

A nova recorribilidade extraordinária

Considerações sobre o prequestionamento e o cabimento dos recursos extraordinário e especial no novo CPC

Osmar Mendes Paixão Côrtes

Sumário

1. Delimitação do tema. 2. O prequestionamento expressamente previsto na legislação. 3. A dupla recorribilidade – fim dos problemas? 4. Os recursos repetitivos. 5. Dos defeitos formais. 6. Perspectivas.

1. Delimitação do tema

Serão examinadas as novas regras relativas ao recurso extraordinário e ao recurso especial no Projeto do novo Código de Processo Civil.

Ambos os recursos têm importância e justificativa históricas, ligadas à própria origem da Federação e das Cortes Superiores. Tanto é assim que ganharam lugar de destaque no Projeto, que se preocupou, também, em resolver problemas operacionais relacionados à dupla recorribilidade e em aperfeiçoar as disposições sobre o rito dos recursos repetitivos.

Também, pela primeira vez, a legislação expressamente contemplará o requisito do prequestionamento, adotando a linha jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

Dessas questões cuidará o presente estudo.

2. O prequestionamento expressamente previsto na legislação

O prequestionamento tem justificativa histórica. Desde o século XIII, no Direito

Osmar Mendes Paixão Côrtes é Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UnB. Membro do IBDP e do Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Advogado.

Inglês, tem sido exigido e trabalhado – exigia-se que a matéria a ser objeto de impugnação constasse dos *records* do julgamento do órgão hierarquicamente inferior.

Sabe-se que o prequestionamento nada mais é do que a necessidade de que a decisão recorrida tenha tratado da questão a ser devolvida pelo recurso. E nada mais lógico do que a exigência de que a matéria a ser devolvida no recurso tenha sido prequestionada.

Isso porque, para se verificar o cabimento do recurso, previsto na Constituição da República no caso do extraordinário e do especial, essencial que a matéria tenha sido debatida pela decisão recorrida. Não se pode verificar se houve divergência ou ofensa à legislação, por exemplo, se o acórdão atacado pela via extraordinária não tiver minimamente desenvolvido o tema posto no recurso, a ser devolvido à apreciação das instâncias superiores.

O prequestionamento, assim, não é um requisito à parte, mas uma decorrência do cabimento do recurso.

Mas as dúvidas não residem na definição do que é prequestionamento, mas na sua configuração. E as Cortes ainda têm jurisprudência em mais de um sentido.

Posição mais radical, para não dizer antiquada, exigia a referência ao número da norma apontada como violada.

Posição intermediária, chamada por alguns de prequestionamento implícito, exige apenas que a matéria tenha sido tratada na decisão recorrida, independentemente da referência numérica ao dispositivo legal. Essa, a posição mais acolhida hoje, e a mais razoável, no nosso entender.

Posição mais de vanguarda reconhece como prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios. Nascida no Supremo Tribunal Federal no final da década de 90, essa posição tem ganhado força.

Tanto é assim que o Projeto a contempla expressamente, no artigo 979, segundo o qual “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.”

Algumas ponderações merecem, todavia, ser feitas, destacando-se o cuidado com aplicação da nova regra.

Essa posição, agora contemplada, surgiu de uma interpretação *a contrario sensu* da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o ponto sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios não pode ser tido por prequestionado.

A intenção da súmula era a de explicitar que os embargos declaratórios são a via própria para prequestionar matérias a serem devolvidas nos recursos extraordinários. Mas é importante anotar que eles servem para esse propósito na medida em que servem para sanar omissões e forçar a decisão recorrida a apreciar questões sobre as quais ela deveria já ter se manifestado expressamente.

Os embargos “prequestionadores” não são uma nova hipótese de embargos. Repita-se que eles servem para prequestionar na medida em que obrigam a decisão a ser objeto do recurso de natureza extraordinária a se manifestar sobre questão relevante que já deveria ter sido expressamente analisada mas não foi. E só com a apreciação dessa questão relevante é que se poderá bem demonstrar o cabimento do recurso extraordinário ou do especial.

A intenção original da Súmula 356 não foi a de afirmar que a simples oposição de embargos declaratórios satisfaz a exigência do prequestionamento. Mas a sua interpretação *a contrario sensu* levou a essa tese, agora contemplada no Projeto do novo Código de Processo Civil – se a questão que não foi objeto de embargos declaratórios não pode ser dada por prequestionada, logo, a questão que foi objeto pode ser dada por prequestionada.

Mas é importante que se anote que não são quaisquer embargos opostos que

servem para satisfazer o requisito do prequestionamento.

Se os embargos forem conhecidos e respondidos, obviamente a matéria estará prequestionada. Se não forem, todavia, deve-se, em primeiro lugar, ver se a matéria era de ordem fática ou jurídica. Se fática, não respondidos os embargos, a matéria não pode ser dada por prequestionada, sob pena de se consentir com a conclusão de que a matéria colocada nos embargos pela parte recorrente corresponde ao que deveria estar no acórdão.

Se apenas jurídica a questão objeto dos embargos declaratórios (por exemplo, se a intenção da parte for provocar a manifestação mais completa do Tribunal sobre tese ou dispositivo legal já referido na decisão), a simples oposição dos embargos pode servir para prequestionar a matéria.

Note-se que o artigo 979 contempla a posição de vanguarda de que a simples oposição basta para prequestionar, mas específica, de forma correta, que o Tribunal Superior deve considerar existentes omissão, contradição ou obscuridade. Ou seja, o Tribunal Superior, ao julgar o recurso de natureza extraordinária, deve notar que a matéria objeto dos embargos, não devidamente respondidos, deveria integrar o acórdão recorrido – e a essa conclusão o Tribunal só poderá chegar se a matéria objeto dos embargos for jurídica. Se fática, não, sob pena de adentrar o reexame de fatos e provas – o que é vedado.

Portanto, não é qualquer matéria objeto dos embargos de declaração que poderá ser dada por prequestionada. Ao contrário, dar-se-á por prequestionada a matéria objeto dos embargos se, cumulativamente: (i) os embargos forem conhecidos, (ii) a matéria for jurídica (não fático-probatória) e (iii) o Tribunal Superior considerar que o vício da decisão embargada (omissão, obscuridade ou contradição) de fato existiu.

Essa, a leitura ideal, que não abre margem para que os Tribunais Superiores presumam que a matéria fática constante

nos declaratórios é verdadeira ou adentrem o reexame de fatos e provas, o que vai de encontro com a própria e tradicional função das Cortes Superiores – guardiãs da Federação, da Constituição e da legislação infraconstitucional.

O artigo 979, assim, evita a declaração desnecessária de nulidades para resposta aos embargos. Se o Tribunal Superior já tiver elementos suficientes para julgar a causa, dando por prequestionada a matéria (até por celeridade – valor constitucionalmente garantido no artigo 5º da Constituição Federal), dispensado fica o acolhimento de preliminares de nulidades por ausência de resposta devida a embargos declaratórios.

3. A dupla recorribilidade – fim dos problemas?

Desde a criação do Superior Tribunal de Justiça, com a Constituição de 1988, e da divisão de competências com o Supremo Tribunal Federal (um ficando com a responsabilidade pela integridade da legislação infraconstitucional e o outro da constitucional), surgiram problemas fruto da quebra do princípio da unicidade recursal, com a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário.

Sabe-se que a essa interposição simultânea deve ocorrer sempre que o acórdão recorrido tiver duplo fundamento – infraconstitucional e constitucional. Pela legislação em vigor, julga-se antes o recurso especial, por regra (a não ser que a matéria constitucional seja prejudicial), e, se não perder o objeto, o Supremo Tribunal Federal julgará o recurso extraordinário.

Mas a prática mostra que a questão não é tão simples, surgindo entraves jurisprudenciais que dificultam a operacionalização da dupla interposição.

Como exemplo, pode-se referir a rigidez na aplicação da Súmula 126, do Superior Tribunal de Justiça, que tem levado à interposição de recursos extraordinários mesmo nos casos de violações indiretas

à Constituição Federal (em situações nas quais, por regra, seria incabível o recurso extraordinário), e a interposição de recurso extraordinário contra as decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outra situação é a necessária obrigação de agravar de decisões denegatórias de seguimento a recurso extraordinário, ainda que a parte se convença que não existia matéria constitucional a ser impugnada, após a leitura das razões do indeferimento de processamento do recurso.

E, por fim, uma última situação problemática é a quase sempre conclusão, pelo Supremo Tribunal Federal, de que o recurso extraordinário está prejudicado, após o julgamento do recurso especial. Isso porque, se o STJ conhece e dá provimento ao recurso especial, não há mais razão para julgar o recurso extraordinário (pois a decisão recorrida foi alterada e não existe mais da forma como impugnada). Ocorre que, muitas vezes, o STF considera prejudicado também o recurso extraordinário se o STJ não conhecer ou desprover o recurso especial.

Não pode haver, todavia, essa generalização. O extraordinário só fica prejudicado se o recurso especial não for conhecido ou for desprovido e a matéria constitucional impugnada for a mesma da infraconstitucional – se os fundamentos infra e constitucional forem dependentes. Se forem independentes, não se torna o recurso extraordinário prejudicado pelo simples julgamento do especial.

O Projeto parece estar atento aos problemas da dupla interposição, principalmente no contexto atual dos recursos repetitivos.

Pelos artigos 986 e seguintes do Projeto do novo Código de Processo Civil, a sistemática passa a ser a seguinte, no caso de interposição simultânea de recurso extraordinário e de recurso especial:

(i) Os autos devem ser, por regra, remetidos ao Superior Tribunal de Justiça que, se entender que a matéria do recurso especial é constitucional, em vez de indeferir o

recurso, concederá prazo para que sejam deduzidas razões que revelem a existência de repercussão geral e enviará os autos para o Supremo Tribunal Federal.

(ii) Se o Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, entender que a matéria submetida à sua apreciação pelo recurso extraordinário for infraconstitucional, remeterá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, em vez de indeferir o recurso.

(iii) Só haverá o julgamento em primeiro lugar do recurso extraordinário, na linha da previsão atual, se a matéria constitucional for considerada prejudicial pelo Superior Tribunal de Justiça.

(iv) Só será o recurso extraordinário julgado se não ficar prejudicado após o julgamento do recurso especial.

(v) Se os recursos forem decididos com base em uma das causas de pedir ou em um dos fundamentos de defesa, o Tribunal que apreciar o recurso em segundo lugar, apreciará todas as demais causas de pedir ou fundamentos ainda não julgados, independentemente da interposição de novo recurso da decisão do Tribunal Superior que já julgou o recurso.

(vi) Se o STJ ou o STF entender que algum fundamento ou causa de pedir da defesa depender do exame de prova já produzida, remeterá, de ofício, os autos ao tribunal de origem ou para o primeiro grau (no caso de ser necessária a própria produção de provas).

A intenção do Projeto é boa, pois desburocratiza a operacionalização da dupla interposição, na medida em que autoriza o Superior Tribunal de Justiça a receber o recurso especial como extraordinário e enviar os autos para o Supremo Tribunal Federal, e vice-versa.

Só uma advertência merece ser feita, no que toca à possibilidade de reconhecimento de ofício pelo STJ ou pelo STF de necessidade de retorno dos autos para novo julgamento pelos tribunais inferiores.

Não se pode admitir esse acolhimento se a matéria sequer não tiver sido ventilada na

decisão impugnada ou abordada nas razões recursais. O “de ofício” não pode se referir ao acolhimento sem que nada tenha sido prequestionado ou referido nos recursos.

A intenção da futura legislação é a de evitar a não apreciação de recursos por questões formais de um eventual artigo não ter sido apontado, relativo, por exemplo, a uma nulidade mal arguida. É a hipótese de uma questão de ordem pública que não tiver sido corretamente abordada nas razões recursais (mas tiver sido prequestionada) – o Tribunal poderá reconhecer o vício e determinar o retorno dos autos.

Mas o Tribunal não poderá, por exemplo, de ofício e sem que a matéria tenha sido prequestionada, reexaminar todas as provas produzidas e decidir, sempre, pela necessidade de nova produção de prova ou de anulação de julgados.

Entender dessa forma significaria “ordinarizar” a jurisdição extraordinária, que é diferente, tem função distinta e específica – relacionada à inteireza da legislação federal e à unidade da Federação.

Em síntese, o que busca o Projeto é positivo, pois foi especificado mais o trâmite dos recursos especial e extraordinário simultaneamente interpostos e, principalmente, foi autorizada a remessa dos autos do STJ para o STF, e vice-versa, se reconhecido que a questão é constitucional ou infraconstitucional.

Ou seja, as partes não correrão mais tantos riscos, e a jurisdição extraordinária ficará mais valorizada.

4. Os recursos repetitivos

A tendência atual tem sido a de racionalizar o funcionamento dos Tribunais Superiores. O STJ e o STF não podem mais ser tribunais “de varejo” que julgam centenas de causas diariamente, as mais diversas e, no mais das vezes, que não se justificam, pela relevância da matéria.

Nessa linha é que a legislação e a jurisprudência vêm tentando mudar o foco da

atuação das Cortes Superiores. A intenção é a de estimular cada vez mais que os Tribunais julguem menos processos e de forma mais centrada na definição de teses – apreciam e pacificam determinada questão e, em seguida, preocupam-se mais em impor a observância às diretrizes fixadas (o aumento do cabimento da reclamação para observância da jurisprudência pacificada e para que se adotem as razões de decidir de precedentes das Cortes Superiores é exemplo claro).

O rito dos recursos repetitivos é exemplo de novidade legislativa que contribui para essa “purificação” do papel dos Tribunais Superiores.

Por isso, o Projeto preocupou-se, também, em incorporar regras relativas aos recursos repetitivos.

As previsões incorporadas estavam, principalmente, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, já que a legislação atual sobre o assunto não é exaustiva.

Assim, o Projeto atualizará a legislação e, em síntese, o procedimento passa a ser o seguinte:

(i) Tanto o relator no Tribunal Superior, quanto o Presidente do Tribunal de origem, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, selecionará um representativo.

(ii) Ao Tribunal Superior caberá ordenar a suspensão de todos os recursos em trâmite no país.

(iii) A decisão de afetação ao rito repetitivo deve especificar qual a matéria será julgada.

(iv) Poderão ser requisitadas informações aos tribunais inferiores e deferido o ingresso de interessados nos autos.

(v) O Ministério Público será ouvido.

(vi) Após a decisão do caso paradigma, os recursos sobrestados ou serão indeferidos ou serão reapreciados pelo tribunal de origem (hipótese de novo julgamento), para que seja observada a diretriz traçada pela Corte Superior

(vii) Se o tribunal de origem não seguir a orientação do STJ ou do STF, o recurso deve ser processado.

Merecem destaque, todavia, as seguintes disposições do Projeto, por inovadoras:

(i) Se processo cuja matéria estiver afetada ao rito repetitivo no STJ ou no STF estiver tramitando em primeiro grau de jurisdição, ficará suspenso por até doze meses (hoje, apenas os recursos já interpostos ficam sobrestados).

(ii) Há expressa previsão para que, após a definição da questão repetitiva, o Tribunal julgue as outras matérias constantes do recurso (artigo 994, parágrafo segundo), o que põe fim à polêmica atual de saber se as outras questões devem ou não esperar a definição da repetitiva.

(iii) Com o intuito de estimular o respeito à jurisprudência dos Tribunais Superiores, fixada no julgamento de recurso repetitivo, o Projeto (artigo 995) autoriza a desistência de ação, antes de oferecida a contestação, sem o necessário pagamento de custas e honorários sucumbenciais.

(iv) Com o mesmo propósito, o artigo 995 também impõe a observância da tese firmada em recurso repetitivo aos juízes de primeiro grau, quando suspensos os processos (ainda sem sentença) na época da definição do caso paradigma.

As alterações são relevantes. A uma, por atualizar a legislação. A duas, por especificar mais questões relacionadas ao rito repetitivo e por, também, mostrar a preocupação legislativa com o respeito às decisões dos Tribunais Superiores.

5. Dos defeitos formais

Por fim, merece referência interessante dispositivo (parágrafo segundo do artigo 983), segundo o qual, “quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício, ou mandar saná-lo, julgando o mérito”.

A intenção do Projeto parece ser a de tirar o excesso de formalismo notado muitas vezes quando se trata de recorribilidade extraordinária.

Isso porque, se o recurso for tempestivo, ainda que ele contenha algum defeito formal não grave, o Tribunal Superior poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo. Tudo com a intenção de possibilitar o julgamento do mérito.

Algumas formalidades são necessárias, além da tempestividade. Por exemplo, o cabimento deve estar corretamente demonstrado, o recurso deve ser assinado por quem habilitado nos autos, etc. São os tradicionais requisitos extrínsecos e intrínsecos que devem sempre ser demonstrados.

O vício que passará a ser sanável, assim, chamado de não grave, parece ser aquele realmente formal, ou puramente formal, como um eventual erro material de digitação de um dispositivo, ou um erro de transcrição, ou a falta de uma cópia de algum paradigma referido, etc..

Iria de encontro com um mínimo rigor que deve existir nas Cortes Superiores entendimento que flexibilizasse completamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos e autorizasse que qualquer falha pudesse ser corrigida. Daí parece a preocupação do Projeto em falar em defeito que não se repute grave.

6. Perspectivas

As alterações legislativas aqui comentadas a serem implementadas com a aprovação do Projeto do novo Código de Processo Civil são positivas.

Houve uma preocupação maior do que a da atual legislação de tratar de assuntos relativos ao procedimento dos recursos de natureza extraordinária, o que é positivo.

Ao prever expressamente o requisito do prequestionamento (de uma forma mais flexível), ao tratar da dupla recorribilidade de forma mais detida, ao especificar mais o rito dos recursos repetitivos e ao demons-

trar uma preocupação com o formalismo excessivo, o Projeto fortalece o papel dos Tribunais Superiores, que devem ter suas

funções cada vez mais centradas na manutenção da unidade da Federação e no respeito à legislação federal.