necessário para garantir a própria sobrevivência como norma do instituto no universo do direito processual brasileiro, representa contraponto fundamental na compreensão de seu verdadeiro papel para garantia do acesso aos tribunais superiores, garantindo também, por consequência, o acesso à justiça.

É esse o itinerário de nossas idéias até o momento de tirar conclusões acerca do que se verificou ao longo de todo o caminho. Das diversas análises levadas a cabo para a compreensão acerca das reflexões, emergirá uma inabalável certeza: a de que esse instituto, malgrado as vicissitudes que o envolvem, representa um avanço contra a velha dinâmica processual de negação incólume do contraditório.

1. ACESSO À JUSTIÇA, PROCESSO E RECURSOS.

Neste primeiro capítulo, queremos fixar o contexto e os limites do objeto desta dissertação. Tomando como ponto de partida a ideia de justiça e de acesso à justiça, considera-se o processo civil meio fundamental de concretização e de realização da justiça.¹ O processo como alternativa para cessar ameaça ou lesão a direito necessita de constante aperfeiçoamento e redimensionamento de seus métodos na busca de resultados cada vez mais rápidos para as ações ajuizadas, uma vez que elas se avolumam nos tribunais ou não encontram a adequada resposta para seu pleito. Isso muitas vezes pode ser perigoso, pois pode levar a soluções equivocadas que, a despeito de resolver rapidamente os casos levados a juízo, firam tanto valores quanto princípios processuais e constitucionais. José Carlos Barbosa Moreira² já alertava, em conferência no ano de 2000, para o perigo do hiperdimensionamento dos males da lentidão processual e, ao mesmo tempo, da aceleração da prestação jurisdicional a qualquer preço. Esse perigo é, ainda hoje, o cerne da questão que se coloca no processo civil contemporâneo, acelerar a entrega da tutela jurídica sem macular o devido processo legal e cumprir o seu papel de pacificador social, cujas decisões tenham crédito e respeitabilidade, principalmente em face dos valores e garantias delineados no texto constitucional em vigor.

No contexto de forte constitucionalização desencadeada no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o processo civil se qualificou como instrumento público para a realização da justiça. Dessa forma, o processo não se constitui mera técnica por meio do qual se constrói mecanicamente a decisão. É

¹ Dinamarco, ao refletir acerca da transformação ocorrida na concepção do processo do século XIX para a da atualidade, lecionava, em obra de grande fôlego, que “Como *escopo-síntese* da jurisdição no plano social, pode-se [...] indicar a *justiça*, que é afinal expressão do próprio *bem comum*, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 156).

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 49, nº 282. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda, 2001, p. 19-26.

fundamental, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,³ concebê-lo como instrumento de realização de valores, especialmente os valores constitucionais.

O conceito de justiça,⁴ entretanto, não raras vezes, proporciona debates acerca dos valores que informam ou devem informar não só o processo, mas a vida humana em sociedade como um todo. Não raro também é o fato de que esse conceito suscita opiniões tão profusas e divergentes, principalmente em função de múltiplas formas culturais de dimensioná-lo e de relativizá-lo. Por certo não interessa, nesta dissertação, debater o conceito de justiça, mas tão-somente considerar que esse valor, presente no preâmbulo⁵ e em artigos⁶ da Constituição Federal, tornou-se de extremamente importante no que tange tanto ao processo civil quanto a outras esferas de atuação estatal.⁷ Tais dispositivos consolidam, na

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Vol. 22. Porto Alegre: UFRGS, set. 2002, p.32.

⁴ As seis concepções mais correntes da justiça concreta que se afirmaram na civilização ocidental, da Antiguidade até nossos dias, segundo Perelman, são: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. Cf.: PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3-67.

⁵ Segundo Alexandre de Moraes, “O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma *certidão de origem e legitimidade do novo texto* e uma *proclamação de princípios*”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 15.

⁶ Além do preâmbulo, onde expressamente insculpe-se a palavra justiça, esse valor permeia a Constituição em dois aspectos: i) primeiro ele aparece consubstanciado na forma de dignidade da pessoa humana, consagrando direitos e garantias fundamentais. Revela-se, nesse caso, uma afirmação do valor do indivíduo, da pessoa humana, que se vê amparada por dispositivos legais que cristalizam uma civilidade e um respeito ético por valores como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança. Podem-se encontrar tais valores estatuídos nos artigos 1º, II, III, 3º, I, III e IV; 4º, II, III, VI, VII, VIII e X; 5º, *in totum*, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; ii) depois, o outro aspecto que deve ser notado diz respeito à justiça como fator social, de que o Brasil também se vale para cumprir o desiderato daqueles que elaboraram uma Carta constitucional pensando em construir um Estado Democrático de Direito solidário, preocupado com as desigualdades sociais e consciente de suas limitações e de seu enorme débito nessa seara. Nos artigos 6º, 7º, 170, III, VII, e 193, todos da CF/88, consubstancia-se a justiça social como opção do Estado brasileiro. A partir dessa constitucionalização, uma série de esforços passa a ser conjugada no sentido de perseguir os objetivos-mores de nossos constituintes originários. Ressalte-se que no conjunto de artigos acima, os direitos sociais (artigos 6º e 7º, CF/88) emergem como conquistas de uma sociedade cuja capacidade de luta é posta sempre à prova. Por isso é que expressões como “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (artigo 170, *caput*, CF/88) ressoam tão forte em um povo que sempre teve que conviver com segregações de todas as espécies, principalmente a social.

⁷ Corroboram essa afirmação, *verbi gratia*, as diversas políticas públicas implementadas por órgãos estatais, de que é exemplo a política de cotas raciais e sociais implementadas em diversas universidades públicas, sendo estas menos polêmicas e mais aceitas pela sociedade

nossa Carta Magna, uma clara opção da sociedade brasileira, consubstanciada em um Estado Democrático de Direito, por uma ideia de justiça fortemente marcada pela dignidade da pessoa humana como valor referencial, especialmente no que concerne ao STF.⁸

A ideia de justiça, após a Constituição de 1988, tem forte influência na implementação de várias ações afirmativas que visam a buscar um equilíbrio social mais efetivo e, por via reflexa, a paz social. Com o processo civil não é diferente. Meio de exercício da jurisdição por parte do Estado, que chamou para si a responsabilidade por dirimir os conflitos no mundo social ao proibir a autotutela, o processo é o instrumento de eliminação desses conflitos e de promoção de justiça, ao fazer cumprir o preceito jurídico aplicável ao caso concreto.⁹ Dessa forma, no que concerne à construção da decisão judicial, assoma uma grande preocupação com a justiça e com a justiça do processo, que agora se vê matizado por uma forte constitucionalização e revigorado em sua dimensão ética.

brasileira do que aquelas. Para maior esclarecimento acerca da política de cotas, veja-se GRIN, Mônica. “Raça” – debate público no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2010.

⁸ Em interessante trabalho desenvolvido pelo professor Gilberto Fachetti, “A noção de justiça em decisões do Supremo Tribunal Federal”, aponta o autor para a prevalência do valor justiça, tendo como centro a pessoa humana, Sua pesquisa jurisprudencial, especialmente em temas polêmicos e atuais convergiram para o entendimento da dignidade da pessoa humana como âncora indeclinável da ideia de justiça no STF. Afirma o professor da Ufes: “Veja, então, que o ser humano, por seu valor, ou seja, em sua dignidade ou humanidade, é o denominador comum de toda valoração. Sendo o valor universal, não há que se falar em relativismo ou irracionalidade numa noção de justiça que leve em consideração, exatamente, o homem. Dessa maneira, será possível um conceito universal e racional de justiça se pautado nesse denominador comum que é o valor ‘ser humano’, que pode, numa linguagem axiológica, ser designado a partir do conceito de *dignidade da pessoa humana*. Em suma, qualquer conceito de justiça deve ter em seu centro a *pessoa humana*.” (em itálico no original). FACHETTI, Gilberto. A noção de justiça em decisões do Supremo Tribunal Federal. In: Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. Edição organizada por Hermes Zaneti Jr. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Número 2. Vitória: Heliograf LTDA, 2008, p. 87-103. É, portanto, notório, tanto na Constituição quanto na atuação da mais alta Corte do país, que se fez uma clara opção pela defesa dos valores que traduzem e representam a dignidade da pessoa humana, estendendo-se essa orientação inclusive no campo internacional, como está explícito, no artigo 5º, LXXVIII, § 3º, da CF/88, *in verbis*: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁹ Conferir CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

Buscar uma rápida solução para o conflito, a sua rápida pacificação, com toda a certeza possível, é interesse não só da parte, mas também da jurisdição.¹⁰ É claro que o processo, e assim todas as coisas da vida se nos mostram, possui início, meio e fim. Entre o início, cujo marco, *grosso modo*, é a petição inicial, e o “fim” do processo, a sentença, há um *iter* a ser percorrido, notadamente em função de atos a serem praticados tanto pelas partes quanto pelo juiz, consubstanciando aquilo que o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹¹ chama formalismo e que considera fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. Aquela advém de seu poder organizador e ordenador; esta, de seu poder disciplinador. É claro que o desejável é que o processo se desenvolva, em todos os procedimentos e atos que o informam, com o máximo de celeridade e de segurança possível, principalmente para evitar aquilo que se convencionou chamar de efeitos deletérios da demora.

Deve-se lembrar de que um dos problemas mais drásticos e destrutivos para o processo é o tempo de sua duração.¹² Com efeito, a demora na entrega da tutela pode representar grave prejuízo a quem não pode suportar o ônus da demora na solução da lide. Mesmo para quem pode suportá-la, economicamente falando, mas ainda assim se vê privado de usufruir, de gozar um direito que é seu e cuja

¹⁰ Vide, a respeito do tema, interessante artigo do professor Gajardoni, publicado na RePro 153: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). In: *Revista de Processo*. Ano 32, nº 153, nov. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 99-117. Sobre o mesmo tema: COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. In: *Revista de Processo*. Ano 32, nº 151, set. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 72-98.

¹¹ O professor Alvaro de Oliveira considera ainda que, com o passar do tempo, o termo formalismo “[...] sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. In: Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. Edição organizada por Hermes Zaneti Jr. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Número 2. Vitória: Heliograf LTDA, 2008, p. 13-42.

¹² Luigi Paolo Comoglio, a respeito, comenta: “Che l'eccessiva durata dei processi sia vizio *congenito* (o, se si preferisce, il *peccato originale*) dei principali modelli di procedimento, in cui, com il necessário corredo di strutture e di forme più o meno solenni, si amministra l'umana giustizia dinanzi agli organi giurisdizionali di qualsiasi ordinamento statale, è constatazione berisalente [...] a quasi tutte le civiltà giuridiche dell'era moderna. In altre parole, il difficile rapporto fra tempi processuali lunghi e disfunzioni della giustizia pubblica, la cui inesorabile conseguenza è molto spesso quella di convertire una giustizia tardiva in una sostanziale ingiustizia (o, al di là delle ipocrisie verbali, in una vera e própria giustizia denegata), [...]” Cf.: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela*. In: *Revista de Processo*. Ano 32, nº 151, set. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 72-98.

efetividade não ocorre devido à morosidade do sistema judiciário. Por isso, é imprescindível entregar ao cidadão uma tutela adequada por meio de um “serviço” rápido, eficiente e de qualidade, que venha a consubstanciar-se na realização do direito material.¹³

Esse tem sido um dos escopos da processualística na atualidade. Garantir que o processo seja célere, efetivo e justo virou um imperativo do Brasil contemporâneo, principalmente depois do advento da Constituição de 1988.¹⁴ Destarte, a atividade jurisdicional ganha contornos de instrumento cada vez mais importante para promover a pacificação social, o que exige dos atores do processo maior responsabilidade e cooperação na construção de uma decisão o mais próxima possível do que se poderá considerar justa.

É patente a necessidade de se debater, de forma mais constante e veemente, o que realmente representa, na atualidade de um mundo pós-moderno e globalizado, o conceito de justiça, e como implementá-la por meio do processo. Além disso, é necessário fazê-lo de uma forma eficaz, que represente os verdadeiros anseios de uma nação comprometida com a paz social e que deve garantir o amplo acesso à justiça não só como amplo acesso ao Judiciário,¹⁵

¹³ Aqui, mais uma vez, trazemos à colação Cintra, Grinover e Dinamarco, que, falando de efetividade do processo, lecionam, *in verbis*: “Efetividade das decisões. Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter, essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁴ Conferir, a respeito do tema, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 24-43; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – vol. 22. Edição em homenagem ao professor Franz August Gernot Lippert. Porto Alegre: UFRGS, set/2002, p.31-42; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In: *Estudos de direito processual civil*. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Luiz Guilherme Marinoni, coordenador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 421-440; MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. In: *Estudos de Direito processual civil*. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coordenador: Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 13-66.

¹⁵ Capelletti e Garth nos ensinam, em bela e proveitosa lição, que “A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a

numa espécie de amplo direito de petição, mas a uma decisão jurídica justa, que espelhe os ideais consignados na nossa Carta Magna.

Por outro lado, sabe-se que nem sempre se chega a uma decisão que reflita solução adequada para a qual tanto os princípios e os valores quanto os preceitos legais do processo cristalinamente apontem. A decisão assim emanada, em descompasso com o que se espera da atuação do Judiciário, gera o descontentamento, fazendo que nasça a necessidade de interpor-se recurso.¹⁶ O intuito é tentar corrigir o rumo que tomará a decisão judicial caso aquele que quede prejudicado por ela não se mova, ou seja, a formação da coisa julgada,¹⁷ instituto que atua “colocando em funcionamento um sistema de freios e

todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpresso, 2002, p. 8.

¹⁶ Barbosa Moreira, em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”, discorre: “[...] desde tempos remotos têm-se preocupado as legislações em criar expedientes para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 229.

¹⁷ A coisa julgada, segundo Liebman, ao comentar sua “essenza”, reflete a necessidade de, em nome da segurança jurídica, pôr-se fim à lide: “Allo scopo de porre fine alle liti e di dare certezza ai diritti, il legislatore há fissato un momento in cui è interdotta ogni nuova pronuncia su ciò che fu giudicato. Giunto il processo a quel punto, non solo la sentenza non è più impugnabile in via ordinaria ma la decisione è vincolante per le parti e per l'ordinamento e nessun giudice può nuovamente giudicare lo estesso oggetto nei confronti delle stesse parti (salva la lontana possibilità di proposizione delle impugnazioni straordinarie). Tutto ciò si esprime dicendo che la sentenza è passata in giudicato, ossia che è divenuta anche la statuizione che vi è contenuta, com tutti gli effetti che ne scaturiscono.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile - principi*. Settima edizione a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 269). A decisão que adquiriu contornos de coisa julgada é imutável e incontestável: “Quando por decorso di termini o per esaurimento delle impugnazioni la sentenza passa in giudicato, la sentenza acquista una nuova qualità: diventa immutabile e incontestabile, i suoi effetti si consolidano e non possono più essere rimossi (se non in conseguenza della ristretta possibilità delle impugnazioni straordinarie); [...]” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile - principi*. Settima edizione a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 250). Colacione-se, aqui, que a ação rescisória (art. 485, CPC), a ação declaratória de inexistência (*querella nullitatis*) (art. 4º, I, CPC) e a ação anulatória são, no direito brasileiro, os meios de ataque à sentença transitada em julgado. Cf. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 29-30

contrapesos à adoção de remédios impugnativos de decisões judiciais, projetando-se com eficácia processual”, no dizer de Nelson Nery Junior.¹⁸

O ato recursal e a forma de operacionalizá-lo constituem-se instrumentos extremamente importantes para a correção da decisão jurídica.¹⁹ Esses elementos, denominados meios de impugnação ou recursos, são importantes porque (i) permitem que eventuais distorções praticadas por ocasião do julgamento da lide possam vir a ser corrigidas por órgão hierarquicamente superior,²⁰ propiciando uma re-análise dos pontos contestados pelo recorrente para corroborar ou refutar-lhe a tese; (ii) reforçam a ideia da existência de um verdadeiro *due process of law*,²¹ na medida em que instauram, no plano legal, a

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* – teoria geral dos recursos. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.168.

¹⁹ Carnelutti explica, de forma bem didática, o porquê dessa necessidade de correção da decisão judicial: “Precisamente porque o juízo do juiz, diferentemente do juízo do consultor, tem a eficácia de um mandato, que como vimos determina a execução forçada, a ponto de aquele a quem for distribuída ficar submetido a ele pela força é especialmente grave o risco do erro, que por infelicidade é inerente a todos os juízos humanos. O regime do processo está disposto, pelo menos teoricamente, já que nem sempre do melhor modo indubitavelmente em forma idônea para evitar esse risco. Entretanto, a própria lei reconhece sua gravidade e disponibiliza um meio especial para combatê-lo. Isso se consegue por um instituto ao qual a ciência do processo deu o nome de *impugnação*.”

O princípio da impugnação é muito simples: com efeito, trata-se de voltar a julgar. Como se verifica a exatidão de uma operação aritmética? Volta-se a fazer outra vez; e se não for suficiente uma vez, duas, três vezes em seguida. Se o resultado não se modificar, adquire-se, se não propriamente a certeza, de fato, pelo menos, uma razoável confiança. Da mesma forma se procede para verificar a justiça da decisão.” (CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004, p.111).

²⁰ Recorde-se que a competência para julgar os embargos de declaração, recurso previsto no artigo 535, I, II, CPC, é do próprio órgão prolator da decisão embargada, o que sugere a alguns ferimento ao duplo grau de jurisdição e compromete sua condição de recurso. Essa discussão já está superada, no mínimo pela expressa previsão no corpo do CPC. Longe se querer reavivar a discussão sobre ser o duplo grau de jurisdição garantia constitucional que assegura à parte revisão da causa por órgão hierarquicamente superior, colaciona-se aqui, a respeito do tema, lição valiosa do professor Nelson Nery Junior: “Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser apreciada por órgão de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição do recurso. **Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame**”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria geral dos Recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 41). (grifamos)

²¹ A ideia de um *due process of Law*, ou *devido processo legal*, há muito ultrapassou as fronteiras do direito anglo-saxônico e se tornou um dos pilares dos Estados latino-americanos democráticos de direito contemporâneos. O processualista italiano Luigi Paolo Comoglio muito bem expressa o alcance que esse valor tomou na entre nós: “Questi fondamentali valori (come si è detto, di natura etico-morale e tecnica, insieme) si trovano compendiatamente – in forza di una tradizione solidissima, i cui influssi si sono propagati anche al di fuori dell’area giuridica angloamericana (si pensi al *devido proceso legal* dei sistemi latino-americano o alla garanzia del *devido processo legal* accolta

determinação jurisdicional de zelar pela adequada prestação jurisdicional na persecução da justiça e, no plano social, a convicção de que o jurisdicionado terá um processo juridicamente racional e seguro, no qual o direito a recurso sobressai como corolário do direito à ampla defesa e a uma atuação justa e eficiente da jurisdição exercida pelo Estado.

Com efeito, não existe plena garantia de que a decisão exarada seja necessariamente melhor ou mais justa que a decisão inicial recorrida. Mesmo assim, os recursos processuais inserem-se como elementos fundamentais de correção por outro órgão julgador, cuja apreciação pode eliminar possíveis defeitos cometidos na decisão atacada, seja por erro no procedimento, seja por erro no julgamento.

Os sistemas processuais, de um modo geral, possuem mecanismos de impugnação de suas decisões, ainda que elas sejam imutáveis. O sistema processual brasileiro, tanto para a proteção do direito da parte quanto para a proteção do próprio sistema, disponibiliza instrumentos que permitem corrigir possíveis erros que podem macular a sentença, comprometendo-lhe a validade e a eficácia como ato jurídico, seja *error in procedendo*, seja *error in iudicando*. Este se configura quando a solução da demanda pelo magistrado calca-se em errônea avaliação de direito (o juiz erra na valoração jurídica ou na aplicação do direito inerente ao fato controverso) ou em errônea avaliação de fato (quando o juiz erra ao valorar como verdadeiro um fato que contradiz a realidade). Aquele ocorre quando há violação, por parte do juízo, de uma norma processual, ou seja, quando ocorre um erro de natureza procedimental.

O ato recursal, porém, não é exercido de forma livre ou a bel-prazer da parte inconformada com certa decisão que lhe seja desfavorável. Obedece a critérios e a exigências que têm de necessariamente ser observados para que se possa

dall'art. 5, LIV, della Costituzione Federale brasiliana del 1988) – nella formula o clausola organizzatoria del *due process of law*, consacrata nel 1791 dal V e dal XIV Emendamento alla Costituzione federale nordamericana del 1787. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Biblioteca di Diritto Procedduale Civile – collana diretta da S. Chiarloni – C. Consolo – G. Constantino – F.P. Luiso – B.N. Sassani. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 48.

manejar esse importante instrumento de correção das decisões judiciais. Similarmente ao que acontece com o direito processual de ação,²² para cujo exercício o devem ser observadas as condições da ação (interesse de agir, legitimidade *ad causam* (artigo 3º, CPC) e possibilidade jurídica do pedido) e os pressupostos processuais de validade e de existência do processo, o recurso deve obedecer a certos requisitos que se exigem para que se possa manejá-lo; são eles: o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse em recorrer, a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.²³

O primeiro aspecto a ser observado no caso dos recursos, entretanto, é a necessidade da existência de sua expressa previsão legal, conformado no que se chama de princípio da taxatividade. Assim é que os recursos existentes devem estar previstos no ordenamento jurídico para que dele a parte possa lançar mão. No caso do sistema processual brasileiro, os recursos encontram-se previstos e nominados, principalmente, nos incisos do artigo 496 do CPC,²⁴ e nos artigos 102, II, 105, II (recurso ordinário), 102, III (recurso extraordinário) e 105, III (recurso especial) da Constituição Federal de 1988. Além disso, encontram-se previsões acerca dos recursos no Regimento Interno dos Tribunais Superiores e na legislação extravagante.

Um outro aspecto importante dos recursos diz respeito à sua fundamentação. Quanto a esse aspecto, os recursos classificam-se em recursos de fundamentação livre e recursos de fundamentação vinculada. Para que se maneje aquele, basta haver decisão contrária ao autor e adequação do recurso a

²² Essa é a ideia de Alexandre Freitas Câmara, que faz interessante paralelo entre “condições da ação” e “condições dos recursos” e entre “pressupostos processuais” e “pressupostos recursais”. Conferir CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 2, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.58-66.

²³ Conferir, por exemplo, MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. Processo civil moderno – v. 2, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

²⁴ Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III – embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

essa decisão. Dessa forma, basta que a sentença seja contrária a seus interesses para que a parte possa impetrar apelação. Já com relação ao recurso de fundamentação vinculada, exige-se, para a sua interposição, que haja um vício pré-determinado a macular a decisão. Assim, para que a parte oponha embargos de declaração, exige-se que a decisão atacada seja omissa, obscura ou contraditória.

Além disso, os recursos especial e extraordinário, primeiro por força constitucional, depois por força jurisprudencial, apresentam como importante requisito a exigência de prequestionamento da matéria federal ou constitucional motivadora de sua interposição. O STF e o STJ firmaram entendimento jurisprudencial consistente acerca da necessidade de existência de prequestionamento do ponto da decisão a ser atacado por meio desses dois recursos.

Interessante é notar que um recurso que aparentemente não interferiria na utilização dos recursos especial e extraordinário, como é o caso dos embargos de declaração, acabou tornando-se fundamental para esses recursos excepcionais por força das Súmulas 356 do STF²⁵ e 211 do STJ.²⁶

O tema desta dissertação consiste exatamente nos embargos de declaração e na sua importância para o manejo dos recursos especial e extraordinário. O que importa aqui é verificar os embargos de declaração como elementos caracterizadores da existência do prequestionamento exigido, pelo STF e pelo STJ, para a interposição dos recursos especial e extraordinário, que, a exemplo dos embargos de declaração, são recursos de fundamentação vinculada, e exigem matéria específica para seu cabimento.

Pretende-se apresentar o atual entendimento das cortes superiores do país, STF e STJ, acerca do tema e as possibilidades que se abrem, no texto do novo

²⁵ “O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

²⁶ “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *"a quo"*.”

Código de Processo Civil, já aprovado no Senado Federal, para o futuro dos chamados “embargos prequestionadores”, principalmente quando eles são manejados contra omissão que não é suprida pelo tribunal “*a quo*” e ensejam aquilo que a doutrina e os tribunais têm entendido como “prequestionamento ficto”.

A importância dessa análise está na necessidade de se verificar como os embargos chegaram a representar elementos de importância no âmbito dos recursos especial e extraordinário e como a sua inserção em um diploma legal infraconstitucional, como o Código de Processo Civil terá implicações em futuros julgamentos tanto dos embargos opostos com o fim de prequestionamento, quanto dos próprios recursos especial e extraordinário.

Existem implicações que podem afetar o futuro do julgamento desses recursos e merecem ser analisadas, como a possibilidade de produção de provas no âmbito desses recursos nos tribunais superiores, fato hoje impensável, e a própria constitucionalidade do artigo do novo CPC que estatui o prequestionamento como exitoso, mesmo a despeito de não ter havido manifestação do juízo “*a quo*” e, portanto, de não existir também “causa decidida”, como determina a Constituição de 1988 em seus artigos 102, III e 105, III.

2 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

O Código de Processo Civil enumera, em seu artigo 496, incisos I a VIII, os recursos cabíveis no processo civil brasileiro. Em artigos posteriores, sistematiza-se o funcionamento de cada um deles, o que se verifica do artigo 513 ao 565 do CPC. É bom lembrar que os recursos não fazem nascer um novo processo, não representam o início de uma nova ação. Apenas prolongam a relação jurídica processual, configurando-se como meios voluntários e idôneos de que a parte dispõe para aspirar à reforma, à invalidação, ao esclarecimento ou à integração da decisão judicial que busca impugnar.²⁷

Para este capítulo, o que interessa é focar os embargos de declaração, previstos no CPC, artigos 535 a 538, e os recursos extraordinários, previstos nos artigos 102, III, e 105, III, da CF/88, e disciplinados no CPC, do artigo 541 a 546, *ex vi* das Leis 8.950, de 1994; 9.756, de 98; 10.352, de 2001; 11.418, de 2006; 11.672, de 2008; e 12.322, de 2010. Importa aqui analisar o liame entre esses recursos no que concerne ao prequestionamento da matéria federal ou constitucional que se exige para a interposição dos recursos excepcionais perante as Cortes superiores.

2.1 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A expressão embargo, segundo o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, surge por derivação regressiva a partir do verbo embargar, que, por sua vez, deriva do latim **imbarricare* > *barra* (travessa, tranca de fechar porta). Por óbvio que os seus sentidos, linguisticamente analisados, pressupõem, nos diversos campos em que se utiliza a expressão, o que evidentemente não afasta o campo jurídico, a ideia de “barrar”, “atrasar” algo. Vejam-se, como exemplos, algumas das definições de “embargo” apresentadas pelo Houaiss: (i) “aquilo que impede,

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

embaraça; empecilho, obstáculo, dificuldade”; (ii) “JUR qualquer um dos vários institutos jurídicos com traço comum de opor obstáculo à pretensão do adversário na conquista de um direito.” Aqui, nesta dissertação, todavia, o que interessa é o sentido da expressão “embargo de declaração”, assim definida pelo Houaiss: “e. de declaração JUR via de impugnação interposta para esclarecimento da sentença ou do acórdão”.

A definição do dicionário, embora esclarecedora, é insuficiente para compreender plenamente a evolução desse recurso, cuja história pode esclarecer ainda mais seu conteúdo e alcance. Segundo Moacyr Lobo da Costa, no que se refere aos embargos de declaração não há qualquer notícia de sua utilização pelo direito romano, germânico, tampouco pelo direito canônico. É no direito lusitano que se encontra menção a esse recurso.²⁸ Os embargos de declaração nasceram, segundo opinião prevalente, da dificuldade de as partes apelarem diretamente ao rei; assim, foi criado, pela prática, o expediente de pedido de retratação ou de reconsideração das sentenças. O fim dos tribunais deambulatórios tratou de estimular esse meio de impugnação lusitano, que tem uso secular no direito processual brasileiro.²⁹

Antes de figurar no atual CPC, já era previsto nas Ordenações Afonsinas (Livro II, t. 69, § 4º), nas Ordenações Manuelinas (Livro II, t. 50, § 5º) e nas Ordenações Filipinas (Livro II, t. 66, § 6º). Após esse período de domínio do direito lusitano, os embargos de declaração remanesceram no direito brasileiro, ganhando inclusive nova feição no campo comercial,³⁰ como é o caso de sua previsão no

²⁸ “[...] é ponto pacífico na história do direito lusitano que os embargos, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, **são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido, asseverando os autores que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço no direito romano, no germânico ou no canônico.**” (grifo nosso) Conferir: DA COSTA, Moacyr Lobo. *Origem dos embargos no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 05

²⁹ Conferir ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 587-590. Cf. também MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos da declaração. In: *Dos recursos*. Vol. 2. Vitória: ICE, 2002, pp. 284-285.

³⁰ Segundo Araken de Assis, “O cabimento do mecanismo de correção das sentenças, no Código Filipino, contemplava a dúvida e a obscuridade, mas ignorava a contradição ou a omissão, hipóteses introduzidas junto com a ambigüidade, pelo art. 641 do célebre Regulamento 7737, de 1850, **limitado às causas comerciais.**” (grifamos) Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 588.

Regulamento nº 737, de 1850, no artigo 641. Na Consolidação Ribas, de 1876, artigo 496, os embargos voltam a figurar no ordenamento jurídico sob a fórmula tradicional, e permanecem no Decreto 3.084, de 1898, em seu art. 683. Quando havia competência legislativa dos Estados–membros em matéria processual, sua previsão, embora com discrepância entre os ordenamentos, fez-se presente, nos diversos Códigos estaduais, culminando com a sua disposição no CPC de 1939, que os relacionou entre os recursos (artigo 808, V) e disciplinou sua interposição (artigo 862).³¹

Atualmente, os embargos de declaração são previstos expressamente, no CPC, como um dos recursos cabíveis no processo civil brasileiro (artigo 496, IV, do CPC). O mesmo Código os disciplina do artigo 535 ao 538, sendo fundamental o artigo 535, I e II, do CPC,³² que estatui o seu cabimento.

Apesar de parte da doutrina não considerar os Embargos de Declaração como recurso,³³ principalmente por não reformarem ou anularem a decisão atacada, mas tão somente integrá-la ou esclarecê-la, e por serem julgados pelo mesmo órgão que prolatou a decisão, não por outro hierarquicamente superior ou mesmo diverso, essa ideia hoje queda superada. Não só pela expressa previsão legal no código de processo civil, mas também por ensejarem um reexame do ponto suscitado por meio deles.³⁴

³¹ Conferir: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 588.

³² Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

³³ Esse é o entendimento, por exemplo, do professor Egas Dirceu Moniz de Aragão: “Sobre os embargos de declaração teço breve comentário. Formo entre os que não os têm na conta de recurso, sim de mecanismo necessário ao esclarecimento e eventual complementação de julgamentos obscuros, contraditórios ou lacunosos. Por isso não constam da sugestão encaminhada ao amigo Buzaid. Expliquei que, por mim, os incluiria nas regras que disciplinam a prolação da sentença.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Demasiados recursos?* In: *RePro* 136. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 25).

³⁴ Barbosa Moreira é bastante pragmático quanto ao tema: “Não obstante arrolados expressamente entre os recursos pelo Código de 1939 (art. 808, nº V), como por leis anteriores, controvertia-se em doutrina acerca da verdadeira natureza dos embargos de declaração. Vários autores negavam-lhes, com argumentos diversos, o caráter de recurso, que outros lhes reconheciam. A nosso ver, a questão é pura e simplesmente de direito positivo: cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que, *de lege ferenda*, outra lhe pareça mais

Para a compreensão da sua essência, antes de suscitar a problemática da exigência de prequestionamento nos recursos extraordinários, os embargos de declaração podem ser entendidos como: (i) um recurso de fundamentação vinculada, com cabimento adstrito à específica alegação de omissão, obscuridade ou contradição da decisão atacada, ou seja, de *errores in procedendo*, (ii) julgado pelo mesmo órgão prolator da decisão (interlocutória ou definitiva), (iii) com o intento de esclarecer ou integrar a decisão objeto dos Embargos. Salvo exceção e de maneira secundária, não têm o condão de modificar a decisão por eles atacada, ou seja, servem tão somente para integrar ou esclarecer a decisão objeto dos embargos.

Apesar de o artigo 535, I, do CPC, enunciar que os embargos são o recurso cabível quando, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade ou contradição, o entendimento predominante é o de que a interpretação desse dispositivo não deve ser meramente literal, sendo cabível também no caso de decisões interlocutórias, se presentes os vícios que ensejam a sua interposição.³⁵ A

aconselhável.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 547). Indo um pouco mais além, o professor Flávio Cheim Jorge leciona: “Devem ser, inequivocamente, considerados como recurso, afinal, são taxativamente indicados como tal (art. 496, IV, do CPC); permitem o reexame da matéria pelo Poder Judiciário; impedem a formação da coisa julgada; são concebidos pela voluntariedade e dialeticidade.” Cf. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 320-321.

³⁵ O professor Marcelo Abelha comenta, a respeito do objeto dos embargos: “[...], em sede de objeto dos embargos de declaração, podemos dizer, com tranqüilidade, que tal recurso é cabível contra toda e qualquer decisão, seja ela acórdão, sentença ou decisão interlocutória, pois a utilização do termo sentença no art. 535 do CPC não deve ser literalmente interpretada, já que é dever do Estado a entrega da justa e efetiva tutela jurisdicional.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 549). Também a jurisprudência confirma esse entendimento: “PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – ART. 1º, § 3º, I, DA LEI N. 9.703/98 – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL – PRECEDENTES. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida. 2. Descumprido o necessário e indispensável exame do dispositivo de lei invocado pelo acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. **É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que os embargos de declaração são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais, ainda que interlocutórias, suspendendo o prazo recursal para a interposição de outros recursos, exceto se aviados intempestivamente. Precedentes.**

orientação dominante na jurisprudência do STJ é que os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática proferida nos tribunais devem ser recebidos como agravo regimental, devendo ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal. Há, porém, autores que defendem o cabimento dos embargos de declaração contra essas decisões.³⁶ Alguns deles³⁷ vão ainda mais além, ampliando sobremodo o entendimento do alcance dos embargos de declaração. O professor Araken de Assis, por exemplo, amplia essa compreensão, mesmo *de lege ferenda*, contrariando o artigo 504 do CPC, com redação dada pela Lei 11.276/2006, que estatui: “Dos despachos não cabe recurso”. Entende ele que são cabíveis embargos de declaração mesmo contra os despachos, cuja definição está aposta no artigo 162, § 3º, do Código de Processo Civil, e corrobora seu firme entendimento a ideia de que os despachos não estão isentos dos defeitos enunciados no artigo 535, I, II, do CPC, com clarividente exemplo.³⁸

Não é demais lembrar que os embargos de declaração, ainda que tenham seu alcance ampliado, só serão oponíveis se houver, na decisão embargada,

Recurso especial conhecido em parte e provido.” (REsp 1196859/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 03/09/2010). (grifo nosso)

³⁶ É esse, por exemplo, o caso de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier. Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. Processo civil moderno: v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 192-193.

³⁷ Conferir DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de direito processual civil – Meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5. ed., vol. 3. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 185; BERMUDEZ, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101.

³⁸ Eis as palavras do grande professor: “O fato de o despacho não provocar gravame às partes não o isenta dos defeitos do art. 535. Por exemplo: o Juiz designa audiência de instrução e julgamento para certo dia, mas o provimento omite a hora da solenidade. Evidentemente, os embargos de declaração se prestam a corrigir a omissão. Feliz se revela, nesta contingência, o alvitre de que, conquanto declarando a lei o pronunciamento irrecurável, ‘o faz com a ressalva implícita no concernente aos embargos de declaração.’” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 598). Na parte final do trecho, a citação de Araken de Assis remete a José Carlos Barbosa Moreira, que, embasado em Pontes de Miranda, no comentário 298 de sua famosa obra *Comentários ao Código de Processo Civil*, consonante com a ideia de Araken de Assis, escreveu: “[...], qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração: é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo. [...]. Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de “irrecorrível”, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 549-550).

obscuridade, contradição ou omissão. O seu manejo, portanto, está restrito à existência desses vícios específicos. Frisemos, ao final desse tópico, ainda uma vez mais, o verdadeiro papel dos embargos: integrar ou esclarecer a decisão considerada omissa, obscura ou contraditória, nada mais além disso. Importa, ainda, não olvidar: qualquer efeito infringente ou modificativo da decisão que, porventura, vier a acontecer, a partir do conhecimento e do provimento dos embargos, virá por via indireta. Assim, pode ocorrer que, durante o julgamento dos embargos de declaração, acabe-se por modificar o resultado da decisão embargada; nesse caso, deve a autoridade judicial determinar previamente a intimação da parte embargada, em respeito ao princípio do contraditório.³⁹

2.2 DA EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

A Constituição de 1988 veio, sob certo aspecto, concretizar um desejo que há muito era alimentado no país: a criação de um outro Tribunal Superior, o Superior Tribunal de Justiça, que viesse a desafogar o Supremo Tribunal Federal, então abarrotado de processos que praticamente inviabilizavam seu funcionamento.⁴⁰ Assim foi feito, e da Constituição Federal de 1988 exsurge a figura do STJ, cuja função-mor é a de proteger a legislação infraconstitucional, com competência para julgar, em Recurso Especial,⁴¹ as causas decididas em única ou última

³⁹ Os professores José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier apontam três circunstâncias em que os embargos de declaração podem ter efeito infringente: (i) como efeito secundário, quando houver o suprimento de lacuna na decisão; (ii) quando houver correção de erro material; (iii) quando se tratar de decretar de ofício ou a requerimento das partes, formulado nos próprios declaratórios, nulidade absoluta. Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. Processo civil moderno: v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 204.

⁴⁰ Acerca do assunto, vide DA SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1997, p. 456.

⁴¹ Sobre as origens do recurso especial, sua previsão na Constituição de 1988 e sobre o STJ, há importante trabalho de Arruda Alvim publicado em obra de 1997. Cf. ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 13-47.

instância que contenham afronta à legislação infraconstitucional (art. 105, III, da CF/1988).

Por óbvio que se pensou que requisitos exigidos pelo Supremo para análise de recursos, mormente em face do elevadíssimo número de processos e da morosidade natural advinda da sobrecarga de trabalho, simplesmente cairiam por terra. A própria Constituição vedava ao STF e ao STJ legislar sobre admissibilidade e processamento de recursos. Ocorre que, na prática, subsistem, apesar da eliminação de alguns obstáculos,⁴² outros que acabaram por ser reafirmados no âmbito dos Tribunais Superiores, como é o caso da exigência de prequestionamento no que tange à interposição dos recursos especial⁴³ e extraordinário.⁴⁴

⁴² Como exemplo, pode-se apontar a mudança de posicionamento do STF em relação ao determinado pela Súmula 400 dessa mesma Corte, por evidente confronto com o estatuído no artigo 102, III, *a e b*, da CF/1988. A respeito, cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3024>>. Acesso em: 12 janeiro 2011.

⁴³ Colacionam-se, aqui, para exemplo, dois acórdãos do STJ: DIREITO DAS SUCESSÕES - DOAÇÃO DE BENS - COLAÇÃO. INEXISTE VIOLÊNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 1788 DO CODIGO CIVIL SE O ACORDÃO RECORRIDO, INTERPRETANDO CLAUSULA TESTAMENTARIA, NO CONTEXTO EM QUE LANÇADA, ENTENDEU QUE A MESMA EXPRESSAVA DISPENSA DE COLAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O JULGADO NÃO COGITOU DA EXIGENCIA DE QUE O VALOR DOS BENS NÃO EXCEDESSEM AO DA METADE DISPONIVEL. **MATERIA NÃO EXAMINADA EM QUALQUER FASE E SO LEVANTADA NO EXTRAORDINARIO, CONVOLADO EM ESPECIAL. AUSENCIA DE PREQUESTIONAMENTO.** (REsp . 16/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/1989, DJ 25/09/1989, p. 14951) (grifamos); PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DO JULGADO.IMPOSSIBILIDADE. INCLUSÃO DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO, DIVIDENDOS E BONIFICAÇÕES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. EMBARGOS REJEITADOS. 1 - Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535), sendo inadmissível a sua interposição para rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas na decisão embargada, já que não são cabíveis para provocar novo julgamento da lide. 2 - **No eg. Tribunal de Justiça estadual não houve debate e decisão acerca da inclusão dos juros sobre capital próprio e bonificações no cálculo da indenização. Carece, assim, o tema do necessário prequestionamento, atraindo, por analogia, a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.** 3 - Não há interesse recursal quanto aos dividendos, na medida em que estes já foram deferidos à ora embargante desde a sentença e mantidos em grau de apelação e de recurso especial. 4 - Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no Ag 1398933/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 02/09/2011) (grifamos).

⁴⁴ Vejam-se, como exemplo, três breves ementas do STF, duas da década de 50 e outra da década de 60, anteriores à edição da súmula 282, e outra recente, com remissão à aludida súmula, que corroboram o afirmado: **NÃO PODE SER DISCUTIDA NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA QUESTÃO DE QUE NÃO TRATOU O JUÍZO ORDINÁRIO.** VERIFICOU-SE

O prequestionamento, cuja origem se encontra no direito norte-americano, na *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789, consoante célebre lição explanada por Alfredo Buzaid em voto dado no AgRg em Emb. no RE 96.802,⁴⁵ já se faz presente no nosso sistema jurídico há muito tempo. Rodolfo Camargo Mancuso leciona que o prequestionamento como um pré-requisito para interposição do recurso extraordinário é exigência bem antiga, que já constava nas Constituições de 1891, de 1936 e de 1946, muito embora não se tenha mantido tal exigência, pelo menos explicitamente, na Constituição Federal de 1988.⁴⁶

Com argumento arrimado na ausência de previsão constitucional, várias são as vezes que se levantam para indigitar a inconstitucionalidade da Súmula 282 do STF, que determina: “É inadmissível recurso especial quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Apesar de muitos autores considerarem a exigência inconstitucional, inclusive sob o argumento de haver vedação do texto maior a que os tribunais superiores legissem sobre matéria processual, alguns entendem que nada há de inconstitucional nessa exigência

QUE A MORTE DO EMPREGADO RESULTARA DIRETAMENTE DO TRABALHO. (RE 15388, Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARAES, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/08/1951, ADJ DATA 21-12-1953 PP-03924 EMENT VOL-00077 PP-00197) (grifamos); **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: NELE NÃO SE CONHECE DE MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA.** (RE 8176, Relator(a): Min. AFRANIO COSTA, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/09/1952, DJ 08-08-1955 PP-*****) (grifamos); **O PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO FEDERAL E PRESSEPOSTO (sic) DO CONHECIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** NEGADA A CULPA, PELO EXAME DA PROVA, NÃO CABIA CONDENAÇÃO EM PERDAS DE DANOS. (AI 27971, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/1962, EMENT VOL-00521 PP-00048) (grifamos); EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. INCIDÊNCIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I – **Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido.** Ademais, se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso, a teor da Súmula 356 do STF. II – A discussão acerca do cabimento da exceção de pré-executividade demanda a análise de normas infraconstitucionais. A ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (AI 816428 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe-124 DIVULG 29-06-2011 PUBLIC 30-06-2011 EMENT VOL-02554-03 PP-00531) (grifamos).

⁴⁵ A bela explanação de Buzaid representa uma verdadeira aula sobre o instituto. Cf. RTJ 109, p. 302-303. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/109_1.pdf>. Acesso em 14 janeiro 2011.

⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.417 e 11.418/2006 e a Emenda Regimental STF 21/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 307.

por parte dos tribunais superiores, como é o caso do professor Marcelo Abelha Rodrigues.⁴⁷

É de se ressaltar a contínua tentativa de o legislador brasileiro tentar dar solução ao entrave dos tribunais superiores, especialmente no que concerne ao grande número de processos, constituído em sua maioria por causas em que questões de direito discutidas e rediscutidas emergem repetidamente.⁴⁸

Destarte, nota-se que, a exemplo de elementos como a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos, o prequestionamento, cuja exigência constitucional implícita emerge para muitos do entendimento da expressão “causas decididas em única ou última instância”, presente no inciso III, dos artigos 102 e 105, ambos da CF/1988, também funciona como um obstáculo à interposição dos recursos especial e extraordinário. Assim é que a análise dos recursos especial e extraordinário, respectivamente pelo STJ (art. 105, III, da CF) e pelo STF (art. 102, III, da CF), além dos pressupostos recursais, genéricos e

⁴⁷ Eis as palavras do ilustre professor acerca do tema: “Ainda dentro do pressuposto de admissibilidade intrínseco do cabimento, merece ser analisada a exigência do prequestionamento dos recursos excepcionais (recurso especial e recurso extraordinário). Vozes doutrinárias teriam colocado que tal exigência seria inconstitucional. Não partilhamos dessa opinião, pois o texto maior fala em ‘causas decididas em única ou última instância’. Há que se lembrar, como dissemos, que os recursos excepcionais não são recursos de terceiro e quarto grau, já que não visam à proteção do direito da parte. Pelo contrário, inserem-se no rol dos excepcionais, pelo fato de que suas funções são de proteção da ordem jurídica federal e constitucional. Assim, há o justificado pressuposto de que tenham sido esgotadas (única ou última instância) as vias recursais, e que todas as matérias que sejam por tais recursos ventiladas tenham sido previamente ventiladas em instância ordinária. Daí a exigência de prequestionamento.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 551).

⁴⁸ Segundo a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover, “O legislador brasileiro avançou, no plano constitucional e infraconstitucional, apresentando soluções por intermédio de técnicas de tratamento dos processos repetitivos, que são as seguintes: a – criação da súmula vinculante do STF; b – aferição, por amostragem, da repercussão geral da questão constitucional perante o STF, aplicando-se a decisão da Corte aos demais processos; c – julgamento de recursos especiais por amostragem, objetivando negar seguimento a recursos sobre a mesma tese de direito; d – súmulas de jurisprudência dominante, impeditivas de recursos; e – julgamento de mérito pelo juiz de primeiro grau, antes mesmo da citação do réu.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: *Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior / Fernando Gonzaga Jayme, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauer*, coordenadores. – Belo Horizonte, Del Rey, 2008, pp. 1-2).

particulares, de admissibilidade inerentes a esses recursos, exige que a matéria, constitucional ou infraconstitucional, tenha sido prequestionada pelo recorrente.⁴⁹

O prequestionamento, dessarte, assoma como algo inerente ao próprio recurso e, conquanto alguns discutam a sua necessidade ou não, sua exigência pelos tribunais superiores é ingente. Alguns o entendem como um rigorismo dos tribunais superiores, com o que não concorda o professor Flávio Cheim Jorge.⁵⁰

Quando se fala em recursos extraordinários, mormente no especial e no extraordinário, vários são os elementos que determinam sua peculiaridade. Previstos no artigo 102, III, da CF (caso do recurso extraordinário) e no artigo 105, III, da CF (caso do recurso especial), principia que visam a atacar, respectivamente, decisão que constitua afronta à Constituição Federal ou decisão que afronte a legislação infraconstitucional.⁵¹ Assim, destinam-se à proteção do direito objetivo, não do direito subjetivo. Além disso, há uma série de outros elementos específicos dos recursos extraordinários que fazem do seu juízo de admissibilidade algo mais complexo que o normal.⁵² Nesta dissertação, todavia, o

⁴⁹ Veja-se, a respeito, trecho de acórdão exarado no âmbito do STJ: “[...]. **4. O prequestionamento é requisito para que a matéria apresentada no recurso especial seja analisada neste Tribunal. Tal exigência decorre da Constituição Federal, que, em seu artigo 105, inciso III, dispõe que ao STJ compete julgar, em sede de recurso especial, causas decididas, em única ou última instância.** [...] EDcl no AgRg no REsp 1121100/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 09/12/2010) (grifo nosso).

⁵⁰ Eis as palavras do preeminente professor: “Quando se exige o prequestionamento ou mesmo a repercussão geral, não se trata de rigorismo dos tribunais superiores, mas sim de circunstância que está intrinsecamente ligada ao próprio recurso excepcional. É cediço que as correções às decisões são feitas até o segundo grau de jurisdição, não se podendo atribuir aos recursos excepcionais essa mesma função. Somente em dadas circunstâncias é que são abertas novas chaves de análise daquilo que foi mais uma vez decidido.” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 40).

⁵¹ Assim o professor Flávio Cheim Jorge define os recursos extraordinários: “O recurso extraordinário é aquele destinado a reformar/anular decisões finais, proferidas em última ou única instância, que afrontem a Constituição Federal (art. 102, III, da CF/1988).

Já o recurso especial, por força da Constituição Federal, art. 105, III, tem cabimento contra acórdãos prolatados em única ou última instância pelos Tribunais. Seu objetivo é preservar a aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional.” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 323).

⁵² Colacionamos aqui, a título de maior esclarecimento desses elementos, a firme lição do professor Flávio Cheim Jorge: “Os recursos extraordinários, por tutelarem o direito objetivo, são considerados recursos de estrito direito ou mesmo excepcionais. Não buscam a correção da ‘injustiça’ da decisão. Visam, tão somente, averiguar se a lei foi corretamente aplicada ao caso

que interessa é a exigência, por parte dos tribunais superiores, de prequestionamento da legislação constitucional ou infraconstitucional contrariada na decisão ensejadora de um desses recursos, para que sejam eles conhecidos.

O prequestionamento, segundo Medina, já era exigido pelo Supremo Tribunal Federal mesmo antes da Constituição de 1946 e era concebido então como “questionamento realizado pelas partes antes do proferimento da decisão passível de impugnação pelo recurso extraordinário”.⁵³ Posteriormente, segundo o mesmo autor, o entendimento evoluiu no sentido de que manifestações jurisprudenciais traziam a exegese de que ocorreria prequestionamento quando a decisão recorrida tivesse adotado posicionamento explícito sobre o tema de direito federal. O que ocorreu foi uma fusão desses dois entendimentos, que, conjugados, passaram a compor três tipos de posicionamento jurisprudencial: (i) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de um determinado assunto; (ii) prequestionamento como debate acerca do tema anterior à decisão recorrida (o que o torna um ônus da parte); e (iii) prequestionamento como prévio debate seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito do tema.⁵⁴

O professor Rodrigo Reis Mazzei, na nota n. 6 do seu *Embargos da declaração*, aponta quatro correntes acerca do conceito de prequestionamento: a)

vertente. Essas peculiaridades fazem com que esses recursos possuam um juízo de admissibilidade diferenciado e muito mais complexo do que os demais. Como não servem para a tutela do direito subjetivo, o próprio sistema impõe uma série de condições específicas, inerente unicamente a eles. Exemplificativamente, não permitem o reexame de matéria fática; é necessário o esgotamento de todos os recursos na instância ordinária; somente permitem a reavaliação da questão já decidida. Enfim, são recursos que diferem nitidamente dos chamados ordinários, estando previstos, no caso do recurso especial e do extraordinário, na própria Constituição Federal, ao contrário dos demais recursos. Em nosso sistema, são considerados recursos extraordinários: o recurso extraordinário, destinado a corrigir afronta à Constituição Federal (art. 102, III, da CF/1988); o recurso especial, que tem cabimento para os casos de ofensa à lei infraconstitucional (art. 105, III, da CF/1988); e os embargos de divergência, destinados a obter do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o seu real entendimento (art. 546 do CPC).” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39).

⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 276.

⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 276.

*prequestionamento como manifestação do tribunal 'a quo' acerca de determinado direito federal; b) prequestionamento como debate pelas partes, antes da decisão recorrida, acerca da aplicabilidade do direito federal ao caso concreto; c) prequestionamento como debate prévio pelas partes acerca do tema de direito federal e a manifestação do tribunal recorrido a respeito; d) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal 'a quo' acerca da aplicação, no caso concreto, de determinado dispositivo de lei federal.*⁵⁵ Por óbvio que essas concepções jurisprudenciais e doutrinárias comunicam-se, traduzindo-se em correntes que representam a amplitude do termo e a sua complexibilidade. Boa parte da doutrina defende a ideia de prequestionamento como expressa manifestação do tribunal recorrido.⁵⁶

2.3 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO ELEMENTOS PREQUESTIONADORES: ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ

Como já visto, os embargos de declaração são um recurso de fundamentação vinculada, oponíveis apenas em caso de existência de omissão, obscuridade ou contrariedade na decisão atacada. Ainda que se discuta o alcance do seu objeto e a possibilidade reflexiva de efeito infringente ou modificativo, os embargos de declaração se prestam, em sua essência recursal, a integrar ou a esclarecer a

⁵⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Op. cit. Vitória: ICE, 2002, pp.325-326.

⁵⁶ Veja-se, como exemplo, o que dizem Nelson Nery Jr. E Rosa Maria Andrade Nery: "Questão não decidida na instância inferior, não enseja revisão por meio do Re: o que não foi decidido não pode ser revisto. Daí por que tem razão o STF quando exige o prequestionamento da questão constitucional, para que possa conhecer do RE (STF 282 e 356). Prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional, previamente à interposição do RE. Não havendo sido decidida a questão, se efetivamente alegada anteriormente, a parte terá de opor embargos de declaração (STF 356), para provocar o julgamento do tribunal inferior sobre a questão por ela argüida. Mesmo com a oposição do EDcl, caso o tribunal permaneça sem julgar a questão, entende-se que houve decisão negativa por omissão e, portanto, admite-se o RE." (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003* / - 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 205).

decisão embargada, servindo como remédio para corrigir defeitos que poderiam afetar inclusive a possibilidade prática de cumpri-la.⁵⁷

Ocorre, no entanto, que, já há algum tempo, no entendimento comum no direito processual brasileiro, tanto na seara jurisprudencial, quanto na doutrinária, os embargos de declaração são entendidos como elementos que servem para fazer aflorar o requisito de prequestionamento que os tribunais superiores exigem na interposição dos recursos especial e extraordinário, traduzindo-se isso na expressão “embargos prequestionadores”. O entendimento acerca desse tema, entretanto, como se verá, não é unânime no que tange ao STF e ao STJ.

A ideia de que os embargos de declaração podem servir para prequestionar matéria de direito atinente ao recurso extraordinário ou ao especial não é nova, aliás, já está bem difundida no nosso direito. O entendimento mais comumente aceito é o de que, em havendo omissão, por parte do órgão julgador, sobre questão a respeito da qual se deveria manifestar, a parte deverá embargar de declaração para provocar a manifestação do órgão julgador acerca daquele ponto não apreciado. Assim, opondo a parte os embargos e obtendo do órgão julgador a sua manifestação sobre o assunto, os embargos terão cumprido o seu papel principal, no caso o de integrar a decisão embargada, propiciando à parte manejar o recurso especial ou o extraordinário caso entenda ter havido ferimento a matéria pertinente a este ou àquele recurso.⁵⁸

⁵⁷ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 549.

⁵⁸ STF: EMENTA: Agravo regimental. - **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, tendo a violação a texto constitucional surgido originariamente no acórdão prolatado pelo Tribunal "a quo", é indispensável seja ela objeto de embargos de declaração, para possibilitar a este o exame dessa alegação. Sem essa interposição, não há o prequestionamento da questão constitucional.** Agravo a que se nega provimento. (AI 339316 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 09/10/2001, DJ 31-10-2001 PP-00011 EMENT VOL-02050-08 PP-01554) (grifamos). STJ: RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. **NÃO PREQUESTIONADA, NA DECISÃO RECORRIDA, A QUESTÃO FEDERAL SUSCITADA, NEM INTERPOSTOS EMBARGOS DECLARATORIOS A RESPEITO, INADMISSIVEL E O RECURSO ESPECIAL, TAL COMO OCORRIA COM O RECURSO EXTRAORDINARIO QUE O ANTECEDEU, NOS TERMOS DA SUMULA 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.** (REsp 28.563/MG, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/1992, DJ 01/02/1993, p. 471) (grifamos).

Pode ocorrer, entretanto, de o órgão julgador, mesmo provocado pela parte por meio dos embargos declaratórios, manter-se inerte e não se pronunciar acerca do ponto sobre o qual se havia omitido, persistindo no seu silêncio. Nesse caso, a parte poderá interpor recurso especial ao STJ por ferimento do artigo 535, II, do CPC ou, ainda, poderá interpor recurso extraordinário ao STF com fulcro no artigo 5º, LV, da CF/1988, visando à anulação do acórdão e à consequente imposição de que outro seja prolatado pelo tribunal *a quo*, agora contendo a apreciação da matéria pretendida. Ou seja, é imprescindível, antes de se manejar o recurso contra o *error in procedendo* teoricamente ensejador da via recursal extraordinária, que a parte interponha recurso especial e/ou extraordinário para que o acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo* seja anulado por violação ao art. 535, II, do CPC ou do artigo 5º, LV, da CF/1988, por reconhecimento, portanto, de *error in procedendo*.⁵⁹

Esse é o entendimento que prevalece no STJ,⁶⁰ estando tal entendimento, atualmente, consolidado na Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.” Tal entendimento enfatiza a ideia de que os embargos não têm o condão de dar vida a algo que não existiu, ou seja, de

⁵⁹ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. Súmulas 288, 282, e 356 do STF: uma visão crítica. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 134.

⁶⁰ Colacionamos e grifamos uma jurisprudência do STJ nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. **EMBARGOS DECLARATORIOS REJEITADOS PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIVEL O ACESSO AO RECURSO ESPECIAL SE O TEMA NELE INSERTO NÃO FOI OBJETO DE DEBATE NO TRIBUNAL "A QUO", O QUE NÃO É SUPRIDO PELA SIMPLES OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATORIOS. FAZ-SE IMPRESCINDIVEL QUE OS EMBARGOS SEJAM ACOLHIDOS PELA CORTE DE ORIGEM PARA QUE SEJA SANADA A POSSIVEL OMISSÃO CONSTANTE DO V. ACORDÃO EMBARGADO. SE O ORGÃO JULGADOR PERSISTIR NA OMISSÃO, REJEITANDO OS EMBARGOS, DEVE A PARTE VEICULAR NO RECURSO ESPECIAL A OFENSA AS REGRAS PROCESSUAIS PERTINENTES E NÃO INSISTIR NA VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS LEGAIS RELATIVOS AO MÉRITO DA CAUSA, SEM QUE SOBRE ELES HAJA O ORGÃO JULGADOR EMITIDO JUÍZO EXPLÍCITO.** RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 23.539/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 15/08/1994, p. 20299).

revitalizar a questão de direito não suscitada anteriormente e sobre a qual, de forma consequente, não se tenha estabelecido controvérsia.⁶¹

Nesse aspecto, os embargos ensejariam o manejo do recurso especial ou do extraordinário por violação, respectivamente, do artigo 535 do CPC ou do artigo 5º, LV, da CF/1988, mas somente para pugnar pela nulidade do acórdão omissivo, que acaba por alterar o rumo do conteúdo do recurso excepcional que a parte desejava interpor, nunca para discutir o direito relacionado à contenda, uma vez que não haveria decisão sobre a matéria prequestionada, não tendo sido cumprido o requisito constitucional dos artigos 102, III, e 105, III, da CF/1988, que requer ter sido decidida a causa para admitir-se o recurso excepcional.⁶²

Destarte, os embargos de declaração chamados de prequestionadores, sob essa ótica, só terão verdadeiramente cumprido o seu papel se conseguirem fazer que haja integração do acórdão objeto de sua interposição. Esse é o entendimento do STJ, consolidado com a edição da Súmula 211. Tal interpretação, que também já foi esposada pelo STF⁶³, não é mais plenamente compartilhada pela mais alta Corte do país, o STF.

⁶¹ Apenas a título de exemplificação, colaciona-se aqui ementa de recente acórdão do STJ em torno do tema: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO A QUO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. INCIDÊNCIA. I - **Para a configuração do prequestionamento é necessário que a questão trazida pelo recorrente seja efetivamente objeto de julgamento no órgão jurisdicional a quo.** II - **Se, a despeito da oposição dos embargos, a matéria não restar ventilada, caberá o apelo raro em que se aponte, de forma efetiva e esclarecedora, a violação ao art. 535 do CPC. Nesse último caso, é vedado alegar diretamente violação aos dispositivos legais que digam respeito ao próprio mérito da discussão.** Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1146013/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 13/09/2010) (grifo nosso).

⁶² Discorrendo sobre o tema Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam: “Recurso Especial STJ 211: ‘Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.’ Quando o tribunal rejeitar EDcl, na hipótese em que deveria acolhê-los, e, por isso, o vício permanecer, cabe REsp com fundamento na ofensa ao CPC 535. O STJ, se der provimento ao REsp, anulará o acórdão e determinará que o tribunal de origem julgue os EDcl. Só então caberá REsp quanto à questão que fora objeto dos EDcl.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003* / - 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, casuística, p.928).

⁶³ A exemplo, com grifos nossos: RETOMADA PARA USO DE SOCIEDADE DE QUE O PROPRIETÁRIO FAZ PARTE, COMPROVADA A NECESSIDADE. AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO. **CABERIAM EMBARGOS DECLARATORIOS AO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO O APRECIOU. SOMENTE OPOSTOS OS EMBARGOS DECLARATORIOS A QUESTÃO**

Diferentemente do que tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, o STF, discrepando da Súmula 211 do STJ, tem firmado posição acerca de que, caso sejam opostos os embargos declaratórios e mesmo assim o tribunal permaneça omissa, não se manifestando acerca do ponto suscitado, não é necessário que o recurso extraordinário esteja vinculado à discussão acerca da violação de dispositivo constitucional (artigo 5º, LV, da CF/1988), configurando o que se chama prequestionamento ficto.

O marco desse entendimento é o voto do ministro Sepúlveda Pertence, na Primeira Turma, durante julgamento do RE 210638, na Primeira Turma, em 14/04/1998.⁶⁴ Após reiterados votos, o pleno esposou o mesmo entendimento no julgamento, no dia 14 de junho de 2000, do RE 219.934, sendo voto vencido o ministro Marco Aurélio Mello, para quem só há prequestionamento “[...] quando na decisão impugnada têm-se o debate e a adoção de entendimento sobre os fatos jurígenos empolgados pela parte recorrente”.⁶⁵

PODERIA SER APRECIADA NO EXTRAORDINÁRIO, POIS, EXIGE-SE PREQUESTIONAMENTO. (RE 48815, Relator(a): Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, Primeira Turma, julgado em 26/10/1961, ADJ DATA 07-08-1961 PP-00183 ADJ DATA 17-09-1962 PP-00421 DJ 30-11-1961 PP-02717 EMENT VOL-00486-02 PP-00402); **AÇÃO DE DESPEJO. RECONVENÇÃO NÃO JULGADA. EM REC. EXTR. NÃO SE PODE DECLARAR NULA A SENTENÇA, POIS, PRA CORRIGIR A OMISSÃO, NÃO FORAM OPOSTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. A QUESTÃO NÃO FOI DECIDIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REC. EXTR. NÃO CONHECIDO.** (RE 50004, Relator(a): Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/06/1962, ADJ DATA 16-08-1963 PP-00718 DJ 12-03-1964 PP-00418 EMENT VOL-00545-02 PP-00834 RTJ VOL-00029-01 PP-00300).

⁶⁴ Eis a ementa desse voto, com grifo nosso: EMENTA: I. RE: **PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA 356. O QUE, A TEOR DA SÚMULA 356, SE REPUTA CARENTE DE PREQUESTIONAMENTO É O PONTO QUE, INDEVIDAMENTE OMITIDO PELO ACÓRDÃO, NÃO FOI OBJETO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO; MAS, OPOSTOS ESSES, SE, NÃO OBSTANTE, SE RECUSA O TRIBUNAL A SUPRIR A OMISSÃO, POR ENTENDÊ-LA INEXISTENTE, NADA MAIS SE PODE EXIGIR DA PARTE, PERMITINDO-SE-LHE, DE LOGO, INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRE A MATÉRIA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E NÃO SOBRE A RECUSA, NO JULGAMENTO DELES, DE MANIFESTAÇÃO SOBRE ELA.** II. ICMS: MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MEDIANTE GUIA ESPECIAL, NA ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. FIRMOU-SE A JURISPRUDÊNCIA DO STF NO SENTIDO DA VALIDADE DA COBRANÇA DO ICMS NA ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR, NO MOMENTO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO (RE 192.711, DJ 18/04/97) E DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MEDIANTE GUIA ESPECIAL (RE 195.663, PLENO, 13/08/97). (RE 210638, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/04/1998, DJ 19-06-1998 PP-00011 EMENT VOL-01915-03 PP-00520).

⁶⁵ Cf.: AI 136383 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 13/08/1991, DJ 13-08-1991 PP-12037 EMENT VOL-01632-01 PP-00221 RTJ VOL-00137-02 PP-00924). Mais recentemente: AI 735139 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma,

Segundo o entendimento atualmente dominante no STF, o prequestionamento dá-se pela simples oposição dos embargos de declaração, ainda que o tribunal a quo deles não tenha conhecido ou os tenha improvido,⁶⁶ o que deixa desobstruída a via do recurso extraordinário para exame do conteúdo do acórdão que, segundo o recorrente, seja violador de dispositivo constitucional.⁶⁷

É de se notar que, nessa seara, a jurisprudência do STF tem sido bem mais flexível do que a do STJ, fazendo que seja cada vez mais consubstanciado aquilo que se denominou “prequestionamento ficto”.⁶⁸ Dessa forma, para o STF, ainda

julgado em 21/06/2011, DJe-155 DIVULG 12-08-2011 PUBLIC 15-08-2011 EMENT VOL-02565-02 PP-00336.

⁶⁶ Colacionam-se, aqui, dois arestos, o primeiro de lavra da primeira turma e o segundo da segunda turma, corroborando o que se afirma: EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO. OFENSA REFLEXA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO DE ACÓRDÃO DO STJ. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Art. 105, III, da Constituição não prequestionado. Inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido, a teor da Súmula 282 do STF. **Se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso (Súmula 356 do STF).** II – A alegada violação ao art. 5º, XXXV e LV, da Constituição, em regra, configura situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. III – Só cabe recurso extraordinário contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça quando a controvérsia constitucional ali se origina. IV – Agravo regimental improvido. (AI 788309 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-218 DIVULG 12-11-2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL-02431-03 PP-00531) (grifo nosso).
 PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SÚMULAS STF 282 E 356. 1. **Não tendo sido apreciadas, pela instância a quo, as questões constitucionais em que se apóia o extraordinário, é imprescindível a oposição de embargos de declaração para suprir o prequestionamento. Súmulas STF 282 e 356.** 2. O Supremo Tribunal não admite o "prequestionamento implícito" da questão constitucional. AI 413.963-AgR/SC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º.04.2005. 3. Não há negativa de prestação jurisdicional quando a parte recorrente opta por não atacar o fundamento infraconstitucional, arrastando para si a preclusão temporal para viabilizar, em tese, a sua pretensão. 4. Agravo regimental improvido. (RE 353514 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe-185 DIVULG 30-09-2010 PUBLIC 01-10-2010 EMENT VOL-02417-03 PP-00645) (grifamos).

⁶⁷ Cf. MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos da declaração. Op. cit., p.334. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Súmulas 288, 282, e 356 do STF: uma visão crítica. Op. cit., p. 135-148.

⁶⁸ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. Processo civil moderno: v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 223. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.417 e 11.418/2006 e a Emenda Regimental STF 21/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 322-323. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Súmulas 288, 282, e 356 do STF: uma visão crítica. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 135.

que os embargos não sejam conhecidos ou providos quando opostos, o requisito do prequestionamento se considera preenchido, uma vez que a parte fez o que estava a seu alcance para provocar o juízo a se manifestar, não podendo ser ela prejudicada caso ele se quede inerte.

Por óbvio que a diferença de tratamento dado ao tema suscita inúmeros debates e críticas, mormente no entendimento daqueles que julgam que o STF deveria pacificar a matéria para uniformizar o entendimento, uma vez que o requisito de admissibilidade do recurso especial se trata de matéria constitucional posta na alínea *a* do inciso II do artigo 105.

Segundo Araken de Assis, alegando ser inviável examinar os pressupostos de cabimento do recurso especial, já que a ofensa à Constituição seria indireta ou oblíqua, o STF, porém, abdicou de tal tarefa.⁶⁹ O grande problema apontado pelo insigne professor, levando-se em consideração que possam aflorar simultaneamente, no mesmo julgado, questões federal e constitucional, verifica-se do ponto de vista das partes: a diferença de entendimento do STF e do STJ, no que tange aos embargos de declaração prequestionadores, mostra-se assaz desorientadora, uma vez que, a um só tempo, torna admissível o recurso extraordinário, porque foram interpostos embargos de declaração, ainda que rejeitados, e inadmissível o recurso especial, porque os embargos foram rejeitados.⁷⁰

2.4 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Por óbvio que o entendimento discrepante das duas mais altas cortes do país em torno do assunto traz questionamentos e impele a que tentemos amoldar nosso entendimento a um dos dois posicionamentos. O do STJ, que pugna pela decisão precedente do órgão a quo para que seja manejado o Recurso Especial. O do

⁶⁹ Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 609.

⁷⁰ Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. Op. cit., p. 609.

STF, que, após várias manifestações jurisprudenciais em torno do assunto, fixou, principalmente com o ministro Sepúlveda Pertence, o entendimento de que ainda que houvesse omissão do órgão a quo acerca da questão suscitada, a matéria deveria ser considerada prequestionada, uma vez que a parte já teria cumprido com o seu papel processual e agido, não podendo suportar o ônus da não prestação jurisdicional por parte do órgão jurisdicional omissor. Assim, o manejo do Recurso Extraordinário seria admitido com a simples oposição de embargos, uma vez que haveria aí o que se convencionou chamar prequestionamento ficto.

É certo que o processo civil brasileiro enfrenta, na contemporaneidade, sérios e instigantes desafios. Ao mesmo tempo em que esses desafios se tornam cada vez mais evidentes, o seu enfrentamento com olhos diferentes daqueles do passado se torna um imperativo. A tribunalização pela qual passa o processo civil brasileiro busca, evidentemente, privilegiar a celeridade, um dos grandes desafios do nosso processo civil contemporâneo, mormente em face do abarrotamento dos tribunais brasileiros em função não só do alto grau de litigiosidade da sociedade brasileira, mas também da grande possibilidade de recursos de que dispõem os litigantes em juízo.

Esses desafios (celeridade, efetividade e justiça) também se mostram fundamentais para o aperfeiçoamento do processo civil, na medida em que vão exigindo do processo como um todo uma resposta rápida e precisa, para que tanto se tutele o direito, de forma que não se veja a sua fruição ameaçada, prejudicada ou mesmo completamente frustrada, quanto se deixe toda a sociedade segura de que um dos imperativos do Estado Democrático de Direito, o devido processo legal, na sua mais pura acepção, desenvolve-se de forma inquestionável quanto aos princípios essenciais da justiça na concessão da tutela pelo Estado-juiz.

No contexto brasileiro de um processo que muitas vezes se arrasta interminavelmente, até que pereça o bem da vida que deveria ser tutelado, mormente quando quem demanda não tem suficientes condições financeiras para suportar a apreciação de uma causa tão alongada no tempo, a implementação das tutelas de urgência, principalmente da tutela antecipatória,

por exemplo, já representou um grande passo para que realmente se exerça a função jurisdicional de uma forma que o processo se torne verdadeiramente efetivo e represente marca preponderante de uma sociedade cujo acesso à justiça seja uma realidade vívida, e não uma utopia.

Além disso, nas últimas décadas, várias outras reformas foram implementadas para que o CPC de 1973 (Lei nº 5869, de 11-01-1973) se revigorasse e pudesse enfrentar seu mister de proporcionar uma atuação jurisdicional cada vez mais consentânea com as exigências da sociedade brasileira moderna,⁷¹ principalmente depois do avanço democrático pós-ditadura, que se refletiu na própria democratização do acesso à justiça e ao Judiciário, consolidada por meio de princípios e direitos que passaram a integrar explicitamente a Constituição Federal de 1988, tanto no texto original, quanto nas emendas à Constituição.⁷²

A posição do STF, no que tange à aplicação da Súmula 356, privilegia a celeridade e a efetividade, mas, nesse processo de entendimento, corre-se um sério risco, o de suprimir instância e prejudicar a ampla defesa, o que também provoca afronta ao devido processo legal e, portanto, ao ideal de justiça que todo

⁷¹ Aproveitamos o momento para apenas citar algumas das leis que representaram importantes mudanças no CPC/1973, visto que não pretendemos aprofundar-nos no assunto da reforma, mas somente mostrar que ela manteve-se em curso constante e progressivo, alterando sensivelmente o CPC, considerado por muitos, hoje, como uma verdadeira colcha de retalhos. Assim, enumeramos aqui as seguintes leis: Lei nº 8.455/92, que deu nova diretriz acerca da prova pericial; Lei nº 8.950, de 13-12-1994, cujo desiderato era dar maior impulso ao sistema recursal; Lei nº 8.952, de 13-12-1994, que trouxe a criação das tutelas antecipada e específica, com a adoção das medidas coercitivas de cumprimento dos atos judiciais; Lei nº 9.079, de 14-07-1995, introdutora da ação monitória no nosso sistema processual; Lei nº 10352, de 26-01-2001, modificadora dos recursos, mormente o reexame necessário; Lei nº 10.444, de 07-04-2002, que modificou o processo de execução; Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu o princípio da duração razoável do processo com os meios garantidores da celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII); Lei 11.187, de 19-10-2005, que dispõe sobre o cabimento, em regra, do agravo retido contra as decisões interlocutórias; Lei nº 11.277 de 2006, que permite seja reproduzido o teor das sentenças de improcedências se for tão-somente de direito a matéria controvertida; Lei nº 11.341, de 08-08-2006, estabelecendo critérios acerca da demonstração de divergência jurisprudencial para fins de admissibilidade de recursos de natureza extraordinária. Vide: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: necessidade de Heterointegração do sistema processual não-penal brasileiro*. In: Rev. TST, Brasília, vol. 73, nº 1, jan/mar 2007, pp. 99-100. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_73/rev_73n1/leitencarloshenrique.pdf>. Acesso em 10 janeiro 2011.

⁷² Esse é, *exempli gratia*, o caso do artigo 5º, XXXV, da CF/88 e do artigo 5º, LXXVIII, da CF/88, incluído no texto constitucional por meio da Emenda nº 45 de 2004.

direito deve perseguir, pois a parte contrária ver-se-ia surpreendida por uma decisão de segunda instância acerca de algo não decidido na primeira instância.

Não é demais, entretanto, lembrar que a parte contrária ainda poderá exercer, caso o recurso seja não apenas conhecido, mas provido, o contraditório e a ampla defesa em sede de recurso extraordinário, isso, é claro, se o recurso for provido. Além disso, a necessidade de tornar mais célere o processo autoriza no próprio CPC⁷³ que o tribunal possa julgar a lide, se a causa versar exclusivamente sobre matéria de direito e estiver em condições de julgamento.

A posição do STJ, essencializada na letra da Súmula 211, e reafirmada em 2009 no âmbito da Corte Especial, é concernente com a ideia de não supressão de instância, cabendo ao tribunal de origem o ônus de julgar o caso. Assim, essa Corte pugna pela decisão da matéria a fim de que seja manejado o Recurso Especial. Tal entendimento foi corroborado e reafirmado em 2009 no âmbito da Corte Especial a partir da posição do ministro Ari Pargendler. Segundo o ministro, a exigência de prequestionamento é requisito constitucional do julgamento de questões de direito, como aquelas que são analisadas, de maneira exclusiva, por meio de Recurso Especial. Ou seja, restando omissão relativa à lei federal na decisão atacada, cabe à parte prejudicada pugnar, ao impetrar Recurso Especial, pela violação ao art. 535 do Código de Processo Civil (CPC), buscando, com isso, anular o julgamento a fim de que seja enfrentada e decidida a questão pelo tribunal inferior.

O que se verifica atualmente, nessa seara, é que o legislador, no novo CPC, tenta dar solução ao conflito jurisprudencial em torno do prequestionamento ficto, firmando posição acerca do assunto, o que passaremos a analisar no próximo capítulo.

⁷³ Trata-se do § 3º, do artigo 515 do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.352/2001. *Ei-lo, ipsis litteris*: “§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

3 O PROJETO DO NOVO CPC E O PREQUESTIONAMENTO FICTO

As considerações acerca do prequestionamento ficto nos levam a concluir que esse instituto do direito processual brasileiro, forjado na mais alta corte do país, o STF, perdeu força ao longo do tempo. Isso aconteceu não só pela existência do entendimento sempre contrário do STJ, consolidado na Súmula 211, a tolher-lhe o alcance e a eficácia,⁷⁴ o que sugere desacato à interpretação do Supremo,⁷⁵ mas também pela força do entendimento contrário que já há um certo tempo vem-se manifestando com mais frequência na própria Corte Suprema.

Essencialmente pugnaram na Suprema Corte dois entendimentos acerca do prequestionamento ficto no STF: um favorável, capitaneado pelo ministro Sepúlveda Pertence, que inclusive considerava a Súmula 211 do STJ

⁷⁴ Ressalte-se ainda que, conforme matéria publicada em 14.10.2009 pelo STJ Notícias, a Corte Especial do STJ reafirmou sua posição em relação à matéria em 2009. A posição foi reafirmada em votação sobre uma proposta de cancelamento da Súmula 211 [Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “*a quo*”.] originada, por unanimidade, na Quinta Turma, que decidiu levá-la à Terceira Seção, que, por sua vez, seguindo o voto do relator, o ministro Arnaldo Esteves Lima, encaminhou a questão à Corte especial. Sua proposta de cancelamento da Súmula 211 apoiava-se no entendimento de que a exigência de prequestionamento seria preservada pela Súmula 356 do STF [O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.] O entendimento que prevaleceu, porém, foi o do ministro Ari Pargendler. Para o ministro, então vice-presidente do STJ, se somente a Súmula do Supremo Tribunal Federal fosse adotada, seria aberto espaço para que o Superior Tribunal de Justiça analisasse tanto questões fáticas quanto provas em recurso especial, caso o tribunal *a quo* se mantivesse omissis quanto a essas questões. Argumentando que o prequestionamento é exigência constitucional do julgamento de questões de direito, como as que são analisadas exclusivamente em sede de recurso especial, o ministro ponderou que, na hipótese de restar omissis no que tange à lei federal na decisão atacada, cabe à parte invocar no recurso especial a violação do artigo 535 do Código de Processo Civil para que se anule a decisão e a questão seja enfrentada pelo tribunal inferior de origem. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94205&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=s%FAmula%20211>. Acesso em: 14 dezembro 2011.

⁷⁵ É o que afirmou, por exemplo, em voto vencido, o ministro Álvaro Peçanha Martins, do STJ, confirmando o caráter impositivo, e não meramente orientativo, de uma decisão cuja origem é o plenário do STF. O STJ, sob essa ótica, não é o “Supremo Tribunal de Justiça”, com o condão para afrontar as decisões do STF. Eis o voto vencido do ministro: “Presidente, parece-me que a posição do Supremo Tribunal Federal estaria mais consentânea com a celeridade do processo, porque evitaria a volta ao tribunal *a quo* com o óbice de não podermos obrigá-lo a rejulgar. Além do mais, estamos todos hoje defendendo, aliás, contra o meu voto inicial, a súmula vinculante. Ora, se a mais alta Corte do País segue uma orientação, parece-me que não deveríamos discrepar, sobretudo se não temos o respaldo da lógica e da celeridade.

Em razão disso, peço vênias para, daqui por diante, ficar vencido e aplicar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” STJ, 2ª Turma, REsp 553.793 - PE, relatora Ministra Eliana Calmon, j. 20.11.2003, DJU de 22.03.2004.

inconstitucional; outro contrário, polarizado pelo ministro Marco Aurélio de Mello, defensor sempiterno da manifestação expressa do tribunal *a quo* para que o tribunal *ad quem* possa conhecer do recurso extraordinário.

O chamado prequestionamento ficto surgiu do entendimento do então ministro do STF Sepúlveda Pertence. O ministro argumentou, em voto de relatoria no julgamento do RE 210638, que o entendimento majoritário da Corte suprema de que, em não se manifestando o juízo *a quo*, não caberia o manejo do recurso extraordinário pela parte, era danoso a ela, pois a alijava da persecução de seu direito. Sua lógica era a de que, opostos os embargos, a parte já teria cumprido o seu ônus e nada mais poderia fazer diante da omissão do órgão julgador em decidir sobre o ponto suscitado em Embargos de Declaração. Não poderia, portanto, ver-se a parte privada de perseguir seus direitos por conta da omissão do juízo em exercer o seu papel constitucional. Assim, o seu entendimento foi o de se permitir logo à parte interpor recurso extraordinário.⁷⁶

O ministro Marco Aurélio, entretanto, sempre esposou o entendimento de que, não havendo manifestação explícita do tribunal de origem, o requisito do prequestionamento está ausente e não pode ser suprido pelo STF e o defendeu, sendo voto vencido,⁷⁷ no julgamento pelo Pleno do STF do RE 219934, que, na

⁷⁶ Eis a ementa desse voto, com grifo nosso: EMENTA : I. RE: PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA 356. O QUE, A TEOR DA SÚMULA 356, SE REPUTA CARENTE DE PREQUESTIONAMENTO É O PONTO QUE, INDEVIDAMENTE OMITIDO PELO ACÓRDÃO, NÃO FOI OBJETO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO; MAS, OPOSTOS ESSES, SE, NÃO OBSTANTE, SE RECUSA O TRIBUNAL A SUPRIR A OMISSÃO, POR ENTENDÊ-LA INEXISTENTE, NADA MAIS SE PODE EXIGIR DA PARTE, PERMITINDO-SE-LHE, DE LOGO, INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRE A MATÉRIA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E NÃO SOBRE A RECUSA, NO JULGAMENTO DELES, DE MANIFESTAÇÃO SOBRE ELA. RE 210638, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/04/1998, DJ 19-06-1998 PP-00011 EMENT VOL-01915-03 PP-00520). (grifamos)

⁷⁷ Explicitamos aqui, por representar importante óbice superado pelo artigo 979 do projeto do novo CPC, o cerne do voto contrário do Ministro Marco Aurélio de Mello: Sabemos que dois vícios podem macular uma decisão *lato sensu*: o de procedimento e o de julgamento. Com o primeiro, quando olvidado um dispositivo instrumental, claudica-se na arte de proceder; no segundo, erra-se na aplicação de um preceito material, envolvendo a interpretação de uma norma substancial. **O que incumbia ao Estado de São Paulo veicular nas razões do 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 argüido 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 prequestionamento? Qual a sua razão de**

época, firmou entendimento da Corte sobre o tema, alegando o ministro que a competência para julgar o ponto omissis alegado pela parte seria daquele e não deste tribunal, cabendo a este manifestar-se apenas se houver decisão do tribunal de origem, no que posteriormente encontrou ressonância, já que alguns ministros que hoje estão na Corte manifestaram entendimento conforme ao dele.⁷⁸ Certo também é que a tese do ex-ministro Sepúlveda Pertence ainda se

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 inciso 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, do acórdão proferido. Não se pronunciou o Colegiado relativamente à defesa apresentada.

Este recurso extraordinário – e, diria o Ministro Francisco Rezek, "não podemos baratear o recurso extraordinário" – visa a uma única coisa: transferir a esta Corte o julgamento dos declaratórios que, repito, não foram apreciados como deveriam ter sido, consignado a Corte de origem a inexistência do concurso público e a irrelevância da segunda matéria de defesa, que é a ligada à época da aposentadoria.

Senhor Presidente, não conheço do extraordinário, que padece da ausência do indispensável prequestionamento." (grifamos) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248761>>

Último acesso: 06 março 2012

⁷⁸ Colaciona-se aqui recente decisão do ministro Luiz Fux: Ementa: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. QUINTOS. INCORPORAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DA LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NS. 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA AO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. OFENSA REFLEXA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284 DO STF. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). 2. Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida "a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. **4. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelo dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada. [...]**

9. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 490199 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 13-02-2012 PUBLIC 14-02-2012), (grifamos)

faz presente, contanto, é claro, que constatada pelo STF a omissão alegada pela parte, conforme se depreende de voto recente do ministro Dias Toffoli.⁷⁹

A aposentadoria do ministro Sepúlveda Pertence, uma âncora do prequestionamento ficto, também contribuiu para que fosse fortalecido o ponto de vista dos ministros que não o aceitam como adequada solução jurídica para análise do recurso extraordinário intentado pela parte. O fato de o Tribunal Pleno do STF tê-lo considerado como solução jurídico-processual adequada a evitar ferimento ao devido processo legal e prejuízo à parte por ato omissivo do órgão julgador, no entanto, deixou marcas indelévels e ainda ressoa forte.

É certo que a parte poderia utilizar-se do Recurso Extraordinário por ferimento ao artigo 5º, XXXV, ou mesmo LV, da Constituição Federal, devendo, nesse caso, o Tribunal determinar o retorno do acórdão ao órgão de origem para que este exerça o seu indeclinável papel de julgar, garantindo a inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal com garantia da ampla defesa e do contraditório. Não é outro o argumento daqueles que não aceitam a existência do prequestionamento ficto. Ou seja: o recurso extraordinário ou especial não pode ser manejado se o órgão julgador não se manifestar acerca da matéria, porquanto a matéria, em não tendo sido analisada pelo órgão *a quo*, não teria sido prequestionada, conforme entendimento supracitado do ministro Marco Aurélio de Mello, do STF.

O grande problema que se verifica nessa seara, no entanto, é o fato de que não há como os tribunais superiores obrigarem os órgãos colegiados, teoricamente inferiores na hierarquia do Poder Judiciário, a analisarem a matéria que se negam a analisar, malgrado entendam os tribunais superiores ter havido omissão

⁷⁹ EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência de omissão no acórdão dos embargos de declaração. Precedentes. **1. Os embargos declaratórios só suprem a falta de prequestionamento quando a decisão embargada tenha sido efetivamente omissa a respeito da questão antes suscitada.** 2. Os fundamentos da agravante, insuficientes para modificar a decisão ora agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo ao processo, em detrimento da eficiente prestação jurisdicional. 3. Agravo regimental não provido. (AI 647106 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012). (grifamos)

quanto à matéria suscitada pela parte e determinem que os autos retornem ao tribunal de origem para que este supra essa omissão. Assim, o que restaria à parte seria a oposição reiterada de embargos declaratórios que também seriam sempre rejeitados.

Tal atitude por parte do juízo fere o devido processo legal ou constitucional e nega o direito constitucional ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88), negando também, de forma irremediável o componente ético que deve informar o processo. Além disso, prejudica a celeridade do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Por óbvio que isso não coaduna com o nível de comprometimento social e de constitucionalização em que se encontra o processo civil brasileiro atual.

Essa recusa em considerar prequestionada a matéria constitucional suscitada pela parte em embargos, verificada a omissão do tribunal de origem, esse recrudescimento da posição histórica do STF acerca da matéria, fechando-se o acesso da parte à justiça, representa um recuo inaceitável no campo do processo civil brasileiro e soa como defesa do tribunal, a exemplo do que também ocorre com o voto vencido do relator, que não é levado em consideração para fins de prequestionamento.⁸⁰

Não se deve esquecer que os recursos especial e extraordinário protegem o próprio sistema, não sendo um direito da parte em si, mas do próprio sistema processual, que corrige, por meio desses recursos, desvios que venham a macular sua atuação. A parte tem seus direitos ameaçados ou lesionados protegidos por via reflexa da decisão de mérito acerca da matéria federal ou constitucional motivadora da interposição do REsp ou do RE.⁸¹

⁸⁰ Esse entendimento é corroborado por recentes acórdãos do STF, que referenciam o voto de relatoria da ministra Cármen Lúcia no AI 714.208-AgR como motivação para o *decisum*. No caso do STJ, a matéria está devidamente disciplinada pelo tribunal na Súmula 320 [A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.]. De grande importância é o fato de que o projeto do novo CPC inova no entendimento dessa matéria, fazendo constar expressamente, em seu artigo 861, § 3º, que “O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.”

⁸¹ Conferir JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 323.

Assim, o entendimento oblíquo acerca do prequestionamento ficto e do voto vencido explicita, sobretudo, a prevalência de uma ortodoxia dogmática, imanente, cujo prolongamento representa uma recusa do próprio sistema em eliminar problemas que prejudiquem o seu funcionamento e a justiça de suas decisões. Esse entendimento revela, ainda, tendência de auto-defesa do sistema, principalmente em razão da grande quantidade de recursos que hoje afluem às cortes superiores, ensejando mesmo a criação de mecanismos para tutelar coletivamente essa grande gama de processos que chegam ao STF e ao STJ.

Esse posicionamento pouco cooperativo das Cortes superiores, entretanto, não passou despercebido e a resposta a ele se dá por intermédio do legislador, que, ao estatuir um dispositivo legal no projeto do novo Código de Processo Civil, vem corroborar, no seu artigo 979, a aptidão dos embargos de declaração para prequestionar o ponto omissis da decisão recorrida, ainda que o tribunal *a quo* permaneça inerte, caso o tribunal *ad quem* comprove a omissão.

A exemplo do que ocorre com o artigo 896, § 3º, do projeto do novo CPC, que determina o voto vencido necessariamente parte integrante do acórdão para todos os fins legais, prequestionamento inclusive, o dispositivo legal que estatui o prequestionamento ficto insere-se em um grande movimento de reformas realizadas, principalmente após a vigência da Constituição de 1988, para que o processo seja mais célere, efetivo e justo.

De um certo tempo para cá, principalmente em face da grande transformação por que passou o CPC de 1973, passou-se a discutir sobre a necessidade da elaboração de um novo CPC, mais moderno, mais consentâneo com as exigências da contemporaneidade e também com a grande massificação que multiplica exponencialmente o número de processos cujo destino é os tribunais superiores.

O movimento de debates e de reformas no plano processual civil encontra, mais uma vez, acolhida do legislador, que atua, no Congresso Nacional, para elaborar um novo CPC. A oportunidade surgiu com a iniciativa do presidente do Senado Federal de entregar à sociedade um novo Código de Processo Civil. Para tal

desiderato, encarregou uma Comissão de Juristas, nomeada em setembro de 2009, de elaborar o projeto do novo Código de Processo Civil. Desde então, essa Comissão, capitaneada pelo então presidente do STJ e atual ministro do STF Luiz Fux, procurou trabalhar no sentido de entregar à sociedade, convocada a manifestar-se em audiências públicas, um Código que, garantindo o devido processo legal, “[...] privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação [...]”.⁸²

Neste ponto do trabalho, malgrado a inegável e relevante importância das diversas mudanças que o projeto de lei de iniciativa do Senado, que agora se encontra na Câmara dos Deputados, traz a lume, o que importa é verificar como o legislador trata o prequestionamento ficto no projeto do novo Código de Processo Civil e como ele se insere no espírito que norteia a sua elaboração e consolidação. Para tal intento, o que faremos agora é analisar a Exposição de Motivos do projeto, buscando reconhecer seu norte e a forma como o prequestionamento ficto se encaixa em suas premissas.

3.1 AS PREMISSAS NORTEADORAS DO PROJETO DO NOVO CPC: UMA ANÁLISE DA SUA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS.

O projeto do novo CPC originou-se de uma iniciativa do presidente do Senado, José Sarney, atendendo aos apelos que afluíam àquela Casa, oriundos mormente do meio jurídico. Por meio dos atos 379 e 411, ambos de 2009, a Presidência do Senado instituiu uma comissão de juristas⁸³ para, no prazo de

⁸² Conferir a exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil.* – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Último acesso: 02 março 2012.

⁸³ Eis a composição da Comissão de Juristas: Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro,

cento e oitenta dias, tomando-se como marco inicial 1º de novembro de 2009, elaborar o anteprojeto do Código de Processo Civil.

Partindo de proposições temáticas que serviriam de eixo para as discussões, não só necessárias e democraticamente exigíveis, mas vitais para a elaboração de um novo Código amplamente debatido e que propõe harmonizar processo, valores e princípios constitucionais com a agilidade que os novos tempos exigem para a solução dos conflitos, a Comissão realizou oito audiências públicas⁸⁴ antes de apresentar, em 8 de junho de 2010, ao presidente do Senado Federal, o anteprojeto do novo CPC, com a exposição de motivos que aqui se procurará analisar.

Importa lembrar aqui que o anteprojeto apresentado pela comissão de juristas capitaneada pelo então presidente do STJ, ministro Luiz Fux, já tramitou no Senado como PLS 166/2010, tendo sido aprovado em plenário, após emendas e alterações no texto original elaborado pela Comissão em plenário no final de 2010, em 15 de dezembro, e agora se encontra na Câmara dos Deputados, como PL 8046/2010, em trâmite especial.

O projeto do novo CPC compõe-se de cinco livros, sendo o topos do artigo 979, que estatui e consolida o prequestionamento ficto no processo civil brasileiro, o Livro III – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões – Título II, Capítulo V. O que realmente nos interessa neste ponto do trabalho, porém, não é analisar a estrutura do novo CPC⁸⁵ e suas implicações para um novo e eficiente processo, embora ela também seja importante para determinar sua harmonia e organicidade, fatores determinantes da coerência *interna corporis* do sistema, o que é fundamental para o seu bom funcionamento.

⁸⁴ As audiências foram realizadas em Belo Horizonte (26.02.2010), Brasília (18.03.2010), Fortaleza ((05.03.2010), Manaus (09.04.2010), Porto Alegre (15.04.2010), Rio de Janeiro (11.03.2010) e São Paulo (26.03.2010).

⁸⁵ *Grosso modo*, e apenas a título de informação o projeto do novo CPC o divide em cinco livros: i) Livro I - Parte Geral; ii) Livro II – Do Processo de Conhecimento; iii) Livro III – Do processo de Execução; iv) Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões; v) Das Disposições Finais e Transitórias.

Importa-nos entender, por meio da sua exposição de motivos, não apenas onde está inserido o prequestionamento ficto, mas, mormente, como e por que ele se insere de forma harmônica no espírito de forte viés constitucional que norteia a elaboração desse novo CPC. Essa é apenas mais uma forma de compreender esse instituto e contribuir para que sejam elucidados seus pilares.

É claro que um novo CPC desperta, instiga o debate, o que é bastante benéfico não só para a comunidade que orbita em torno do direito e do Judiciário, mas para toda a sociedade. Várias são as manifestações acerca do novo CPC. São levados em consideração os mais variados fatores que estão relacionados ao projeto do novo CPC, a começar justamente pela sua estrutura organizacional.

Não só a estrutura, mas vários dispositivos do projeto, bem como a própria necessidade de existência de um novo CPC e os valores e princípios que representa, vêm sendo analisados por processualistas,⁸⁶ com o intuito, principalmente, de aperfeiçoar o projeto do novo CPC, interessados que estão em um processo mais condizente com a contemporaneidade, sem descuidar de valores e princípios vitais para o momento processual extremamente fecundo que estamos vivenciando.

Fiquemos, neste trabalho, com a exposição de motivos e procuremos compreender-lhe a essência que alimenta o projeto de um novo Código que seja sintonizado com os preceitos constitucionais vetores de uma nova dimensão que se pretende para o Estado Democrático de Direito, ora em construção no Brasil sob o influxo dos valores e princípios consagrados no texto constitucional. Importa, porém, verificar algumas questões relacionadas a essa empreitada, inclusive o enriquecimento do novo CPC com elementos do direito estrangeiro que se mostram adequados ao nosso processo civil.⁸⁷

⁸⁶ Os processualistas Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, procuram contribuir com uma análise crítica e com propostas para a discussão acerca do projeto do novo CPC e do seu aperfeiçoamento. Conferir: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁸⁷ De acordo com o que afirma a Comissão na exposição de motivos do projeto do novo CPC, "Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta

O primeiro ponto a se questionar é exatamente a necessidade de um novo CPC. A exposição de motivos, no que concerne à resposta, aponta para o mister de adequar o processo, mais especificamente o seu funcionamento e a sua interrelação, aos preceitos constitucionais que emanam do Estado Democrático de Direito, o que para os elaboradores do projeto do novo Código se traduz na expressão efetividade.

Seria a persecução da efetividade uma justificativa plausível para a criação de um novo CPC? No entendimento da comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto, sim; a justificativa reside na convicção de que a criação de um novo diploma processual impõe-se em vista da perda de sistematicidade por parte do CPC de 1973 (Lei 5.869/1973), em virtude das diversas alterações nele introduzidas ao longo do tempo, principalmente da década de 90 para cá.

Segundo a exposição de motivos, essa mudança, considerada é necessária e imperativa, não será feita de forma radical. Deverá ocorrer sem ruptura, implicando tanto na conservação quanto na evolução do processo civil brasileiro, uma vez que procurará preservar dispositivos que se mostraram eficientes na solução de problemas advindos tanto das exigências surgidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 quanto da própria dinâmica do processo contemporâneo.

Aliás, segundo a Comissão, um grande objetivo a nortear o anteprojeto do novo CPC foi o de resolver problemas. Não apenas aqueles apontados pela comunidade jurídica, mas também aqueles que se originavam de queixas tanto dos jurisdicionados quanto dos operadores do direito. Esse objetivo, segundo ela,

Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações”. Esse processo de assimilação e adaptação de elementos do direito estrangeiro no direito pátrio não é novo. No caso do prequestionamento como requisito dos recursos especial e extraordinário, é notório e expressamente exposto o liame com o direito norte-americano, especialmente com o “*Judiciary Act*” editado em 24 de setembro de 1789, que inspirou o nosso direito no entendimento e no processamento desses recursos dirigidos primeiro ao STF e depois também ao STJ. O professor Hermes Zanetti Júnior, em obra de grande valor, também aponta para a enorme influência da tradição da *common law* no conteúdo híbrido do processo constitucional brasileiro. Conferir ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

deve ser alcançado com a preservação de uma coerência *interna corporis*, visando a não prejudicar a funcionalidade do novo Código, aliada a uma coerência substancial, e em termos absolutos, com a Constituição Federal de 1988.

No horizonte em que se vislumbra o novo CPC, assoma ele soberano como o novo diploma das relações processuais civis brasileiras, forjado no debate democrático dos membros da comissão de juristas com os que atuam na área jurídica e com a sociedade civil em audiências públicas. O problema de fundo, talvez, seja saber se o documento que se originará desse projeto é de fato um novo CPC ou uma mera reforma ou adequação do antigo diploma aos desafios criados pela Constituição de 1988.

Uma coisa é certa: o fato de conservar institutos e dispositivos do CPC de 1973 já sedimentados na cultura jurídica processual e considerados em adequada sintonia com os objetivos do legislador e com a Constituição Federal, por si só, já compromete o grau de renovação do novo CPC, mas decerto não lhe retira a possibilidade de fazê-la e de trazer ao processo uma dinâmica mais adequada à exigências da contemporaneidade.

No que diz respeito a esta dissertação, o prequestionamento ficto, consolidado no artigo 979⁸⁸ do projeto do novo CPC, insere-se, a nosso juízo, de forma bastante eloquente nesse projeto. Resolve-se o problema que tinha o jurisdicionado, principalmente no âmbito do STJ, de ver o seu recurso denegado por omissão do tribunal *a quo* em manifestar-se sobre o ponto omissivo da decisão suscitado pela parte em embargos de declaração e por inflexão do tribunal *ad quem* em considerar prequestionado o ponto por ela agitado, conquanto verificada a omissão do tribunal de origem.

⁸⁸ *In verbis*: “Artigo 979. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, **ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos**, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade.” (grifamos)

Ao estatuir o prequestionamento ficto no artigo 979, portanto, o projeto do novo Código supera a querela, que já se prolongou em demasia, em torno da matéria e resolve um problema para o qual não parecia haver solução no âmbito dos tribunais superiores, principalmente com o entendimento inabalável do STJ, mesmo em face de evidente contrariedade a decisões STF acerca da matéria.⁸⁹

Segundo a exposição de motivos, cinco são os objetivos do projeto do novo CPC: i) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; ii) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; iii) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como o recursal; iv) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e v) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe mais coesão.

O primeiro objetivo, consoante a exposição de motivos do projeto do novo CPC, é a harmonização da lei ordinária com a Constituição Federal de 1988. Para tal desiderato, a Comissão elaboradora do anteprojeto do novo CPC utiliza-se, mormente, de duas estratégias: a) a inclusão expressa, no novo Código, de princípios constitucionais na sua versão processual; e b) a concepção de regras para concretizar princípios constitucionais, de que é exemplo a que determina ao juiz obediência ao princípio do contraditório, mesmo estando diante de matéria de ordem pública.

Embora isso, de certa forma, sacrifique a celeridade, contribui para a consolidação de um devido processo legal, na medida em que,

⁸⁹ Veja-se recente decisão do STJ envolvendo a matéria: PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. INGRESSO NO QUADRO DE ACESSO PARA FINS DE PROMOÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA FORMA PELA QUAL OCORREU VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. É deficientemente fundamentado o Recurso Especial que não demonstra como ocorreu violação de legislação federal - no caso, o art. 557 do CPC. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF. **2. A alegação da União sobre a afronta ao art. 60 da Lei 6.880/1980, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo acórdão recorrido. Dessa forma, inobservou-se o requisito indispensável do prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de ser inadmissível o prequestionamento ficto, ou seja, não considera prequestionada a matéria pela simples oposição de Embargos Declaratórios. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1407310/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011) (grifamos)**

democraticamente, possibilita ao jurisdicionado participar de forma ativa e, talvez, fundamental para a consecução de seus objetivos. Além disso, exercita a democracia e é consentâneo com o espírito de uma nova concepção de processo, pautada essencialmente em valores e princípios que informam o texto constitucional, mas também na cooperação entre o juiz e as partes envolvidas no processo com o fito de construir a decisão mais justa possível em cada caso levado ao Judiciário.

A razoável duração do processo também representa uma preocupação do projeto do novo CPC. É preciso lembrar que a celeridade do processo, bem como a sua efetividade, é uma das exigências mais evidentes dos tempos atuais e, segundo a exposição de motivos da comissão de juristas, ausência de celeridade é, de certa forma, ausência de justiça.⁹⁰

Para ganhar em celeridade, sem ferir o devido processo legal, o projeto do novo CPC promove a simplificação do sistema recursal e confirma a atual tendência de coletivização das ações no processo civil brasileiro⁹¹ com a criação do incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, cuja premissa é a diminuição do número de demandas e recursos que tramitam no Judiciário.

Tal inovação em sede de recursos é totalmente afeta aos artigos 543-A e 543-B do CPC, que tratam, respectivamente, da repercussão geral da questão constitucional objeto de recurso extraordinário e da multiplicidade de recursos com idênticos fundamentos no STF, e ao artigo 543-C do CPC, que trata da multiplicidade de recursos com idêntica fundamentação no âmbito do STJ. Também se verifica consonância com a previsão da possibilidade de edição de súmula vinculante por parte do STF, prevista no artigo 103-A da CF/88, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

⁹⁰ Ao refletir sobre esse tema, a Comissão evoca célebre lição de Barbosa Moreira acerca dos perigos da busca a qualquer preço por celeridade. Conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça. In: *Revista Jurídica*. Ano 49 – abril 2001 – nº 282. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda, 2001, p.19-26.

⁹¹ Conferir: PINTO, Luis Filipe Porto Sá. *Julgamento das causas repetitivas: uma tendência de coletivização do processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado sob orientação da profª Drª Adriana Pereira Campos. Vitória: UFES, 2011. Disponível em: <<http://www.ccje.ufes.br/direito/>>. Acesso: 12 março 2012.

Dessa maneira, em perfeita harmonia com a tendência de coletivização das ações e com os artigos supracitados, produtos de reformas e de Emenda, o incidente de resolução de demandas repetitivas busca aperfeiçoar o processamento dessa tendência contemporânea do processo civil e encontra destaque no projeto do novo CPC, que disciplina, ao longo de todo o Capítulo VII do Livro IV, do artigo 930 ao 941, o seu cabimento e o seu processamento, bastando haver na causa controvérsia com potencialidade para a gerar múltiplas ações idênticas e para causar grave insegurança jurídica.⁹²

O projeto do novo CPC tem ainda como objetivo, no campo jurisprudencial, a uniformização de posicionamentos diferentes a respeito da mesma norma jurídica, o que submete jurisdicionados em condições idênticas a diferentes regras de conduta, deixando o sistema fragmentado e gerando incerteza na sociedade. É o que ocorre com o prequestionamento ficto no que tange ao tratamento diferenciado dado ao RE, no STF, e ao REsp, no STJ.

Embasado na ideia de que os tribunais superiores devem moldar o ordenamento jurídico quanto à sua objetividade, o projeto do novo CPC expressa, no capítulo I do seu Livro IV, determinação de Tribunais e de juízes singulares pautarem suas decisões pela jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, visando com isso a concretizar de modo pleno os princípios da legalidade e da isonomia.⁹³

Tal intento, por óbvio, depende de estabilização da jurisprudência formada nos tribunais norteadores; isso impõe, na visão expressa no texto da exposição de motivos do projeto do novo CPC, que a jurisprudência firmada em determinado sentido seja, como norma, mantida, justificando-se sua alteração apenas em face

⁹² Transcreve-se aqui, a título de garantir a cognição, o artigo 930: “É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.”

⁹³ É o que determina o artigo 882, IV, do projeto do novo CPC, ora em trâmite na Câmara dos Deputados, sob a designação PL 8046/2010: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

de relevantes razões a recomendar sua alteração, o que está expresso no artigo 882, V, § 1º, do projeto do novo CPC.⁹⁴

Essas determinações, bem como a possibilidade de modular os efeitos da alteração jurisprudencial no interesse social e no da segurança jurídica,⁹⁵ na ótica da exposição de motivos do projeto do novo CPC, não compromete o princípio do livre convencimento, como garantia de julgamentos independentes e justos, uma vez que essas implementações evitam que haja o desvirtuamento da liberdade de decidir inerente ao ato de judicar.

A exigência do contraditório, mesmo diante de matéria pública, é outro aspecto que também funciona como um limitador às possibilidades de abuso no ato de judicar. Os novos tempos exigem um processo cooperativo,⁹⁶ com a participação ética de todos os sujeitos envolvidos no processo, e o contraditório revela-se, nesse quesito, fundamental instrumento democrático de persecução da decisão mais justa possível.

Ao voltar olhos para a atitude denegatória de juízos que se recusam a analisar os elementos evocados pela parte em sede de embargos de declaração ou de tribunais superiores que, mesmo em face da constatação de omissão do juízo de origem, recusam-se a admitir recurso especial ou extraordinário alegando falta de prequestionamento da matéria, há que se observar aí um forte conteúdo reacionário eivado de positivismo jurídico que não se pode mais admitir hodiernamente, principalmente em face da Constituição de 1988.

O segundo objetivo indicado pela exposição de motivos do projeto do novo CPC é inserir o processo como instrumento no contexto social que será por ele

⁹⁴ Eis, *ipsis litteris*, o dispositivo: “A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”.

⁹⁵ Inciso V do artigo 882 do projeto do novo CPC, *in verbis*: “na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

⁹⁶ Conferir ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo valorativo. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* – pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

afetado. Nesse sentido, que se harmoniza como a ideia de processo como instância de necessária atuação democrática por parte dos envolvidos na busca de soluções adequadas para os conflitos, o processo possibilita que as partes venham a pôr fim à lide pela mediação ou pela conciliação.

Dois pontos merecem ser ressaltados no que tange a esse objetivo: i) a possibilidade de participação de *amicus curiae* desde o primeiro grau, visando a melhorar a qualidade da decisão; ii) a permissão para apreciação pelos tribunais superiores do mérito de recursos veiculadores de questões relevantes cuja solução é necessária para o aprimoramento do direito, malgrado não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade de menos importância. Esse ponto, afeto ao princípio da instrumentalidade, privilegia o conteúdo em vez da forma, o que reflete o comportamento da processualística atual.⁹⁷

O terceiro objetivo, sintetizado na palavra simplificação, implica, segundo a exposição de motivos que encabeça o anteprojeto do novo CPC, uma série de mudanças, que o novo CPC traz à baila.⁹⁸ Notadamente, aqui, o que interessa são as mudanças para simplificação do sistema recursal sem, contudo, restringir o direito de defesa.

Dentre essas várias mudanças, encontra-se a extinção dos embargos infringentes, mas, em contrapartida, impõe-se a obrigação de declarar o voto vencido, que passa a integrar o acórdão para todos os fins legais, inclusive para fins de prequestionamento.⁹⁹ É de se ressaltar que esse dispositivo corrige uma situação que se mostrava teratológica. Era difícil, principalmente para a parte, entender e aceitar que, mesmo tendo o ponto sido suscitado em voto, ainda que

⁹⁷ Conferir, a respeito do tema, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

⁹⁸ Exemplo dessas simplificações é a extinção de vários procedimentos especiais existentes no CPC de 1939 e mantidos no CPC de 1973, o que já havia demandado crítica bastante apropriada de Egas Dirceu Moniz de Aragão, e das ações cautelares nominadas, bastando à parte demonstrar *fumus boni iuris* e perigo de ineficiência da prestação jurisdicional para deferimento da providência pleiteada. Conferir MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Demasiados recursos?*. In: *RePro* 136. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁹⁹ É o que determina o § 3º do artigo 896, *in verbis*: “O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.”

vencido, não se considerava prequestionada a matéria federal ou constitucional objeto desse voto. Nesse sentido, o projeto corrige situação contrária aos anseios do processualista contemporâneo e que antes fechava a via de acesso ao recurso especial ou extraordinário, resultado de jurisprudência defensiva, que atendia mais aos interesses dos tribunais do que aos preceitos de um direito comprometido com a justiça.

No que diz respeito a esse objetivo, simplificação, para este trabalho, o dispositivo de lei que materializa, no novo CPC, o prequestionamento ficto representa o ponto alto. Segundo palavras da Comissão constantes da exposição de motivos do novo CPC, “[...], 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”,¹⁰⁰ excetuando-se, por suposto, os casos em que os embargos pleiteiem inclusão de descrição de fatos no acórdão.

Trata-se, conforme a Comissão, de um aspecto que, aliado aos demais, além de simplificar o sistema recursal, o que já se fazia necessário há algum tempo, leva a um maior rendimento de cada processo, que é uma das linhas-mestras a nortear os elaboradores do projeto.

Na concepção dos elaboradores do projeto do novo CPC, ademais, dar a cada processo o maior rendimento possível significa otimizar o meio de solução de conflitos para evitar “problemas” que fazem o processo arrastar-se de forma muitas vezes danosa. Isso ocorre não apenas em relação a uma das partes, normalmente a menos rica e incapaz de suportar os efeitos deletérios da morosidade processual, mas também à parte mais rica e autossuficiente, que se vê privada de fruir um direito; por várias vezes, esses empecilhos ocorrem devido à existência de procedimentos ou de entendimentos que tornam o processo ainda mais complexo do que o normal e o dilatam no tempo.

¹⁰⁰ Anteprojeto do novo CPC, p. 28. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

Exemplo dessa busca por um melhor rendimento do processo, no que concerne à mudança entendimento para otimizar o processo, é a exclusão da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação. Assim, a sentença denegatória da inicial, que atualmente é de carência de ação, será de improcedência, o que, na ótica do projeto do novo CPC, resolverá controvérsias que ora subsistem.¹⁰¹

Em linhas gerais, os trabalhos da Comissão de juristas encarregada da elaboração do novo CPC visaram sempre a dar maior coesão ao sistema processual, tornando-o mais orgânico, o que constitui o quinto objetivo a balizar a sua elaboração. Para isso, além de outras providências, dotou-se a Parte Geral do projeto do novo Código de princípios constitucionais importantes para o processo civil e de regras gerais concernentes a todos os demais livros, com o intuito principal de ser ela instrumento apto a dirimir questões difíceis relativas às demais partes do Código.

É claro que análise mais profunda das modificações trazidas pelo projeto do novo CPC demanda muitas e mais profundas reflexões. Neste capítulo do texto, o objetivo foi, manifestamente, verificar como o prequestionamento ficto se relaciona com as premissas orientadoras da elaboração do projeto do novo CPC. O termo dessa verificação só corrobora que esse instituto está em consonância com todos os objetivos elencados pela exposição de motivos do projeto do novo CPC, porquanto i) está adequado à Constituição e com ela estabelece fina sintonia, uma vez que restaura, no âmbito dos tribunais superiores, a determinação constitucional de garantia do acesso à jurisdição explicitada no artigo 5º, XXXV, da CF/88, e resgata a garantia do contraditório determinada pelo artigo 5º, LV, da CF/88; ii) cria, como objetiva o projeto do novo CPC, condições para o juiz proferir decisão mais próxima da realidade fática da causa, ao alargar os limites dos embargos declaratórios no que tange ao prequestionamento; iii) a sua inclusão no projeto do novo Código torna mais simplificado o sistema processual, ao eliminar óbice jurisprudencial divergente do subsistema recursal;

¹⁰¹ A respeito do tema, vide BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; GOMES, Fábio. *Carência de ação – Doutrina – Comentários ao CPC – Análise da Jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

iv) sua inserção também contribui para aumentar o rendimento do processo, ao permitir a admissibilidade do recurso especial ou extraordinário que antes era denegada à parte; e v) juntamente com a obrigatoriedade de declaração e de integração do voto vencido para todos os fins legais, de prequestionamento inclusive, consoante o artigo 896, § 3º, do projeto do novo CPC, o artigo 979, que estatui o prequestionamento ficto, concorre para dar maior grau de organicidade ao sistema processual civil brasileiro, o que lhe dá maior coesão.

3.2 O PREQUESTIONAMENTO FICTO À LUZ DO INSTRUMENTALISMO E DO FORMALISMO-VALORATIVO

Discutir o processo civil, no Brasil contemporâneo, em qualquer de seus aspectos, implica também conhecer a evolução desse processo, que, das Ordenações até a evidente constitucionalização dos dias atuais, mostrou capacidade, sobretudo, de adaptar-se às exigências que tanto a comunidade jurídica da época quanto o grau de discernimento dos jurisdicionados mostraram necessárias, às vezes prementes, em face do contexto social e jurídico da época.¹⁰²

A sociedade brasileira e, por suposto, o direito que lhe é inerente vivem uma constante transformação; o processo, via de resolução dos conflitos jurídicos da sociedade, tem de adaptar-se aos vários aspectos que configurem as situações por ele abarcadas, cada vez mais numerosas e complexas. A pós-modernidade traz possibilidades antes inimagináveis para o homem, mas exige, na mesma medida, que se tenha capacidade de lidar com todos os aspectos de uma época cujo conhecimento e tecnologia assombra. Quer edificadores, quer deletérios, os efeitos da exploração desse “admirável mundo novo”¹⁰³ devem ser

¹⁰² São exemplos notórios dessas mudanças a promulgação da Constituição de 1988, essência de lutas e de conquistas extremamente caras à sociedade, e as reformas subsequentes que foram feitas visando a adequar o sistema de direito, especialmente o processual, às determinações constitucionais, como é o caso da criação do STJ.

¹⁰³ A expressão é tradução do título da famosa obra futurista do escritor inglês Adous Huxley, *Brave new world*.

mensurados para que desvios ou excessos não prejudiquem, de forma irremediável, o equilíbrio social cada vez mais em xeque.

Assim, o fato de hoje a evolução da ciência possibilitar várias explorações no campo da medicina, especialmente as que desenvolvem pesquisas de natureza genética, caso da clonagem e das experiências com células embrionárias humanas, bem como todas as implicações que isso tem para os limites éticos humanos no campo da ciência impõem o desenvolvimento de um biodireito, de uma bioética. Também é notório, no Brasil, o forte desenvolvimento de uma consciência ecológica no seio da sociedade brasileira, que já não admite certas práticas degradantes do meio ambiente, antes corriqueiramente praticadas por empresas industriais ou por particulares. A defesa do meio ambiente e a preservação tanto da fauna quanto da flora emergem como um imperativo e exigem o desenvolvimento de uma vertente ambiental do direito, tanto no campo material quanto no processual.¹⁰⁴

Compreender como o direito brasileiro se encontra hoje, especialmente o processual civil, requer entender sua história e os fatores que fizeram mister hoje se discuta, no Congresso Nacional, um novo Código de Processo Civil, o que tem provocado o debate crítico por parte dos processualistas.¹⁰⁵

Neste ponto do trabalho, malgrado uma análise mais exauriente dessa evolução seja de suma importância para a construção de um perfil da própria identidade do processo civil brasileiro, o nosso interesse é, partindo de um brevíssimo histórico do nosso processo civil, verificar como o prequestionamento ficto se insere nessa história, especialmente no âmbito do instrumentalismo e do formalismo-valorativo.

Descoberto por Portugal em 1500 e por ele colonizado, o Brasil, até que viesse a elaborar o seu próprio direito, viveu, por suposto, sob a égide da lei e do direito

¹⁰⁴ Vide, por exemplo, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰⁵ Conferir MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

do colonizador, frutos da experiência jurídica europeia.¹⁰⁶ As relações jurídicas na América portuguesa foram regidas, evidentemente, pelas Ordenações do Reino, cujas principais fontes eram a legislação medieval portuguesa, o direito romano e o direito canônico.¹⁰⁷

Primeiramente, vigoraram entre nós as Ordenações Afonsinas, de 1446, uma espécie de consolidação da legislação portuguesa de Afonso II a Afonso V. Em seguida, as Ordenações Manuelinas ocuparam, em 1521, o lugar da antiga legislação, até que, em 1603, passaram a vigorar as Ordenações Filipinas. Estas últimas duraram por mais tempo e disciplinaram as relações jurídicas do Brasil, inclusive após a proclamação da independência em 1822. Nos primórdios do Brasil Imperial, com o objetivo de manter a segurança jurídica no país recém-independente, um decreto de 20 de outubro de 1823 determinou a continuidade da vigência das Ordenações Filipinas, desde que não ferisse as novas normas estabelecidas pelo recém-criado Estado brasileiro.

Com o Regulamento 737, publicado em 1850, cinde-se a tutela do direito comercial da do direito civil, sendo aquele regido pelo Regulamento e as demais relações cíveis regidas pelas Ordenações, a essa altura objeto de várias modificações. O próximo passo foi o advento, em 1876, da Consolidação Ribas, uma compilação dos diplomas legais que regiam as relações jurídicas cíveis no Brasil.

Após a proclamação da República, foi instituída a Justiça Federal em 1890, mas o mais importante ainda estava por vir: o fracionamento da competência para legislar sobre direito processual, estatuído na primeira Constituição republicana, de 1891. Tal experiência, por vários motivos, não se sedimentou, e venceu, anos mais tarde, a visão centralizadora dos códigos nacionais no Brasil.

¹⁰⁶ Conferir HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

¹⁰⁷ Conferir KLIPELL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Vitória-Rio de Janeiro: Acesso Editora/Lumen Juris Editora, p. 23-24, 2011.

Nesse contexto, para que se entenda como a legislação processual dúplice perdeu força e se fortaleceu o processo de centralização que passou a caracterizar a codificação processual civil brasileira, há de levar-se também em consideração a conjuntura ditatorial da época, que não colaborava para avanços mais democráticos nesse campo.

Chegaríamos, assim, à criação do nosso primeiro Código de Processo Civil, em 1939, instituído pelo Decreto-Lei 1.608, de 18 de dezembro de 1939. O anteprojeto do Código foi elaborado pelo jurista Pedro Baptista Martins e, embora esse diploma legal demonstrasse qualidades, como é o caso do contato imediato do juiz tanto com as partes quanto com as provas, pecava, por exemplo, no que tangia aos recursos, mercê de um sistema recursal complexo, confuso e no que concerne a um excessivo número de procedimentos especiais.¹⁰⁸

A existência de um grande número de leis extravagantes e as críticas da doutrina ao Código de 1939 reclamavam a instituição de um novo Código de Processo Civil. Ressalte-se que a compreensão do processo civil e do processo civil brasileiro teve um salto qualitativo com a presença, entre nós, do famoso processualista italiano Enrico Tullio Liebman, discípulo de Chiovenda e criador da teoria eclética da ação, um ponto alto da história processual europeia.¹⁰⁹

A atuação acadêmica de Liebman redimensionou o universo processual brasileiro, ajudando a forjar uma estirpe de processualistas cuja concepção de processo evolui e consolida um caráter mais científico dos estudos processuais no Brasil, evidenciando principalmente a chamada Escola Processual de São Paulo. É desse meio que exsurge a figura de Alfredo Buzaid, professor da faculdade de Direito de São Paulo e futuro ministro da Justiça, a quem foi dada, por nomeação do governo federal, a tarefa de elaborar um novo Código de Processo Civil.

¹⁰⁸ Conferir KLIPELL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Vitória-Rio de Janeiro: Acesso Editora/Lumen Juris Editora, p. 23-24, 2011.

¹⁰⁹ Conferir LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

Destarte, com o intuito de eliminar os defeitos do Código de 1939, já tornados evidentes pelo nível de evolução da concepção do direito processual no Brasil, e de aperfeiçoar os institutos processuais, um novo Código de Processo Civil, de forte influência Liebmaniana,¹¹⁰ foi entregue à sociedade por meio da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Nascia, assim, o CPC de 1973, o chamado Código Buzaid, que trouxe inegáveis avanços ao processo civil brasileiro, de que é exemplo o julgamento antecipado da lide.

Esse novo CPC, malgrado seus avanços em diversos aspectos, como o supracitado, surgia, mais uma vez em um contexto não democrático no país. Ainda que se buscasse nas fontes mais modernas da Europa a inspiração de seu projeto, o CPC/73 surgiu em um contexto ditatorial que naturalmente tolheu-lhe o aprofundamento democrático e a ampliação de institutos.

Acontece que a dinâmica da sociedade, do direito e do próprio sistema processual, mais uma vez, exigiram que, ao longo dos anos, não só fossem feitas emendas no Código de 1973, visando a um funcionamento mais adequado do sistema, mas também que surgisse uma profusa legislação extravagante mais consentânea com os anseios que uma visão crítica do sistema trouxe à baila.

Os próprios jurisdicionados, os consumidores da atividade de prestação jurisdicional do Estado, principalmente sob influxo da onda democrática que varreu as instituições e culminou na Constituição de 1988, passaram a exigir uma tutela mais efetiva de seus direitos, havendo inclusive um forte viés da ideia de tutela coletiva, de que são exemplos a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Código do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990).

¹¹⁰ Essa influência pode ser notada, por exemplo, na estruturação do Código, levando em consideração a divisão das espécies de tutela jurisdicional em três tipos: de conhecimento, de execução e cautelar. Isso reflete a ideia de Liebman de que as ações se dividem em três categorias: de conhecimento, de execução e cautelares. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Settima edizione a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 fez que o processo ganhasse um novo impulso no que tange a garantias e a princípios direcionados para a tutela constitucional do processo. A garantia constitucional expressa do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e do contraditório (art. 5º, LV, CF/88), bem como a exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88), por exemplo, contribuíram para um maior grau de justiça das decisões e para uma crescente constitucionalização do processo civil, imbuído de valores por ela revitalizados.

Além disso, a criação na CF/88 de uma série de instrumentos processuais inovadores, como é o caso do Mandado de Injunção (artigo 5º, LXXI, CF/88) e da ADFP (artigo 102, § 1º, CF 88),¹¹¹ instauraram uma jurisdição constitucional, e redimensionaram o universo processual brasileiro tanto para a construção quanto para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, cujo desiderato de efetivar direitos com justiça social, de uma forma célere, transformou-se em vetor-mor, fazendo que valores e princípios constantes da Constituição Federal passassem a ser determinantes também para a construção da decisão jurídica justa.

Nesse contexto de transformação do processo, agora sob o influxo de uma forte constitucionalização, o conhecimento das fases metodológicas em que se costumam classificar o direito processual e o direito processual do Brasil é interessante forma de verificar em que bases doutrinárias se alicerça a transformação por que vem passando esse ramo do direito fundamental para a concretização da justiça e dos valores que lhe são inerentes e como o prequestionamento ficto se insere nesse caminhar.

Costuma-se dividir em três períodos ou momentos metodológicos o direito processual: o sincretista, o autonomista e o instrumentalista.¹¹² O primeiro

¹¹¹ Existe uma lei extravagante tratando da ADFP, a Lei n. 9.882/99, de 03 de dezembro de 1999.

¹¹² Conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p.18-24. Corroborando essa divisão: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.42-45. Cf. também: CÂMARA, Alexandre

momento, chamado sincretista, ou ainda imanentista, é aquele em que o direito processual é considerado um mero apêndice do direito material e só existe em função deste;¹¹³ Nesse período, na lição de Bedaque, o processo inexistia como ciência.¹¹⁴

O período autonomista, também chamado científico, é aquele em que predominam estudos cujos esforços se voltam para a definição e a fixação dos institutos essenciais para a incipiente ciência processual que vem à baila na metade do século XIX. Desvinculando-se de seu papel coadjuvante em relação ao direito civil, o processo, agora protagonista de sua própria história, consolida-se como um ramo autônomo do direito, mais especificamente do direito público.¹¹⁵ Como grandes nomes do período autonomista, tanto na Europa quanto no Brasil, podem-se citar Chiovenda, Carnelutti, Liebman (Itália), Wash, Goldschmidt, (Alemanha), Alfredo Buzaid, Lopes da Costa, Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos (Brasil).

O terceiro período, chamado de instrumentalista, caracteriza-se pela tomada de consciência da instrumentalidade como uma fundamental fonte irradiadora de ideias a coordenar os vários institutos, princípios e soluções.¹¹⁶ É dizer-se que, desenvolvidos os conceitos fundamentais inerentes à ciência processual

Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 14. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8-10.

¹¹³ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, uma visão plana do ordenamento jurídico concebia “[...] o processo como mera sucessão de atos (procedimento);” e a ação como um exercício de direitos em que “o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p.18.

¹¹⁴ *Ipsis litteris*: “Até meados do século XIX, o direito processual inexistia como ciência. A ação era considerada um aspecto do direito material, ou um direito nascido de sua violação. Faz parte desse contexto o conceito de ação como sendo o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28.

¹¹⁵ Apesar de afirmarem esse momento como o período em que “em que as grandes estruturas do Sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos”, Cintra, Grinover e Dinamarco apontam para a falta de uma postura crítica nessa fase, mercê, principalmente, de uma visão “puramente introspectiva” voltada para os institutos, para suas categorias e para seus conceitos fundamentais, o que dá ao processo um caráter de “mero instrumento técnico” da realização da ordem jurídica material. Conferir: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.42-43.

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21.

autônoma, não pode ela, na ótica do processualista preocupado com os problemas jurídicos, sociais e políticos de seu tempo, ensimesmar-se numa postura metafísica, alheada da realidade fática que a cerca.

A jurisdição ganha destaque no instrumentalismo, uma vez que a decisão judicial é manifestação do poder estatal, visando a perseguir os objetivos sociais, políticos e jurídicos almejados pelo Estado.¹¹⁷ A decisão judicial não pode ser mais vista como neutra subsunção, mas como atividade necessariamente imbuída de conteúdo axiológico condizente com o do universo social que o cerca e que também o limita, voltada para a persecução dos escopos do Estado, o que se traduz em efetividade e justiça.

A dimensão teleológica, o comprometimento do processo com a efetiva realização dos escopos da jurisdição (sociais, jurídicos e políticos), assoma como uma superação do desenvolvimento endógeno de institutos para além do mero exercício intelectual-doutrinário alheio aos grandes problemas. Tal pressuposto desloca a visão do processo da autonomia para a práxis teleológica voltada, por exemplo, ao alargamento da via de acesso ao Judiciário, à eliminação das diferenças por força do poder econômico da parte, à inafastabilidade do controle jurisdicional, à maior participação do juiz na instrução da causa, e à efetividade do processo.¹¹⁸

A preocupação com os valores consagrados constitucionalmente, principalmente depois da promulgação da Constituição de 1988, leva à forte infiltração da carga axiológica da Constituição, cujo centro irradiador é o valor justiça, no sistema processual e embasa uma nova visão metodológica que só enriquece o instrumentalismo. É dizer que o processo, seus institutos e mecanismos

¹¹⁷ Conferir: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Ou Conferir, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p.23.

procedimentais têm o escopo de garantir consonância com os princípios que defluem da ordem constitucional estatuída para adequada tutela da ordem constitucional.¹¹⁹

Tudo isso coaduna com a ideia que dá sustentação à tese do prequestionamento ficto, a de que a parte, já tendo feito tudo o que estava ao seu alcance,¹²⁰ não pode quedar-se prejudicada, sem nada poder fazer para perseguir seus direitos, diante de um tribunal que se recusa ao contraditório, negando a própria essência do *due process of law*.

Dessa forma, o prequestionamento ficto se mostra inteiramente sintonizado com os preceitos que essencializam o instrumentalismo. Pode-se afirmar que esse instituto encontra total acolhida no âmbito da visão instrumental do processo, uma vez que concorre, principalmente, para a realização dos escopos social e jurídico da jurisdição.

No que diz respeito ao escopo social, o prequestionamento ficto cumpre o seu papel de eliminar conflitos mediante critérios justos, porquanto oportuniza ao jurisdicionado participar da decisão e nela influir, uma vez que visa a integrá-la por meio dos embargos declaratórios, para intentar, em momento posterior à decisão emitida pelo tribunal *a quo*, recurso extraordinário ao STF. A inércia do juízo frustra a expectativa da parte quanto à sua pretensão de integração do *decisum* a ser recorrido, fere o contraditório, macula o devido processo legal e atenta contra a justiça da atuação jurisdicional.

Nesse contexto, o prequestionamento ficto revela-se um critério justo para desfazer o nó górdio decorrente da inércia do juízo em manifestar-se, numa clara afronta ao inciso XXXV¹²¹ e ao inciso LV,¹²² ambos da CF/88. O

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p.24-25.

¹²⁰ Lembre-se, aqui, que os embargos passaram a ser meio de prequestionamento da matéria constitucional ou federal por força da Súmula 356 do STF: "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

¹²¹ "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

prequestionamento ficto constitui resposta processual fundamental tanto para a eliminação do conflito da parte, que vê fechada a via do extraordinário com a denegação do juízo de origem e tem de contentar-se com uma decisão que afronta o princípio do contraditório, quanto para a realização da justiça, pois resgata o devido processo legal e o direito de ação garantidos constitucionalmente.

Tudo isso reforça a segurança jurídica porque possibilita à parte ter conhecido o seu recurso extraordinário, mesmo que no mérito seja ele improvido em futura decisão do STF. A perspectiva de solução definitiva da lide contribui para a pacificação social, visto que corrobora a condução adequada do Estado na utilização do processo como instrumento por meio do qual atua eficazmente para a pacificação social.

Já no que concerne ao escopo jurídico, o prequestionamento ficto também se mostra inteiramente implicado com as ideias de Dinamarco, uma vez que a técnica implementada originariamente pelo ministro Sepúlveda Pertence no AI 173.179 AgR para fazer atuarem os embargos declaratórios opostos contra omissão do juízo *a quo* como instrumentos aptos ao prequestionamento do ponto constitucional ensejador do recurso extraordinário potencializa os embargos e redimensiona sua instrumentalidade, enriquecendo a sua potencialidade recursal.¹²³

¹²² “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

¹²³ Relembre-se, ainda uma vez mais, que o STJ, que detém a competência para análise do recurso especial, não tem o mesmo entendimento do STF no que diz respeito ao chamado prequestionamento ficto da matéria federal ensejadora de recurso para essa Corte. Tal entendimento do STJ, consolidado na Súmula 211, é corroborado por reiteradas decisões do Tribunal, como se pode verificar pelo recente aresto colacionado a seguir: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REAJUSTE DO VALE-REFEIÇÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 467 E 471 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. LITISPENDÊNCIA. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. **1. É inadmissível Recurso Especial quanto à questão (arts. 467 e 471 do CPC), que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. Nas razões do Recurso Especial, o recorrente não aponta violação do art. 535 do Código de Processo Civil, a fim de viabilizar possível anulação do julgado por vício na prestação jurisdicional.** 3. A verificação da suposta identidade entre os elementos caracterizadores da presente ação e os daquela com a qual se alega haver litispendência demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que atrai a

Ligados umbilicalmente ao recurso extraordinário e, posteriormente, ao recurso especial, por força de determinação da Súmula 356 do STF,¹²⁴ os embargos cumprem o seu desígnio no que concerne àquele recurso, porque, malgrado o juízo *a quo* permaneça na inércia e recuse manifestar-se sobre o ponto suscitado pela parte como forma de intentar, após manifestação desse juízo, recurso extraordinário, uma vez que o tribunal *ad quem*, no caso o STF, considerará prequestionada a matéria constitucional suscitada nos embargos, desde que, é claro, o Tribunal constate ter realmente havido omissão por parte do tribunal de origem.

Pode-se afirmar que o instrumentalismo abriga, sim, o prequestionamento ficto e sua simbólica luta contra a estreita visão processual, inadmissível nos tempos atuais, que fecha os olhos à justiça da decisão e se apega a aspectos que revelam alheamento da realidade que a cerca. Isso demonstra ausência de comprometimento com os escopos do processo, o que representa a própria negação do direito ao processo.¹²⁵

Sob quaisquer ângulos que se observe a relação entre o instrumentalismo e o prequestionamento ficto, pode-se corroborar o liame que os une de forma estreita. As garantias constitucionais do processo expressas no contraditório, na igualdade, na inafastabilidade do controle jurisdicional e na cláusula do *due process of law* representam pontos de contato notórios para afirmar interrelação entre o prequestionamento ficto e o instrumentalismo.

incidência da Súmula 7/STJ. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1262077/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 06/03/2012). (grifamos)

¹²⁴ “O ponto omissis da decisão contra o qual não foram opostos embargos de declaração não pode ser objeto de recurso extraordinário por faltar o requisito do prequestionamento.”

¹²⁵ Assim leciona Dinamarco acerca do *due process of law* em sua obra capital, “*A instrumentalidade do processo*”: “Na sua redução mais sintética, é uma garantia de justiça e consiste no direito ao processo, ou seja, direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial de direitos e interesses.” (p.128) (em itálico no original); no que tange ao procedimento e à necessidade de sua condução em contraditório para legitimá-lo, afirma Dinamarco: “Tem-se como certo que seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo. Essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo.” (p.132) Conferir DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

O instrumentalismo, cujo maior mérito é a transcendência para além da dimensão estritamente jurídica,¹²⁶ porém, no entendimento de alguns processualistas contemporâneos, notadamente Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹²⁷ e Daniel Mitidiero,¹²⁸ não representa mais as exigências do estágio atual do processo civil, mas o formalismo-valorativo, expressão que, segundo Alvaro, ficou latente e emergiu de uma instigante cobrança de Mitidiero.¹²⁹

É mesmo Mitidiero quem aponta as vicissitudes concernentes tanto ao modo instrumentalista de articulação das soluções dos problemas referentes às relações entre o direito material e o processual, ou entre o processo civil e a Constituição, quanto à primazia da jurisdição na teoria do processo civil. Tudo isso exige superação do arcabouço metodológico do instrumentalismo, o que, segundo os processualistas supracitados, implica a construção de um novo método de pensamento, de uma nova visão metodológica, fruto de nossa evolução cultural.¹³⁰

É exatamente isso que o formalismo-valorativo quer representar, ao deslocar o eixo fundamental do processo da jurisdição para a juridicidade, do devido processo legal para o devido processo constitucional, da regra da lei para o

¹²⁶ Conferir MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

¹²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Vol. 22, set. 2002. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 7-31, jul. 2006.

¹²⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹²⁹ Conferir ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XIV.

¹³⁰ Conferir ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

direito, de um processo diretivo e monocrático para um processo colaborativo e democrático, de uma lógica apodítica para uma lógica dialética.¹³¹

As ideias do formalismo-valorativo encontram cada vez mais ressonância no meio acadêmico, ainda que processualistas adeptos do instrumentalismo insistam em negar-lhe a existência. Discutir o processo civil brasileiro, nos tempos atuais, exige que as idéias do formalismo-valorativo sejam levadas em consideração, no mínimo para fazer-se um contraponto com as ideias instrumentalistas.

De acordo com Daniel Mitidiero, quatro, e não apenas três, são as fases metodológicas do processo civil: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo.¹³² Enquanto o marco do instrumentalismo é a obra "*A instrumentalidade do processo*",¹³³ de Cândido Rangel Dinamarco, o do formalismo-valorativo é a obra "*Do formalismo no processo civil*", de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Tomando como norte a obra capital de Alvaro de Oliveira, a qual praticamente dissecou todas as formas do formalismo no processo ao longo de sua história e, especialmente, no momento atual, a classificação de Mitidiero não difere em nada daquilo que os processualistas de matriz instrumentalista em geral dizem.¹³⁴

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41-50.

¹³² Conferir MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 25-53.

¹³³ Daniel Mitidiero entende que o destaque dado a Dinamarco reside no fato de, a partir de sua obra, ter a ideia de instrumentalidade "ganhado foros de ideia-síntese de Escola." Esclarece, no entanto, que Galeno Lacerda, muito antes da edição, em 1987, da obra de Dinamarco, já vinha tratando do tema. Conferir MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

¹³⁴ Colacionamos aqui, a título de cognição, o que escreveu Mitidiero: "O praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil, tempo em que se aludia ao processo como '*procedura*' e não ainda como '*diritto processual civile*'. Época, com efeito, em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material." (p. 32) "O processualismo, deveras, nasce com o conceito de relação jurídica processual, sendo esse o objeto da ciência processual. A partir daí, a tarefa da doutrina cifra-se à racional construção do arcabouço dos conceitos do direito processual civil." (p. 35) "A perspectiva instrumentalista do processo assume o processo civil como um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a idéia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno. Em termos sociais, o processo serve para

A diferença está exatamente na quarta fase, a do formalismo-valorativo, que sequer é considerada por eles existente.

A essência do formalismo-valorativo, segundo Alvaro, consiste em afirmar uma dimensão axiológica a que se liga o processo, visto como fenômeno cultural. Nesse sentido, a técnica processual é concebida como mero meio para atingir o valor, num redimensionamento do fim do processo, que visa não mais à concretização do direito material, mas à concretização da justiça material, conforme as peculiaridades de cada caso. Mais do que ser um juiz ativo, o formalismo-valorativo implica ser um juiz cooperativo, mormente em face da exigência de uma lógica argumentativa, prática, e do modelo de democracia participativa, o que dá azo a um novo conceito, chamado cidadania processual.¹³⁵

Muito além de um instrumento para a realização do direito material, o processo, nessa linha de pensamento, representa um espaço para a ética, para o exercício da democracia e para a interação cooperativa dos sujeitos que nele atuam, sempre com o fito de concretizar efetivamente a justiça material, o que deve ser feito com especial atenção aos direitos fundamentais, valores protegidos no processo como normas principais.¹³⁶

Ao refletir sobre o prequestionamento ficto e o que ele representa, forçoso é admitir que esse instituto se encaixa perfeitamente no âmbito do formalismo-

persecução da paz social e para a educação do povo; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para a afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para a participação dos atores sociais; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar a 'vontade concreta do direito.'" (p.38) Conferir: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

¹³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3. Refletindo também sobre o formalismo-valorativo, que chama de quarta fase metodológica do processo civil, Mitidiero escreve que "O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras, postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico." MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

valorativo. Com efeito, o tribunal superior considerar o prequestionamento como havido caso o juízo, numa atitude nada cooperativa, recuse-se a emitir resposta ao ponto omissivo suscitado pela parte, revela-se extremamente consentâneo com os objetivos do processo no que tange ao formalismo-valorativo.

Negar-se o juízo ao contraditório evidencia um desrespeito não apenas à parte embargante, mas também aos valores fundamentais que devem informar o processo e o nega como um espaço democrático dialético de debate colaborativo para a concretização da justiça material. Negar-se também o tribunal superior a corrigir a injustiça da decisão contra a parte embargante, no mesmo diapasão, significa reafirmar a lógica apodítica do monólogo judiciário, o que atenta contra a realização colaborativa dos direitos fundamentais.

O prequestionamento ficto corrige a equivocada e inaceitável posição do juízo e aponta para valores como participação leal, segurança, efetividade e justiça. A sua expressa previsão no artigo 979 do projeto do novo Código de Processo Civil está em perfeita harmonia com os preceitos do formalismo-valorativo e representa avanço e superação da inflexibilidade que tem predominado nos tribunais superiores em relação ao prequestionamento, o mesmo acontecendo com a exigência de declaração e de integração, no acórdão, do voto vencido para todos os fins legais, prequestionamento inclusive, conforme letra do artigo 861, § 3º, do projeto do novo CPC.

Pode-se afirmar, intemorato, que o prequestionamento ficto, agora consolidado e estatuído no artigo 979 do projeto do novo CPC ora em trâmite na Câmara dos Deputados, coaduna com os pontos fundamentais tanto do instrumentalismo quanto do formalismo-valorativo. No que tange àquele, o prequestionamento ficto revela-se extremamente harmonizado com os escopos da jurisdição preconizados por Cândido Rangel Dinamarco; no que diz respeito a este, esse instituto se mostra muito condizente com as exigências constitucionais de um processo mais democrático, que exige a participação leal e cooperativa dos sujeitos nele envolvidos para a concretização da justiça material no caso concreto e para a realização dos valores consagrados constitucionalmente.

O projeto do novo CPC como um todo guarda estreita ligação com o que há de melhor no âmbito do instrumentalismo e do formalismo-valorativo, mostrando bastante harmonia com os valores insculpidos na Constituição e com os anseios sociais mais prementes em relação ao processo civil, como efetividade e celeridade. Sua concretização certamente representará um avanço que será bastante benéfico para todos os que estão envolvidos com o processo civil e reforçará valores constitucionais e processuais por meio de institutos ainda mais aperfeiçoados, inclusive do direito estrangeiro, o que revela a grande maturidade do processo civil brasileiro contemporâneo.

3.3 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA: DIREITO COMPARADO

Se a legislação pátria tem débito com a antiga metrópole, ocorreu-nos, como expediente metodológico, comparar a atual dimensão dos embargos de declaração no direito brasileiro com a do direito português. Dessa forma, antes de findar este capítulo, voltemos nossos olhos para o direito português, mais especificamente no que diz respeito aos embargos de declaração, com o fito de investigar o que aconteceu com esse instituto originalmente forjado naquele direito e que se mantém até hoje no direito brasileiro, agora de uma forma ainda mais ampliada, e figura entre os recursos elencados no projeto do novo CPC,¹³⁷ como já soía acontecer nos Códigos de Processo Civil brasileiros anteriores ou mesmo na legislação anterior aos Códigos..

¹³⁷ Os embargos de declaração estão previstos na legislação autenticamente brasileira desde 1850, ano em que principiou a vigor o Regulamento 737. Em seguida, figura na Consolidação Ribas (1876), na Consolidação José Higinio Duarte Pereira (aprovada pelo Decreto nº 3.084 de 1898), espécie de diploma legislativo processual federal, e em Códigos de Processo Civil estaduais, a exemplo do que ocorreu com o da Bahia e com o de Minas Gerais. O Estado de São Paulo, em seu Código de Processo Civil e Comercial, também os disciplinava. Com o CPC de 1939 e com o de 1973, não foi diferente, os embargos foram previstos entre os recursos, consolidando sua existência no direito processual brasileiro. Conferir SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45-69. Agora, os embargos de declaração estão previstos no projeto do novo Código de Processo Civil, no capítulo V do Título II do Livro IV, do artigo 976 ao 980. Sua previsão como recurso encontra-se no artigo 948 do projeto do novo CPC.

Verificar a atual situação dos embargos de declaração no direito português remete-nos às origens dos embargos naquele direito. Isso, de certa forma, proporciona vislumbrar o panorama da estrutura do direito português, que normalmente é dividido em quatro fases: i) período do direito consuetudinário e foraleiro (1140-1248); ii) período de influência do direito comum (1248-1750); iii) período de influência iluminista (1750-1820); iv) período de influência liberal e individualista (1820-1926).¹³⁸ Pode-se ainda aduzir, *grosso modo*, o atual estágio do direito português, o contemporâneo. No que tange às origens dos embargos, interessa-nos o segundo período, chamado período de influência do direito comum, que se subdivide em duas épocas: a de recepção do direito comum (1248-1446) e a das Ordenações (1446-1750).¹³⁹

A época de recepção do direito comum é o período em que se inserem o direito canônico, os forais e as leis gerais, emergindo a figura do rei como árbitro dos conflitos entre as diversas fontes do direito e também como limitador das posturas e costumes locais. Já na época das Ordenações, ainda havia certa autonomia de governo das comunidades territoriais, mas os ordenamentos locais, tinham de compatibilizar-se com a jurisdição real.¹⁴⁰

As comunidades territoriais, mormente as comunidades territoriais cidades, teriam capacidade de legislar restritivamente ao seu âmbito, necessitando ainda da aprovação do príncipe. No caso das posturas, por exemplo, matérias reservadas ao rei não poderiam ser tratadas por elas, além de não poderem ofender direitos gerais, regras que determinavam o que poderia ou não ser regulado por posturas.¹⁴¹

¹³⁸ Conferir GOMES DA SILVA, Nuno J, Espinosa. *História do direito português*. 4. ed. rev. e actual. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

¹³⁹ Conferir GOMES DA SILVA, Nuno J, Espinosa. *História do direito português*. 4. ed. rev. e actual. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.189-297.

¹⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.250.

¹⁴¹ Comentando sobre o caráter aparentemente humilde dos temas regulados por normas locais, Hespanha aduz que esse caráter “[...] não nos deve iludir quanto à importância destas normas nas comunidades locais. De facto, que há de mais decisivo para a vida das comunidades agrárias do que essas questões de águas, de pastos, de regimentos dos mercados e das actividades

A estrutura de funcionamento da justiça portuguesa, alicerçada primordialmente nos poderes locais, cujos magistrados, escolhidos pela concelhia local, gozavam de inteira autonomia, possibilitou campo a que prosperassem os embargos como um instrumento da parte para a ciência plena da sentença que foi contra ela prolatada, mas esse não é o único aspecto da significação da expressão. A expressão embargos, no direito português, reveste-se, como também ocorre no direito pátrio, de vários sentidos, podendo significar: i) meio de obstar o uso de bens ou a prática de um ato; ii) meio de impedimento da circulação de bens, mercadorias ou direitos; iii) instrumento processual de anulação ou de reforma da sentença ou da decisão direcionado ao juiz que a prolatou; iv) meio de defesa contra atos do poder público; v) instrumento do devedor para obliquar a execução; vi) meio do terceiro para a defesa da posse de um bem ou para impedimento de edificação.¹⁴² Para este trabalho, interessa, especialmente, o sentido correlato ao dos nossos embargos declaratórios, ou seja, o que figura no item iii.

A origem dos embargos de declaração no direito português remete ao primeiro período da monarquia, quando as Cortes e os Tribunais de Apelação deixaram de ser deambulatórios. Era um remédio contra a sentença obscura, intrincada, visando a esclarecê-la por meio de declaração e de interpretação do próprio juiz prolator da sentença. Sua primeira previsão geralmente remete às Ordenações Afonsinas (de 1446), exatamente ao Livro III, Título LXVIII, nº 4.¹⁴³

Posteriormente, os embargos declaratórios aparecem previstos nas Ordenações Manuelinas (1521), no Livro III, Título L, nº 5. Nesse período, só às sentenças

económicas de que tratam as posturas?” Conferir HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.254.

¹⁴² Conferir SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25-30.

¹⁴³ Em sua obra acerca dos embargos de declaração, Antonio Carlos Silva assevera, embasado em Vicente Miranda, que antes das Ordenações Afonsinas havia uma lei com dispositivo semelhante aos embargos, embora esse meio de impugnação não tivesse o nome de embargos. Segundo o autor, tal dispositivo está previsto em uma lei que figurava no *Livro das Leis e Posturas*, posta entre uma lei de D. Diniz e outra de D. Afonso III, sem indicativo de data de publicação, Conferir SILVA, Antonio Carlos. Op. cit., p. 37.

definitivas eram dirigidos os embargos e caso fosse prolatada por desembargador, somente ele poderia esclarecer ou declarar a sentença.¹⁴⁴

A próxima previsão dos embargos no direito português se encontrará nas Ordenações Filipinas (1603), no Livro III, Título LXVI, nº 6, que vem apenas a corroborar o que já estava previsto nas Ordenações que antes estavam em vigor.¹⁴⁵

Atualmente, os embargos ainda persistem no direito português, tendo expressa previsão legal, ainda que não mantenham o nome que haviam na sua origem. É o que se constata da leitura dos artigos 666º, 1, 2 e 3, 667º, 1, 669º, 1, a, e 670º, 1 e 2, 679º e 716º, todos constantes do atual Código de Processo Civil português.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Conferir SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40-43.

¹⁴⁵ Conferir SILVA, Antonio Carlos. *Idem*, p. 43-44.

¹⁴⁶ *in verbis*: ARTIGO 666º - Extinção do poder jurisdicional e suas limitações 312 1- Proferida a sentença, fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa. 2- É lícito, porém, ao juiz rectificar erros materiais, suprir nulidades, esclarecer dúvidas existentes na sentença e reformá-la nos termos dos artigos seguintes. 3- O disposto nos números anteriores, bem como nos artigos subsequentes, aplica-se, até onde seja possível, aos próprios despachos. ARTIGO 667º - Rectificação de erros materiais 313 1- Se a sentença omitir o nome das partes, for omissa quanto às custas, ou contiver erros de escrita ou de cálculo ou quaisquer inexactidões devidas a outra omissão ou lapso manifesto, pode ser corrigida por simples despacho, a requerimento de qualquer das partes ou por iniciativa do juiz. [...] ARTIGO 669º - Esclarecimento ou reforma da sentença 315 **1. Pode qualquer das partes requerer no tribunal que proferiu a sentença: a) O esclarecimento de alguma obscuridade ou ambiguidade que ela contenha; b) A sua reforma quanto a custas e multa. 2. É ainda lícito a qualquer das partes requerer a reforma da sentença quando: a) Tenha ocorrido manifesto lapso do juiz na determinação da norma aplicável ou na qualificação jurídica dos factos; b) Constem do processo documentos ou quaisquer elementos que, só por si, impliquem necessariamente decisão diversa da proferida e que o juiz, por lapso manifesto, não haja tomado em consideração.** 3. Cabendo recurso da decisão, o requerimento previsto no número anterior é feito na própria alegação, aplicando-se, com as adaptações necessárias, o disposto no nº 4 do artigo 668.º. (grifamos). ARTIGO 670º - Processamento subsequente 316 1- Nos casos previstos no nº 4 do artigo 668º e no artigo 669º, deve o juiz indeferir o requerimento ou emitir despacho a corrigir o vício, a aclarar ou a reformar a sentença, considerando-se o referido despacho como complemento e parte integrante desta. 2- Do despacho de indeferimento referido no número anterior não cabe recurso. ARTIGO 716.º - VÍCIOS E REFORMA DO ACÓRDÃO - 1. É aplicável à 2ª instância o que se acha disposto nos artigos 666.º a 670.º, mas o acórdão é ainda nulo quando for lavrado contra o vencido ou sem o necessário vencimento. 2. A rectificação, aclaração ou reforma do acórdão, bem como a arguição de nulidade, são decididas em conferência. Quando o pedido ou a reclamação forem complexos ou de difícil decisão, pode esta ser precedida de vista por cinco dias, a cada um dos juízes-adjuntos.

O que se constata é que os embargos, embora sem esse nome atualmente, ainda mantêm a sua essência original no direito português, possibilitando à parte pugnar por ter aclarada, corrigida ou reformada uma sentença, aplicando-se ainda a mesma disposição aos despachos (artigo 666º, 3), desde que não sejam eles despachos de mero expediente,¹⁴⁷ semelhante ao que ocorre no direito brasileiro, em que os embargos, em princípio, não se aplicam a esse tipo de decisão (artigo 504).

Além disso, o CPC português prevê também a interposição de recurso contra a sentença aclarada, corrigida ou reformada, garantindo um contraditório mais amplo. No caso brasileiro, o projeto do novo CPC prevê um amplo contraditório em havendo modificação da decisão embargada de declaração, o que só pode ocorrer em face da correção do vício.¹⁴⁸

Como se vê, o instituto ganhou novos contornos em Portugal, aumentando a sua dimensão original e cumprindo o seu papel, com possibilidade de infringência da sentença (artigo 669º. 2, CPC português) ; inegavelmente, porém, no Brasil, o instituto também teve uma evolução notória, embasando hodiernamente, de forma irreversível, o prequestionamento ficto, como forma de realizar o desiderato constitucional de efetivar justiça.

O elemento constitucional, aliás, também tem um forte componente em Portugal, e por certo dá sustentação a esse instrumento semelhante aos embargos e que, de forma bem direta, possibilita que o próprio juiz, provocado pela parte, venha a evitar a prolação de uma decisão incorreta seja por *error in iudicando*, caso do artigo 667º, seja por *error in procedendo*, caso do artigo 669º, 2.

¹⁴⁷ ARTIGO 679.º - (DESPACHOS QUE NÃO ADMITEM RECURSO) - Não admitem recurso os despachos de mero expediente nem os proferidos no uso legal de um poder discricionário.

¹⁴⁸ Isso é o que se verifica no projeto do novo CPC, no parágrafo único do artigo 979, que, privilegiando o contraditório, determina: "Eventual efeito modificativo dos embargos de declaração somente poderá ocorrer em virtude da correção do vício, desde que ouvida a parte contrária no prazo de cinco dias."

Uma breve visão da Constituição portuguesa atualmente em vigor, que, assim como a brasileira, reflete a superação de um momento ditatorial,¹⁴⁹ deixa perceber que instrumento semelhante aos embargos, que possibilita a atuação do jurisdicionado na busca de solução mais adequada para a eficácia da sentença, podendo inclusive provocar a sua reforma, não poderia desaparecer e encontraria abrigo em sua égide.

A Carta Magna portuguesa engloba um sistema de direitos e garantias fundamentais tão ou mais aprofundados que o brasileiro. O processo revolucionário que possibilitou sua existência é marca indelével da visão de mundo que a permeia. Assim, valores da democracia e da cidadania, como dignidade da pessoa humana, igualdade, justiça e solidariedade, insculpem-se na Constituição portuguesa e redimensionam o direito daquele país na busca da adequação aos valores constitucionais e à democracia, inclusive no campo processual, uma vez que o Código de Processo Civil português é de 1961, e já sofreu diversas emendas, a exemplo do que ocorreu com o CPC brasileiro de 1973, sendo muitas posteriores ao advento da Constituição portuguesa.

Corroboram essa afirmação diversos artigos da Constituição portuguesa, que começa com o título “Princípios fundamentais”: no artigo 1º, por exemplo, identificam-se elementos como dignidade da pessoa humana e a determinação

¹⁴⁹ Lembre-se, aqui, que é emblemático o preâmbulo da Constituição portuguesa, de 1976, elaborada após a Revolução dos Cravos, que derrubou o ditador Salazar: “A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país.

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa”.

de construir uma nação soberana justa livre e solidária;¹⁵⁰ o artigo 2º define Portugal como um Estado Democrático de Direito, o que reforça a ideia de um *due process of law*, afinado com os valores que informam esse tipo de Estado;¹⁵¹ os artigos 12º e 13º da Parte I – Direitos e garantias fundamentais institucionalizam, respectivamente o princípio da universalidade e o da igualdade;¹⁵² o artigo 20º, cujo inciso 1 guarda semelhança com o nosso inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, trata do acesso à justiça e da tutela efetiva.¹⁵³

Decerto que há outros artigos que representam valores e princípios fundamentais atualmente considerados indeclináveis na contemporaneidade, um deles é o artigo 26º,¹⁵⁴ mas a evocação da Constituição portuguesa, neste trabalho, quer somente verificar a consonância dos dispositivos que hoje representam os

¹⁵⁰ Artigo 1.º - República Portuguesa - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁵¹ Artigo 2.º - Estado de direito democrático - A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

¹⁵² Artigo 12.º - Princípio da universalidade - 1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

Artigo 13.º - Princípio da igualdade - 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

¹⁵³ Artigo 20.º - Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva - 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

¹⁵⁴ Artigo 26.º - Outros direitos pessoais - 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

embargos no CPC português, que, consentâneo com os valores constitucionais portugueses, aponta para esses valores, como se percebe nos artigos 3º, 3 (imposição do dever do contraditório ao juiz), e 3º- A (garantia de paridade de armas), ambos do CPC português.

Os embargos ainda vivem em Portugal e continuam irradiando sua força de exigência de uma decisão clara, sem contradição, sem omissão e bem fundamentada. No fundo, é o mínimo que a parte pode esperar do juízo. Afinal, é dever do magistrado elaborar uma decisão adequada ao caso que se lhe apresentar, não só em relação à forma, mas também em relação ao teor de justiça que embasa o seu conteúdo, que não pode escapar ao contraditório.

4 AS IMPLICAÇÕES DO ARTIGO 979 DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A positivação do prequestionamento ficto no artigo 979 do projeto do novo CPC, elevando-o à condição de norma infra constitucional, por certo tem implicações. Se uma sentença *praeter legem* ou *contra legem* pode significar a primazia do direito sobre a legalidade, a sentença justa e conforme a lei representa uma harmonização, de todo benéfica, entre os desígnios do legislador e a ação concreta do juiz. Ademais, não é contra a forma¹⁵⁵ em si que se deve pugnar, mas contra o culto parnasiano da forma, que a coloca como centro do processo, como se ele fosse um fim em si mesmo. A forma, como elemento ordenador do processo, é garantia de previsibilidade do procedimento, atua como limitadora do arbítrio do órgão que exerce o poder jurisdicional do Estado e do comportamento anético das partes, contribuindo para a efetividade do processo.¹⁵⁶

Eis aí um bom motivo para a inserção do prequestionamento ficto no *corpus* do projeto do novo CPC: ele contribui para a efetividade do processo, ao evitar o círculo vicioso de rejeição sempiterna dos embargos que emperra a possibilidade de ver prosperar o recurso principal almejado. Além disso, ajuda a promover a unificação do entendimento acerca do controverso assunto, na medida em que vem disciplinado no Livro IV do projeto do novo Código de Processo, que trata do processo nos tribunais e dos meio de impugnação das decisões judiciais. Seu topos exato é o Título II (Dos Recursos), Capítulo V, que trata dos embargos de declaração.

¹⁵⁵ O sentido da expressão deve ser conforme o empregado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. Edição organizada por Hermes Zaneti Jr. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Número 2. Vitória: Heliograf LTDA, 2008, p. 87-103.RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 14, jul. 2006.

¹⁵⁶ Idem, p. 14-15.

O fim deste capítulo é verificar as implicações do prequestionamento ficto, elevado agora à condição de norma infraconstitucional pelo legislador, que, por meio de adequado processamento legislativo, elabora um novo documento normativo,¹⁵⁷ o Código de Processo Civil, que irá disciplinar as relações processuais no Brasil. Cumprir tal desiderato impende-requer perscrutar as diversas dimensões que representam o campo de incidência desse instituto e, conseqüentemente, sua interrelação com fatores fundamentais do processo, visando a verificar até que ponto ele se harmoniza com esses elementos.

Procurar-se-á analisar as dimensões ontológica, deontológica e axiológica do prequestionamento ficto, bem como as dimensões principiológica e constitucional desse instituto. A ideia é determinar sua identidade e compreender seu *topos* no universo jurídico-processual, determinando também o *status quo* decorrente de sua inserção no corpus do próprio Código de Processo Civil.

4.1 AS DIMENSÕES ONTOLÓGICA, DEONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA DO ARTIGO 979

Ao voltar olhos para o que era o prequestionamento ficto no seu início e para o que ele é hoje no projeto do novo CPC, forçoso é admitir que esse instituto sofreu uma grande evolução no que tange ao seu aspecto ontológico. Originado de um entendimento esposado pelo ministro Sepúlveda Pertence em voto de relatoria em uma das Turmas do STF, o prequestionamento ficto, em um primeiro passo evolutivo, passa a ser o entendimento do Tribunal Pleno dessa Corte, conquanto houvesse voto vencido a desafiar-lhe a condição de entendimento da mais alta Corte do país.

É verdade que o STJ nunca se dobrou ao entendimento do STF, mostrando-se sempre inflexível e recusando-se a adotar o entendimento da Suprema Corte

¹⁵⁷ A expressão é usada pelo professor Tárek Moisés Moussalem, da UFES. Conferir MOUSSALLEM, Tárek Moisés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p.121-132.

acerca da matéria. Assim, o seu *ontos* revelava a existência de um instituto de natureza jurisprudencial que possuía caráter mais orientativo do que impositivo, uma vez que se mantinha fragmentado, não alcançando o *status* de Súmula¹⁵⁸ e sem o condão de unificar o entendimento das duas mais altas cortes do país.

Essa discrepância entre o entendimento do STF, ou de parte dele, e o do STJ causava certa estranheza; por óbvio que não é conveniente para o sistema que coexistam divergências desse calibre, envolvendo recursos de grande importância para o próprio sistema, como é o caso do extraordinário e do especial.¹⁵⁹

O fato, se não teratológico, no mínimo é paradoxal e não passou despercebido pelos membros da comissão de juristas, que decidiram pela eliminação dessa discrepância, o que foi feito com a disciplina da matéria no artigo 979 do projeto do novo Código de Processo Civil.

Dessa forma, o prequestionamento ficto passa, neste momento histórico de elaboração de um novo CPC, por uma evolução que implica alteração completa do seu *status quo* dentro do sistema de direito processual e o redimensiona consideravelmente, alargando o seu alcance processual ao determinar sua cogência.

O seu *ontos* agora é bem definido. É norma processual infraconstitucional inserida regularmente no sistema e o integra com uma função bastante definida: acabar com a discricionariedade desagregadora do sistema processual, mormente no que tange à necessidade de unificação da jurisprudência dos

¹⁵⁸ Em excelente trabalho publicado recentemente na RePro, Eduardo Higashiyama trata desse instrumento de fixação da jurisprudência dos tribunais superiores. Conferir HIGASHIYAMA, Eduardo. Teoria do direito sumular. In: *Revista de Processo*. Ano 36, vol. 200, outubro – 2011. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁵⁹ Não se pode olvidar que os recursos extraordinário e especial relacionam-se mais ao sistema de direito do que à parte em si. A parte tem seu direito protegido de ameaça ou lesão por via reflexa, uma vez que a correção do ponto atacado em sede constitucional ou federal acaba por ajudar a parte na proteção do seu direito. Conferir JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

tribunais superiores, cujo papel norteador das decisões dos tribunais e dos juízos singulares será intensificado no novo Código.

O artigo 979 limita os poderes discricionários dos ministros do STF e do STJ,¹⁶⁰ ao determinar que os tribunais superiores considerem como havido o prequestionamento do ponto suscitado em embargos pela parte, desde que seja comprovado ter a parte razão em suas alegações, ainda que o juízo *a quo* não se manifeste acerca dos embargos manejados pela parte para intentar o recurso extraordinário ou o especial.

O que expressa o artigo 979 reveste-se de caráter deontológico, uma vez que, revestido de caráter legal, impõe o seu “dever-ser”, a sua imperativa aplicação, se ocorrer o que ali está descrito. Ressalte-se o seu caráter prescritivo, cujo papel-mor seria orientar a ação dos tribunais superiores no sentido que o legislador, após extensivos debates com a comunidade,¹⁶¹ entendeu ter um caráter mais justo e adequado para superar a inércia do juízo, desde que verificada a sua omissão em julgar caso.

É preciso também, entretanto, voltar olhos para o seu caráter de norma secundária, colocada no sistema para fazer valer a determinação de eliminar um problema, aplicada como uma espécie de sanção ao juízo que se mantém inerte diante da correta alegação de um ponto pelo embargante. Assim, caso o juízo *a quo* se mantenha inerte, deve-ser o juízo *ad quem* avocar para si a causa, dando a matéria por prequestionada e deslocando a competência para julgar o caso objeto de denegação do tribunal de origem. É dizer-se: verificada a situação

¹⁶⁰ Embora possa parecer que nada mais restará aos tribunais superiores senão acatar o aspecto deontológico do artigo 979 e conhecer do recurso, é preciso lembrar que, em um caso que enseje a aplicação cogente do dispositivo inculcado no projeto do novo CPC, sempre existirá a possibilidade de que, na análise do caso concreto, aflore também outro aspecto igualmente previsto no texto positivado, de que é exemplo o não conhecimento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, quando a questão que o embasa não oferecer repercussão geral (artigo 950, caput, do projeto do novo CPC).

¹⁶¹ Foram realizadas 6 audiências públicas e 12 reuniões de trabalho da Comissão Jurídica encarregada de elaborar o novo CPC, além de o projeto ter sido analisado e emendado em processo legislativo que, no momento, desenvolve-se na Câmara dos Deputados e está parcialmente desenvolvido no Senado Federal, Casa de origem do PL 166/2010 visto que foram propostas, na Câmara dos Deputados, Casa revisora do projeto de Lei, emendas ao texto originalmente votado no Senado. Tudo está devidamente documentado e pode ser conferido em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/membros.asp>> Último acesso em 06 março 2012.

explicitada no artigo,¹⁶² o tribunal superior deve dar o prequestionamento como havido, para superar o impasse gerado pela omissão inflexível do tribunal de origem, que é prejudicial à credibilidade da atividade jurisdicional.

O prequestionamento ficto também pode ser dimensionado no que tange aos valores que o embasam e dão sustentação ideológico-política para sua inserção explícita no projeto do novo Código de Processo Civil. Sua dimensão axiológica tem um forte conteúdo do valor justiça, que, ademais, tem informado praticamente todos os aspectos contemporâneos relacionados à atividade do Estado, influenciando, notoriamente, no campo processual civil. Seu espectro, no entanto, é mais amplo; a previsão explícita do prequestionamento ficto transcende a ideia cada vez mais ampliada de justiça como único aspecto axiológico a dar-lhe suporte para figurar como norma no âmbito do processo civil.

Para além do valor justiça, o instituto haure sua força também: i) na efetividade, porquanto visa a dar maior rendimento possível ao processo, possibilitando à parte ter sua alegação analisada no mérito para que seja alcançada decisão mais adequada ao caso; ii) na participação leal das partes, já que dá meios de o tribunal superior corrigir a omissão em tudo prejudicial aos interesses recursais do embargante; iii) na segurança, pois a parte tem a garantia do sistema processual de que não terá o seu recurso denegado por conta da omissão do juízo *a quo*, corroborada pelo juízo *ad quem* sob a alegação de não haver sido prequestionada a matéria por falta de manifestação expressa daquele juízo; iv) na colaboração das partes,¹⁶³ uma vez que instaura no sistema um mecanismo de correção que devolve o processo ao debate, à dialética da argumentação dos

¹⁶² “Artigo 979. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade.”

¹⁶³ Entende-se que esse valor tem uma dimensão maior do que a participação leal no processo, uma vez este exige mais um comportamento ético dos sujeitos do processo, estruturado numa razão pura, enquanto aquele exige um comportamento comprometido, ativo, de predisposição ao debate democrático, de colaboração entre o órgão jurisdicional e as partes para encontrar a decisão mais adequada possível ao caso concretamente apresentado em juízo, o que exige, para além da boa fé e da lealdade, uma lógica dialética e uma educação para a racionalidade prática num exercício de democracia participativa. Esse, segundo Daniel Mitidiero, é um dos elementos fundamentais para a implantação de uma nova metodologia de condução do processo. Conferir MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* – pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

sujeitos envolvidos, possibilitando o exercício democrático do contraditório na construção jurídica, e não apenas legal, da decisão mais adequada ao caso.

É essa a dimensão do prequestionamento ficto no que concerne ao seu caráter ontológico, deontológico e axiológico. Como norma, o *ontos* do artigo 979 encontra-se em condição privilegiada, uma vez que de entendimento inicialmente solitário do ministro Sepúlveda Pertence transformou-se em dispositivo normativo inserido pelo legislador no projeto do novo CPC. Isso implica (re)delimitar o seu alcance, uma vez que seu novo *status quo* no sistema processual alarga, ou mesmo instaura, o seu espectro deontológico. Como norma jurídica, obriga o juízo, impõe o seu dever-ser, irradia sua cogência.¹⁶⁴

Toda essa mudança verificada no que diz respeito ao *status quo* do instituto, como a sua expressa previsão no projeto do novo CPC, e à natureza deontológica que alcançou só é possível porque ele está assentado sobre valores que, para além do sempre recorrente valor justiça, informam o processo civil contemporâneo e representam avanços importantes, como a efetividade, a participação leal, a segurança jurídica e a colaboração dos sujeitos do processo.

4.2 A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA DO ARTIGO 979

Como visto anteriormente, o processo civil contemporâneo, notadamente no que tange à construção da decisão, visa a realizar valores cuja dimensão revelam o seu grau de comprometimento com o Estado Democrático de Direito. Não só a celeridade, mas também outros valores, como a dignidade da pessoa humana, a efetividade do processo e a justiça das decisões são perseguidos pelo processualista contemporâneo.

¹⁶⁴ O mesmo fenômeno de alargamento do caráter deontológico em função da mudança de *status quo* ocorre com o voto vencido para fins de prequestionamento. Antes rejeitado pelos tribunais como forma de prequestionar a matéria, a determinação explícita de declaração e de integração do voto vencido no acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento, agora está prevista no artigo 896, § 3º, do projeto do novo CPC.

O processo civil é dotado de princípios que direcionam seu proceder, identificam suas bases ideológicas e dimensionam seu grau de comprometimento com o Estado em que se insere. É de princípios que se quer falar neste item, mas não com o intuito de aprofundar o debate de conceitos esboçados pela Filosofia do Direito e que já motivaram diversos trabalhos acadêmicos.

A distinção entre princípios e regras já está bastante desenvolvida no meio acadêmico brasileiro e não queremos aqui repisar o assunto; no entanto, para dimensionar com mais precisão a importância dos princípios no direito brasileiro contemporâneo, esboçamos aqui, de forma sucinta, algumas considerações acerca da idéia de regras e princípios, sem esquecer que o foco deste item é a consonância entre o prequestionamento ficto, que ora se insere no projeto do novo CPC, e alguns princípios que regem o processo civil no Brasil contemporâneo, hoje considerado Estado Constitucional.¹⁶⁵

Os princípios tomaram uma dimensão diferente da que possuíam no que tange ao direito a partir da célebre polêmica entre Hart e Dworkin,¹⁶⁶ e não se quer dizer com isso, por óbvio, que antes o debate não fosse importante, mas o embate de Dworkin contra o positivismo, apontado para as idéias de Hart,¹⁶⁷ é fundamental para o salto que os princípios dão no universo do direito contemporâneo, no que tange à sua dimensão e ao seu significado.

Dworkin considera que, a exemplo do que acontece com as regras, os princípios inserem-se no sistema de direito, sendo, portanto, espécie de norma, distinguindo-se das regras devido ao caráter tudo-ou-nada que as regras têm, e os princípios, não.¹⁶⁸ Para Dworkin, os princípios representam um *standard* a ser

¹⁶⁵ Conferir MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. Ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁶⁶ Conferir DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72.

¹⁶⁷ Dworkin afirma claramente seu intento: "Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário." Conferir DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

¹⁶⁸ DWORKIN. *Op. cit.*, p. 39.

levado em consideração pelo intérprete-aplicador da norma. Essa consideração, antes de ser uma permissão atinente à realização ou ao atendimento de escopos sócio-político-econômicos, volta-se para a dimensão ético-moral, notadamente para o valor justiça, para a equidade.

Enquanto para Hart a distinção entre os princípios e as regras é que os princípios são mais extensos, gerais e inespecíficos,¹⁶⁹ para Dworkin tanto as regras, quanto os princípios enfocam decisões particulares concernentes à obrigação jurídica em determinadas condições. Para Dworkin, regras e princípios distinguem-se por conta da natureza da orientação que oferecem, havendo, no caso dos princípios, uma dimensão de importância, o que não acontece com as regras.¹⁷⁰

Segundo Dworkin, os princípios, diferentemente das regras, que possuem um critério de validade, possuem um critério de peso.¹⁷¹ Dessa forma, o princípio pode permanecer no sistema de direito se, ao conflitar com outro princípio, for preterido em relação a ele, uma vez que em outra situação concreta, em outro caso, poderá sobrepujar o princípio com ele confrontado por meio da atividade do intérprete-aplicador da lei ao sopesar os princípios. No caso das normas, que são válidas ou inválidas, a norma preterida por outra terá de ser reformulada ou expulsa do sistema, uma vez que não possuem a dimensão de peso.¹⁷²

¹⁶⁹ Segundo Hart, no que tange aos princípios, existem pelo menos duas características que os distinguem das normas: “A primeira é uma questão de grau: em relação às normas, os princípios são amplos, gerais ou inespecíficos, no sentido de que uma série de normas distintas poderia frequentemente ser apontada como manifestações ou exemplos de um único princípio. A segunda característica é que, por remeterem mais ou menos explicitamente a algum propósito objetivo, atribuição de direito ou valor, os princípios são considerados, de certo ponto de vista de vista, como algo cuja preservação ou adoção são desejáveis, e, assim, não apenas oferecem uma explicação ou razão para as normas que os exemplificam como no mínimo, contribuem para justificá-las.” Conferir o Pós escrito de Hart *in*: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: 2009, p. 335-336. Conserva-se aqui a expressão “normas”, preservando-se a tradução, mas, a rigor, a melhor tradução seria regras, uma vez que no original está escrito “rules”.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Idem*, p. 42.

¹⁷² Voltando-se contra essa idéia, Hart, evocando Raz, escreve, no Pós-escrito à sua obra capital, *O conceito de direito*, o seguinte: “Não vejo motivo para aceitar seja esse violento contraste entre os princípios e as normas jurídicas, seja a opinião segundo a qual, se uma norma válida for aplicável a determinado caso, ela deverá, ao contrário de um princípio, determinar

Nesse debate, as idéias de Alexy, cujo foco maior é construir uma teoria da argumentação racional fundamentada a partir do estudo das decisões do Tribunal Constitucional alemão,¹⁷³ também aparecem com destaque no debate em torno do assunto. Suas ideias acerca do tema vieram a lume em 1979, em artigo intitulado *Sobre o conceito do princípio de direito*, em que ele discute delimitação de regras e princípios em contraponto com as idéias de Dworkin.

Para Alexy, ambos, regras e princípios podem ser considerados norma. Na sua concepção, porém, em vez de *standard*, os princípios são mandamentos de otimização, enquanto as regras se revestem do caráter de mandamentos definitivos. Enquanto as regras estão para ser cumpridas ou não cumpridas, os princípios passam por uma ponderação.¹⁷⁴ Estes se relacionam a um dever ideal, aquelas, a um dever real.¹⁷⁵

Na concepção de Alexy, cuja ideia não se confunde com a de Dworkin, os princípios, em razão de possuírem um caráter *prima-facie* em relação às regras,

invariavelmente o desenlace da causa. Não há razão alguma pela qual um sistema jurídico não possa reconhecer que uma norma válida define um resultado nos casos aos quais se aplica, exceto quando outra norma, julgada mais importante, for também aplicável ao mesmo caso. Assim,, uma norma, vencida num determinado caso, ao conflitar com outra mais importante, pode, como um princípio, sobreviver e continuar vigente, de modo que determine o desenlace em outros casos onde for considerada mais importante que outra norma concorrente.” Conferir: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: 2009, p.337-338.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

¹⁷⁴ Em obra publicada originalmente em 1995, Alexy explicita que “Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida, tão alta quanto possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que eles podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida ordenada de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas que, além de por regras, são determinadas, essencialmente, por princípios em sentido contrário. O último implica que princípios são suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma de aplicação do direito característica para princípios. Ao contrário, regras são normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale e é aplicável, então é ordenado fazer rigorosamente fazer aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, nesse sentido, fixações no espaço do fático e juridicamente possível. Sua aplicação é uma assunto-tudo-ou-nada. Elas não são nem suscetíveis nem carentes de ponderação. A forma de aplicação do direito para elas característica é a subsunção.” Conferir ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 164-165.

¹⁷⁵ Robert Alexy explicita que “um dever ideal é todo dever que não pressupõe que aquilo que é devido é possível real e juridicamente em sua totalidade, mas para isso pede cumprimento tão amplo ou aproximativo quanto possível. Pelo contrário, o caráter mandamental de prescrições, que podem ser ou somente cumpridas ou não cumpridas, pode ser qualificado de ‘dever real’.” Conferir ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 155.

podem ser mais capacitados a irradiar seus efeitos a outros campos do direito ou a vincular entes públicos na criação, na interpretação das leis ou na integração das lacunas, pois, diferente das regras, podem ser cumpridos em diversos graus, dependendo do que indicam as possibilidades fáticas ou jurídicas.¹⁷⁶

Esse, certamente, é um fenômeno que se tem verificado no atual estágio do processo civil brasileiro. A dimensão que os princípios e valores assumem neste momento reflete não só a exigência de um comprometimento do processo com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito, mas também o alto grau de possibilidades de realização de direitos que os princípios contêm, podendo mesmo representar razão bastante para justificar uma decisão, ainda que ela seja *contra legem* ou *praeter legem*, sendo mitigado, aí, o alcance dos princípios da legalidade e da segurança jurídica em face, por exemplo, da dignidade da pessoa humana.

Feitas essas breves considerações acerca de regras e princípios, impende agora verificar a que princípios se liga o prequestionamento ficto e, nesse dimensionamento principiológico, determinar a importância desse instituto como um dos elementos hoje necessários para realizar efetivamente a grande gama de direitos que reclama via de acesso à jurisdição e, conseqüentemente, à justiça.

O processo civil brasileiro assume, contemporaneamente, no que tange à atividade jurisdicional, o papel de condutor de uma verdadeira revolução que fixa suas raízes mais imediatas e profundas em valores, princípios e normas insculpidos na Constituição Federal de 1988. É de lá que deflui grande carga principiológica com forte viés normativo e determinante para a condução do processo nos tempos atuais, podendo-se falar, sem embargo, na existência de um processo civil constitucionalizado, que se harmoniza com os princípios e as normas contidos na Constituição Federal de 1988.¹⁷⁷

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 137-175.

¹⁷⁷ A respeito do tema, veja-se ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ZANETI JÚNIOR, Hermes (ORG.). *Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado*. Vários autores. **Revista do**

Esse fenômeno de ingente constitucionalização do processo embasa-o de princípios e de valores com um fortíssimo conteúdo de direitos fundamentais que reforçam a idéia do processo como uma via de construção democrática da decisão justa e efetiva, não só como concretização do direito material, mas também da justiça material.¹⁷⁸

O processo, em seu embasamento constitucional hodierno, deve representar uma via democrática para promover uma verdadeira busca por soluções que tanto ajudem a realizar os preceitos concernentes ao Estado Democrático de Direito idealizado na Constituição, quanto dotem o processo de mecanismos que o tornem apto a desempenhar adequadamente a tarefa, que ora lhe é confiada. Nesse contexto, ganha destaque o contraditório, considerado valor-fonte desse direito processual constitucional.¹⁷⁹

Confrontando o prequestionamento ficto com o princípio da legalidade, vê-se que esse instituto está totalmente consoante com a transformação por que passou o princípio da legalidade, cuja evolução se deu de um plano formal para um plano substancial, porquanto precisa estar informado da conformação da lei com a Constituição e, mais estreitamente, com os direitos fundamentais; isso não pode conduzir a uma análise reducionista da transformação do princípio da legalidade tão somente como uma conformação às exigências da Constituição como lei maior: sua transformação implica mudanças mais profundas.¹⁸⁰

Era exatamente o princípio da legalidade o cerne da razão denegatória dos tribunais superiores em aceitar o recurso extraordinário ou especial manejado contra a omissão do juízo em sede de embargos de declaração opostos com esse fito, frise-se, por determinação da Súmula 356 do STF. O primeiro passo dado pelo ministro Sepúlveda Pertence já apontava para a necessidade de

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Número 2. Vitória: Heliograf LTDA, 2008

¹⁷⁸ Conferir ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁷⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007, p. 190-198.

¹⁸⁰ Conferir MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.43-45.

quebra do paradigma de entendimento que privilegiava, inflexível, como ainda sói acontecer no STJ, a disposição da Súmula 211 de exigência de *decisum* no âmbito do tribunal *a quo* para que o tribunal *ad quem* pudesse apreciar a matéria.

A omissão do juízo *a quo* e a denegatória do juízo *ad quem*, entretanto, em nada condizem com o princípio da legalidade, tanto faz seja ele de caráter formal ou substancial. Neste caso, porque o tribunal superior não pode se eximir de corrigir a injustiça defluente da omissão do juízo de origem, fechando os olhos para tal injustiça sob a argumentação de que só pode acatar o recurso se o juízo de origem se manifestar expressamente; já naquele caso, porque a denegação do tribunal de origem em julgar o ponto omissa da decisão atenta contra a determinação constitucional de garantia de acesso à jurisdição insculpido no artigo 5º, XXXV, da CF/88 e contra as disposições contidas nos artigos 535 e 537 do CPC.

O prequestionamento ficto veio mitigar o princípio da legalidade afeto ao velho processo formulário, principalmente no que tange a exigências formais empedernidas, muitas vezes oriundas dos regimentos internos dos tribunais superiores com o propósito de afastar demasiado número de processos que atualmente abarrotam esses tribunais. Fechar o acesso da parte ao recurso especial, como ocorre no STJ, não parece consonante com a idéia contemporânea de um processo comprometido com valores e princípios fundados nos direitos fundamentais.

Destarte, afastar essa exigência de manifestação expressa do tribunal de origem e mitigar a vetusta óptica do princípio da legalidade nada mais é que privilegiar os princípios da economia processual, do contraditório e da instrumentalidade das formas. Em última instância, é dizer-se: o que se deve verificar é se a parte cumpriu o seu papel de alegar a matéria em tempo hábil, obviamente suscitando a matéria controversa antes da oposição dos embargos, sem inovar, o que não seria admissível por conta da preclusão.

No que tange ao princípio da instrumentalidade das formas, o prequestionamento ficto está inteiramente harmônico com o aspecto teleológico que esse princípio

preconiza em sua essência: as formas não existem por si sós, autonomamente, são meios para se atingir um fim. Representa, na verdade, a otimização desse princípio para além da letra dos artigos 154, *in fine*, e 244 do CPC, aumentando o seu alcance para reconduzir o processo ao seu verdadeiro objetivo. Isso exige inclusive considerá-lo como princípio dos princípios,¹⁸¹ privilegiando o conteúdo substancial que ele contém a fim de que seja realmente efetivada a tutela jurisdicional.

Quando procurou captar o verdadeiro sentido da Súmula 356, o ministro Sepúlveda Pertence superou o entendimento exíguo de que a parte teria de suportar o prejuízo a suas pretensões recursais caso o tribunal de origem, recusando-se ao contraditório, permanecesse na inércia. Constatada a omissão, o dano à parte parecia não sensibilizar a Corte, o que começou a mudar no STF com o voto pioneiro do ministro, não ocorrendo o mesmo com o STJ, que continua arraigado a sua Súmula 211. Dessa forma, verifica-se que o prequestionamento ficto assoma como técnica processual legítima para garantir a efetividade da jurisdição e superar o velho entendimento acerca da verdadeira finalidade da Súmula 356 do STF, corrigindo o rumo inadequado decorrente da sua hermenêutica estreita.

Nessa seara principiológica, portanto, o prequestionamento ficto, prestes a virar determinação legal infraconstitucional inscrita no novo CPC, otimiza e revitaliza os princípios do contraditório, da economia processual e da instrumentalidade das formas, especialmente este último, sendo em tudo condizente com o processo civil contemporâneo comprometido com valores que se colocam como primordiais para um novo conceito de legalidade e de segurança jurídica, muito além da inflexível imposição formal herdada do velho processo formulário em que os atos devem suceder-se mecanicamente, sem que haja dimensionamento substancial, apenas formal.

¹⁸¹ A expressão é usada pelo professor Daniel Hertel, em obra de grande fôlego sobre o princípio da instrumentalidade das formas. Conferir HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 75-161.

O processo contemporâneo encerra, como já visto neste trabalho, forte carga axiológica que representa verdadeiros mandados de otimização dos princípios concernentes ao exercício efetivo da jurisdição no intuito de promover a efetiva concretização de direitos com justiça. Essas mudanças se dão tanto na esfera da jurisdição quanto na do próprio direito e implicam um redimensionamento do processo para conformar-se não somente à Constituição, mas a uma gama de valores que passam a consubstanciá-lo. Entre esses valores, inclui-se uma adequada tutela dos direitos por meio da criação de dispositivos, procedimentos ou técnicas capazes de garantir uma decisão justa, e o prequestionamento ficto representa uma técnica eficaz para corrigir o rumo do processo e consolidar esse objetivo.

4.3 A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 979

O último passo deste capítulo é verificar a consonância entre o artigo 979 do projeto do novo CPC e a Constituição Federal de 1988, tanto no que tange à sua congruência com o desiderato da Constituição, quanto no que concerne à própria exigência pelos tribunais superiores do prequestionamento como requisito para a interposição de recurso extraordinário ou especial. Como se sabe, essa exigência decorre antes da manutenção de uma tradição consolidada nos tribunais superiores do que de uma determinação do texto constitucional.¹⁸² Rompê-la

¹⁸² Em obra coletiva de grande valor acerca dos recursos no STJ, coordenada pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e publicada em 1991, o ministro Athos Gusmão Carneiro expressou opinião favorável não apenas sua, mas de vários ministros do STJ, sobre a exigência de prequestionamento da matéria federal para interpor recurso especial, posto que a Constituição silenciava a esse respeito, diferentemente do que ocorrera com a exigência desde a Constituição de 1891, excetuando-se a outorgada, de 1967/1969. A razão preponderante para essa exigência era a própria natureza do recurso especial, que se destina a corrigir violação da lei federal no acórdão recorrido e que funda seu escopo nas expressões “contrariá-la” ou “negar-lhe vigência”. Para a maioria, no entanto, como era o caso do ministro Costa Leite, deviam ser afastadas as formalidades exageradas, como a exigência de prequestionamento explícito (Súmula 282 do STF) ou mesmo da oposição de embargos de declaração para tornar explícito o que já estava implícito (Súmula 356 do STF). Vê-se que essa posição dos ministros do STJ mudou muito e essa mudança chegou ao seu ápice com a edição da Súmula 211, cristalizando o entendimento pró-formalismo. Conferir CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991, p.117-118.

parece uma tarefa praticamente impossível, principalmente em função do grande prestígio que esse requisito tem tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais superiores.

Em relação à sintonia com os objetivos da Constituição, em geral, e com os direitos fundamentais, em particular, é inegável que o artigo 979 do projeto do novo CPC se mostra extremamente profícuo nesses aspectos, relevantes para a própria essência da Carta Magna. O artigo 979 promove verdadeira igualdade entre o tribunal e a parte, resgatando o contraditório como um fundamento do princípio da igualdade da parte diante do tribunal. É a reafirmação da predominância do direito não escrito de ser ouvido em juízo, que é hoje reconhecido como direito processual fundamental, uma garantia de paridade de armas diante do tribunal.¹⁸³

Nesse sentido, o artigo 979 vem corroborar a superação de um contraditório estático, em que prevalecia a informação e a reação, em prol de um contraditório dinâmico, em que a paridade de armas e a efetiva colaboração das partes é imprescindível para efetivar a justiça. Ao prescrever que o tribunal superior não se omitirá diante da inércia do tribunal de origem em analisar o ponto levantado pela parte, negando-lhe o contraditório e, portanto, a própria igualdade perante a lei, o artigo 979 revela-se um instrumento bastante eficaz para promover a efetividade da justiça e consolidar o Estado Democrático de Direito objetivado pela Constituição.¹⁸⁴

Nesse diapasão, o prequestionamento ficto, ao figurar expressamente como norma do CPC, representa uma garantia da continuidade do exercício do direito de ação, ao afastar a omissão do juízo, e corrige um grave desvio em relação ao

¹⁸³ Conferir CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 62.

¹⁸⁴ O artigo 979 dá aos tribunais superiores autorização para chamar o feito a si e, conhecendo do recurso extraordinário ou especial, julgar-lhe desde então o mérito. Isso é consoante com as palavras de Marinoni: “[...], para que o processo seja capaz de atender ao caso concreto, o legislador deve dar à parte e ao juiz o poder de concretizá-lo ou de estruturá-lo. Ou seja, o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto.” Conferir MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.430.

devido processo legal, configurado na denegação do exercício da função jurisdicional pelo Estado. Esse instituto ajuda a consolidar exatamente um dos objetivos do Anteprojeto do novo CPC elaborado pela Comissão de Juristas: estabelecer verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal.

Há que se lembrar de que o processo civil brasileiro contemporâneo tem de orientar sua normatividade pelos valores delineados na Constituição, fundamento-mor do Estado Constitucional brasileiro. Importa que haja no processo uma normatização que se traduza na prática como uma comunhão entre os valores que balizam essa nova concepção metodológica não só na concepção renovada de seus institutos mais basilares, mas também em relação ao próprio mecanismo de atuação processual. Mister é, portanto, que valores como igualdade, participação, efetividade e segurança jurídica estejam em sintonia confluyente com o fito de alcançar o valor justiça, um mantra da Constituição brasileira a ser perseguido incansavelmente pelo processo comprometido com o seu tempo e com o desiderato constitucional.¹⁸⁵

Destarte, o artigo 979, redireciona o curso do processo em sede de recursos extraordinário e especial, conformando o procedimento de aferição da existência de prequestionamento à verificação da situação em concreto que se delineia com a oposição dos embargos declaratórios e com a denegação de manifestação do tribunal acerca deles. A condição para considerar o prequestionamento como havido é que realmente fique configurada a inércia do tribunal de origem mesmo após a oposição dos embargos, causando, assim, prejuízo irreparável à parte.

O legislador, assim, alinha-se à perspectiva constitucional de garantia de acesso amplo à justiça, uma vez que obliqua a omissão dos tribunais e limita essa “instância heterônoma de criação abreviada do direito”,¹⁸⁶ tolhendo os excessos que têm caracterizado a exigência de manifestação expressa do tribunal *a quo* para a configuração do prequestionamento. Tudo isso devolve à parte a

¹⁸⁵ Conferir MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

¹⁸⁶ A expressão é usada pelo professor da UnB Inocêncio Mártires Coelho. Conferir COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 39.

possibilidade de ter o mérito do recurso analisado, conquanto possa ser ele improvido, porquanto o artigo 979 garante apenas a admissibilidade do recurso, não o seu provimento.

Além disso, a previsão do prequestionamento ficto no artigo 979 do projeto do novo CPC vem redimensionar o universo jurisprudencial dos tribunais superiores: o artigo 979 colide, de forma impiedosa, com a Súmula 211 do STJ. A manutenção da Súmula 211 representará um atentado não só à expressa determinação de uma norma legal do sistema, criada mesmo para afastar o grave vício da denegação do ato de julgar, mas também a valores e a princípios que, defluindo da própria Constituição Federal, informam o processo contemporâneo de um modo irreversível. Essa manutenção, caso venha a confirmar-se, só revelará uma concepção de processo atualmente ultrapassada, que vê na forma a âncora mais significativa para a sua condução.

Se é verdade que a exigência expressa de prequestionamento no manejo do recurso extraordinário figurava expressamente em outras constituições anteriores à de 1988, não há, como já visto neste trabalho, a mesma determinação do texto constitucional atualmente em vigor. Assim, a própria essência dos recursos extraordinário e especial, estaria a exigir a presença de tal requisito, uma vez que se destinam a atacar decisões emanadas dos tribunais, em última ou única instância, que porventura afrontem a Constituição ou a legislação federal.

Ademais, aditam-se a isso os seguintes motivos normalmente apontados para a manutenção do requisito do prequestionamento: i) evitar que haja supressão de instância, promovendo também a manutenção da ordem constitucional de juízes e tribunais prevista na Constituição; e ii) evitar que a parte contrária seja surpreendida por recurso extraordinário ou especial cuja matéria não tenha sido objeto de análise pelo tribunal de origem da decisão recorrida.

Todo esse entendimento repousa na inteligência da expressão “causas decididas em única ou última instância” estampada nos artigos 102, III, e 105, III, da CF/88. Dessa forma, a ideia do prequestionamento como manifestação expressa do juízo acerca da matéria é justificada pela interpretação literal da expressão e a

referencia como forma de construir uma base de cunho constitucional sobre a qual se assentará a razão dessa exigência.

O problema maior está em que o entendimento não é conforme a Constituição, quando se analisa o seu espírito ampliativo de alargar a via de acesso ao Judiciário e à justiça, promovendo a sua concretização com o máximo possível de celeridade (artigo 5º, LVIII, da CF/88). Assim, a inserção do artigo 979 no novo CPC implica retirar o óbice da Súmula 211 à interposição de recurso especial, injustificável no âmbito do processo civil contemporâneo que se busca sedimentar no Brasil.

O artigo 979 do projeto do novo CPC vem exatamente combater esse óbice, visando a simplificar o curso do processo na sua fase recursal e a eliminar o vício da recusa em aceitar o prequestionamento como havido se a parte suscitou o ponto e, ainda assim, o tribunal de origem manteve-se silente acerca dele. Restringir o acesso à via judicial do recurso especial e, por conseguinte, à justiça vai de encontro ao que preconiza a Constituição e se torna um verdadeiro empecilho à superação dos problemas concernentes ao velho processo marcado por excessivas exigências de formalidade.

Ao mesmo tempo em que revela o seu compromisso com os objetivos da Constituição, uma vez que contribui para a concretização da justiça, e de valores como a igualdade, a efetividade e o contraditório, o artigo 979, outrossim, unifica o entendimento das cortes superiores no que tange à exigência de manifestação expressa do tribunal *a quo* sobre o ponto omissis indicado pelo recorrente, o que se mostra extremamente importante para garantir a segurança jurídica, uma vez que o dissenso entre o STF e o STJ configura situação teratológica

Todos esses aspectos conduzem à ideia de harmonia e consonância entre o prequestionamento ficto e a Constituição. Nessa dimensão, o artigo 979 assoma como fator de reabilitação do processo em seu âmbito recursal, redirecionando o caminho que se percorrerá até a decisão definitiva, com análise do mérito do recurso, agora com a devida apreciação do ponto agitado pelo embargante e

considerado por ele como importante para o desfecho do caso levado ao Judiciário.

5 CONCLUSÃO

O processo civil contemporâneo brasileiro vive um momento muito intenso, fecundo no que concerne ao seu estágio metodológico, com novas concepções acerca do processo aflorando. O momento é de intensa reflexão e de grande produção intelectual. O novo Código de Processo Civil prestes a vir a lume certamente intensifica o debate e convida a refletir sobre os múltiplos aspectos que estão envolvidos nesse ato de transmutação, em que se chega à conclusão de que o velho edifício processual deve ser implodido para que surja outro, mais moderno e adequado à nova realidade que se impõe soberana.

Foi com o intuito de participar mais ativamente desse histórico momento de iluminismo prolongado no processo civil que intentamos construir essa dissertação. Pode-se dizer que essa foi a causa remota: debater, discutir, perscrutar o universo rico que perfaz o processo civil nesses trópicos, especialmente o processo civil hodierno, é tarefa das mais nobres e instigantes. E com esse sentimento tateamos o mundo plurissignificativo do processo civil brasileiro, cujo caminhar tem sido sempre progressivo.

O impulso desse progresso, como visto no trabalho, dá-se principalmente após a promulgação do Código de Processo Civil de 1939. Ali já estava explícito o caráter federal e unitário do processo civil brasileiro, cuja opção pela não fragmentação do sistema não pode ser vista apenas como opção metodológica de romper com a dualidade legislativa processual civil, ao retirar dos Estados a competência para legislar sobre processo, deve ser vista também como reflexo do forte contexto autoritário e centralizador do Estado Novo (1937-1945).

Superado esse fragmentado período da codificação estadual, temos na segunda metade do século XX um momento crucial para o processo civil brasileiro, que aprofunda seu desenvolvimento científico acerca do direito e do processo, desenvolvendo e aperfeiçoando institutos para também desenvolver e aperfeiçoar o processo, o que provoca a existência de uma vasta legislação extravagante, que, aliada às críticas da doutrina e dos operadores do direito, exigiu um novo Código de Processo Civil.

A elaboração desse novo Código foi declinada a Alfredo Buzaid, um dos nossos brilhantes juristas que hauriu seu conhecimento de Liebman, cuja influência no Código de Processo Civil de 1973 é patente em vários institutos e conceitos, como é o caso do julgamento antecipado da lide (art. 330), do conceito de coisa julgada (art. 467) e das três condições da ação originalmente propostas por Liebman: interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido (artigos 3º e 267, VI).¹⁸⁷

O Código de Processo Civil de 1973, ao longo do tempo, principalmente após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, teve de se adaptar a uma nova realidade fática consolidada em nossa sociedade que, após um longo período sombrio no campo político, (re)descobriu valores como a democracia, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o direito incondicional de acesso à justiça. A forte carga de conteúdo dos direitos fundamentais informa a Constituição e, especialmente no que diz respeito ao processo, impõe a criação de instrumentos que possam pôr o processo em consonância com o desiderato da Constituição, de construir uma sociedade justa, solidária e igualitária, ancorada na dignidade da pessoa humana.

Agora, já no século XXI, aponta no horizonte processual um novo Código de Processo Civil, que já foi aprovado no Senado Federal, casa de origem do projeto de Lei 166/2010, e se encontra em tramitação especial na Câmara dos Deputados, casa revisora,¹⁸⁸ sob a designação PL 8046/2010. Embora alguns céticos ainda não acreditem nisto, ele não tardará.

É claro que essa vultosa mudança no processo civil brasileiro desperta polêmicas, mormente porque o novo pode provocar desconforto naqueles que se

¹⁸⁷ Ressalte-se que Liebman, posteriormente, na terceira edição do seu *Manuale di diritto processuale civile*, eliminou a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, influenciado pela aprovação da lei do divórcio na Itália, em 1973, já que usava o exemplo da impossibilidade jurídica de divórcio na Itália como fundamento dessa condição da ação.

¹⁸⁸ As últimas notícias dão conta de que o texto está sendo alterado na Câmara Federal, portanto, antes de seguir para sanção presidencial voltará ao Senado Federal, conforme determina o artigo 65, parágrafo único, de CF/88 [Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.].

mantiveram tanto tempo afeiçoados às velhas formas. O novo também embute esperança, confiança em algo diferente, desperta a curiosidade. Hoje não são poucos os processualistas que declinam artigos ou mesmo obras a debater diversos pontos do novo CPC, principalmente suas inovações, como a tutela à evidência (artigo 278, projeto do novo CPC) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 930 a artigo 941 do projeto do novo CPC).

Nesse contexto de mudanças, superada a discussão acerca da necessidade de um novo CPC, mesmo porque ele é inexorável e iminente, o que realmente nos compete é verificar princípios e valores, institutos, dispositivos e procedimentos que configuram seu corpus. Analisar a validade tanto de suas inovações quanto de suas conservações se torna imperativo até mesmo para tentar influir no aperfeiçoamento do projeto do Código, o que, por suposto, é de interesse do processualista comprometido com as novas exigências que o processo, informado por valores, tem de superar para concretizar a decisão mais justa e efetiva.

No caso desta dissertação, o objetivo foi, a partir de premissas fixadas no primeiro capítulo, principalmente com foco nos valores consagrados constitucionalmente, verificar o alargamento do alcance dos embargos de declaração. Com a inserção do prequestionamento ficto, cerne de uma divergência sempiterna entre o STF e o STJ, no projeto do novo Código de Processo Civil, esse instituto consolida-se como regra positivada no sistema normativo e impende verificar como esse novo *status quo* coaduna com a ideia de um processo justo, efetivo e célere, que tanto inspira a processualística brasileira contemporânea.

O primeiro passo foi perscrutar o caminhar desse recurso no direito brasileiro e verificar como ele chegou a ser importante para o prequestionamento da matéria constitucional ou federal exigido para que a parte possa interpor recurso extraordinário ou especial. Para cumprir tal desiderato, procurou-se ir à origem dos embargos de declaração, o direito português, a fim de, depois, acompanhar

sua constante permanência no direito brasileiro, figurando entre os recursos do processo civil tanto no CPC/39¹⁸⁹ quanto no CPC/73¹⁹⁰.

Muitos pugnaram, no campo doutrinário, por se extirparem os embargos do rol de recursos cíveis brasileiro,¹⁹¹ tentando até mesmo fazê-lo por meio de projeto de lei,¹⁹² mas a grande verdade é que eles resistiram e ganharam nova intensidade no projeto do novo CPC.

Os embargos foram previstos originalmente no direito português, nas Ordenações Afonsinas (1446), tendo permanecido nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603), vindo a integrar o direito brasileiro por força do colonizador, sendo certo que se manteve desde a época colonial, tendo sobrevivido em todos os códigos de processo civil brasileiros, com uma ou outra modificação, o que não retirou a sua essência: integrar ou esclarecer a decisão omissa, obscura ou contraditória, não possuindo efeito devolutivo.

Verificou-se que, com o passar do tempo, esse recurso tornou-se extremamente importante para provocar o prequestionamento que o direito brasileiro exige para interposição de recurso extraordinário ou especial, previstos, respectivamente, no artigo 102, III, CF/88 e no artigo 105, III, CF/88. Constatou-se que essa exigência se consolidou no direito processual brasileiro, inclusive constitucionalmente,¹⁹³ por influência do direito norte-americano, mais especificamente por influxo do “*Judiciary Act*” editado em 24 de setembro de 1789.

¹⁸⁹ Artigos 839, 840 e 862.

¹⁹⁰ Artigos 464, 465 e 535 a 538.

¹⁹¹ Esse é o caso do professor Egas Moniz Dirceu de Aragão, que sugeriu a Alfredo Buzaid a adoção de apenas três recursos no processo civil brasileiro: agravo, apelação e recurso extraordinário. Conferir: MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos?, *RePro* 136, São Paulo, RT, 2006, p. 18.

¹⁹² Esse é o caso de um projeto do senador Demóstenes Torres (DEM-GO), de 2006, cuja rubrica é “Altera o Código de Processo Civil, extinguindo o recurso de embargos de declaração e criando, em seu lugar, o incidente de correção de decisões judiciais.” Esse projeto foi tentado por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito Processual e justificado por seu então presidente, o ministro aposentado do STJ Athos Gusmão Carneiro. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/9024.pdf>> Último acesso: 10 março 2012.

¹⁹³ O prequestionamento era previsto, por exemplo, nos seguintes dispositivos constitucionais: CF/34 (art.76, III, a e b), CF/37 (art. 101, III, a e b) e CF/46 1946 (art. 101, III, b).

A ausência da expressão “prequestionamento” no *corpus* da Constituição Federal de 1988 não arrefeceu a disposição dos tribunais superiores de continuar exigindo esse requisito para interposição dos recursos extraordinário e especial dirigidos ao STF e ao STJ, Corte criada pela Constituição Federal de 1988. Muitas vezes se voltaram contra a exigência, sob a alegação de que ela era inconstitucional e fechava a via de acesso à jurisdição, servindo apenas como defesa dos tribunais superiores diante do enorme número de recursos que abarrotava os tribunais na atualidade.

Superada já há muito tempo a discussão acerca da inconstitucionalidade da exigência de prequestionamento, por conta principalmente da expressão “causas decididas”,¹⁹⁴ insculpida nos dois artigos referentes aos recursos, prevaleceram os entendimentos esposados nas Súmulas 282 e 356 do STF e posteriormente na Súmula 211 do STJ.

O que se verificou, por meio de diversos julgados, é que a Suprema Corte rejeitava reiteradamente os recursos extraordinários dirigidos contra o ponto omissis da decisão atacada. O entendimento do STF, que até hoje prevalece e é seguido pelo STJ, é o de que a parte tem de primeiro esgotar todas as possibilidades de recurso antes de intentar o recurso extraordinário. Dessarte, como da decisão omissa cabem embargos de declaração para suprir a omissão, a parte deve opor embargos contra a omissão para provocar a manifestação do juízo sobre a matéria para, só então, interpor recurso extraordinário.

O passo seguinte foi mostrar como surgiu o prequestionamento ficto. Após esboçar o entendimento do STF, seguido pelo STJ e consolidado por esta Corte na Súmula 211, de que a mera oposição de embargos não seria suficiente para configurar a existência de prequestionamento, a Suprema Corte deu uma guinada cujo marco foi o voto de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, no RE 210.638, seguido unanimemente pela Primeira Turma.

¹⁹⁴ Esse é o pensamento expresso pelo professor Marcelo Abelha Rodrigues. Conferir: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

O ministro entendeu que a posição do Supremo atentava contra o devido processo legal (art. 5º LV, CF/8), configurando a recusa do tribunal de origem um grave ferimento a esse princípio, sendo, portanto, autorizativo o conhecimento do recurso extraordinário para desde logo, verificada a omissão do juízo em manifestar-se, julgar-lhe o mérito.

Esse entendimento foi, posteriormente, adotado pelo Pleno daquela Corte, durante julgamento do RE 219.934, muito embora tenha havido voto vencido, o do persistente ministro Marco Aurélio de Mello, que insistia em repisar a tese antiga de que, em não havendo manifestação do tribunal *a quo*, estaria obstada a via do recurso extraordinário pelo tribunal ad quem, mesmo que isso implicasse injustiça do *decisum*, ficando a parte embargante sem ter mais nada o que fazer para ver apreciado seu recurso extraordinário.

Se o entendimento do STF mudou, malgrado a posição sempre inflexível do ministro Marco Aurélio de Mello, o mesmo não aconteceu com o STJ. O que se viu foi uma inaceitável discrepância entre as duas Cortes: enquanto no STF a matéria poderia ser prequestionada com a simples oposição de embargos, desde que comprovada a omissão, e o recurso ser conhecido pelo Tribunal, no STJ o recurso era peremptoriamente rejeitado.

O que se constatou é que esse conflito jurisprudencial chamou a atenção do legislador, que resolveu dirimi-lo, inserindo dispositivo consolidado no artigo 979 do projeto do novo CPC, determinando que os tribunais superiores deem o prequestionamento como havido, caso seja constatada omissão, contradição ou obscuridade. Viu-se também que fato semelhante aconteceu com o voto vencido, que, segundo explicitado no artigo 896, §3º do projeto do novo CPC, deve ser necessariamente declarado e integrar o acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Verificada essa nova dinâmica dada aos embargos de declaração para fazer aflorar o prequestionamento, ainda que o juízo de origem recuse manifestar-se sobre o ponto omissis da decisão, o passo seguinte foi buscar compreender como

o prequestionamento ficto se encaixava no âmbito do projeto do novo CPC, o que se procurou fazê-lo por meio da análise de sua Exposição de Motivos.

Destarte, constatou-se uma forte ligação entre do prequestionamento ficto tanto com o espírito quanto com os objetivos do projeto do novo CPC. Nesse diapasão, pode-se afirmar que o prequestionamento ficto é, sim, representativo de valores e de princípios cruciais para a elaboração do novo CPC. Além disso, é consentâneo com a idéia de um processo mais rápido, efetivo e justo, porquanto destrava a via de acesso à justiça, obstada pela omissão do juízo. O prequestionamento ficto, ainda, privilegia o contraditório, ao permitir que a parte possa seguir no debate do mérito de suas alegações, o que também se reflete na segurança jurídica e na inafastabilidade da jurisdição.

No que tange aos objetivos do projeto do novo Código, não é diferente. O prequestionamento ficto harmoniza-se, como foi verificado, com todos os objetivos de uma forma mais ou menos intensa, porém sempre presente. Em relação ao objetivo “resolver problemas”, viu-se que o prequestionamento ficto vem para desempenhar papel capital, uma vez que põe um ponto final na interminável polêmica, contribuindo, também para a uniformização da jurisprudência, considerado fator importante pelos elaboradores do Código, que garantirá coesão e coerência ao sistema.

O passo seguinte foi dedicado à verificação da consonância do prequestionamento ficto com as duas concepções metodológicas em maior evidência no Brasil contemporâneo: o instrumentalismo e o formalismo-valorativo. Tanto em relação a este quanto àquele, o instituto se mostrou bastante profícuo.

No âmbito do instrumentalismo o artigo 979 não poderia encontrar melhor acolhida, uma vez que está totalmente inserido no contexto do que essa concepção metodológica do processo civil entende como fundamental para que o processo cumpra seu papel de instrumento voltado para a realização dos escopos da jurisdição. A natureza essencial do prequestionamento ficto dialoga com a instrumentalidade substancial das formas, mesmo em face do fortíssimo caráter formal que representa sua positivação no novo Código de Processo Civil;

ressoa o voto do ministro Sepúlveda Pertence como uma consagração à instrumentalidade das formas e à economia processual.

Para além disso, em tudo é conforme com a ideia de técnica processual a serviço de um processo mais célere e efetivo na persecução do vetor-mor do processo civil, a realização da justiça com efetividade e celeridade, mormente diante da forte constitucionalização que informa o processo civil sob o prisma do instrumentalismo.

Não é diferente no que tange ao formalismo-valorativo. No âmbito dessa concepção de processo civil, o contraditório, resgatado por meio do artigo 979 no que diz respeito ao óbice da Súmula 211 do STJ e à inflexibilidade de alguns ministros do STF, encontra um lugar especial no tipo de processo que essa visão metodológica idealiza. O valor participação leal emoldura um artigo que traz de volta ao processo o tribunal que antes se negava a superar o velho formalismo do processo formulário e realizar a justiça. Consagra ainda a segurança jurídica, ao solucionar dissenso entre o STF e o STJ no tratamento dado ao prequestionamento ficto, e a efetividade do processo, uma vez que notadamente evita que ele entre em choque com os preceitos constitucionais que estão a informá-lo no processo civil brasileiro contemporâneo, cujo desiderato passa a ser o da Constituição.

O passo posterior, com o intento de verificar a persistência ou não dos embargos no direito português, contexto original desse recurso, direcionamos nosso foco para a previsão no CPC português de dispositivos que atuam de forma semelhante à dos embargos, ainda que não apresentem esse nome, como é o caso cristalino do artigo 669º do diploma processual português. Sua interposição pode dirigir-se inclusive a despachos (artigo 666º, 3), o que não ocorre no direito brasileiro, por força do artigo 504 do CPC, apesar de haver entendimento contrário esposado por Araken de Assis.¹⁹⁵ Isso comprova o vigor do instituto na processualística portuguesa moderna e corrobora a tradição nascida com as

¹⁹⁵ Conferir: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 598.

Ordenações, que representa também garantia de contraditório e de participação na construção da decisão mais adequada.

Superado esse momento, procedeu-se à análise das dimensões do artigo 979. Primeiramente a dimensão ontológica, a deontológica e a axiológica. Constatou-se, nessa seara, que o prequestionamento ficto evoluiu sua essência inicial e teve seu *ontos* redimensionado, saindo da condição de entendimento jurisprudencial à de norma positivada no CPC.

Esse novo *status quo* reforça seu caráter deontológico, otimizando o alcance de seu preceito e irradiando sua força normativa. Ao mesmo tempo em que impõe sua imperatividade, se verificado o descrito em seu *corpus*, reflete o valor justiça, fundado nos valores efetividade, participação leal e colaborativa, privilegiando o contraditório, e na segurança jurídica, garantindo o conhecimento do recurso mesmo diante da omissão do tribunal de origem em analisar o ponto suscitado em embargos de declaração.

No que tange à dimensão principiológica, o artigo 979 também se mostrou bastante representativo e consentâneo com a instrumentalidade substancial das formas, com a economia processual, com o contraditório e com a legalidade, agora redimensionada a um plano de caráter substancial pela força da Constituição, de onde defluem os valores e princípios norteadores do processo civil brasileiro contemporâneo.

A dimensão constitucional do artigo 979, último elemento analisado nesta dissertação, revela o comprometimento do instituto com os objetivos da Carta Magna. O resgate do contraditório dinâmico, dialético, alia-se à igualdade da parte diante do tribunal como um corolário do resgate da própria essência democrática que permeia a constituição. A carga de valores como igualdade, participação, efetividade e segurança jurídica alinha o instrumento à constituição, promovendo o acesso à justiça e garantindo o devido processo legal.

Por tudo, pode-se afirmar que o futuro do prequestionamento ficto no novo Código de Processo Civil mostra-se bastante promissor. Sua previsão explícita o

revitaliza como instrumento para superar o juízo omissivo, resgatando o contraditório, a segurança jurídica, a efetividade do processo e a própria justiça do processo.

O prequestionamento ficto, positivado no artigo 979 do projeto do novo CPC, ressalte-se, não representa uma carta branca para a parte inovar quanto à matéria de fundo do recurso extraordinário ou especial, é condicionado à constatação pelo tribunal superior de omissão, contradição ou obscuridade. Sua existência, por óbvio, conflita frontalmente com a Súmula 211 do STJ, que, tudo indica, terá de ceder à força do artigo 979.

A pergunta que se coloca ao fim desta dissertação é o que acontecerá caso haja necessidade de análise do material fático para se constatar a omissão. Nesse caso, deverá incidir a Súmula 279 do STF¹⁹⁶ e a Súmula nº 7 do STJ,¹⁹⁷ como já sói ocorrer nas duas Cortes.

¹⁹⁶ A recente ementa a seguir comprova a sedimentação do entendimento do STF: EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Legislação infraconstitucional. **Reexame de fatos e provas. Impossibilidade.** Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Precedentes. **1. Inadmissível em recurso extraordinário a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF.** 2. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 3. Agravo regimental não provido. (AI 659558 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-179 DIVULG 16-09-2011 PUBLIC 19-09-2011 EMENT VOL-02589-03 PP-00405). (grifamos)

¹⁹⁷ Veja-se ementa recente decisão do STJ comprovando o entendimento: AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 E 356/STF. **REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1.- O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, incidem os enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2.- Em âmbito de recurso especial não há campo para se revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado 7 da Súmula desta Corte.** 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 82.198/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012). (grifamos)

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Vol. 22, set. 2002. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, jul. 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. In: *Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado*. Edição organizada por Hermes Zaneti Jr. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Número 2. Vitória: Heliograf LTDA, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In: *Estudos de direito processual civil*. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Luiz Guilherme Marinoni, coordenador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 49, nº 282. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. Súmulas 288, 282, e 356 do STF: uma visão crítica. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I, 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. II, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpresso, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del "giusto processo"*. Biblioteca di Diritto Procedduale Civile – collana diretta da S. Chiarloni – C. Consolo – G. Constantino – F.P. Luiso – B.N. Sassani. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. In: *Revista de Processo*. Ano 32, nº 151, set. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

DA COSTA, Moacir Lobo. *Origem dos embargos no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

DA SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de direito processual civil – Meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5. ed., vol. 3. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHETTI, Gilberto. A noção de justiça em decisões do Supremo Tribunal Federal. In: Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. Edição organizada por Hermes Zaneti Jr. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Número 2. Vitória: Heliograf LTDA, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). In: *Revista de Processo*. Ano 32, nº 153, nov. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Fábio. *Carência de ação – Doutrina – Comentários ao CPC – Análise da Jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GRIN, Mônica. *“Raça” – debate público no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: *Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior / Fernando Gonzaga Jayme, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauer, coordenadores*. – Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: 2009.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HIGASHIYAMA, Eduardo. Teoria do direito sumular. In: *Revista de Processo*. Ano 36, vol. 200, outubro – 20011. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KLIPELL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Vitória-Rio de Janeiro: Acesso Editora/Lumen Juris Editora, 2011.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: necessidade de Heterointegração do sistema processual não-penal brasileiro. In: *Rev. TST*, Brasília, vol. 73, nº 1, jan/mar 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile - principi*. Settima edizione a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.417 e 11.418/2006 e a Emenda Regimental STF 21/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. In: *Estudos de Direito processual civil*. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coordenador: Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos da declaração. In: *Dos recursos*. Vol. 2. Vitória: ICE, 2002.

MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. Processo civil moderno – v. 2, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos?. In: *RePro* 136. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moisés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003 / - 7. ed. rev. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.