



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

CAIO GOMES FIGUEIREDO

**O FILTRO DO PREQUESTIONAMENTO:
Insuficiência, incompatibilidades e releitura do requisito da causa (questão) decidida**

Recife
2024

CAIO GOMES FIGUEIREDO

O FILTRO DO PREQUESTIONAMENTO:

Insuficiência, incompatibilidades e reeleitura do requisito da causa (questão) decidida

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: direito processual civil; direito constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira.

Recife

2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Figueiredo, Caio Gomes.

O filtro do prequestionamento: Insuficiência, incompatibilidades e releitura do requisito da causa (questão) decidida / Caio Gomes Figueiredo. - Recife, 2024.

102 p.

Orientador(a): Sérgio Torres Teixeira

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2024.

1. Direito processual civil. 2. Recursos. 3. Recursos excepcionais. 4. Pquestionamento. I. Teixeira, Sérgio Torres. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

CAIO GOMES FIGUEIREDO

O FILTRO DO PREQUESTIONAMENTO:

Insuficiência, incompatibilidades e releitura do requisito da causa (questão) decidida

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal de
Pernambuco, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 18/03/2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Camilla Montanha de Lima (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Isabela Cavalcante Santos (Examinadora Externa)
Mestranda – PPGD/UFPE

Raphaela Barbosa Tangioni (Examinadora Externa)
Mestranda – PPGD/UFPE

AGRADECIMENTOS

A apresentação desta monografia vai muito além de um “requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito” como coloquei na primeira página deste trabalho. Mais do que uma formalidade ou uma contribuição à ciência, representa o fim de uma jornada que, com o suporte e a companhia das pessoas abaixo indicadas, se desenrolou, e agora se encerra, da melhor forma possível. É a cada um de vocês que dedico esses agradecimentos.

Aos meus pais, Veruska e Telmo, por terem dado tudo para que eu chegasse onde eu cheguei. Colocar a educação dos filhos em primeiro lugar não é só um investimento, é permitir que sonhos se tornem realidade. O fim deste capítulo é resultado da criação irretocável proporcionada por vocês. Obrigado por sempre estarem disponíveis e por darem todo o suporte que eu poderia ter do primeiro ao último dia da faculdade. Obrigado por acreditarem nos meus sonhos (e por sonharem junto comigo), por me ensinar os valores humanos, e até pelos puxões de orelha na época da escola. Enfim, obrigado pelo amor incondicional de vocês. Espero poder retribuir tudo isso um dia.

Ao amor da minha vida, Giullia, cujas qualidades pessoais e acadêmicas me fizeram escolhê-la não só como dupla de faculdade, mas como parceira para a vida. Se eu fosse transformar em palavras o quão você é essencial, esse TCC viraria um *vade mecum* (ou quem sabe o Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda). Hoje vejo que, além de bons juristas, a Casa de Tobias forma belos casais. A gente sempre.

Aos meus avós, Maria Helena, Massilon, Amarillis e Telmo (*in memoriam*), por serem, cada um com a sua história, fonte inesgotável de inspiração. Vocês também fazem parte dessa conquista.

Aos amigos do grupo *JG* que, no ano de apresentação deste trabalho, completa dez anos de existência formal. Apesar do nome não ser muito sugestivo, está aí uma instituição que nem o mais duro dos golpes seria capaz de derrubar. Obrigado pela lealdade, por demonstrarem o valor da amizade, pelas doses diárias de alegria e por, desde os corredores do Colégio Damas, serem companhia diária. Vocês são uma segunda família para mim.

Aos amigos que fiz durante a faculdade que, reunidos no grupo *Piscina*, dividiram comigo as dores e as alegrias da graduação. Na jornada da vida, mais importante do que a linha de chegada é o caminho, obrigado por estarem nele.

À Faculdade de Direito do Recife, enquanto instituição, e aos seus docentes e servidores, que agradeço em nome dos professores Sérgio Torres Teixeira e Lucas Buril de Macêdo, orientadores deste trabalho. A vocês sou grato não só pelas orientações dadas e pela indicação e envio de bibliografia, mas por serem verdadeiros exemplos de pesquisadores e de professores, comprometidos com o ensino jurídico de qualidade, com a produção científica e com a Universidade Pública como um todo.

Ao Procurador Regional da República Domingos Sávio e às suas assessoras, Marcela e Janaina, pela magnífica experiência de estágio com esses profissionais. Obrigado pelos debates e pelas causas a mim confiadas, desde as mais simples, até as mais difíceis, que envolveram o tema da coisa julgada tributária, ações duplamente coletivas, defesa de terras indígenas, crimes afetos ao tribunal do júri, de ORCRIM, de lavagem de dinheiro etc. Na PRR da 5ª Região aprendi que mais importante do que as discussões teóricas do direito, é a sua efetiva tradução na realidade, como mecanismo para resolver os problemas da vida cotidiana. Certamente saí dessa experiência um profissional mais preparado para a vida.

Por fim, e dessa vez realmente menos importante, à minha estante, por ter resistido ao peso dos livros que comprei durante a graduação. Nesse ponto, se até os vermes foram dignos da dedicatória de Machado de Assis em Memórias Póstumas de Brás Cubas, penso que essa homenagem também seria justa. Obrigado.

RESUMO

O prequestionamento, enquanto requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência, e pouco consenso há a seu respeito. Nesse contexto, este trabalho procurou analisar o conceito, a natureza jurídica, a função a origem e a evolução histórica do prequestionamento, elencando as principais correntes doutrinárias acerca do tema e indicando o posicionamento aqui adotado. Visitado o passado do prequestionamento, passou-se ao seu estudo no Código de Processo Civil de 2015, com foco nas inovações e soluções dadas pela nova lei processual, bem como nos novos problemas e dúvidas que surgiram a respeito da aplicação do art. 1.025. Ainda se debruçando sobre a disciplina do prequestionamento no presente, investigou-se a possibilidade de dispensá-lo, tanto a partir das hipóteses já vislumbradas pela doutrina, quanto a partir da aplicação do art. 1.029, §3º, do CPC. Por fim, considerando a evolução do processo civil brasileiro e os novos institutos a ele incorporados, examinou-se a compatibilidade do prequestionamento com os filtros da repercussão geral e da relevância da questão federal, bem como com a técnica dos recursos excepcionais repetitivos, e defendeu-se a necessidade de haver uma releitura da função do prequestionamento dentro do sistema de precedentes. Concluiu-se que o prequestionamento expresso segue compatível com o ordenamento jurídico, havendo ressalvas apenas quanto à figura do prequestionamento ficto que, na visão deste trabalho, não se compatibiliza com o sistema de precedentes e com a função constitucional dos tribunais superiores, temática sobre a qual o primeiro capítulo do trabalho deu especial destaque.

Palavras-chave: Prequestionamento; Prequestionamento ficto; Recurso especial; Recurso extraordinário; Função dos tribunais superiores.

ABSTRACT

The pre-questioning, as a filter for accessing Brazil's higher courts, is a controversial issue in both doctrine and jurisprudence, and there is little consensus regarding it. In this context, this work sought to analyze the concept, legal nature, role, origin and historical evolution of pre-questioning, listing the main doctrinal positions on the topic and indicating the ones here adopted. Having visited the past of pre-questioning, the work moved on to the study the pre-questioning in the 2015 Brazilian Civil Procedure Code, focusing on the innovations and solutions provided by it, as well as the new problems and doubts that arose regarding the application of the art. 1,025. Still studying the discipline of pre-questioning at present, the possibility of waiving pre-questioning was investigated, both based on the hypotheses already envisaged by the doctrine, and on the application of art. 1,029, §3º, of the BCPC. Finally, considering the evolution of the Brazilian civil process and the new institutes incorporated into it, the compatibility of pre-questioning with the filters of general repercussion and relevance of the federal question was examined, as well as under the light of the technique of repetitive special and extraordinary appeals, the necessity to reinterpret the function of pre-questioning within the system of precedents was defended. It was concluded that the explicit pre-questioning remains compatible with the legal system, with reservations only regarding the figure of the virtual pre-questioning which, in the view of this work, is not compatible with the Brazilian system of precedents and with the constitutional function of the superior courts, which the first chapter of this work particularly highlighted.

Key words: Pre-questioning; Virtual pre-questioning; Extraordinary appeals; Federal question; Supreme courts.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O PAPEL DOS FILTROS RECURSAIS	11
2.1	Uma aproximação histórica da função dos tribunais superiores:	11
2.2	O papel dos filtros recursais:	25
2.3	A transformação das cortes superiores brasileiras:	31
3	CONCEITO, NATUREZA, FUNÇÃO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO	33
3.1	Conceito e natureza jurídica do prequestionamento:	33
3.2	Função do prequestionamento:	40
3.3	Origem e manifestação do prequestionamento no direito processual comparado:	44
3.4	Evolução do prequestionamento no direito processual brasileiro:	46
4	A ATUAL (E CONTROVERSA) DISCIPLINA DO PREQUESTIONAMENTO E SUAS ESPÉCIES.....	50
4.1	Configuração e espécies de prequestionamento:	50
4.2	O problema do prequestionamento ficto: entre a cruz (Súmula nº 356/STF) e a espada (Súmula nº 211/STJ):	53
4.3	O prequestionamento no CPC de 2015: soluções, inovações e novos problemas:	57
4.4	Hipóteses de dispensa do prequestionamento e o art. 1.029, §3º do CPC:	67
4.5	Conclusão parcial: passado, presente e futuro do prequestionamento:	76
5	RELEITURA DO FILTRO DO PREQUESTIONAMENTO A PARTIR DA EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	79
5.1	A interação do prequestionamento com os filtros da relevância e da repercussão geral:	79
5.2	(In)compatibilidade do prequestionamento com o microsistema de formação concentrada de precedentes nos tribunais superiores:	86
6	CONCLUSÕES	89
	REFERÊNCIAS.....	93

1 INTRODUÇÃO

A recorribilidade das decisões judiciais traz consigo a difícil tarefa de compatibilizar dois princípios processuais sensíveis: o duplo grau de jurisdição e a eficiência, criando um verdadeiro jogo entre a justiça e a segurança da decisão. Por um lado, o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto implicitamente na Constituição, atende à natural inconformidade do vencido em face do julgamento contrário aos seus interesses e possibilita o controle da decisão, enquanto ato estatal, por um órgão julgador diverso (geralmente colegiado e mais experiente) daquele que proferiu a decisão recorrida. Por outro, o princípio da eficiência, enquanto expressa garantia constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF) e norma fundamental do processo (art. 8º, CPC), busca a realização da prestação jurisdicional com o menor ônus econômico e temporal possível.

Assim, embora o ordenamento jurídico reconheça o direito ao recurso, extraído do princípio do duplo grau, esse direito não pode ser tomado como absoluto, sob pena de inviabilizar o seu próprio exercício. É dizer, caso fosse possível recorrer de toda e qualquer decisão judicial, em qualquer profundidade, a qualquer tempo, e em tantas quantas instâncias recursais existirem, a segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional estariam condenadas à falência.

Disso resultam duas premissas fundamentais para o adequado funcionamento do sistema recursal. A primeira diz respeito ao cabimento: o direito subjetivo ao recurso deve encontrar limites bem definidos. No ordenamento jurídico brasileiro, por razões de política legislativa e judiciária, ele cinge-se, como regra, ao âmbito do segundo grau de jurisdição, de forma que o acesso às cortes superiores, no exercício de sua competência recursal extraordinária, fica condicionado ao preenchimento de requisitos de admissibilidade próprios dos recursos por elas apreciados, os quais vão além daqueles normalmente exigidos para o conhecimento dos recursos ditos ordinários. A segunda concerne à devolução da matéria do recurso, cuja delimitação se serve a especificar a função de cada meio de impugnação e para distinguir o papel de cada órgão julgador na marcha do processo.

É nesse ponto que o prequestionamento e os demais filtros recursais peculiares aos recursos extraordinários se inserem, os quais visam tanto evitar o desnecessário prolongamento da litispendência, pela rediscussão *ad eternum* das inconformidades da parte, quanto conformar tais remédios excepcionais à sua finalidade, e assim possibilitar que as cortes de superposição se alinhem às funções constitucionais que delas se esperam.

Entretanto, apesar da importância e da antiguidade do prequestionamento, tanto o constituinte originário quanto o legislador disciplinaram um tanto laconicamente esse filtro.

Aliás, a Constituição de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 pouco acrescentaram às primeiras regras do prequestionamento no ordenamento jurídico brasileiro (que remontam à Constituição Temporal de 1890), e os Regimentos Internos dos tribunais superiores quedaram-se silentes quanto ao tratamento da matéria. Daí ter restado às conhecidas Súmulas nº 211 do STJ e 282 e 356 do STF o papel de dar contornos – ora mais, ora menos rígidos – ao filtro em questão.

Como consequência da deficiência de critérios objetivos quanto à configuração do prequestionamento, do aparente conflito entre a visão do STF, do STJ e do CPC sobre o tema, e do fato de boa parte da disciplina do prequestionamento ter estacionado no tempo há mais de um século, o instituto tornou-se fonte de insegurança jurídica. Surgem, nessa linha, uma série de dúvidas: do que é, de fato, o prequestionamento? Qual a sua função? Quando se configura? Ainda é compatível com o ordenamento processual contemporâneo e com o sistema de precedentes?

Diante desse contexto, o presente trabalho se propõe, primeiramente, a situar o papel dos filtros recursais no debate das funções dos tribunais superiores, fazendo uma breve (e necessária) incursão na história e dando especial ênfase na *insuficiência* do prequestionamento para o adequado exercício dessas funções.

Em seguida, pretende-se fazer uma revisão da doutrina sobre o tema, identificando, em um primeiro capítulo, o conceito, a natureza, a função e a história do prequestionamento e, no capítulo subsequente, as espécies e a *incompatível* disciplina do prequestionamento. Como o tema comporta inesgotáveis divergências nesses pontos, serão elencadas as principais correntes doutrinárias e se indicará o posicionamento aqui adotado, bem como as razões pelas quais se discorda das demais posições.

Por fim, dedica-se um capítulo para fazer uma *releitura* do prequestionamento em face da objetivação dos recursos excepcionais,¹ da instrumentalização e evolução do processo civil, bem como dos novos institutos a ele incorporados para a consecução desses fins. Aqui se tratará sobre: (i) a superação ou não do filtro do prequestionamento pelos filtros da relevância e da repercussão geral, bem como a interação entre tais filtros; e (ii) a (in)compatibilidade do filtro do prequestionamento com o microssistema de formação concentrada de precedentes nos tribunais superiores.

¹ Ao longo deste trabalho, as expressões “recursos extraordinários” e “recursos excepcionais” serão tidas como sinônimas, ambas se referindo aos recursos dirigidos às cortes de vértice no exercício de sua competência recursal. A ressalva se faz necessária pois, como nos lembra BARBOSA MOREIRA “em mais de um país rotulam-se de ‘extraordinários’ os recursos interponíveis contra decisões já transitadas em julgado” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil* - vol. V. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 580).

2 A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O PAPEL DOS FILTROS RECURSAIS

2.1 Uma aproximação histórica da função dos tribunais superiores:

A delimitação da função das cortes superiores vai muito além das regras de competência que estabelecem o que cabe e o que não cabe a elas processarem e julgarem. Mais do que isso, está intimamente ligada à tradição jurídica adotada pelo país e aos valores dominantes em determinado momento histórico, os quais condicionam a forma como o direito é regulado.

Esse resumido panorama serve de ponto de partida para a compreensão do papel cortes de vértice ao julgarem os recursos a ela dirigidos, muito embora essas mesmas cortes acumulem, mundo afora, outras funções jurisdicionais, políticas e administrativas, ao processarem ações de competência originária, controlarem a constitucionalidade das leis² e zelarem pela administração da justiça.³ Apesar de multifacetadas, é o estudo das cortes de vértice enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário (*i.e.* no exercício da sua competência recursal extraordinária) que interessa ao presente capítulo. Mas isso ainda não é suficiente.

Como bem demonstra CALAMANDREI em *La Cassazione Civile*, uma das mais brilhantes obras sobre o tema, a compreensão das cortes de vértice pode abranger tanto os fins para os quais elas se servem no sistema jurídico quanto os meios utilizados por essas cortes para desempenhar as suas funções.⁴⁻⁵ Essa última dimensão, contudo, não será objeto deste capítulo,

² A opção por colocar o controle de constitucionalidade nas mãos do Poder Judiciário foi consolidada pela Suprema Corte dos EUA em 1803 no julgamento do célebre caso *Marbury vs. Madison*. Afirmou a corte que se caberia ao Judiciário a aplicação da lei, a ele também caberia a guarda da lei suprema do país: a Constituição. A partir daí, diversos países foram influenciados por esse modelo, sobretudo os latino-americanos. Os europeus, por outro lado alimentados por uma desconfiança dos juízes, delegaram a guarda da Constituição à um tribunal constitucional separado do Judiciário, nos moldes pensados por Kelsen ao escrever o projeto da Constituição Austríaca. Sobre o tema: ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 506-526; HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 317.

³ Em outros ordenamentos jurídicos, as cortes se ocupam das mais diversas funções: Na França, a *Cour de Cassation* responde questões de direito a ela dirigida pelas cortes inferiores. Na Alemanha e no Brasil, as cortes editam regras de organização interna. Nos EUA, a Suprema Corte elabora regras processuais, as chamadas *Federal Rules of Civil Procedure*. Na Rússia e na China, os tribunais expedem decretos vinculantes. Nesse sentido: KERN, Christoph. O papel das cortes supremas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 103, n. 948, out. 2014, p. 50-51.

⁴ “L’istituto della Cassazione, quale oggi lo incontriamo negli Stati moderni, risulta della unione di due istituti, che reciprocamente si compenetrano e si integrano: di un istituto che fa parte dell’ordinamento giudiziario-politico, la Corte di cassazione, e di un istituto che appartiene al diritto processuale, il ricorso per cassazione” (CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile – parte prima. Opere Giuridiche – volume VI*. Roma: RomaTrE-Press, 2019, p. 14).

⁵ Na obra *La Cassazione Civile*, publicada no ano de 1920 e sob a vigência do CPC italiano de 1865, CALAMANDREI realizou um profundo estudo de direito comparado acerca da história e das características que deveriam integrar uma corte de vértice ideal. A pesquisa se deu em um momento em que a Itália, à época recém unificada, ainda não possuía um órgão de cúpula do poder judiciário, mas sim cinco cortes regionais de cassação, as quais só foram unificadas na atual *Corte de Cassazione* em 1923, pelo Decreto Real nº 602 de 24 de março daquele ano, sob a

seja por se ocupar não das cortes em si, mas dos meios impugnativos por ela julgados (*e.g.*, se deveriam rediscutir fato e direito, contra que decisões seriam cabíveis, se poderiam ser interpostos *per saltum*, se seu juízo de admissibilidade deveria ser simples ou duplo, se poderiam veicular matéria cível e criminal, etc.), seja em razão das diversas peculiaridades que cada sistema assume quanto aos mencionados aspectos, sendo impossível de abordá-los nessas poucas linhas introdutórias à função dos tribunais superiores.

No campo do direito comparado, é possível apontar dois modelos de cortes de vértice que, em maior ou menor medida, inspiraram a criação e o funcionamento dos tribunais superiores no ocidente: a *Supreme Court* dos Estados Unidos, referência tribunal de rejugamento, e a *Cour de Cassation* francesa, tribunal de cassação.⁶ Essas cortes, embora não tenham sido os primeiros tribunais de cúpula da história,⁷ nem mesmo as inventoras das funções a seguir especificadas,⁸ se servem de modelos descritivos para uma melhor visualização das funções hoje desenvolvidas pelos tribunais superiores, as quais podem ser compreendidas a partir dos seus fundamentos históricos e políticos.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, consagrada no Artigo III da Constituição e implementada pelo *Judiciary Act* de 1789, nasce em um Estado federativo necessitado de um órgão central responsável por assegurar a unidade do direito nacional e, ao mesmo tempo, em

influência dos estudos de CALAMANDREI (PROTO PISANI, Andrea. Il ricorso per cassazione in Italia. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 40, v. 241, mar. 2015, p. 361-367).

⁶ Parte da doutrina coloca a Corte Imperial alemã como uma terceira espécie de modelo (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 97-100). No entanto, conquanto seja verdade que o finado *Reichsgericht* (atual *Bundesgerichtshof* – BGH) tenha inspirado outros tribunais europeus – como o da Áustria e dos países escandinavos –, ele não acrescentou nenhuma função nova, tratando-se de mais um tribunal de rejugamento, como bem reconhece o próprio TARUFFO nas linhas posteriores. Em verdade, o grande traço distintivo do BGH está no recurso de *Revision* a ele dirigido, este sim, cujas peculiaridades o colocariam como um modelo próprio de recurso.

⁷ A ideia de tribunal de cúpula pressupõe a existência de uma hierarquia judicial, isto é, de órgãos organizados verticalmente mediante uma relação recíproca de inferioridade e superioridade, o que foi uma inovação introduzida durante o período da *extraordinária cognitio* do processo civil romano. No início, era o imperador que, enquanto titular do poder soberano, ocupava o vértice da jurisdição, ficando responsável, com o auxílio do seu Conselho Supremo, pela revisão das decisões dos juízes a ele subordinados. Entretanto, impossibilitado de decidir o crescente número de impugnações, o imperador passa a delegar cada vez mais essa função ao conselho, que se separa, pouco a pouco, da figura do imperador e se consolida como órgão judicial permanente. Essa é, segundo CALAMANDREI, a origem da maioria das cortes superiores europeias: “nascita a questo processo di germinazione avvenuto nel consiglio político del principe” (CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile – parte prima, cit., p. 212). Sobre as origens do recurso: MACÊDO, Lucas Buril de. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: Juspodivm, p. 77-86; MOUSOURAKIS, George. *Roman law and the origins of the civil law tradition*. Cham: Springer, 2015, p. 157.

⁸ É que as funções de corrigir erros judiciais e de uniformizar o direito não são próprios dos meios de impugnação dirigidos aos tribunais superiores, mas nascem com a própria ideia de recurso: “(...) ao lado de propiciar a correção de uma injustiça, os recursos assumem papel importantíssimo não só na correta e equilibrada prestação jurisdicional, mas também no reestabelecimento do equilíbrio quebrado pela diversidade de interpretações proporcionada pelas decisões judiciais” (CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 46-47).

um sistema jurídico fundado sob as bases do *common law* anglo-saxônico, cuja construção do direito se dá, principalmente, a partir das decisões judiciais (*judge-made law* ou *case law*).⁹

Nesse contexto, em que uma mesma lei federal poderia receber interpretações conflitantes dos tribunais estaduais,¹⁰ e em que o precedente judicial desponta como principal fonte do direito, é que a uniformização da criatividade jurisprudencial ganha especial relevância, garantindo-se isonomia e segurança jurídica, sobretudo a partir da consolidação da doutrina do *stare decisis et non quieta movere*, que se traduz na “obrigação do juiz, ao solucionar casos, de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que o próprio juiz do caso presente considere a solução inadequada ou injusta”.¹¹

Esse pano de fundo político-cultural exerceu forte influência no papel da Suprema Corte dos EUA que, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem para si a função fundamental de dar unidade à interpretação da lei federal e da Constituição. Para tanto, os apelos à ela dirigidos, cabíveis quando se questiona a compatibilidade da decisão de um Tribunal Federal de segundo grau ou das Supremas Cortes Estaduais com a Constituição, com os tratados e as leis federais dos EUA, ou ainda quando se invoca algum título, direito, privilégio ou imunidade conferido pelo ordenamento jurídico nacional¹² têm seu mérito julgado para, a partir deles, a corte pronunciar a correta interpretação da lei ou da Constituição, orientar o comportamento da sociedade e padronizar futuras decisões.

Do outro lado do Atlântico, a *Cour de Cassation* francesa, instituída pelo Decreto de 27 de novembro – 1º de dezembro de 1790, surge dos ideais revolucionários, como órgão ligado ao Poder Legislativo, passando a integrar a estrutura Poder Judiciário apenas em 1837.¹³ Nesse

⁹ “*Common law* also signifies that the law administered by these courts had its origin in decision of the courts themselves (...). The *common law* court’s authority to make pronouncements of law originally delivered from a concern no maintain peace within realm. Responsibility to maintain peace was expressed in the king’s coronation oath, a responsibility fulfilled through officials whom the king constituted as judges” (HAZARD JR, Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: na introduction*. London: Yale University Press, 1993, p. 8).

¹⁰ “Treze tribunais independentes [12 Cortes de Apelação Regionais e a Corte de Apelação do Circuito Federal], pronunciando em última apelação sobre as mesmas causas e segundo as mesmas leis, formariam um monstro, de que só poderia resultar contradição e desordem” (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*, cit., p. 468).

¹¹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 63.

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 242.

¹³ Sobre a formação histórica da Corte de Cassação francesa, cuja construção vai desde os tribunais romanos até o *Conseil des Parties*, é essencial a leitura do estudo feito por CALAMANDREI no Tomo I de *La cassazione civile*. Apenas a título informativo, o *Conseil des Parties*, instituição que antecede a *Cour de Cassation* e sobre ela exerce profunda influência, era uma das quatro seções especializadas do *Conseil du Roi*, que por sua vez funcionava como um tribunal vinculado ao poder soberano (*Curia regis*) e tinha o poder de decidir os recursos em seu mérito (CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile – parte prima*, cit., p. 331-379).

ponto, a vinculação da corte ao legislativo foi uma forma de evitar que o judiciário ultrapassasse a sua esfera de atuação, a quem, a princípio, cabia tão somente a aplicação da lei. Isso porque, explica CALAMANDREI, a burguesia recém-chegada ao poder desconfiava das intenções dos juízes, em sua maioria aristocratas alinhados à nobreza, já que no Antigo Regime o cargo era comprado ou herdado.¹⁴ Assim, colocar a Corte na estrutura do legislativo (*auprès du corps législatif*) tornou-se uma forma de resguardar este poder da intolerável atividade criativa dos juízes, preservando-se, ao fim e ao cabo, a tradicional separação de poderes pensada por Montesquieu e o monopólio do legislador em ditar o texto e o sentido da lei.¹⁵

Dessa sorte, a preocupação com a outorga de poderes excessivos ao Judiciário, somada à concepção do direito à época, momento da escola da exegese, em que a lei era considerada a principal e única fonte formal do direito e o juiz era a simples *bouche de la loi*, foram fatores que condicionaram diretamente a função da *Cour de Cassation*, a quem cabia, a princípio, apenas o controle de legalidade das decisões proferidas pelas instâncias inferiores, cassando aquelas que estavam desconformidade com o exato sentido da lei e reenviando a causa para um novo julgamento pelo tribunal, sem decidir o mérito de recurso algum.

Os mencionados modelos, francês e estadunidense, extremam, no seu modo de funcionar, as duas funções típicas das cortes de vértice: a *função de controlar* as violações ao direito objetivo apontadas pelos recorrentes nas decisões impugnadas e a *função de uniformizar* a jurisprudência. Enquanto a Suprema Corte dos EUA coloca a função de controle à serviço da função de uniformizar e desenvolver o direito, a *Cour de Cassation* faz o oposto, tornando a função de uniformização uma mera e eventual consequência do exercício da função de controle. É exatamente essa distinção que gera, segundo a doutrina de MELVIN EINSEBERG, dois tipos de tribunais de cúpula: os que praticam o *enrichment model*, que julgam conscientes do seu papel no desenvolvimento e no enriquecimento do direito, e os que adotam o *by-product model*, no qual a autoridade uniformizadora do precedente é um produto incidental do julgamento.¹⁶

Apesar disso, cumpre-se deixar algo bem claro: ambas estão presentes tanto no modelo norte-americano quanto no francês, constituindo, na verdade, uma espécie de núcleo comum que, dentre diversas particularidades de cada ordenamento, une as cortes superiores.

¹⁴ L'ordinamento giudiziario francese non ebbe, nella sua concezione originaria, un vertice, un centro: si opponeva all'idea di questo organo centrale quel timore dei consessi giudiziari troppo potenti, che fece sembrare pericolosa, agli autori del Decreto 16-24 agosto 1790, perfino la istituzione di speciali tribunali d'appello" (*ibidem*, p. 418).

¹⁵ "Rescende ao só propósito de proteger a lei contra o juiz. Tem-se medo da pluralidade de jurisprudência, porquanto quebrada a unidade da inteligência da lei, lei não há, mas arbítrio" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil – t. VIII*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 22).

¹⁶ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard Press, 1998, p. 5-7.

A primeira delas, a *função de controle* da correta aplicação do direito pelos órgãos julgadores inferiores, assim denominada por CALAMANDREI como função de nomofilaquia,¹⁷ se traduz em uma função de natureza retrospectiva, pois volta a corte à correção de erros decisórios cometidos no passado, e predominantemente privada, pois tutela os interesses particulares do litigante (*ius litigatoris*) a pretexto de defender o direito objetivo.¹⁸ Além disso, como o controle é inerente ao juízo de cassação, essa função aparece tanto nas cortes que se limitam a exercer esse juízo, quanto nas cortes que além da cassação, realizam o juízo de revisão a ela sucessivo, decidindo o mérito da causa.¹⁹

Daí porque a doutrina apontar que tal função tendia a preponderar na *Cour de Cassation*²⁰ – e nas tantas outras que seguiram o modelo francês, como a *Corte di Cassazione* italiana, o Supremo Tribunal de Justiça Português e o *Supremo Tribunal* espanhol – já que, ao menos nos momentos iniciais, a cassação de decisões contrárias ao direito objetivo era o seu fim último. Contudo, como já foi antecipado, essa função também não deixa se manifestar nas cortes de rejugamento ao verificarem, em sede do *iudicium rescindens*, se a norma jurídica (decorrente da lei, do precedente judicial, etc.) foi corretamente aplicada pela instância inferior.

A segunda, a *função de uniformização* da jurisprudência, se mostra quando os tribunais de superposição, ao conhecerem e julgarem os recursos que lhe são submetidos, dão a última palavra quanto ao mérito da causa, assegurando-se a unidade no desenvolvimento do direito e promovendo, conseqüentemente, previsibilidade, igualdade e segurança jurídica.²¹ Registre-se, aqui, que o sentido de uniformização não é o de adequar determinada decisão à jurisprudência do tribunal superior (essa é a função de controle), mas sim de pacificar as múltiplas interpretações dadas pelos tribunais inferiores sobre determinada questão jurídica.

¹⁷ A nomofilaquia (do grego “*nomos*” e “*phyllasso*”, traduzidos como lei e guarda), significa a defesa da lei. Entretanto, como se verá mais adiante, a evolução científica do direito provocou profundas transformações nesse conceito, que passou a significar não a pura defesa da lei, mas do ordenamento jurídico como um todo.

¹⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial e recurso extraordinário*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2023, p. 466-468.

¹⁹ Nesse ponto, parte-se da compreensão de que a técnica de julgamento do mérito dos recursos excepcionais pressupõe dois juízos sucessivos: o juízo de cassação (*iudicium rescindens*), no qual se insere a função de controle, exercido mediante a censura da decisão impugnada, e o juízo de revisão (*iudicium rescisorium*), efetivado por meio do rejugamento da causa, aplicando-se corretamente a norma jurídica. Assim pensa boa parte da doutrina brasileira, por todos, com vasta referência bibliográfica: CHEIM JORGE, Flávio; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Função e técnica de julgamento.... *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 44, v. 295, set. 2019, p. 165-192.

²⁰ “El modelo francés, seguido en otros ordenamientos y en particular en Italia, está basado en la corte de casación. Como se sabe, se trata de una corte que ejerce típicamente una función de control de legitimidad, que en principio no decide sobre el mérito de la causa ni toma nuevamente la decisión correspondiente – cuando anula la sentencia impugnada – a la de otro juez de nivel inferior” (TARUFFO, Michele. *Las funciones de las...*, cit., p. 100).

²¹ A ideia de uniformidade jurisprudencial se põe, aqui, no sentido de unidade espacial (o mesmo entendimento se aplicando a situações jurídicas iguais em um dado espaço) e não unidade temporal, já que a evolução da jurisprudência é bem-vinda, sendo uma forma de adaptar o sistema jurídico às inevitáveis mudanças na sociedade. Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais...*, cit., p. 373.

Assim, cuida-se de uma função com natureza pública, pois a uniformidade de respostas do judiciário prestigia o princípio da igualdade (a tutela do *ius constitutionis*), bem como prospectiva, por se preocupar em mostrar à sociedade como ela deve se comportar e à corte e aos demais juízes como eles devem julgar casos futuros, eliminando assim eventuais incertezas desses *players* sobre como compreender o direito positivo.²²⁻²³⁻²⁴

Essa função, embora inicialmente se sobressaísse nas cortes de países inseridos na tradição do *common law* (onde as cortes estão mais próximas do modelo estadunidense e onde, como se viu, a jurisprudência tem um papel essencial), também passou a ser observada nos tribunais superiores do *civil law*, tanto naquelas que adotaram o modelo de rejugamento desde a sua concepção – caso do STJ e do STF no Brasil, do BGH alemão, e dos tribunais superiores do Uruguai, da Colômbia, do México e da Argentina, cuja criação e funcionamento foi claramente influenciada pelo modelo da Suprema Corte dos EUA –,²⁵ quanto pelo natural desenvolvimento daquelas que adotaram o modelo da cassação.

Isso porque, apesar das tradicionais cortes de cassação europeias terem sido concebidas para a proteção da lei, rescindindo decisões a violassem e lhes sendo vedada a apreciação do *meritum causae*, como uma forma de evitar a sua atividade criativa, é certo que, por uma série de razões, a função uniformizadora passou a fazer parte do dia a dia dessas cortes, abandonando-se o insustentável modelo de corte de cassação que não interpreta e que não decide, tal como queriam os franceses revolucionários quando da criação do instituto. Aliás, é justamente pela progressiva incorporação dessa outra função que, nas palavras de TARUFFO, as cortes de cassação vivem uma crise de identidade, se comportando como um “vértice ambíguo”²⁶.

Nesse sentido, não é outro o entendimento de TERESA ARRUDA ALVIM e BRUNO DANTAS:

²² ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 468-471;

²³ Apesar de, muito por influência da doutrina, o presente trabalho ter se utilizado das expressões “função pública” e “função privada” para designar, respectivamente, as funções de uniformização e de controle, essa terminologia não parece adequada. Isso porque tanto o Estado e a sociedade têm interesse na pacificação dos conflitos privados, quanto os particulares têm interesse na unidade da jurisprudência, em especial aqueles litigantes habituais.

²⁴ Daí porque ANDRÉ TUNC, na conclusão de celebrada edição *Revue internationale de droit comparé* voltada especificamente ao estudo comparado das cortes supremas, afirmar que tal função se assemelha à uma função pastoral: “La cour suprême doit avant tout guider les autres juridictions, presider l’élaboration du droit judiciaire. Elle a, pourrait-on dire, une fonction pastorale” (TUNC, André. *Conclusions: La cour suprême idéale. Revue internationale de droit compare*, v. 30, n. 1, jan./mar. 1978, p. 437).

²⁵ Sobre a função das cortes superiores na América Latina, em uma perspectiva comparada: OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina: história, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 35, v. 187, set. 2010, p. 181-230; DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina: In: *Fundamentos do processo civil moderno* – t. II. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 783-786; DANTAS, Bruno. Repercussão geral: algumas lições da Corte Suprema Argentina ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro. *Revista da informação legislativa*, a. 47, n. 187, jul./set. 2010, p. 35-43.

²⁶ TARUFFO, Michele. *Il vertice ambíguo: saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

Mesmo nos países em que há cortes e recursos de cassação, embora originariamente a função desse recurso fosse estritamente nomofilática, a evolução do pensamento jurídico e a superação do positivismo tradicional revelaram a necessidade de se exercer, mediante o recurso de cassação, o controle sobre o ativismo judicial.²⁷

Apesar de assistir razão aos mencionados processualistas, esse não é bem o único motivo para a mudança de perspectiva nas cortes de cassação. Como se sabe, a evolução científica do direito cuidou de consagrar a sua relativa indeterminação, exigindo do juiz atividade criativa ao aplicar a lei, quer pela insuficiência da sua letra (polissêmica, vaga, constituída de conceitos abertos, etc.) quer porque o texto legal perdeu a sua capacidade de acompanhar e antever o rápido desenvolvimento da sociedade.²⁸ A essa altura, a construção da teoria da interpretação sepultou o dogma de que a lei tem um sentido unívoco, atemporal e universalmente válido e, por consequência lógica, a visão de que caberia a corte de cassação apenas a observância do “exato sentido da lei” sem qualquer margem interpretativa. Porém, voltando à ideia inicial, há ainda mais elementos que indicam a existência de uma preocupação com a unidade jurisprudencial nas cortes de cassação.

Nesse ponto, remonta-se à obra prima de CALAMANDREI que, mesmo antes da evolução do positivismo jurídico ao longo do Século XX, já havia percebido que, na prática, uma corte de cassação funcionava tanto como “*organo di controllo posto a difesa del diritto obiettivo*” quanto como “*organo regolatore della interpretazione giudiziaria*” com a missão de “*mantenere la uniformità della giurisprudenza*”.²⁹ Do olhar perspicaz do mestre fiorentino, destacam-se os alguns fatores que resultaram na progressiva aquisição de uma feição uniformizadora pela *Cour de Cassation* francesa, os quais, em sua maioria, mais tarde se replicaram nas demais cortes que funcionavam ao seu estilo.

a) Desaparecimento do *référé législatif*: o mecanismo em questão, que obrigava a corte a interromper o julgamento e recorrer ao poder legislativo sempre que ela estivesse diante de um texto legal que precisasse ser interpretado, foi abolido do ordenamento jurídico francês,³⁰ passando a vigorar a regra do Código Napoleônico que conferia ao juiz, diante da obscuridade da lei, o poder de interpretar. Esse foi, ainda que de forma tímida, o primeiro passo dado pelas cortes de cassação para firmarem seu papel de uniformizar e desenvolver o direito.

²⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 468.

²⁸ Sobre a relativa indeterminação do direito, a quem se atribui a Kelsen a sua mais apurada formulação teórica, ver: KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁹ CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile – parte seconda. *Opere Giuridiche – volume VII*. Roma: RomaTrE-Press, 2019, p. 33-57.

³⁰ A abolição do *référé législatif* devolveu à jurisprudência o prestígio perdido durante o iluminismo: “si restituiva alla giurisprudenza la dovuta parte nell’evoluzione del diritto, considerandola, anziché come una pericolosa rivale della onnipotente Loi, una preziosa collaboratrice del legislatore nella pratica applicazione della norma” (CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile – parte prima, cit., p. 466).

b) Ampliação da competência da corte: reformas legislativas tanto na França quanto em outros países europeus alargaram as hipóteses de cabimento do recurso para a cassação, que não mais se limitavam ao controle da *contravention expresse à la loi*, abrangendo também a cassação de qualquer decisão *contrarie aux lois*, que tenha dado *fausse interprétation* ou *application de la loi*.³¹ Ou seja, a violação literal da lei deixou de ser a única forma de provocar a atividade da corte, que passou a poder corrigir não só as violações à lei abstrata, mas também a criatividade jurisprudencial mal exercida e a incorreta aplicação da norma ao caso concreto.³²

Nesse aspecto, a corte assumia uma inegável função uniformizadora pois, ainda que de forma silenciosa, escolhia dentre as muitas decisões impugnadas quais seriam e quais não as interpretações possíveis sobre determinada norma. Dito de outro modo, quando a corte deixava de cassar uma decisão que deu um sentido X à determinada lei, ela indicava para o julgador que aquela interpretação estava correta e, portanto, poderia ser reproduzida em casos análogos. Já quando a corte cassava uma decisão que deu um sentido Y a mesma lei, ainda que nada dissesse quanto ao seu mérito, ela sinalizava para o juiz que aquela não era uma interpretação possível.

c) Fundamentação da decisão cassacional e influência positiva das decisões da corte de cassação sobre os juízos inferiores: CALAMANDREI percebeu que as cortes de cassação, ao anularem as decisões, não se limitavam a declarar a violação de determinado dispositivo legal, mas decidiam o recurso de forma motivada,³³ interferindo positivamente no trabalho do juízo de reenvio, o qual, embora estivesse livre para seguir ou não a orientação da cassação, provavelmente teria a sua decisão cassada novamente se ele não seguisse aquele entendimento.³⁴ Ademais, tamanha a importância das decisões proferidas pela *Cour de Cassation*, que o governo francês resolveu que as elas deveriam ser publicizadas no *Bulletin Officiel*, uma espécie de informativo de jurisprudência.

Assim, ocorre uma verdadeira virada de perspectiva na corte: passam de um órgão silente voltado a destruir decisões contrárias ao direito, para um órgão que constrói efetivamente o direito, a partir da autoridade positiva das suas decisões não só sobre o caso concreto, mas

³¹ *Ibidem*, p. 467-473.

³² A evolução da teoria da interpretação destruiu a ideia de que a lei tinha um único sentido pronto para ser extraído do seu texto e assim alterou a ideia de nomofilaquia, que não poderia mais ser entendida como a simples defesa da lei (nomofilaquia pura), mas como a defesa do ordenamento jurídico como um todo (nomofilaquia tendencial). Nesse sentido: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 466.

³³ Isso ocorria, de forma semelhante, na *Corte di Cassazione* italiana, que deveria enunciar a máxima ou “princípio de direito” para que o juízo de reenvio o seguisse (TARUFFO, Michele. Uma reforma da corte de cassação?. In: *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre o processo e justiça civil*. Trad. Darci Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 52-56).

³⁴ “Il giudice di rinvio era libero, si sa, di seguire o di non seguire ella opinione dell’organo di cassazione; ma nella massima parte dei casi la seguiva, sia perchè il Giudice sapeva che, seguendo l’opinione contraria, esponeva la sua sentenza ad una nuova cassazione” (CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile – parte prima*, cit., p. 474-475).

também sobre os casos futuros, ainda que ausente qualquer comando formal que previsse a eficácia obrigatória de seus precedentes.³⁵

d) Força obrigatória do entendimento da *Cour de Cassation* diante de uma segunda cassação pelo mesmo motivo: a despeito de, em um primeiro momento, o juízo de reenvio ter sido livre para seguir ou não a opinião da cassação, reformas impuseram que, caso a sua decisão fosse novamente cassada pelo mesmo motivo, era a opinião da corte que deveria prevalecer. Se por um lado tal mudança revestiu as decisões da corte de cassação de ainda mais autoridade, já que a ela cabia a palavra final sobre a solução de determinado caso, por outro ela não esteve imune a críticas, tanto daqueles que criticaram o fim da soberania (*souveranité*) do juízo de reenvio, quanto daqueles que, como CALAMANDREI, entenderam desnecessário um novo reenvio para que o juiz aplicasse o entendimento da corte, podendo ela mesma aplicá-lo.³⁶

Como forma de terminar essa breve trajetória da evolução da função uniformizadora na *Cour de Cassation*, deixa-se aqui uma boa notícia para CALAMANDREI, a quem se considera ser um dos mais talentosos processualistas da história: seja por influência das adaptações que a cassação encontrou na Alemanha por ocasião do recurso de revisão, seja pelo fato de que a técnica do reenvio impunha um retrabalho completamente alheio à duração razoável do processo e insustentável no contexto de demandas em massa, as tradicionais cortes de cassação europeias assumiram cada vez mais uma atuação positiva, a elas sendo atribuídas o poder de julgar o mérito do recurso, de formar precedentes e, assim, de unificar o direito. É o que ocorreu na Espanha em 1852,³⁷ em Portugal em 1926,³⁸ na Itália em 1990³⁹ e na França em 2016,⁴⁰ exemplos anteriormente citados de tribunais cassacionais.

³⁵ “L’attività sua, di conseguenza non solo aveva un effetto positivo sulla decisione delle singole liti, ma cominciava a esercitare, quantunque non avesse autorità legislativa, un potente influsso sul diritto obiettivo che si sviluppa e si forma attraverso la giurisprudenza dei tribunali” (*ibidem*, p. 487-488).

³⁶ *Ibidem*, p. 481-482.

³⁷ O Decreto Real de 20 de junho de 1852 aboliu a técnica de reenvio e outorgou ao Tribunal Supremo a obrigação de se pronunciar sobre o mérito do recurso. Sobre o tema: CASTRO, Jordi Delgado. La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 33, jul./dez. 2009, p. 352.

³⁸ “Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça, com a feição que lhe atribuiu o artigo 1.161 do CPC/1876, funcionava como verdadeira Corte de Cassação. Esse formato foi alterado com o advento do Decreto 12.323, de 1926, que adjudicou ao Supremo Tribunal de Justiça competência para, em determinadas hipóteses, funcionar como tribunal de substituição, não mais se limitando, portanto, a cassar a decisão recorrida, ainda que a função de cassação pura prevalecesse em algumas hipóteses” (MARQUES, Mauro Campbell *et al.* *Recurso especial*. Curitiba: EDC, 2022, p. 436).

³⁹ “(...) com a reforma de 1990 (Lei 353, de 26.11.1990), à Corte de Cassação foi atribuído o poder de julgar diretamente o mérito da causa quando o recurso for acolhido por violação ou falsa aplicação da lei substancial e for desnecessário produzir novas provas” (BONATO, Giovanni. O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 40, v. 249, nov. 2015, p. 250).

⁴⁰ A *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, de 18 de novembro de 2016, adicionou ao artigo 411-3 do *Code de l’organisation judiciaire* um parágrafo segundo o qual a *Cour de Cassation* “peut aussi, en matière civile,

Essa retrospectiva serve, enfim, para embasar a compreensão de que, no passado ou no presente, ainda que com diferentes graus de intensidade e de diferentes formas, *todas as cortes ejercen tanto a função de controle da legalidade das decisões proferidas pelas instâncias inferiores quanto a função de uniformização da jurisprudência*, assim desenvolvendo o direito. É dizer, independentemente da tradição jurídica do país ou do modelo institucional adotado pela Corte ambas as funções estão presentes em um tribunal de superposição. É o que leciona TARUFFO, remetendo-se ao pensamento de CALAMANDREI:

De acuerdo con una tradición que se remonta esencialmente à Calamandrei y su imprescindible estudio sobre la casación, una corte suprema desarrolla dos funciones fundamentales: en primer lugar, efectúa un control de legalidad sobre las decisiones pronunciadas por los jueces inferiores, y además opera asegurando una relativa uniformidad de la jurisprudencia, tanto la propia como la de los órganos judiciales de nivel inferior. Como se sabe, Calamandrei se ocupó principalmente de la casación, pero esta definición de las funciones de una corte suprema puede extenderse no sólo a las demás cortes que siguen el modelo de la casación, sino también a todas las otras cortes supremas de los ordenamientos de *civil law*, e incluso a las de los ordenamientos de *common law*. En otros términos: todas las cortes supremas desempeñan estas dos funciones. Sin embargo, las desarrollan con modalidades muy diferentes, con efectos que son distintos en cada caso, y en particular con un mayor o menor acento de la función de control de legalidad con respecto a la función consistente en el aseguramiento de la uniformidad de la jurisprudencia, o viceversa.⁴¹

E tais funções são comuns a qualquer tribunal de cúpula não porque o legislador assim decidiu, mas pelo simples fato desses tribunais ocuparem o vértice sistema judiciário.⁴² Afinal, se cabe aos juízes atribuírem o autêntico significado das fontes normativas, delas se extraindo normas jurídicas, o juiz supremo (*rectius*: o órgão que está na última instância do Poder Judiciário), naturalmente atrai para si a função de dar a última palavra quanto à interpretação do direito, o que só pode ser feito à luz do julgamento de um caso concreto.⁴³

statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie" (também pode, em matéria civil, decidir sobre o mérito da causa quando o interesse da boa administração da justiça assim justificar).

⁴¹ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas, cit. p. 93.

⁴² Tanto é assim que a partir do momento em que a *Cour de Cassation* é incorporada ao judiciário, nela começa a aparecer a função de uniformização. Sobre o tema, vale a leitura das palavras de CALAMANDREI: "In seguito, quando la Corte di Cassazione assunse la posizione di un Tribunale supremo, essa si trovò ad essere a poco a poco assorbita entro quello stesso ordinamento giudiziario ch'essa doveva in origine sorvegliare dal fuori" (CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile – parte seconda, cit., p. 92).

⁴³ É justamente pelo *locus* privilegiado ocupado pelos tribunais de vértice que a doutrina defende que a função de examinar a justiça da decisão seria de utilidade duvidosa e deveria ser meramente secundária e subordinada à função uniformizadora, sob pena de essas cortes em nada se diferenciarem dos tribunais de apelação, os quais já são naturalmente incumbidos da função de controle. Nesse sentido, a conclusão de ANDRÉ TUNC: "Douteuse serait donc l'utilité d'une cour supreme qui aurait pour seule mission d'essayer de statuer mieux que les cours d'appel. Sa raison d'être n'est pas là" (TUNC, André. Conclusions: La cour suprême idéale, cit., p. 437). Em sentido diametralmente oposto, JORDI NIEVA FENOLL defende que o exercício da função de controle pelas cortes superiores é igualmente importante, porque se assim não fosse as cortes de apelação assumiriam o vértice da jurisdição: "(...) si el Tribunal de casación abandona en gran medida su labor, los Tribunales de segunda instancia se crearán ser Tribunales Supremos, y no se preocuparán en absoluto de seguir la jurisprudencia de nadie, ni la de ellos mismos, ante la escasísima posibilidad de que su fallo sea revocado" (NIEVA FENOLL, Jordi. La relevancia social de la casación: la importancia del ius litigatoris. In: *Jurisdicción y proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 496).

Em suma, pouco importa se o tribunal se comporta como uma corte de cassação ou de rejugamento, se as suas decisões são mais ou menos qualificadas e publicizadas, se é viável que a ele se recorra alegando divergência jurisprudencial, se o sistema jurídico adotou a teoria dos precedentes obrigatórios,⁴⁴ ou se a corte tem o poder de selecionar os casos que julga conforme a sua relevância. Esses são apenas instrumentos incorporados pelo legislador para facilitar a expressão da função uniformizadora nas cortes, os quais nem condicionam a manifestação dessa função, nem excluem a função de controle das decisões inferiores.⁴⁵

Não por outro motivo, aliás, que o presente trabalho se preocupou em não utilizar a terminologia adotada por DANIEL MITIDIERO e por parte da doutrina estrangeira, que classificam os tribunais de cúpula em cortes superiores e cortes supremas, a depender da função por elas exercida.⁴⁶ A posição do professor MITIDIERO, profundo estudioso das cortes de vértice e relevante processualista na formação da opinião jurídica nacional (daí a importância de mencioná-lo), é minoritária⁴⁷ e não foi aqui abraçada, quer por partir do sentido “impróprio” de precedente⁴⁸ quer porque pretende separar duas funções que, como visto, aparecem necessariamente em conjunto nas cortes, ainda que observada no plano ideal.⁴⁹

⁴⁴ Cabe, aqui, uma observação: condicionar a função uniformizadora à eficácia vinculante dos precedentes é um equívoco, em especial porque as cortes de vértice já desempenhavam tal função muito antes da consolidação da doutrina do *stare decisis* nos países de *common law* no Século XIX. Daí ser dispensável, na lição de RODRIGO BARIONI, “que os precedentes do órgão de controle tenham eficácia vinculante para cumprir a sua tarefa uniformizadora. A força de persuasão do precedente advém da respeitabilidade do órgão que emite e do convencimento gerado pela fundamentação” (BARIONI, Rodrigo Otávio. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010, p. 182-183).

⁴⁵ No mesmo sentido: “o exercício de uma concepção ‘privada’ não necessariamente exclui o exercício também de uma concepção ‘pública’ e vice-versa” (TRENTO, Simone. As funções das cortes supremas e a decisão de questões probatórias em recursos excepcionais. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, v. 2, n. 3, jun./nov. 2016, p. 188).

⁴⁶ O processualista peruano RENZO CAVANI, apesar de reconhecer que a divisão se limita ao plano ideal, entende que “la existencia de un sistema de precedentes y la relevância empírica del precedente, conjuntamente, es condición necesaria y suficiente para que un tribunal se desempeñe, al menos parcialmente, como uno de precedentes”. Para uma melhor compreensão dessa linha de pensamento, veja-se: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2023; CAVANI, Renzo. Casación y precedente: reflexiones a partir de Calamandrei. In: NIEVA FENOLL, Jordi; CAVANI, Renzo (Coord.). *La casación hoy cien años después de Calamandrei*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

⁴⁷ “Daí que ao discutir hoje a doutrina o fim desses recursos, o faz apenas quanto à questão de saber se o fim ou a função preferente é o da uniformidade da jurisprudência – fim em que se continua mais interessada à cassação, mas afirmando também no mesmo sentido para a revista – ou é antes o fim da justiça, da justa decisão da causa, do caso jurídico concreto –, ou se não se deverá antes entender que concorrem simultaneamente aos dois fins (...), tese que recebe hoje a maioria dos sufrágios (CASTANHEIRA NEVES, António. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 525-526).

⁴⁸ Sobre precedente em sentido “próprio” e “impróprio”, veja-se: CHAVES, Marcelo Luz. Precedentes judiciais: conceito(s) e características. *Revista ANEP de direito processual*, v. 2, n. 2, jul./dez. 2021, p. 77-79.

⁴⁹ Aprofundando as críticas aqui mencionadas: NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Inovações e polêmicas sobre RE e RESp no CPC-2015: funções dos tribunais superiores, recursos contra juízo de admissibilidade e embargos de declaração formadores de causa decidida ficcional. In: ALVIM, Teresa Arruda;

Além dessas funções clássicas, acrescentam TERESA ARRUDA ALVIM e BRUNO DANTAS duas funções contemporâneas, as quais, embora não pensadas originalmente como funções típicas, decorreram da própria atividade das cortes de vértice. Com efeito, surgiram espontaneamente a *função dikelógica*, associada à busca nos tribunais superiores por uma decisão mais justa, e a *função paradigmática* ou persuasiva, que estaria destinada à formação de precedentes vinculantes enquanto fontes do direito. Com efeito, tais funções inevitavelmente aparecem no horizonte do labor da corte, “o que o legislador pode fazer, em determinados casos, é restringir ou aumentar a intensidade com que consequências inatas se manifestam, mas não eliminá-las, sem que se elimine o instituto ou a instituição”.⁵⁰

Já se encaminhando para uma conclusão, foi visto até aqui quais as funções exercidas por um tribunal superior, os fundamentos por detrás delas e se todos esses tribunais exercem essa função. Antes de concluir, porém, algumas perguntas merecem ser respondidas, por meio das quais serão fixados pressupostos para a continuidade do debate. Primeira, todas essas funções típicas e atípicas são compatíveis entre si? Segunda, sendo compatíveis, um tribunal de cúpula pode exercê-las todas ao mesmo tempo, de maneira coerente? E, terceira, todas elas aparecem com o mesmo grau de intensidade?

A resposta à primeira pergunta parece ser positiva, exceto no que diz respeito à função *dikelógica*. É que as funções de correção e uniformização não só podem ser exercidas de forma compatível, como elas são complementares e inseparáveis. Inseparáveis porque, em regra,⁵¹ a função de correção é o veículo da função de uniformização, ou seja, é corrigindo as decisões impugnadas pelos recorrentes que as cortes exercem a sua função uniformizadora,⁵² e complementares porque é partindo de uma jurisprudência uniforme que a função de correção se aperfeiçoa. Além disso, nesse agregado de papéis, a função de formação de precedentes vinculantes (paradigmática) funciona como pedra de toque para reforçar a função uniformizadora, sendo inclusive desejável que ela apareça, em especial porque os recursos excepcionais são uma “forma por excelência de formação de precedentes”.⁵³

CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio (Coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: RT, 2017, p. 241-246.

⁵⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial*..., cit., p. 473.

⁵¹ Tome-se como principal exemplo de exceção as súmulas, por meio das quais as cortes de vértice brasileiras exercem a sua função uniformizadora sem julgar exatamente um caso concreto.

⁵² “(...) la realtà è che, nel ricorso proponibile dai privati, l’interesse privato diventa – come fu detto efficacemente – veicolo dell’interesse coletivo, onde la Corte di cassazione, anche quando annulla una sentenza accogliendo um ricorso di parte, la annulla non in quanto questa sentenza disconosca l’interesse del privato a ottenere una pronuncia favorevole nel dispositivo, ma in quanto essa offenda nella sua motivazione l’interesse dello Stato alla esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo” (CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile* – parte seconda, cit., p. 135).

⁵³ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais*..., cit. p. 466-472.

Há, no entanto, quem discorde. Segundo os professores MARINONI e MITIDIERO, “uma Corte Suprema não pode ter o exercício da sua função prejudicada ou indevidamente limitada pelos litigantes”, razão pela qual a função de controle das decisões judiciais seria um entrave para o adequado exercício da uniformização e do consequente desenvolvimento do direito.⁵⁴ Daí que, para os insígnies processualistas, o julgamento do caso concreto deveria funcionar apenas como pretexto para a corte se desincumbir da sua real missão, devendo a ela, para qualificar a decisão, se pronunciar também sobre matérias de direito que, apesar de versarem sobre a questão submetida a julgamento, não foram trazidas pelas partes nem poderiam ser cognoscíveis de ofício, como podem fazer o BGH alemão e a *Cour de Cassation* francesa.⁵⁵

Dizer se é possível desconsiderar o efeito devolutivo do recurso na formação de um precedente para ampliar a sua base argumentativa e a sua eficácia uniformizadora é tema que se situa no campo da teoria dos precedentes. Porém, interessa aqui observar que, em princípio, isso não torna a função de uniformização incompatível com a função de controle. Isso por um simples motivo: para que haja precedente, deve haver um caso concreto sendo julgado, o que não permite que a tutela do *ius constitutionis* se desvincule do *ius litigatoris*.⁵⁶ Nesse sentido, a precisa lição do professor CASTANHEIRA NEVES ao criticar os assentos em Portugal, instituto análogo aos enunciados de súmula no Brasil:

E exactamente nesse sentido: a unidade do direito que os supremos tribunais hão-de propor-se como função específica, para além da sua comum função jurisdicional enquanto instância de recurso (de revista, no nosso caso), não deverá realizar-se em termos de uma função formalmente autónoma ou separada desta função jurisdicional – como uma outra e distinta atividade normativa, tal como acontece actualmente com os assentos – deve, pelo contrário, realizar-se por ocasião do exercício da função jurisdicional e conjuntamente com ela, embora de um modo institucionalmente mais qualificado e segundo um regime processual particular. Isto é, quando o Supremo Tribunal seja convocado a assumir aquela sua função específica para além da simples decisão de um recurso, nem por isso se desligará das exigências jurídico-processuais da decisão do caso concreto em recurso (ou do conhecimento em recurso da causa), mas deve proferir essa decisão e chegar a esse conhecimento de modo a poder desempenhar-se simultaneamente daquela função – através de um modo institucional e processual que lhe permita realizar com essa decisão e conhecimento a intenção específica da unidade do direito.⁵⁷

⁵⁴ Seguem afirmando que “Se a decisão da Corte interessa ao desenvolvimento do direito e à sociedade, aquilo que se entende poder afastar o juiz da adequada solução de um litígio, por constituir manifestação de liberdade da parte, não vale quando a corte está diante de um recurso que lhe oferece a possibilidade de exercer a sua função” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil* – vol. XVI. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 286).

⁵⁵ É o que autoriza o §557, 3, da ZPO alemã e o art. 620 do NCPC francês.

⁵⁶ Mostra LUCAS BURIL que até na hipótese do art. 998, *parágrafo único* do CPC/15, em que o *ius litigatoris* fica descaracterizado pela desistência do recurso, o tribunal “resolve o caso exatamente como resolve em qualquer outra situação, do ponto de vista da construção da decisão, porém não aplica ela ao processo que lhe serviu de ponto de partida, por conta da desistência”. (MACÊDO, op. cit., p. 445).

⁵⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos tribunais supremos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 658-659.

Voltando à função *dikelógica*, tem-se que, pelo fato de os recursos dirigidos às cortes superiores serem de estrito direito, inviabilizando, em tese, o reexame de fatos e provas, a função de rediscutir a justiça da decisão impugnada não deveria se inserir no escopo dessas cortes, razão pela qual se defendeu que tal função é incompatível e, por consequência lógica, incoerente, com as demais. Entretanto, a função *sub examine* se agrega naturalmente à função de controle, não podendo ser totalmente suprimida, apenas relegada para um segundo plano.

Ademais, afirmar que as funções de controle e de uniformização são compatíveis entre si não significa dizer que elas podem ser exercidas de forma coerente, o que nos leva a resposta da segunda pergunta. Em apertada síntese, *o excesso da primeira conduz ao colapso da segunda, e o sucesso da segunda torna a primeira cada vez mais rarefeita*. Explica-se: uma corte que é frequentemente chamada para corrigir decisões idênticas a outras por ela já corrigidas no passado não só falha na uniformização, como também assume o risco de produzir decisões contrárias aos seus próprios precedentes, retroalimentando a litigiosidade e nada uniformizando no final das contas. Por outro lado, uma corte cuja autoridade uniformizadora é respeitada, exerce a sua função de correção apenas excepcionalmente.⁵⁸

Resta responder, enfim, a terceira pergunta, que consiste em saber se todas essas funções aparecem com o mesmo grau de intensidade nas cortes. Nesse aspecto, apesar serem exercidas de forma concomitante, a força com a qual elas se manifestam depende tanto do fator temporal (= do momento histórico em que as funções institucionais são analisadas) como do fator espacial (= das diversas particularidades de cada ordenamento jurídico).⁵⁹

Nessa linha, quanto às funções ditas atípicas, partindo de exemplos brasileiros, o condicionamento do interesse recursal à sucumbência da parte, a possibilidade de desistir do recurso,⁶⁰ a aplicação do *non reformatio in pejus* e a necessidade de interposição cruzada de RE

⁵⁸ Como afirma o processualista argentino LEANDRO GIANNINI, uma corte superprodutiva e onipresente corre o risco de perder a sua autoridade, na medida em que se pode encontrar em sua jurisprudência tanto a tese que se esteja buscando, quanto a tese contrária (GIANNINI, Leandro. *El certiorari en Argentina: la trascendencia como filtro de selección ante la Corte Suprema. Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 41, v. 251, jan. 2016, p. 236).

⁵⁹ “(...) o número de juízes, a quantidade de casos que podem julgar, o tempo que demanda uma discussão apropriada do conteúdo da decisão, a seleção das questões em que a Corte se pronunciará, a participação dos interessados no processo prévio a se tomar a decisão, a publicidade dos debates, a clareza dos critérios desenvolvidos, a capacidade de difundi-los e a possibilidade de que sejam compreendidos os novos alcances de uma questão normativa, constituem alguns dos aspectos a satisfazer para dotar a Corte dos instrumentos que lhe permitam desenvolver sua função” (OTEIZA, Eduardo. *A função das cortes supremas...*, cit., p. 181-184).

⁶⁰ Em favor da importância do fator temporal, veja-se que tal regra na vigência do art. 501 do CPC/73 não comportava nenhuma exceção. Por sua vez, o CPC/15 prestigiando a função paradigmática das cortes superiores, dispôs no art. 998 que a desistência “não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”. De todo modo, em casos específicos, o STJ, em nome do interesse público subjacente ao direito discutido, já rejeitou a desistência do recurso especial interposto para viabilizar a formação de precedente judicial à nível nacional, *ex vi*: QO no REsp nº 1.308.830/RS, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j.8.5.2012; QO no REsp nº 1.721.705/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.8.2018.

e REsp,⁶¹ são alguns fatores que favorecem a função *dikelógica*. Já a função paradigmática se perfectibiliza na medida em que o precedente formado pela corte é efetivamente seguido, seja pela sua respeitabilidade natural,⁶² seja de forma artificial e normativa como impôs o legislador brasileiro ao estabelecer a eficácia obrigatória de determinados precedentes no art. 927 do CPC.

O mesmo se aplica às funções de controle e de uniformização. O fato da raiz de determinada corte remontar à *Cour de Cassation* ou à Suprema Corte dos EUA não define a função nela preponderante, já que a adaptação desses modelos à cultura jurídica dos países em que foram recepcionados pode ter agregado ou retirado algumas características que tornam as cortes mais ou menos suscetíveis a expressar cada função. Uma dessas características é justamente a instituição de filtros recursais.

É nesse ponto que os filtros de acesso às cortes ganham importância, eis que, a partir deles, consegue-se regular a maior ou menor afinidade de um tribunal de cúpula com as suas funções públicas, notadamente as de defender a unidade do ordenamento jurídico e de formar precedentes, bem como a sua função privada, exercida a partir da correção das decisões contrárias ao direito.⁶³

2.2 O papel dos filtros recursais:

A abordagem doutrinária dos filtros de acesso aos tribunais de cúpula se dá através dos mais diversos ângulos: a importância desses filtros, a tendência mundial em instituí-los, as suas múltiplas funções, os critérios de seleção e rejeição dos recursos, as críticas a eles feitas, e outras questões mais. Porém, curiosamente, pouco se encontra a respeito do que seria um “filtro”.

Em recente tese de doutorado sobre o tema, o professor MARCO ANTONIO RODRIGUES defende que a expressão filtros de admissibilidade dos recursos excepcionais “representa as exigências para que o recurso seja admitido” e que não se trata “dos requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos como um todo, mas de exigências específicas para admissão desses recursos aos Tribunais Superiores”.⁶⁴

⁶¹ Pois “caso o recurso extraordinário se destinasse apenas à proteção do direito objetivo, a impugnação de qualquer dos fundamentos já seria suficiente para justificar um pronunciamento do STF” (KEMMERICH, Clóvis Juarez. A súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 63).

⁶² Além disso, fatores extraprocessuais como a colaboração da doutrina, a formação dos juízes e dos operadores do direito em geral são igualmente importantes para que os precedentes sejam respeitados (KERN, Christoph. The respect for court decisions in german law. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: RT, 2013, p. 163).

⁶³ “Há uma relação de causa e efeito entre os filtros recursais e as funções das Cortes Supremas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O filtro da relevância*. São Paulo: RT, 2023, p. 65).

⁶⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. *Filtros de acesso às cortes superiores*. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 87.

A definição em questão, conquanto correta, pode ser melhor lapidada. Partindo da regra *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam* que orienta a construção de uma definição, tem-se que os filtros recursais têm como gênero próximo os requisitos de admissibilidade, integrando essa categoria porque a observância deles é preliminar ao exame do conteúdo do recurso pelo tribunal superior.⁶⁵ Porém, diferentemente dos requisitos de admissibilidade comuns aos recursos em geral (interesse, legitimidade, etc.), os quais são instituídos por critérios jurídicos e antecedem a apreciação de qualquer ação ou meio de impugnação, os filtros decorrem de uma vontade política, qual seja, a de diminuir o volume de processos nas cortes de vértice e de aperfeiçoar ou privilegiar o exercício de determinada função jurisdicional, sendo essa exatamente a diferença específica que distingue os filtros dos requisitos genéricos de admissibilidade.⁶⁶

Aliás, essas duas finalidades estão intimamente ligadas. Uma corte assoberbada termina por concentrar seus esforços na diminuição do acervo de processos, muitas vezes deixando de julgá-los por uma mera formalidade, em detrimento da adequada realização das suas funções. É o que mostram BRAVO-HURTADO e VAN RHEE:

With too many cases to resolve, the court will need to reduce the time spent on individual cases, and the quality of judgments will suffer. The Supreme Court may end up concentrating on formal mistakes in order to close cases as quickly as possible. For the appellant that scenario is risky. An overburdened Supreme Court makes it likely that cases will be resolved on the basis of erratic criteria. The court will not be able to provide justice in individual cases, nor will it be able to give guidance to the uniform interpretation and development of the law. An overburdened court may not be able to provide for internal consistency since it does not have enough time to analyse previous, pertinent case law.⁶⁷

Em síntese, os *filtros recursais são aqueles requisitos de admissibilidade instituídos com o especial papel de permitir e direcionar as cortes superiores na realização das suas funções, seja a partir da limitação das matérias por elas apreciadas e/ou da seleção dos casos por elas julgados.*

⁶⁵ Sobre o tema: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 26-40; NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 273-274.

⁶⁶ Veja-se que o próprio requisito do cabimento funciona como um filtro recursal, e que ele também decorre de uma escolha política. Nesse sentido, assim explica RODRIGO BARIONI: “O modelo de reservar aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário apenas o controle das *quaestio iuris* decorre de opção política. Em tese, seria possível permitir a tais órgãos o exercício de tarefa dupla: reexaminar os fatos da causa e, a partir da sua conclusão, aplicar o direito à espécie (...). Porém, do ponto de vista social, a escolha seria perigosa. (...) porque a definição dos fatos da causa valoriza o caso individual (visão micro), em contraposição à interpretação das normas jurídicas, que prestigia a definição de conceitos e fórmulas que transbordam os limites da lide individual (visão macro)” (BARIONI, Rodrigo Otávio. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, cit., p. 173).

⁶⁷ BRAVO-HURTADO, Pablo; VAN RHEE, Cornelis (Ed.). *Supreme courts under pressure: controlling caseload in the administration of civil justice*. Cham: Springer, 2021, p. 6.

Como mostra LEANDRO GIANNINI, em autorizado estudo comparado sobre o tema, os filtros recursais podem ser classificados de acordo com os interesses por eles tutelados ou sacrificados e com a discricionariedade da jurisdição recursal.⁶⁸

Quanto ao critério do interesse comprometido, o acesso às cortes superiores pode ser guiado pelo *interesse privado*, quando a abertura da jurisdição extraordinária depende do grau da lesão sofrida pelo recorrente, aferida através do valor da causa ou da quantidade de pena, por exemplo, voltando a corte à tutela do *ius litigatoris*; ou pelo *interesse público*, quando o processamento dos recursos excepcionais fica condicionada à necessidade de, em defesa do *ius constitutionis*, dar unidade e desenvolver o direito.⁶⁹

Quanto ao critério da discricionariedade da jurisdição recursal, os filtros de acesso também podem ser *quantitativos ou de contenção*, quando visam apenas reduzir a quantidade de recursos que sobem para a corte, mediante o preenchimento de requisitos objetivos de admissibilidade; ou *qualitativos ou de seleção*, assim considerados aqueles filtros que permitem que a corte escolha, com maior ou menor grau de discricionariedade, os recursos que serão por ela julgados.⁷⁰ Aqui, adverte o processualista argentino que há ordenamentos jurídicos que adotam critérios exclusivamente qualitativos ou quantitativos e outros que combinam ambos os critérios.

Em síntese, todas essas categorias de filtro, umas mais outras menos, são restritivas. Restringem a porta de acesso às cortes superiores, ora colocando a chave nas mãos do julgador, para que ele abra apenas em casos de genuíno interesse público, ora colocando nas mãos do recorrente que, para abrir, basta demonstrar a existência de violação do seu direito. Restringem os interesses tutelados pelas cortes, ora privilegiando *ius litigatoris*, ora dando mais importância ao *ius constitutionis*. Restringem, enfim, o direito subjetivo aos recursos excepcionais.

É por essa função limitadora que, sendo a instituição dos filtros fruto de uma decisão política, há alguns fatores que influenciam a adoção de filtros mais ou menos restritivos.

⁶⁸ GIANNINI ainda divide os filtros em próprios, aqueles que funcionam como uma verdadeira ferramenta de seleção de casos, e impróprios, aqueles que apenas agilizam o trâmite do recurso. Entretanto, nos parece que os filtros impróprios não são filtros efetivamente, mas técnicas sumárias de julgamento, tal como aquelas dos arts. 1.030 e 932, IV e V do CPC brasileiro. Sobre essas categorias: GIANNINI, Leandro. El acceso a los tribunales supremos y los filtros a la admisión de recursos: un análisis comparado. *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 108, n. 3, 2019, p. 600-601.

⁶⁹ “De acuerdo al interés predominantemente utilizado para definir las pautas de ingreso a los superiores tribunales, encontramos dos grandes grupos de filtros: 1) aquellos en los que prevalece la preocupación por el interés de las partes; y 2) aquellos en los que predomina el interés de la comunidad, frecuentemente asociados con la necesidad de dotar de coherencia y unidad a la interpretación y evolución del derecho” (*ibidem*, p. 597).

⁷⁰ Complementa GIANNINI que o grau de discricionariedade na seleção dos recursos pela corte depende: (i) da carga de motivação exigida para aplicar o filtro; (ii) da indeterminação da linguagem utilizada na definição do filtro; (iii) do acesso à informação para que a sociedade conheça as razões que levaram à seleção ou não de determinado caso; e (iv) da presunção de relevância de determinada matéria ou a existência de *full discretion* (*ibidem*, p. 604).

Primeiro, como bem observa OTEIZA, há um *fator sociocultural*: países do *civil law*, movidos por uma desconfiança histórica a respeito das decisões dos juízes, construíram seus sistemas recursais a partir da ideologia de que, quanto mais julgadores examinarem a causa, maior a possibilidade de se fazer justiça.⁷¹ Assim, ao passo em que a ampla garantia do direito ao recurso faz parte do núcleo protetivo do devido processo legal, a sua contenção por filtros recursais é vista com uma certa relutância e, por vezes, até mesmo como uma medida inconstitucional.⁷²

Nesse ponto, JORDI NIEVA FENOLL, em tom crítico à demasiada restrição do acesso às cortes de vértice e ao formalismo na admissibilidade dos recursos excepcionais no ordenamento jurídico espanhol, diz que “*legisladores o Tribunales de casación siempre hallan alguna excusa para decir, en pocas palabras, que los pequeños problemas del pueblo no interesan a la gran política*”.⁷³

Já nos países inseridos na tradição do *common law*, onde o juiz é considerado um ator fundamental na vida pública, há uma cultura judicial de vinculação ao precedente e impera um maior respeito e maior confiabilidade nas decisões das instâncias inferiores – a quem se atribui uma maior responsabilidade na condução do processo –, filtros restritivos são aceitos com maior naturalidade. Afinal, uma corte suprema que confia na decisão dos juízes a ela subordinados não precisa decidir múltiplos casos idênticos sobre uma mesma questão de direito pelo simples fato de elas terem sido objeto de irresignação pelos recorrentes.⁷⁴

Isso explica o porquê de os EUA, através do Judiciary Act de 1925 (*Judge’s Bill*) terem sido pioneiros na implementação de um filtro qualitativo caracterizado por uma elevadíssima discricionariedade na seleção dos recursos, o *Writ of certiorari*, o qual tornou a admissibilidade da apelação para a Suprema Corte “*not a matter of right, but of judicial discretion*”.⁷⁵ Através dele, passou-se progressivamente de um sistema em que a competência recursal era vinculada (*mandatory appellate jurisdiction*) para um sistema discricionário (*discretionary appellate*

⁷¹ OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas..., cit., p. 187. Também nesse sentido, afirma OVÍDIO BAPTISTA que a extensão do sistema recursal é parâmetro que afere o “*grau de legitimidade de que gozam os juízes dos escalões inferiores*” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Os recursos – viés autoritário da jurisdição. In: *Processo e ideologia*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 239).

⁷² É que a disciplina da competência recursal das cortes superiores, na maioria desses países, é fixada na própria Constituição, e só pode ser por ela modificado, o que não ocorre nos EUA, por exemplo, onde a matéria é delegada à legislação ordinária. Nesse sentido: “In many countries the right of recourse by the way of cassation to the highest court in the judicial hierarchy is valued more highly or, at least, is better protected by the positive law, than is the right of appeal” (JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 326).

⁷³ NIEVA FENOLL, Jordi. La relevancia social..., cit., p. 479.

⁷⁴ OTEIZA, op. cit, p. 188.

⁷⁵ Nos termos da Rule 10 da *Rules of the Supreme Court of the United States*.

jurisdiction). Porém, esse não foi o principal nem o único motivo que levou à adoção desse filtro, mas sim a sobrecarga da Corte, sobretudo após a Guerra Civil.⁷⁶

Chega-se, então, ao segundo fator que leva à adoção dos filtros: a *necessidade de solucionar a chamada crise dos tribunais de cúpula*, causa esta que é apontada na doutrina com mais frequência.

A sobrecarga das cortes superiores é uma consequência natural da sua própria posição hierárquica. Sem técnicas adequadas de filtragem, essas cortes ficariam obrigadas a analisar todas e cada uma das impugnações trazidas de cada canto do país, concentradas, inevitavelmente, na cúpula do Poder Judiciário.⁷⁷ E esse vértice, seja nos EUA (cuja Suprema Corte é composta por 9 juízes), na Itália (que tem quase 400 juízes na *Corte di Cassazione*, uma das maiores do mundo) ou no Brasil (onde o STF e o STJ têm, respectivamente, 11 e 33 ministros em seus quadros), sempre terão menos recursos humanos e materiais do que a base da pirâmide judiciária, normalmente composta por uma série de juízes monocráticos e tribunais. Nesse contexto, quanto mais caótico o estado da crise nesses órgãos de cúpula, maior a tendência de serem adotados filtros recursais mais restritivos.

O último fator que se aponta como determinante para a instituição de filtros, em especial nos ordenamentos afetos ao *civil law*, é a *progressiva atenção desses sistemas aos precedentes judiciais*.⁷⁸⁻⁷⁹ A caminhada dos ordenamentos jurídicos inseridos na tradição romano-germânica rumo à valorização dos precedentes encontrou, dentre vários obstáculos ideológicos, o problema da ausência de filtros adequados para conter o volume de recursos julgados pelas suas cortes superiores, tornando-as verdadeiras terceiras instâncias escravas do legalismo e submissas ao ressentimento das partes com as decisões impugnadas.

⁷⁶ Para uma visão mais detalhada sobre a história da discricionariedade judicial norte-americana, e sobre a evolução e a aplicação do *Writ of certiorari*, que não se resume à simplicidade com a qual foi aqui exposta: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 642-655.

⁷⁷ “Como una competencia semejante sería jurídicamente inaceptable, teleologicamente inútil y materialmente imposible de desempeñar, historicamente se diseñaron límites de todo tipo para intentar evitar la sobreexposición de los tribunales a una carga insoportable de trabajo, intentándose inicialmente que los criterios de limitación sean seguros, razonablemente tarifados o previsible” (GIANNINI, Leandro. *El certiorari en Argentina...*, cit., p. 234).

⁷⁸ Também observando uma relação entre filtros qualitativos e a valorização dos precedentes nas cortes de *civil law*: CAVANI, Renzo. *Casación y precedente...*, cit., p. 196.

⁷⁹ A respeito da incorporação da cultura do precedente nos sistemas de *civil law*, observa LUCAS BURIL que “ainda que não se entendam os precedentes como formalmente vinculantes, a prática de utilizá-los para argumentar e decidir é vulgarizada em países de *civil law*” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais*, cit., p. 78). Confirmando a constatação do mencionado autor, a professora EVA STEINER mostra que até na França, onde, em nome da separação de poderes, nega-se a implementação do *stare decisis*, os precedentes passaram a ser utilizados no dia a dia forense (STEINER, Eva. *Theory and practice of judicial precedent in France*. In: DIDIER JR, Fredie et al. *Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC – vol. 3*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 21-44).

Nesse contexto, as Cortes de *civil law* se viram obrigadas a instituir filtros qualitativos análogos aos das Cortes de *common law*,⁸⁰ já que os filtros quantitativos até então postos não resolviam mais o problema do acúmulo de processos e, por consequência, as tornavam incapazes de desempenhar o seu papel no cada vez mais importante sistema de precedentes. Isso porque, como aponta TARUFFO,⁸¹ a força de um precedente é inversamente proporcional ao seu número e, como se viu no tópico anterior, uma corte superprodutiva é a receita para o desastre: assume o risco de produzir precedentes contraditórios e retroalimenta a litigiosidade.

Em síntese, ante a crescente importância da jurisprudência e a reflexa necessidade de tutelar adequadamente o *ius constitutionis*, ameaçado pelo avanço predatório do *ius litigatoris*, as cortes de *civil law* passaram a instituir filtros qualitativos, que permitem a admissão de apenas um pequeno número de recursos nos quais o interesse público está efetivamente presente (aferido através da relevância ou transcendência do objeto recursal), gerenciando a sua agenda e dela excluindo aquelas impugnações com propósito meramente corretivo e que nada oferecem para o desenvolvimento do direito. Assim, sob a lógica de que decidir menos significa decidir melhor, ambas as funções se aperfeiçoam.⁸²

Por fim, como mostram os comparatistas, a adoção de filtros discricionários tornou-se uma tendência global: em 1990 a Argentina implementou o *certiorari*; no ano 2000 a Espanha instituiu o *interés cassasional*; em 2002 Alemanha passou a exigir a demonstração de questão jurídica de significação fundamental (*Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*); e o Brasil implementou a repercussão geral para o STF em 2004 e o filtro da relevância para o STJ em 2022, apenas para citar alguns exemplos trazidos pela doutrina.⁸³

⁸⁰ Embora tais filtros tenham se inspirado na experiência norte-americana do *Writ of certiorari* é certo que, na maioria dos países de *civil law*, os seus congêneres não se revestem da mesma discricionariedade, em especial pela necessidade de fundamentação das decisões, vista como corolário do devido processo legal nesses países (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 301-307). Daí porque, como bem observa BARBOSA MOREIRA, “várias das características da Suprema Corte norte-americana causariam estranheza, quando não escândalo, se fossem transplantadas para o nosso universo judicial”, concluindo não ser a referida corte um modelo para o mundo (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?*, cit., p. 255).

⁸¹ “(...) a força persuasiva de cada decisão singular é inversamente proporcional ao número das decisões conformes. Como já se disse mais acima, o verdadeiro precedente é tendencialmente um só; quando se manejam dezenas ou centenas de sentenças, se está fora da lógica do precedente” (TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 36, v. 199, set. 2011, p. 142).

⁸² Marca posição em contrário o professor espanhol JORDI NIEVA FENOLL, que, defendendo a importância do *ius litigatoris*, assim conclui: “entiendo que el Tribunal de casación, si realmente debe proteger el ordenamiento jurídico, debe ocuparse de todos los errores que vulneren dicho ordenamiento (...) quedando claro que la dimensión social de la casación passa por el respeto al *ius litigatoris*, única forma de que el Tribunal preste debidamente la función nomofiláctica (NIEVA FENOLL, Jordi. *La relevancia social...*, cit., p. 501-503).

⁸³ Consultou-se: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 627; REGO, Frederico Montedonio. Filtros de relevância no direito comparado: como as cortes supremas evitam a banalização de precedentes. *Revista da EMERJ*, v. 21, n. 3, t. 1, set./dez. 2019, p. 205-235; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2023.

Posta essa geral sobre a função das cortes superiores e dos filtros recursais, volta-se agora à realidade brasileira pois é a partir dela que os próximos capítulos serão desenvolvidos.

2.3 A transformação das cortes superiores brasileiras:

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, cujas raízes remontam à Suprema Corte dos EUA,⁸⁴ surgem com a missão de uniformizar e desenvolver o direito federal brasileiro, daí os recursos excepcionais a eles dirigidos possuírem fundamentação vinculada, devolução restrita e filtros recursais voltados à tutela do *ius constitutionis*.⁸⁵

Contudo, fatores como a amplitude das matérias submetidas à regência da legislação federal, a litigiosidade excessiva, a falta de mecanismos processuais capazes de lidar com conflitos massificados e repetitivos, bem como a ausência de filtros recursais qualitativos, constituíram verdadeiros desafios para que as cortes superiores brasileiras respondessem a contento à necessidade de dar solução à crise do sistema recursal e, especialmente, de unificar o direito positivo, função que lhes foi confiada pela Constituição e reforçada pelo CPC/15.

À incapacidade de absorver a demanda imposta a essas cortes, deu a doutrina o nome de “crise do Supremo”, fenômeno que é atemporal, havendo textos produzidos nas mais variadas épocas descrevendo as suas causas e as possíveis tentativas de solução,⁸⁶ e que também passou a atormentar o STJ a partir da sua criação em 1988.

⁸⁴ *A contrario sensu*, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO entendem que “Como Cortes de vértice da Justiça Civil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça partilham da mesma origem histórica – ambos remontam à *Cour de Cassation* francesa” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 19). Tal afirmação é, em parte, verdadeira e, para ser mais bem explicada, faz-se necessário um breve esboço histórico sobre a trajetória do Supremo Tribunal Federal e dos recursos a eles dirigidos. A história do que hoje se conhece por Supremo Tribunal Brasileiro se divide em 3 momentos: (i) um primeiro, anterior à Constituição de 1824, quando, por ocasião da chegada da família real ao Brasil, o Alvará Régio de 10 de maio de 1808 instituiu a Casa de Suplicação do Brasil, instituição que é considerada o primeiro órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, responsável por julgar “todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas”; (ii) posteriormente, após a outorga da Constituição Imperial de 1824, a Casa de Suplicação é sucedida pelo Supremo Tribunal de Justiça, competente para julgar o recurso de revista, o qual, regulamentado pelas Ordenações Filipinas, tinha a natureza de recurso de cassação; (iii) É só a partir do Decreto nº 510 de 22 de junho de 1890 (que instituiu uma Constituição provisória), baixado pelo Governo Provisório e recepcionado pela Constituição Republicana de 1891, que o STF assume o nome e a forma hoje conhecida, inspirado no *Judiciary Act* norte-americano de 1789, assim como o recurso extraordinário, inspirado no *Writ of error*. Disso resulta que apesar do Poder Judiciário brasileiro já ter tido em seu vértice uma corte de cassação, o STF e o STJ são tribunais influenciados pelo modelo norte-americano, sobretudo por serem cortes de rejugamento. Sobre esse apanhado histórico: ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 824-828; MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (império e república)*. 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 9.

⁸⁵ Ressalvadas as de relevância presumida (art. 105, §3º, CF), através das quais há verdadeira intenção de se tutelar o *ius litigatoris*, desnaturando a própria natureza qualitativa do novel filtro e desvirtuando o papel do STJ enquanto corte superior, daí porque ter recebido severas críticas da doutrina.

⁸⁶ Sobre o tema: BUZAID, Alfredo. A crise no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 55, 1960, p. 327-372; NEGRÃO, Theotônio. Uma nova estrutura para o judiciário.

Ao longo dos anos, para superar a aludida crise, diversas soluções foram adotadas: a sujeição dos recursos excepcionais ao duplo juízo de admissibilidade, a instituição de súmulas, de súmulas vinculantes e de precedentes obrigatórios como técnica de abreviação do rito recursal, o aumento dos poderes do relator,⁸⁷ o mecanismo dos julgamentos em lista e dos recursos repetitivos, o uso de inteligência artificial para categorizar os recursos e, no que interessa a este trabalho, a instituição de filtros de contenção, também chamados de óbices sumulares ao conhecimento dos recursos (*e.g* demonstração de ofensa direta ao texto constitucional, vedação ao reexame fático-probatório, impossibilidade de compreensão da questão controvertida, existência de jurisprudência dominante e prequestionamento).

Contudo, tais filtros de contenção, nem mesmo quando potencializados pela jurisprudência defensiva dos tribunais, conseguiram conter a imensa demanda que assoberbava essas cortes.⁸⁸ Disso resultou a necessidade de restringir ainda mais o *ius litigatoris*, notadamente através dos filtros da repercussão geral e da relevância que, instituídos pelas Emendas Constitucionais nº 45/2004 (regulamentada pela Emenda Regimental nº 21/2007) e 125/2022 (ainda pendente de regulamentação), passaram a exigir que as questões federais e constitucionais veiculadas nos recursos especiais e recursos extraordinários fossem qualificadas pela relevância e pela transcendência.

Tais mudanças, apesar de bem-vindas, suscitam algumas questões, sobretudo quanto ao destino dos “antigos” filtros de contenção ante a chegada dos “novos” filtros de seleção. Escolheu-se, aqui, o prequestionamento (PQ): o PQ se tornou ou se tornará obsoleto com os filtros da repercussão geral e da relevância? O PQ limita o adequado funcionamento do microsistema de formação concentrada de precedentes? A exigência do PQ pode ser excepcionada quando o recurso tiver uma grande repercussão geral ou relevância? Essas e outras polêmicas serão analisadas logo após o estudo sistemático do prequestionamento.

Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 78, n. 639, jan. 1989, p. 242-247. PASSOS, J. J. Calmon de. As razões da crise do nosso sistema recursal. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 365-382; CÔRTEZ, Osmar Paixão. Repercussão geral e crise da recorribilidade extraordinária. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coords.) *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 536.

⁸⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 613-626; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 73-106.

⁸⁸ Em maio de 2022 o STJ autuou o Recurso Especial (REsp) de nº 2.000.000, número esse que, entre os agravos em recurso especial (AREsp), já havia sido alcançado desde outubro de 2021. Em 2023, os números seguiram recordistas: o STJ recebeu 271.084 agravos em recurso especial e 64.623 recursos especiais, tendo o STJ encerrado o ano com 173.859 AREsp e 71.768 REsp pendentes de julgamento. Observe-se que tais números, por si só assustadores, não levam em conta outros os recursos internos do tribunal, os recursos ordinários julgados pelo STJ e as ações e os remédios constitucionais de competência originária, que superlotam ainda mais a agenda de julgamento dos seus 33 ministros (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2023*. Brasília: STJ, 2023, p. 7-32).

3 CONCEITO, NATUREZA, FUNÇÃO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO

3.1 Conceito e natureza jurídica do prequestionamento:

Na sistematização do direito e do conhecimento científico em geral, a questão terminológica, assim entendida como o termo ou conjunto de termos utilizados para descrever determinado conceito ou objeto de estudo, tem especial importância para precisar a designação de um instituto. Nessa linha, a coerência que se deve ter no emprego dos termos e dos conceitos adotados é pressuposto para a adequada compreensão e alcance do significado de um vocábulo.

Essa desejável afinidade entre o instituto e sua expressão designativa durou pouco tempo em se tratando do prequestionamento (ou, para alguns, pré-questionamento).⁸⁹ Isso pois, apesar de ele ter surgido no ordenamento jurídico brasileiro como a exigência de a parte questionar previamente a validade ou aplicabilidade de determinada lei federal ao caso concreto, tem-se que, com o avanço da jurisprudência e o aprofundamento da doutrina, o seu significado se desprende do que a literalidade da palavra indicara, ainda que mantido o seu *nomen iuris* nos livros de processo, na prática forense nos tribunais e, mais recentemente, no CPC/15.

Os primeiros problemas surgiram, como aponta MAURO CAMPBELL MARQUES, tão logo que o prequestionamento foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, na redação da Constituição de 1891, e também, da Constituição Temporária de 1890, a admissibilidade do recurso extraordinário estava condicionada não só ao questionamento da lei violada perante as instâncias originárias, mas também à existência de decisão contrária a ela, pelo que não bastaria, a princípio, o mero questionamento prévio da parte.⁹⁰

Além disso, as Constituições de 1967 e de 1988 tornaram o termo ainda mais anacrônico ao abolirem dos seus textos a expressão “questionamento”, que constava nas Constituições anteriores, condicionando o cabimento dos recursos extraordinários apenas à existência de “causa decidida”.⁹¹ Tal modificação, somada à recém editada Súmula nº 282/STF à época (“É

⁸⁹ Grafia utilizada no CPC/15.

⁹⁰ Para ele, a partir da Constituição de 1891, “o prequestionamento passou a ser entendido não só pela mera invocação do direito pelas partes, mas, também e cumulativamente, pela efetiva apreciação da matéria na decisão recorrida” MARQUES, Mauro Campbell. O prequestionamento no Código de Processo Civil de 2015. In: MENDES, Aluíso Gonçalves de Castro *et al* (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux* – vol. 2. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 364).

⁹¹ SCARPINELLA BUENO sugere, inclusive, que “as referências a prequestionamento devem ser substituídas, a partir da CF de 1988 – e, em rigor, já deveria ter sido assim desde a CF de 1967, por causa decidida” (BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento e o art. 1.025 do CPC: uma homenagem ao Professor Eduardo Arruda Alvim. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro *et al* (Coord.). *Temas atuais de direito processual: Estudos em homenagem ao Professor Eduardo Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2021, p. 780).

inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”) fez com que boa parte da doutrina passasse a entender que bastava, para fins de admissibilidade dos recurso extraordinário, que a decisão recorrida versasse sobre a questão impugnada, ainda que tenha sido inadequadamente mantido o termo prequestionamento para designar tal exigência.⁹² O percurso histórico da expressão é assim explicado por EDUARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA:

Apegando-se ao sentido literal da expressão e com apoio em textos constitucionais superados, era relativamente comum a assertiva de que por prequestionamento se haveria de entender o fato de o recorrente haver suscitado a questão no curso do processo. Até a Constituição de 1946, inclusive, os textos que regulavam a competência do STF, para o julgamento de recurso extraordinário, faziam efetivamente menção a que fosse questionada a matéria objeto do recurso. A Constituição de 1967, bem como o texto em vigor, não mais contém essa referência. Malgrado o termo “prequestionamento” possa conduzir a que se persista em asseverar ser impositivo levantar a parte, antes do julgamento recorrido, o tema que servirá de suporte para o extraordinário ou o especial, o certo é que não há, em face do direito vigente, fundamento jurídico algum para condicionar a esse requisito - haver sido a questão anteriormente suscitada - a admissibilidade de tais recursos. A expressão continua a ser usada, embora se possa duvidar de sua perfeita adequação ao que efetivamente significa.⁹³

Todas essas três perspectivas do prequestionamento, quais sejam, (i) atividade e ônus da parte em suscitar nas instâncias ordinárias a questão jurídica que será, futuramente, objeto do recurso excepcional; (ii) atividade do poder judiciário em decidir a respeito dessa questão jurídica e (iii) a soma dos dois requisitos anteriores, coexistiram nos tribunais superiores em diferentes épocas.⁹⁴ Ilustrativamente:

	Precedentes do STF e STJ posteriores à CF/88	Precedentes do STF anteriores à CF/88
I	STJ: “Ausentes das razões do recurso de Apelação discussão acerca da intimação (...) não há que se conhecer do inconformismo ora deduzido por falta de prequestionamento” (STJ, AgRg no AI n° 1.067.232/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 5.3.2009)	“O princípio dominante é, pois, que o recurso extraordinário deve versar sobre questão que foi oportunamente suscitada e defendida nas instâncias ordinárias” (STF, AgRg nos EmbDiv no RE n° 96.802, rel. Min. Alfredo Buzaid, Tribunal Pleno, j. 12.5.1983)

⁹² “(...) a expressão prequestionamento, que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois, rigorosamente, são as partes que “questionam”, passou a significar a exigência de que da decisão conste essa discussão que ocorreu entre as partes sobre a questão federal” (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 493-494). Também nesse sentido: “Gradativamente, porém, a palavra ‘prequestionamento’ passou a ser empregada para designar a existência da questão (constitucional ou federal) na decisão impugnada por recurso extraordinário ou especial. Isso se deveu à modificação dos textos das constituições e, também, do próprio uso do termo na praxe forense e na doutrina. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 218)

⁹³ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. O prequestionamento e o novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 41, v. 256, jun. 2016, p. 170.

⁹⁴ MEDINA, op. cit., p. 113-114.

II	STF: “É inadmissível recurso extraordinário quando a matéria constitucional articulada não foi debatida na origem, ante a ausência do necessário prequestionamento” (STF, AgRg no RE n° 1.283.858/PE, rel. Min. Nunes Marques, 2ª Turma, j. 3.4.2023) STJ: “É entendimento pacífico desta Corte que a ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal a quo impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento” (STJ, AgInt nos EDcl no REsp n° 2.073.174/SP, rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. 27.11.2023)	“No recurso extraordinário não é lícita matéria que não foi objeto de exame pelo acórdão recorrido” (STF, AI n° 16.914, rel. Min. Mário Guimarães, 1ª Turma, j. 12.8.1954)
III	STF: “Não basta só arguir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos – para não referir outros igualmente imprescindíveis – não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária” (STF, AgRg no AI n° 133.690/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. 22.5.1990) STJ: “As matérias (...) não foram suscitadas na apelação, e nem ventiladas no acórdão recorrido, carecendo, assim, de prequestionamento” (STJ, REsp n° 230.973/RN, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 6.4.2001)	“Alegou-se violação de textos constitucionais. Mas quer ao contestar a ação, quer ao apelar, não suscitou, a recorrente, tema constitucional e dele não cuidaram a sentença e acórdão. Inadmissível, assim, o extraordinário, nesse ponto, pela falta de prequestionamento (Súmula 282)” (STF, RE n° 79.163/SP, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, 1ª Turma, j. 25.11.1975)

Como se vê dos julgados selecionados, sob a vigência da Constituição de 1988, o STJ e o STF adotaram as três concepções do prequestionamento.⁹⁵ Se por um lado ficam dúvidas acerca do que seria exatamente o prequestionamento e de se alguma dessas concepções foi definitivamente superada, por outro, extrai-se uma certeza dessa aleatoriedade jurisprudencial: a utilização do instituto (*rectius*: da sua inexactidão conceitual) como óbice para o conhecimento dos recursos excepcionais e, nesse passo, como subterfúgio para impulsionar a jurisprudência defensiva das cortes superiores. Daí porque os recorrentes e seus advogados passaram a ter, em alusão ao clássico artigo do professor CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, “medo do prequestionamento”.⁹⁶

Apesar da divergência, prevaleceu a segunda concepção, muito embora ainda se dê relativa importância à provocação das partes, desde que somada ao pronunciamento

⁹⁵ Em verdade, como se verá mais a frente neste trabalho, o STJ sempre tendeu a dar mais importância ao conteúdo da decisão da qual se recorre (o que fica claro na redação da Súmula n° 211/STJ) e o STF à impugnação do recorrente (o que se extrai da Súmula n° 356/STF).

⁹⁶ O objeto central do artigo citado se ocupa justamente dos efeitos da ausência de um critério uniforme para a configuração do prequestionamento (BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf. Acesso em 12 de janeiro de 2024.

jurisdicional sobre a matéria recorrida. Assim, para fins de prequestionamento, o puro e simples questionamento prévio (com o perdão pela prolixidade) da parte foi deslocado para o segundo plano. Isso fica claro não só a partir dos precedentes mais recentes acima cotejados, mas também pelos conceitos dados pela doutrina majoritária⁹⁷ ao instituto em questão.

Para FREDIE DIDER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “considera-se pré-questionamento o enfrentamento, pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado, da questão de direito que é objeto do recurso excepcional”.⁹⁸ Na mesma linha, ensina ARAKEN DE ASSIS, que o prequestionamento é a “afloração das questões federal e constitucional no provimento, objeto de recurso especial e extraordinário”.⁹⁹ Essa também é a lição de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, para quem o prequestionamento ocorre quando a questão “foi objeto de julgamento pelo tribunal *a quo*, e não quando apenas suscitada pela parte. É prévio não em relação ao julgamento pelo tribunal *a quo* (pois é ali que se dá o questionamento), mas porque antecede o recurso excepcional oferecido pela parte”.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

⁹⁷ Marca posição em contrário THEOTÔNIO NEGRÃO, que se filia à corrente minoritária: “O que é prequestionamento? Prequestionamento quer dizer questionamento antes, apresentação do tema antes do julgamento, e não depois. (...) antes do julgamento da causa, em razões ou, mesmo, no esquema da sustentação oral (...)” (NEGRÃO, Theotônio. O novo recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 79, n. 656, jun. 1990, p. 246). Também com esse entendimento, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, para quem o prequestionamento é “atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão...*, cit., p. 235). Em verdade, no decorrer do livro citado, o professor MEDINA explica a divergência é meramente nominalista, vez que a presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida é um pressuposto dos recursos excepcionais, embora à essa exigência não se possa dar o nome de prequestionamento, afinal as instâncias inferiores não questionam, mas decidem, resolvem a própria questão jurídica. Em igual sentido, a lição de MARINONI e MITIDIERO: “Como o intuito desse questionamento prévio diante das cortes de justiça está em preparar o questionamento posterior diante das Cortes Supremas, consagrou-se a expressão prequestionamento para designá-lo (...). Rigorosamente, portanto, o cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial não está condicionado ao prequestionamento. O cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial está condicionada à demonstração de uma causa constitucional ou de uma causa federal no acórdão recorrido a partir da qual a parte tem o ônus de alegar contrariedade à Constituição ou à legislação federal. Consagrou-se, na prática, contudo, a utilização do termo prequestionamento para designar a presença da causa constitucional ou da causa federal na decisão recorrida” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*, cit., p. 109).

⁹⁸ DIDER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – vol. 3*. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 397.

⁹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit., p. 715.

¹⁰⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Recurso especial: questão de ordem pública – prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 31, v. 132, fev. 2006, p. 273-274.

¹⁰¹ O mesmo conceito se repete, sob as mais variadas fórmulas, na vasta doutrina pesquisada. Veja-se, apenas para fins de registro: Para GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA, prequestionamento é a “exigência de haver o tribunal a quo emitido pronunciamento acerca da matéria regulada por legislação federal, sendo irrelevante a investigação de a parte tê-la, ou não, suscitado previamente” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 252. Para JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM, o prequestionamento consiste na “exigência de que o objeto do recurso esteja ventilado na decisão recorrida” (ALVIM, Arruda. *Contencioso cível no CPC/2015*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2022, p. 888). Para MAURO CAMPBELL MARQUES, prequestionamento é “requisito obrigatório de cabimento dos recursos excepcionais, que se perfaz a partir da efetiva apreciação pelo

Essa parece ser a posição mais arrazoada. Primeiro porque, não sendo a postulação da parte fator obrigatório para que determinadas questões federais e/ou constitucionais surjam na decisão recorrida (v.g. questões cognoscíveis de ofício pelo tribunal), não pode a configuração prequestionamento estar vinculada à exclusiva atividade das partes ou ser apenas consequência do princípio do dispositivo.¹⁰² Segundo porque, não mais se encontra no texto constitucional atual a exigência de se ter questionado previamente a validade ou a aplicação de determinada lei, incidindo, pois, o brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.¹⁰³ Terceiro porque, o STF e o STJ, enquanto cortes de vértice, não analisam diretamente a lide, mas a decisão recorrida, a eles importando mais o que foi decidido do que o que foi previamente discutido nas instâncias ordinárias. Finalmente pois, como se verá mais à frente, tal concepção está em perfeita sintonia com a origem histórica do prequestionamento.

Em síntese, o conceito de prequestionamento mais adequado, e que prevalece na doutrina e na jurisprudência, é a sua concepção enquanto manifestação da decisão recorrida sobre a questão federal ou constitucional levada à instância extraordinária (= questão decidida), por mais que se reconheça não ser essa a melhor expressão designativa para o instituto.

Tal conceito, porém, ainda pode ser mais bem desenvolvido. Para tanto, faz-se necessário definir a natureza jurídica do prequestionamento, o que consiste em responder se ele figura como um requisito de admissibilidade autônomo ou se integra o requisito do cabimento. A doutrina, mais uma vez, diverge.

Como se sabe, o recurso, enquanto ato postulatório, tem sua cognoscibilidade cindida em dois juízos: um primeiro, de admissibilidade, em que se verifica se o recurso pode ter seu conteúdo examinado pelo julgador, e um segundo a ele sucessivo, de mérito, em que se aprecia o conteúdo da impugnação, acolhendo-a ou rejeitando-a. No que tange ao juízo preliminar, destinado ao cotejo dos requisitos impostos pela lei processual para o conhecimento do recurso, é conhecida a classificação de BARBOSA MOREIRA que divide os requisitos de admissibilidade em intrínsecos, assim entendido aqueles que dizem respeito ao próprio poder de recorrer, e extrínsecos, concernentes ao modo como o direito ao recurso é exercido.¹⁰⁴

órgão julgador do tema constitucional ou infraconstitucional a ser pacificado – atividade cognitiva que ocorre a partir da provocação da parte interessada no momento oportuno (questionamento prévio)” (MARQUES, Mauro Campbell. O prequestionamento no Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 336).

¹⁰² Nesse sentido: “(...) não se deve confundir prequestionamento com imprescindível postulação pela parte, a respeito de uma dada questão (...). A questão, conquanto não haja sido postulada, poderá resultar decidida no acórdão e, portanto, para fins de ser recorrida, existe dado equivalente ao prequestionamento, como já se consignou” (ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial na Constituição Federal de 1988). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior...*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 151.

¹⁰³ “Quando a lei quis, determinou, quando não quis, optou pelo silêncio” (tradução nossa).

¹⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil - vol. V*, cit., p. 263.

Seguindo as lições do mestre fluminense, são requisitos intrínsecos: (i) o cabimento; (ii) a legitimação; (iii) o interesse recursal; e (iv) a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Já os requisitos extrínsecos são: (v) a tempestividade; (vi) a regularidade formal; e (vii) o preparo.¹⁰⁵

Esses requisitos, porém, são genéricos. Isto é, são aqueles normalmente exigidos para o conhecimento da maioria dos recursos, podendo o ordenamento dispensar alguns desses requisitos para determinados recursos (como os embargos de declaração, que prescindem de preparo) ou exigir, adicionalmente, o cumprimento outros requisitos específicos, a exemplo da demonstração de repercussão geral no recurso extraordinário e da relevância da questão federal no recurso especial.

Voltando-se ao prequestionamento, cumpre-se, nesse ponto, perquirir se ele figura como mais um requisito de admissibilidade específico dos recursos excepcionais ou se ele se integra ao requisito genérico do cabimento. Existem, em síntese, duas posições.

Para uma primeira corrente, capitaneada por NELSON NERY JR., o prequestionamento não seria verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, figurando apenas como “um meio para instar-se o juízo ou Tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do REsp”.¹⁰⁶ Sendo assim, a partir do momento que o tribunal *a quo* se pronunciasse sobre a questão, surgiria, então, a “causa decidida”, ao qual o cabimento dos recursos excepcionais fica condicionado.¹⁰⁷

Já para a segunda corrente, seguida pela maioria dos julgados e da doutrina,¹⁰⁸ trata-se de um requisito de admissibilidade autônomo. Nesse sentido, ensina FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS, ex-ministro do STJ, que o prequestionamento é “um requisito intrínseco de

¹⁰⁵ Registre-se, aqui, que tal classificação é uma, de muitas que existem na doutrina processual brasileira. SEABRA FAGUNDES, por exemplo, divide os requisitos de admissibilidade em objetivos e subjetivos. Já o professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, utilizando-se da classificação de BARBOSA MOREIRA, acrescenta aos requisitos extrínsecos a recorribilidade da decisão, a exigência de adequação do recurso, a singularidade e a motivação dialética. Sobre o tema, veja-se: CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 110; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – vol. III*. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 835.

¹⁰⁶ NERY JR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento - os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais – vol. 4*. São Paulo: RT, 2001, p. 856; NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 290-293.

¹⁰⁷ Também adotam esse posicionamento: ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 584; CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Origem e desenvolvimento do prequestionamento – do direito inglês ao atual Código de Processo Civil. In: PORTO, José Roberto de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coord.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 450; ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 491-492; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*, cit., p. 109.

¹⁰⁸ Tanto que a súmula 356 do STF faz expressa menção ao “requisito do prequestionamento”.

admissibilidade dos recursos extraordinários, isto é, do recurso extraordinário propriamente dito endereçado ao Supremo Tribunal Federal, e do recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, sem cuja caracterização aqueles recursos para os tribunais superiores não podem ser admitidos”.¹⁰⁹ Essa também é a posição do professor paulista MOACYR AMARAL SANTOS, que classifica o prequestionamento como um “pressuposto jurisprudencial de admissibilidade”¹¹⁰ e de VINICIUS SILVA LEMOS, que afirma que o prequestionamento é “um dos principais, se não o principal, dos filtros processuais recursais de admissibilidade”.¹¹¹

Bem-vistas as coisas, a diferença entre os referidos entendimentos reside na concepção do prequestionamento adotado por cada um deles. A primeira corrente diz, em síntese, que o prequestionamento é um meio através do qual se provoca o tribunal de origem para que este decida determinada questão jurídica (prequestionamento enquanto ato das partes), daí surgindo a causa decidida, que é pressuposto de cabimento dos recursos excepcionais. Já a segunda corrente parte da ideia de que o prequestionamento é a própria causa previamente decidida, cabendo a parte demonstrá-la no seu recurso excepcional para que ele seja admitido.

Apesar de cada posicionamento ser coerente com a concepção de prequestionamento da qual partem, um detalhe precisa ser ponderado para evitar atecnias. O prequestionamento, seja enquanto ato das partes ou enquanto manifestação jurisdicional, não leva à formação de causa decidida, mas sim de *uma questão decidida* que, por sua vez, vai assomar múltiplas outras questões decididas e/ou desprezadas pelo julgador, todas integrantes da causa.¹¹² Afinal, como bem observa CARNELUTTI, a decisão da lide se obtém resolvendo as questões nela postas.¹¹³

Portanto, a rigor, nem sempre que houver causa decidida em única ou última instância, circunstância que viabiliza a interposição dos apelos extraordinários, haverá, necessariamente,

¹⁰⁹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros (Org.). *Doutrina Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa – 15 anos*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005, p. 349.

¹¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil – vol. 3*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195.

¹¹¹ LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Novo CPC doutrina selecionada – vol. 6*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 776.

¹¹² É que o termo “causa decidida” tem abrangência distinta do termo “questão decidida”. Causa decidida “contempla todas as questões jurídicas decididas em processo de jurisdição voluntária ou contenciosa, bastando a possibilidade de o provimento jurisdicional infringir a legislação federal” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, cit., p. 228).

¹¹³ Colhe-se de CARNELUTTI, também, a noção de questão, que se traduz em um ponto duvidoso de fato ou de direito (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil – vol. 1*. Trad. Adrián De Witt Batista. São Paulo: ClassicBook, 2000, p. 86). Também, ensina EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO que questão é “ponto controverso” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 254). Ao longo de um processo pode-se verificar o surgimento de várias questões (prejudiciais, de mérito etc.) a serem resolvidas para que a causa seja integralmente selecionada (DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno – t. I*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 239-254).

questão decidida, sendo certo que o recurso interposto em face de questão jurídica alheia àquelas efetivamente decididas pelos tribunais no segundo grau, apesar de cabível, carece de pressuposto de admissibilidade. Daí porque o cabimento do recurso excepcional independe do prequestionamento, não constituindo um requisito único como quer a primeira corrente, e o prequestionamento não pode ser sinônimo de causa decidida, como sugere a segunda corrente, muito embora nesse termo resida, implicitamente, o seu fundamento constitucional.

Em suma, *à exigência de a questão federal ou constitucional impugnada no recurso ter sido efetivamente decidida pelo juízo a quo, dá-se o nome de prequestionamento*, cuja demonstração pelo recorrente figura como requisito de admissibilidade intrínseco e autônomo, necessário à regular admissão do recurso especial ou extraordinário.

3.2 Função do prequestionamento:

Conceituado o prequestionamento como questão federal ou constitucional decidida pelo tribunal local e indicada a sua natureza jurídica, passa-se ao exame da sua função enquanto requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Antes, convém uma nótula. A técnica processual, enquanto meio para a proteção do direito material, não pode criar obstáculos injustificados ao alcance da tutela jurisdicional. O acesso à jurisdição é direito fundamental com *status* constitucional, e a sua limitação deve ter por base a realização de outro direito igualmente fundamental, nos exatos limites dessa finalidade.¹¹⁴ Nessa linha, as formalidades que revestem a prática dos atos processuais devem buscar equilibrar o formalismo e o acesso à justiça, de maneira que nem a completa ausência de forma pode ser tolerada, por levar o sistema à desordem e à incerteza, nem o apego fetichista às formas deve ser admitido, por criar entraves irracionais à prestação da tutela jurisdicional. Assim, é pressuposto do devido processo legal que a forma esteja à serviço da consecução de um valor fundamental, notadamente a realização de um processo justo, adequado e efetivo.¹¹⁵

É exatamente por isso que os requisitos formais exigidos para a admissibilidade e processamento de um recurso, enquanto ato postulatório que prolonga a litispendência e visa a concessão de uma tutela jurisdicional recursal, também devem carregar consigo uma função

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil – vol. 2*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2022, p. 37-38.

¹¹⁵ “Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vista à plena consecução dessa finalidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 264-265). Nesse mesmo sentido, a tese do formalismo-valorativo, defendida pelo professor CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: a formalismo como meio para a realização dos valores axiológicos do processo (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247-251).

lógico-racional, sob pena de indevida restrição ao princípio do duplo grau de jurisdição e, em sede mais distante, o direito fundamental de acesso à justiça. Nessa linha, veja-se, brevemente, a razão de ser de cada requisito de admissibilidade recursal.

Primeiramente, o cabimento se serve a indicar quais decisões judiciais são recorríveis (cabimento-recorribilidade) e qual o recurso correto para o seu reexame (cabimento-adequação), conferindo segurança jurídica e previsibilidade ao sistema recursal e evitando que se aceite qualquer recurso contra qualquer decisão ou, pior ainda, que não se aceite o recurso adequado de forma arbitrária.

Já a legitimação e o interesse recursal, enquanto requisitos de admissibilidade que qualificam determinadas pessoas para a interposição do recurso, visam determinar quem e em que condições alguém está autorizado a impugnar determinada decisão através do recurso cabível. Nesse ponto, embora o interesse e a legitimidade nem sempre caminhem lado a lado,¹¹⁶ ambos limitam o rol de pessoas que podem recorrer de uma decisão, e assim prestigiam a eficiência do processo, na medida em que evitam a perda de recursos materiais e temporais com o processamento de impugnações sem utilidade ou cujo recorrente nada tenha a ver com a situação jurídica discutida no processo.

Quanto à inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer (categoria em que se enquadra, entre outros fatos jurídico processuais, a desistência da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, a desistência do próprio recurso), tem-se que esse requisito negativo de admissibilidade tutela os princípios da proteção da confiança, da boa-fé objetiva e especificamente do *venire contra factum proprium*, na medida em que impede o conhecimento do recurso interposto por aquele que praticou ato com ele incompatível.

A tempestividade, por sua vez, tem importância óbvia: prestigiar a razoável duração do processo, estipulando um prazo para que, sob pena de preclusão, o recurso seja interposto, e promover a segurança jurídica, a partir da estabilização das decisões judiciais, que não podem ficar, *ad eternum*, suscetíveis de revisão.¹¹⁷ Nesse exato sentido, também afirma FLÁVIO CHEIM

¹¹⁶ É que é perfeitamente possível que haja legitimidade sem interesse (como no caso da parte que teve sua pretensão integralmente satisfeita) e que haja interesse sem legitimidade (nos procedimentos em que há obrigatória substituição processual, caso das ACP). Nesse sentido, assim explica BARBOSA MOREIRA, com sua habitual clareza: “As relações são diversas, num caso e noutro: ali [na legitimação], tem-se em vista, de início, um interesse meramente potencial, e em razão dêle, se atribui a legitimação, mas exigindo-se depois, para a admissibilidade do recurso, a efetiva ocorrência daquele interesse que, somente se apresentava como possível; aqui [no interesse] parte-se da existência de um interesse atual e, em razão dêle, se legitima o respectivo titular” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, cit., p. 53).

¹¹⁷ Observando a dupla função da preclusão, tanto para promover a celeridade processual quanto para materializar a segurança jurídica, HEITOR SICA afirma, quanto a esse último aspecto, que a preclusão permite “que o processo caminhe com a certeza de que os incidentes e questões já superados não serão revistos. Vedando a parte a prática de um ato depois da oportunidade estipulada na lei processual, assegura-se que o processo caminhará a fase

JORGE que, uma vez colocado “*um prazo para que a decisão venha a ser impugnada, ele acaba com a intranquilidade das partes, diante de uma situação, em que a decisão pudesse ser vista e revista a qualquer momento*”.¹¹⁸

No que diz respeito à regularidade formal, assim compreendida a necessidade de o recurso preencher os requisitos formais que a lei exige, a sua importância está na viabilização do contraditório, da ampla defesa e do próprio exercício da jurisdição. Sem ficar claro os capítulos da decisão de que se recorre, as razões pelas quais se recorre e o que se pretende com o recurso, será impossível ao órgão julgador compreender os limites do recurso, assim como o recorrido não saberá do que se defender. Aplica-se, aqui, as mesmas razões pelas quais a petição inepta não pode ser admitida.¹¹⁹

Quanto ao requisito do preparo, a sua razão de ser é a mesma das custas processuais em geral, que, por possuírem a natureza jurídica de taxa,¹²⁰ compartilha da mesma função dessa espécie tributária: a de contraprestação a um serviço público e divisível prestado pelo Estado.¹²¹ Em outras palavras, a interposição de recurso para instância superior gera uma despesa especial ao Estado, decorrente da prestação do serviço jurisdicional, e essa despesa, ressalvadas as hipóteses de dispensa, deve ser paga por quem lhe deu causa.

Por fim, no que diz respeito à repercussão geral e à relevância da questão federal, embora elas sejam requisitos específicos dos recursos excepcionais, estão coligados ao objeto do presente trabalho, daí a necessidade de também delimitar a sua função. Como já se procurou demonstrar ao longo do capítulo anterior, tais requisitos possibilitam, em primeiro lugar, o adequado exercício da uniformização e desenvolvimento do direito pelas cortes de vértice, através da seleção de casos relevantes. Além disso, como consequência, também se servem a diminuir a sobrecarga dessas cortes e acelerar a prestação jurisdicional, na medida em que os

seguinte, com a certeza de que aqueles direitos processuais extintos pelo advento da preclusão não poderão ser mais exercidos” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 306).

¹¹⁸ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 163.

¹¹⁹ Apesar de os requisitos formais não se encerrarem na exigência de motivação (art. 932, III, CPC), cuida-se de pressuposto comum a todos os recursos. Além disso, tem-se que as demais exigências específicas, também compreendidas na regularidade formal (v.g. a juntada das peças obrigatórias do agravo de instrumento quando se tratar de processo físico, a prova do dissídio jurisprudencial para fins de recurso especial fundado no art. 105, III, “c” da CF etc.), também se servem, em alguma medida, em permitir a adequada compreensão da impugnação, permitindo o regular exercício da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa.

¹²⁰ STF, RP n° 1.094/SP, rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 8.8.1984; STF, ADI n° 1.444/PR, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 12.2.2003; STJ, REsp n° 1.893.966/SP, rel. Min Og Fernandes, 2ª Turma, j. 8.6.2021.

¹²¹ Incluindo os serviços jurisdicionais no conceito de taxa, ainda e sempre, a doutrina de ALIOMAR BALEEIRO: “taxa é o tributo cobrado de alguém que se utiliza de um serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou tem a sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos” (BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 324).

tribunais superiores não ficam obrigados a conhecer de todos os recursos e examinar, uma a uma, as alegações de suposta violação ao direito positivo ventiladas pelos recorrentes.¹²²

Enfim, o que se pretendeu demonstrar com essa digressão é que cada um desses requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais guarda para si uma função específica, vinculada à fundamentação axiológica do processo (segurança jurídica, eficiência, proteção da confiança, duração razoável, contraditório, ampla defesa, adequação etc.), não constituindo, pois, mero capricho do legislador para limitar o acesso à justiça.

Com isso em mente, volta-se ao prequestionamento: esse requisito de admissibilidade teria alguma funcionalidade no sistema recursal ou seria um mero mecanismo criado para não se conhecer dos recursos excepcionais?

Para ALEXANDRE DE MORAES, o prequestionamento “justifica-se pela necessidade de verificar-se o enquadramento do recurso em um dos permissivos constitucionais”.¹²³ Nesse mesmo sentido, ensinam ÍGOR CUNHA e VINÍCIUS CARVALHO: “para que o tribunal possa verificar a alegada ofensa, seja à Constituição Federal, aos tratados ou à lei federal, é necessário que haja prequestionamento da matéria”, sendo por esse motivo que “a exigência do prequestionamento surte claros efeitos no âmbito do juízo de admissibilidade do recurso”.¹²⁴

A lição dos mencionados juristas não esgota a razão de ser do prequestionamento. Mais do que um mecanismo que permite a aferição da causa de pedir do recurso, ele também limita a extensão do efeito devolutivo dos recursos excepcionais, de forma que apenas as questões efetivamente decididas sejam devolvidas aos tribunais superiores, ainda que se qualifiquem como de ordem pública. Daí porque, mais do que sujeito à vontade do recorrente, o efeito devolutivo horizontal dos recursos excepcionais limita-se pelo prequestionamento. É o que explicam DIDIER JR. e LEONARDO DA CUNHA: “para fins de impugnação (efeito devolutivo) somente cabe recurso extraordinário ou especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica”.¹²⁵

Em síntese, o prequestionamento tem uma dupla função: a de permitir ao julgador responsável pelo juízo de admissibilidade a verificação do enquadramento da causa de pedir do recurso na hipótese de cabimento taxativa e abstratamente prevista na Constituição, e a de limitar o *devolutum* do recurso às questões decididas, assim funcionando como filtro recursal.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. *O filtro da relevância*, cit., p. 15.

¹²³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 693.

¹²⁴ CUNHA, Ígor Martins da; CARVALHO, Vinícius Bellato Ribeiro de. Efeito devolutivo nos recursos de estrito direito – comentários ao EREsp nº 227.767/RS. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro *et al* (Coord.). *Temas atuais de direito...*, cit., p. 854.

¹²⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – vol. 3*, cit., p. 417.

3.3 Origem e manifestação do prequestionamento no direito processual comparado:

A exigência do que hoje se denomina prequestionamento é mais uma característica importada do direito norte-americano pelos recursos excepcionais brasileiros. Como se viu anteriormente, o STF e o recurso extraordinário foram profundamente influenciados pela Suprema Corte dos EUA e pelo *Writ of error* por ela até então julgado, recurso este que só poderia ser conhecido se a decisão impugnada da justiça federal ou estadual se manifestasse sobre a *federal question* recorrida, sendo essa a regra que inspirou o prequestionamento.

Dando um passo para trás, em um estudo ainda mais aprofundado, OSMAR PAIXÃO CÔRTEZ explica que, no sistema recursal inglês do Século XVI, o material que a *House of Lords* se debruçava no julgamento dos apelos a ela dirigidos estava contido em um documento, o *record*). Esse documento se tratava de uma minuta formal de todos os estágios da ação até o julgamento do recurso pela *Court of Appeal*. Caso se vislumbrasse alguma inconsistência no *record*, as partes poderiam se utilizar do *Writ of error* para provocar os juízes a enviar o *record* à *House of Lords* para inspeção. Assim, o que não constasse no *record* não poderia ser apreciado pela corte suprema, concluindo o autor que “a origem do requisito do prequestionamento, assim, está na exigência de que o erro a ser objeto do *writ* estivesse registrado no *record*”.¹²⁶

Para além dos sistemas anglo-americanos, o ordenamento jurídico argentino, também inspirado pelo modelo da Suprema Corte estadunidense, apresenta outro instituto congênere ao prequestionamento. O art. 280 do Código Procesal Civil y Comercial de La Nación (CPCN) alude ao *planteamiento* da questão federal no recurso extraordinário, que se traduz, segundo AUGUSTO MORELLO, na exigência de que a questão impugnada “*tiene que ser planteada en forma inequívoca, e introducida en la litis de modo oportuno y correcto, de suerte que los jueces de la causa deban hacerse cargo de ella y pronunciarse al respecto*”, bem como que “*debe ser mantenida en todas las instancias del litigio*”.¹²⁷⁻¹²⁸

¹²⁶ O autor menciona também um julgado de 1895 no qual o Min. LÚCIO DE MENDONÇA aludiu mesma à origem histórica: “para que caiba este recurso, é necessário que a questão que o provoca tenha sido effectivamente agitada em processo movido perante as justiças estaduais e lá tenha sido julgada: não basta que tal questão se possa ou pudesse suscitar naquella ordem judiciaria. Isto é, expresso no *Judiciary Act*, a que mais uma vez nos termos referidos como a origem remota do nosso recurso: ‘But to authorize the removal under that act, it must appear by the record, either expressly or by clear and necessary intendment, that some one of the enumerated questions did arise in the State court, and was there passed upon. It is not sufficient that might have arisen or been applicable’” (CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Origem e desenvolvimento do prequestionamento..., cit., p. 445-451).

¹²⁷ MORELLO, Augusto M. *El recurso extraordinario*. 3ª ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2006, p. 645.

¹²⁸ Também traçando um paralelo entre o prequestionamento e o *planteamiento*, com supedâneo na autorizada lição de RAFAEL BIELSA, a doutrina de TERESA ARRUDA ALVIM e BRUNO DANTAS: “para a doutrina argentina, é requisito para o cabimento do recurso extraordinário a existência de uma questão federal ou constitucional, introduzida oportunamente perante as instâncias inferiores, questão esta que deve ter sido decidida pela instância recorrida” (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 493).

No direito comparado, exsurtem outros exemplos de regras que, equivalentes ao prequestionamento, limitam a cognição das cortes de vértice às questões previamente decididas. O § 559, n. 1 da Zivilprozessordnung (ZPO) alemã, por exemplo, dispõe que o julgamento do recurso de revisão pelo tribunal superior deve se limitar às questões que resultem da decisão da apelação ou da ata da sessão do julgamento (*“das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist”*). Cuida-se, tal como se defendeu em relação ao prequestionamento, de uma *Präklusionsnorm* que, nos termos da doutrina de HANNS PRÜTTING e THOMAS WINTER, reduz o objeto do recurso às alegações das partes nas quais o tribunal de apelação baseou sua decisão.¹²⁹

O art. 481.3 da Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) espanhola é menos restritivo. Dispõe que *“podrán denunciarse las infracciones que sean relevantes para el fallo, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Audiencia Provincial”*, de sorte que poderão ser levadas ao Tribunal Supremo tanto as questões introduzidas pelos recorrentes no processo ao tempo oportuno, quanto aquelas que foram consideradas pelos tribunais provinciais.¹³⁰

Como último exemplo, a *Corte di Cassazione* italiana, no silêncio do Codice di Procedura Civile (CPC), uniformizou sua jurisprudência no sentido de que *“i motivi del ricorso per cassazione devono investire, a pena di inammissibilità, questioni che siano già comprese nel tema del decidere del giudizio di appello, non essendo prospettabili per la prima volta in cassazione questioni nuove o nuovi temi di contestazione non trattati nella fase del merito e non rilevabili d’ufficio”*.¹³¹ É dizer, sob pena de inadmissibilidade, a questão devolvida à cassação deve constar da decisão recorrida, salvo se puder ser conhecida de ofício. Ainda, caso a questão impugnada tenha sido ignorada pela decisão, o recorrente tem o ônus de apontar tal omissão e indicar em qual ato do processo a questão foi introduzida, para que a corte controle

¹²⁹ “Folglich ordnet § 559 als Präklusionsnorm das Verfahren, entlastet das Revisionsgericht von der Tatsachenprüfung, schützt den Gegner vor einer (weiteren) Prozessverzögerung und dient der Verfahrensbeschleunigung auch im Interesse der Allgemeinheit. Deswegen beschränkt § 559 Abs. 1 den Prozessstoff auf das Parteivorbringen, welches das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen hatte. Abs. 2 der Vorschrift ergänzt diese Beschränkung, indem eine Bindung des Revisionsgerichts an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts statuiert wird. Als Grundregel lässt sich festhalten, dass im Revisionsverfahren weder das Vorbringen neuer Tatsachen noch die Geltendmachung neuer (prozessualer) Ansprüche möglich ist” (WIECZOREK, Bernhard *et al* (Ed.). *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Band 7 - §§ 511-591 ZPO*. 5 neu bearbeitete Auflage. Berlin: De Gruyter, 2021, p. 741).

¹³⁰ Não foi possível encontrar referências a respeito da aplicação da regra em questão, que foi recentemente introduzida na LEC através do Real Decreto-Ley nº 5, de 28 de junho de 2023, e cuja principal mudança foi a supressão do recurso extraordinário, que era destinado à impugnação de *errores in procedendo*, os quais agora passam a ser atacados também pelo recurso de cassação, antes voltados apenas à censura de *errores in iudicando*.

¹³¹ Corte di Cassazione. Sentenza nº 16458, 9 giugno 2023. Também nesse sentido: Corte di Cassazione. Ordinanza nº 32819, 8 novembre 2022; Corte di Cassazione, Ordinanza nº 21243, 23 luglio 2021.

“*ex actis*”, e na esteira do princípio da *autosufficienza del ricorso per cassazione*,¹³² a veracidade de tal assertiva antes de adentrar no mérito do recurso.

Enfim, ao estilo da filtragem realizada pelo prequestionamento, os institutos e regras ora mencionados reforçam que os tribunais superiores não se prestam ao julgamento inaugural de uma questão.

3.4 Evolução do prequestionamento no direito processual brasileiro:

O prequestionamento aparece no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez no Decreto nº 510 de 22 de junho de 1890, a Constituição temporária baixada pelo governo provisório logo após a Proclamação da República em novembro de 1889. O art. 58, §1º, “a” do mencionado decreto, disciplinando a competência recursal do Supremo Tribunal Federal, dizia que “*das sentenças da justiça dos Estados em última instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella*”.

O termo “questionar” a validade ou a aplicação de tratado, lei federal ou preceito constitucional foi, repetida nas várias expressões dele derivadas, pelo art. 9º, *parágrafo único*, “a” e “b” do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890 (responsável pela criação da Justiça Federal),¹³³ pelo art. 59, III, §1º, “a”, da Constituição de 1891,¹³⁴ pelo art. 76, 2, III, “a” e “b”, da Constituição de 1934¹³⁵ e pelo art. 101, III, “a” e “b” da Constituição de 1937.¹³⁶

A Constituição de 1946, por outro lado, ao tratar do recurso extraordinário, retirou a exigência de que o recorrente tivesse questionado perante o tribunal local a aplicação de tratado

¹³² O princípio da autossuficiência do recurso para a cassação, apesar de criticado pela doutrina por ser fruto de uma construção jurisprudencial formalista, se justifica ante a necessidade de a corte examinar o recurso “senza che vi sia la necessità di far rinvio e accedere a fonti esterne allo stesso ricorso e, quindi, a elementi o atti attinenti al progresso giudizio di merito, sicché il ricorrente ha l’onere di indicarne specificamente, a pena di inammissibilità, oltre al luogo in cui ne è avvenuta la produzione, gli atti processuali e i documenti su cui il ricorso è fondato” (PAGNOTTA, Margherita. *La Corte EDU legittima il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*. Disponível em: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2021/12/Pagnotta.pdf>. Acesso em 21 janeiro 2024.

¹³³ Art. 9º, Paragrapho unico: Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados: (...) b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

¹³⁴ Art. 59, III: Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela.

¹³⁵ Art. 76, 2, III: Julgar: em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada.

¹³⁶ Os referidos dispositivos copiaram a redação dos artigos da Constituição de 1934, acima transcritos.

ou lei federal (art. 101, III, “a”), apenas exigindo o questionamento prévio quando o recurso tratasse “*sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada*” (art. 101, III, “b”).¹³⁷

A referida modificação, como relata MARIANA CABEZAS em tese de doutorado sobre o tema, não passou despercebida pelos olhos de alguns julgados do STF à época, que, considerando a distinção feita pelo constituinte, passou a dispensar o prequestionamento do tratado ou da lei federal para que o recurso extraordinário fosse admitido.¹³⁸

Seguiu essa mesma linha JOSÉ AFONSO DA SILVA no seu tratado sobre o recurso extraordinário, mostrando que, diferentemente das Constituições anteriores, a Constituição de 1946 quedou-se silente quanto à exigência do prequestionamento, concluindo que “*hoje [1963], não se exige prequestionamento sobre a aplicação de lei federal, para interpor-se o remédio constitucional, basta que a decisão a tenha vulnerado*”.¹³⁹

Ademais, nos seus comentários à Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA, com sua habitual clareza, também se posicionou no sentido da inexigibilidade do questionamento prévio sobre a aplicação da lei federal, já que “*onde a Justiça negou incidência ou procedeu, julgando, como se negasse a incidência, necessariamente deu ensejo à interposição do recurso extraordinário. Porque deixar de aplicar regra jurídica é explicitamente ou implicitamente negar-lhe incidência*”.¹⁴⁰

A jurisprudência dominante do STF, porém, não acolheu tal entendimento e, em dezembro de 1963, ainda sob a vigência da Constituição de 1946, editou as Súmulas nº 282 e 356,¹⁴¹ consolidando a exigência do prequestionamento enquanto requisito de admissibilidade.

A Constituição de 1967, por sua vez, tanto na sua redação originária quanto na redação dada pela EC nº 1/1969 ao art. 114, III, “a” e “b”,¹⁴² abandonou o termo questionamento ao regular as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, condicionando-o à existência de

¹³⁷ Art. 101, III: julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada.

¹³⁸ CABEZAS, Mariana de Souza. *Compatibilidade, alcance e limites do prequestionamento ficto no novo Código de Processo Civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 46.

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, p. 198.

¹⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946 – t. III*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 358.

¹⁴¹ Súmula 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada; Súmula 356. O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

¹⁴² Art. 114, III: julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

“*causa decidida*”. Nesse ponto, explica o professor MÁRCIO FARIA que, diante do silêncio constitucional, e logo depois do Código de Processo Civil de 1973, uma parte minoritária doutrina passou a sustentar a extinção definitiva do prequestionamento.¹⁴³ Isso, entretanto, não se confirmou, uma vez que o STF permaneceu aplicando as Súmulas nº 282 e 356.¹⁴⁴

Inclusive, essas súmulas tiveram, sem sucesso, a sua inconstitucionalidade aventada.¹⁴⁵ Em voto proferido no julgamento dos EDcl no AgRg no RE nº 96.802/RJ, o então Ministro ALFREDO BUZAID reafirmou a constitucionalidade do instituto, ao argumento de que o prequestionamento seria um pressuposto natural dos recursos extraordinários.¹⁴⁶ Em razão da riqueza de informações trazidas no voto, transcreve-se aqui uma parte do aresto:

O que pretende a agravante é arguir a inconstitucionalidade do verbete n. 282 da Súmula. (...) A ideia de prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem sua origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana, de 24.09.1789. Esta lei admitiu das decisões da Justiça estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de *writ of error*. Cooley observa que “é essencial para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflito entre Estado e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com referência a ela fique com os tribunais da União; e como tais questões devem surgir frequentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pela *Judiciary Act* deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a equidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde se questiona sobre a validade de uma lei ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável a validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade reclamado por qualquer das partes com base na Constituição, tratado, lei, ato ou autoridade” (Cf. Cooley. *A treatise of constitutional limitations*. 6. ed. Boston, 1890, p. 18 e 19).¹⁴⁷

¹⁴³ Nesse sentido, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA: “em nenhum dispositivo de Código ou lei esparsa aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário”. Entretanto, essa posição refratária se modificou em outros artigos por ele produzidos posteriormente. Nesse sentido, de onde se retirou a citação aqui transcrita: CASTILHOS, Ângelo Soares. *A interpretação constitucional do prequestionamento*. Disponível em: https://www.academia.edu/25555275/A_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_DO_PREQUESTIONAMENTO. Acesso em 21 de dezembro de 2023.

¹⁴⁴ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento?. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 37, v. 211, set. 2012, p. 146.

¹⁴⁵ Um dos defensores da inconstitucionalidade da Súmula nº 282 do STF foi GALENO LACERDA, que, em parecer emitido sobre o tema, consignou que “a simples exigência do prequestionamento é inconstitucional, por ofensa direta aos preceitos imperativos dos arts. 102, III, a, ou 105, III, a, b e c, da Carta Magna Vigente, que não subordinam a esse requisito ou condição o direito subjetivo ao uso, seja do recurso extraordinário, seja do recurso especial, conforme a hipótese” (LACERDA, Galeno. Considerações críticas sobre o prequestionamento. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, v. 29, 1999, p. 264).

¹⁴⁶ Nesse sentido: “(...) a exigência de prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição” (COSTA LEITE, Paulo Roberto Saraiva da. Recurso especial: admissibilidade e procedimento. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior...*, cit., p. 192. Também se filiam a esse entendimento: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. SCARANEC FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 202; CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior...*, cit., p. 118; ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*, cit., p. 585.

¹⁴⁷ STF, EDcl no AgRg nos EmbDiv no RE 96.802/RJ, rel. Min. Alfredo Buzaid, Tribunal Pleno, j. 4.11.1983.

A Constituição de 1988, por fim, também não fez uso da expressão prequestionamento e, assim como a ordem constitucional anterior, condicionou a interposição do RE e do REsp à existência de “*causas decididas em única ou última instância*” (arts. 102, inciso III e 105, inciso III). Contudo, o prequestionamento ainda permanece exigível, tanto que foi objeto das Súmulas nº 98, 211 e 320 do STJ¹⁴⁸ e, mais recentemente, dos arts. 941, §3º, e 1.025 do CPC/15.¹⁴⁹

A compreensão do tema, porém, não se esgota na análise dos dispositivos aqui elencados, cuja menção se fez com fins meramente descritivos. Em verdade, basta um pouco mais de acuidade no exame desses dispositivos para que o intérprete perceba que as regras positivadas pouco esclarecem, e até conflitam entre si, merecendo, pois, um exame mais aprofundado. Por conseguinte, abordada as múltiplas concepções do prequestionamento, as suas funções, o seu surgimento e a sua evolução histórica, chega-se, agora, ao ponto central do trabalho: a atual disciplina do prequestionamento.

¹⁴⁸ Súmula 98/STJ. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório; Súmula 211/STJ. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo; Súmula 320/STJ. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento (revogada).

¹⁴⁹ Art. 941, §3º: O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento; Art. 1.025: Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

4 A ATUAL (E CONTROVERSA) DISCIPLINA DO PREQUESTIONAMENTO E SUAS ESPÉCIES

4.1 Configuração e espécies de prequestionamento:

A regulação do prequestionamento esteve sujeita, por muito tempo e com exclusividade, aos ditames da jurisprudência que, com inevitáveis oscilações, ora dava contornos mais rígidos, ora lhe abrandava.¹⁵⁰ Além disso, assim como o conceito de prequestionamento, não há unanimidade, na doutrina e na jurisprudência, a respeito de quando a questão federal ou constitucional estaria prequestionada, isto é, efetivamente decidida.

Há razoável consenso que as espécies de prequestionamento se resumem a três,¹⁵¹ muito embora, por vezes, assumam terminologias distintas:¹⁵²

a) Prequestionamento explícito, expresso ou numérico: configurado quando consta, na decisão recorrida, não só a questão federal ou constitucional, como também os dispositivos legais ou constitucionais que disciplinam a questão;¹⁵³

b) Prequestionamento implícito: perfectibilizado quando o tribunal de origem debate e decide a questão federal ou constitucional alvo do recurso excepcional sem, contudo, mencionar a sua base normativa;¹⁵⁴

¹⁵⁰ ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade in: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação...*, cit., p. 286.

¹⁵¹ Registre-se o entendimento de MARCIO FARIA, para quem seriam cinco as espécies de prequestionamento: (i) numérico, (ii) explícito (equivalente ao implícito), (iii) ficto, (iv) implícito (quando a questão decidida não consta do acórdão, mas que, por razões de ordem lógica e jurídica, poderia ser considerada implicitamente decidida e (v) duplo, quando o acórdão recorrido traz, a um só tempo, as causas decididas tanto em termos de constitucionalidade, como em matérias de legalidade. (FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo..., cit., p. 151).

¹⁵² “Alguns, por exemplo, chamam de implícito o prequestionamento feito sem menção ao texto expresso de lei, cuja violação constitui o objeto do recurso excepcional. Para essa corrente, explícito é o prequestionamento que se dá com menção expressa da lei, enquanto o implícito ocorre quando a questão é tratada na decisão sem a referência aplicável (...). O acórdão que trata da questão federal ou constitucional, ainda que sem menção expressa a dispositivos de lei, faz questionamento explícito, não implícito”. (MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT, 2006, p. 141-142).

¹⁵³ MAURO CAMPBELL MARQUES, EDUARDO ARRUDA ALVIM, GUILHERME PIMENTA NEVES E FABIANO TESOLIN entendem por prequestionamento explícito “a indicação precisa, no acórdão recorrido, dos artigos de lei federal aplicados ao caso concreto” (MARQUES, Mauro Campbell *et al.* *Recurso especial*, cit., p. 219). Na jurisprudência: “Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação” (STF, AgRg no RE nº 412.633/SP, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, j. 21.9.2004). Na jurisprudência do STJ: AgInt no AREsp nº 2.407.628/SP, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 11.3.2024.

¹⁵⁴ Como mostra MEDINA, o prequestionamento implícito tem duas acepções, ora significando a menção da questão jurídica na decisão, desacompanhada do preceito legal, ora se traduzindo no debate implícito da matéria na decisão do tribunal de origem (MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão...*, cit., p. 242). Na jurisprudência do STJ prevaleceu o primeiro entendimento: “Há prequestionamento implícito quando a Corte de origem, mesmo sem a menção expressa ao dispositivo de lei federal tido por violado, manifesta-se, no acórdão impugnado, acerca da tese jurídica apontada pelo recorrente, situação verificada na hipótese” (STJ, AgInt no REsp nº 1.767.869/ES, rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. 18.5.2020). No STF, porém, considera-se o prequestionamento implícito como sinônimo de ficto: AgRg no ARE nº 772.836/PE, rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 26.5.2015; AgRg no ARE nº 1.379.435/BA, rel. Min. André Mendonça, 2ª Turma, j. 21.2.2024.

c) Prequestionamento ficto ou virtual: caracterizado quando a questão recorrida é meramente suscitada nas instâncias ordinárias, sem nenhum enfrentamento pelo tribunal de origem, ainda que opostos embargos de declaração para suprir tal omissão.¹⁵⁵

Com fundamento na Súmula n° 282/STF,¹⁵⁶ que dispõe ser inadmissível o recurso “quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, as modalidades explícita e implícita do prequestionamento sempre foram normalmente aceitas pela doutrina e pelos tribunais,¹⁵⁷ por permitirem a verificação *ex actis* do objeto do recurso e da sua hipótese de cabimento.¹⁵⁸

Com efeito, raras decisões condicionavam a configuração do requisito de admissibilidade *sub examine* à exigência de prequestionamento numérico,¹⁵⁹⁻¹⁶⁰ o que, nas palavras de EGAS MONIZ DE ARAGÃO, seria fruto de “espíritos rigoristas”,¹⁶¹ constituiria restrição ilegítima ao conhecimento do recurso e, assim, intolerável manifestação de jurisprudência defensiva.

¹⁵⁵ “O prequestionamento ficto realiza-se justamente diante da ausência de enfrentamento da questão pelo órgão julgador, concretizando-se pela simples oposição dos embargos de declaração como instrumento suscitante da matéria não enfrentada” (BECKER, Rodrigo Frantz. Embargos de declaração e prequestionamento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Código de Processo Civil no STF e no STJ: estudos sobre os impactos e interpretações*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 360).

¹⁵⁶ Também aplicada, por analogia, à admissibilidade do recurso especial: STJ, AgRg no AI n° 1.317.951/ES, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 21.9.2010.

¹⁵⁷ Nesse sentido, e com vasta remissão jurisprudencial: “o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, no âmbito dos recursos excepcionais, é indispensável o prequestionamento explícito ou implícito da questão objeto do recurso extraordinário ou especial” (STJ, AgInt no REsp n° 1.765.907/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 25.6.2019).

¹⁵⁸ Assim já se manifestou o saudoso Min. Sepúlveda Pertence, em julgado por ele relatado: “O requisito do prequestionamento assenta no fato de não ser aplicável à fase de conhecimento do recurso extraordinário o princípio *jura novit curia*: instrumento de revisão *in jure* das decisões proferidas em única ou última instância, o RE não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal ‘a quo’ sobre a questão suscitada no recurso extraordinário: Sendo o prequestionamento, por definição, necessariamente explícito, o chamado ‘prequestionamento implícito’ não é mais do que uma simples e inconcebível contradição em termos” (STF, AgRg no AI n° 253.566/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 15.2.2000).

¹⁵⁹ Apesar de a inexigibilidade do prequestionamento numérico ter sido pacificada na Corte Especial do STJ e no Plenário do STF desde os anos 90 (v.g. EREsp n° 162.608/SP e RE n° 141.788/SE) algumas decisões, seduzidas pelo formalismo, permaneceram aplicando o entendimento contrário. Veja-se: “(...) o artigo da Constituição Federal que o ora agravante considera violado não foi debatido no acórdão recorrido. Além disso, não foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão, faltando, ao caso, o necessário prequestionamento da questão constitucional, que deve ser explícito” (STF, ARE n° 692.169, rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, 31.10.2012).

¹⁶⁰ Registre-se que a dispensabilidade do prequestionamento numérico não se confunde com a exigência de o recorrente indicar nos apelos extraordinários, sob pena de deficiência na fundamentação (Súmula n° 284/STF), os dispositivos violados ou as decisões que fundamentam o dissídio jurisprudencial, como vem entendendo o STJ: STJ, AgInt no AREsp n° 1.224.551/AM, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 25.6.2019; STJ, AgInt no AREsp n° 1.026.239/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 18.6.2019; STJ, AgInt no AREsp n° 1.411.032/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 24.9.2019.

¹⁶¹ Prossegue o autor defendendo que “Se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria ‘questionada’ e isso é o quanto basta” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Pré-questionamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 328, abr./jun. 1994, p. 41-43).

Aliás, a irrazoabilidade do prequestionamento numérico é uma das poucas unanimidades da doutrina no tema,¹⁶² uma vez que: (i) identifica-se a questão jurídica decidida através dos fundamentos jurídicos adotados para a sua resolução, e não através do fundamento legal que, na forma do art. 489, §1º, inciso I, do CPC, é insuficiente; (ii) a questão suscitada pode se assentar em um princípio jurídico¹⁶³ ou em mais de uma lei ou dispositivo, e nem todos eles estarem mencionados;¹⁶⁴ (iii) por repetidas vezes, nem mesmo os tribunais superiores se preocupam em trazer os dispositivos legais nos seus julgados, se limitando a referenciar precedentes similares; e (iv) não há, em nenhum lugar do ordenamento exigência em tal sentido.¹⁶⁵ Quanto a esse último ponto, vale a leitura da seguinte lição de BARBOSA MOREIRA:

Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta – e altamente recomendável – toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não-conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimimento.¹⁶⁶

Em síntese, pelos motivos indicados, só deveriam existir, a rigor, dois tipos de prequestionamento: o explícito (com ou sem a menção ao dispositivo legal, pois pouca diferença faz) e o ficto, ao qual serão dedicadas as próximas linhas do presente tópico e que, adiante-se, cuida-se do centro de gravidade da maioria dos problemas que giram em torno do prequestionamento.

¹⁶² Por todos: “(...) não é necessária, para configurar o prequestionamento, a expressa menção aos textos de lei ditos contrariados. Bastará que a questão federal, regida pela norma legal, tenha sido objeto de apreciação” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 60).

¹⁶³ A questão do cabimento dos recursos excepcionais ante a violação de princípio jurídico é complexa e extrapola o objeto do presente trabalho. Convém registrar, contudo, as posições doutrinárias a respeito de tal discussão: para parte da doutrina, o REsp e o RE só serão cabíveis se o princípio jurídico estiver textualmente mencionado em um dispositivo. Para outra parte, a violação de qualquer princípio ensejaria o cabimento dos recursos excepcionais. Enfim, o problema gira em torno do caráter normativo dos princípios e da extensão da expressão “norma constitucional” e “lei federal”. Para uma melhor compreensão dos termos da discussão: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Recurso especial por violação de princípio jurídico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 86, n. 738, abr. 1997, p. 100-111; MEDINA, José Miguel García. *Pquestionamento, repercussão geral...*, cit., p. 194-210.

¹⁶⁴ Veja-se, por exemplo, que uma causa relativa à cobertura de tratamento por plano de saúde envolve uma série de normas: Lei dos Planos de Saúde, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, resoluções da ANS etc.

¹⁶⁵ O fenômeno da jurisprudência defensiva não é exclusivo das cortes brasileiras. JORDI NIEVA FENOLL, citando um exemplo do Tribunal Supremo espanhol, afirma que os tribunais superiores europeus “empezaron a descomponer las frases, y hasta las palabras de las leyes de procedimiento, de modo que el supuesto error del recurrente en la elección de una de esas palabras ocasionaba la pérdida del recurso, como se hubiéramos retrocedido en el tiempo al arcaico proceso romano de las *legis actiones*” (NIEVA FENOLL, Jordi. La relevancia social..., cit., p. 491). No mesmo sentido, MARGHERITA PAGNOTTA denuncia que a Corte de Cassação italiana vêm exigindo requisitos de admissibilidade aleatórios e sem base legal para o conhecimento dos recursos a ela dirigidos, culminando, inclusive, na anulação de algumas decisões pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH (PAGNOTTA, Margherita, *La Corte EDU legittima il principio di autosufficienza...*, cit., n.p.).

¹⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 270.

4.2 O problema do prequestionamento ficto: entre a cruz (Súmula nº 356/STF) e a espada (Súmula nº 211/STJ):

O prequestionamento ficto, como se viu, torna prequestionada a questão federal ou constitucional que, a despeito de ter sido trazida oportunamente pela parte nas instâncias ordinárias, foi duas vezes ignorada pelo tribunal local, tanto no acórdão principal quanto, após a oposição dos tempestivos embargos de declaração, no acórdão integrativo. Também, como revela a terminologia, cuida-se uma ficção que, assim como as ficções jurídicas em geral, pressupõe um fato ou uma situação diferente da realidade para melhor tutelar determinado interesse ou valor social, a exemplo da justiça, da segurança jurídica ou da igualdade.¹⁶⁷

O ponto de partida para que se compreenda a sua razão de ser está no campo da teoria da norma. Indo direto ao ponto, a violação de um dispositivo legal ou constitucional apta a abrir a via excepcional não só ocorre quando ele é mal interpretado ou mal aplicado sobre determinada hipótese fática. O dispositivo pode ser igualmente violado – e é assim que ocorre na maioria dos casos – pela sua simples não incidência, quando deveria incidir.¹⁶⁸⁻¹⁶⁹

Nesse sentido, colhe-se de CARLOS MAXIMILIANO, em seus comentários à disciplina do recurso extraordinário na Constituição de 1946 a seguinte lição: “Não é mistér que explicitamente neguem a existência de um dispositivo; basta a negação implícita, isto é, que procedam ou decidam como se êle não vigorasse, deixem de o aplicar. Assim acontece, por exemplo, quando o juiz aplica outra norma, ou guarda silêncio sôbre a lei invocada, ou sôbre a questão de Direito suscitada”.¹⁷⁰

¹⁶⁷ CHAÏM PERELMAN, valendo-se do conceito do jurista francês HENRI CAPITANT afirma que a ficção legal é “é um procedimento de técnica jurídica que consiste em supor um fato ou uma situação diferente da realidade para disso deduzir consequências jurídicas”. O filósofo belga segue afirmando que se recorre à ficção quando “as categorias e as técnicas jurídicas reconhecidas, aquelas que fazem parte da realidade jurídica aceita, não fornecerem solução aceitável ao problema de direito que se deve resolver” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermanita Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 603-604).

¹⁶⁸ Nesse sentido, a lição de MARCOS BERNARDES DE MELLO: “Sempre que incide e não é aplicada, existe violação da norma, nunca falha da incidência”. (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 110). Sobre as formas que uma norma jurídica pode ser violada e suas repercussões processuais: ALMEIDA, Luciana Robles de. *O que significa violar uma norma jurídica?. Uma perspectiva processual*. São Paulo: RT, 2021, p. 88-100.

¹⁶⁹ Cabe, aqui, uma nota: embora o prequestionamento seja exigível para quaisquer hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, tem-se que dificilmente um tribunal declarará a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, “b”, CF), julgará válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF (art. 102, III, “c”), ou lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, “d”), ou ato de governo local contestado em face de lei federal (art. 105, III, “b”) ou dará à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, “c”), sem fazer menção ao dispositivo da lei ou ao ato. Daí porque o debate do prequestionamento ficto cingir-se aos recursos extraordinários e especiais interpostos com base nas alíneas “a” dos arts. 102, III e 105, III da Constituição de 1988.

¹⁷⁰ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946 – vol. II*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 369.

Uma vez silente o acórdão sobre determinada questão jurídica invocada pelo recorrente *opportuno tempore*,¹⁷¹ a ele seria inviável levar tal questão às cortes superiores, porquanto ausente o prequestionamento. Restar-lhe-iam, então, duas opções: conformar-se com o julgamento do tribunal ou opor embargos de declaração, para forçar o tribunal a suprir a omissão sobre a questão não debatida. Tais embargos, uma vez conhecidos e julgados, em tese levariam o tribunal a se manifestar sobre a questão omissa, seja para acolhê-la (com efeitos infringentes ou não), seja para afastá-la do caso e, nesse passo, prequestioná-la.

Ocorre que, como bem se sabe, não é essa a praxe dos tribunais locais que, quer por vaidade, quer por economia de esforços, não conhecem ou julgam improcedentes tais embargos sob os conhecidos jargões de que “há mero inconformismo da parte com o resultado do julgamento que lhe foi desfavorável” e “o julgador não está obrigado a responder todos os argumentos levantados pelas partes”, repetidos à exaustão nas decisões.

Bem, se o julgador está ou não realmente obrigado a rebater todos os argumentos deduzidos no processo como impõe o art. 489, §1º do CPC, ou quais questões o julgador está obrigado a rebater, é questão que foge ao objeto do presente trabalho.¹⁷² Fato é, contudo, que o STF, sensível à possibilidade de tribunal *a quo* persistir na omissão, em prejuízo da autoridade do direito federal e do próprio recorrente, que fez de tudo para que a matéria fosse debatida nas instâncias ordinárias,¹⁷³ editou a Súmula nº 356, segundo a qual “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

É de se observar que, embora a literalidade do enunciado não assim afirme, formou-se corrente jurisprudencial no sentido de que, opostos embargos de declaração, ainda que o tribunal local não se manifeste expressamente sobre a omissão embargada, restaria satisfeito, fictamente, o requisito do prequestionamento.¹⁷⁴ Consagrava-se, assim, a figura do prequestionamento ficto.

¹⁷¹ A questão jurídica há de ter sido suscitada nos autos anteriormente, sob pena de indevida inovação recursal, e, assim, “pós-questionamento” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit., p. 716).

¹⁷² Apesar de, no ordenamento jurídico, o debate gerar em torno das interpretações dadas ao art. 489, §1º do CPC, a preocupação com sentenças com sucinta também se faz presente em outros ordenamentos jurídicos. Sobre o tema: OTEIZA, Eduardo. La motivación de la decisión judicial: el desafío de abreviar y detallar al mismo tiempo. In: SIMONS, Adrian *et al* (Coords.). *Estudios em homenagem a Ada Pellegrini....* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 420-427; TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 377-390.

¹⁷³ “A rejeição dos embargos de declaração não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, a *contrario sensu*, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador. A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido sobre o qual ‘não foram opostos embargos declaratórios’. Mas, se opostos, o Tribunal *a quo* se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte” (STF, RE nº 214.724/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 2.10.1998).

¹⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento, repercussão geral...*, cit., p. 260.

Entretanto, sucedeu-se que o entendimento sumulado do STF, à época dotado de eficácia meramente persuasiva, não foi seguido pelo STJ, que se manteve refratário à essa espécie de prequestionamento. Assim, amparado pela concepção do prequestionamento enquanto questão decidida, o Tribunal da Cidadania, de forma diametralmente oposta à orientação do STF, editou, em julho de 1998, a Súmula nº 211, que dispõe ser “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”.¹⁷⁵

Se por um lado a Súmula nº 211/STJ aderiu à noção do prequestionamento delineada pela Constituição de 1988, por outro, impunha ao recorrente a necessidade de percorrer um oneroso caminho para que a questão federal omissa fosse apreciada, no seu mérito, pelo STJ. Isso porque, não vindo a omissão a ser sanada nos embargos de declaração, deveria o recorrente interpor recurso especial, violação ao art. 535, II do CPC/73, para que o STJ, uma vez verificando o *error in procedendo* do acórdão integrativo (que não sanou, quando deveria, a omissão, incorrendo em negativa de prestação jurisdicional), anulasse o julgamento e devolvesse o processo ao tribunal de origem para que ele se manifestasse a respeito da questão jurídica não decidida e, enfim ocorrendo esse enfrentamento explícito, fosse possível a interposição do recurso especial para impugnar tal matéria.¹⁷⁶

Instalada a divergência de posicionamentos entre o STJ e o STF, fonte de inelutável segurança jurídica (inclusive interna aos órgãos fracionários, já que alguns julgados do STF aplicavam a orientação do STJ),¹⁷⁷⁻¹⁷⁸ a doutrina também se dividiu.

¹⁷⁵ “A jurisprudência desta Corte Superior não admite o prequestionamento (ficto) pela simples interposição de embargos de declaração, fazendo-se necessário o efetivo debate da questão controvertida nas instâncias ordinárias” (STJ, AgRg no AREsp nº 438.548/MA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 18.3.2014).

¹⁷⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Recurso especial, prequestionamento e a aplicação do art. 1.025 do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 47, v. 324, fev. 2022, p. 190.

¹⁷⁷ Veja-se que o dissenso era, inclusive, conhecido e citado nas decisões das cortes que, adotando um ou outro entendimento, eram coniventes com a divergência: “O Supremo Tribunal Federal, ao contrário desta Corte Superior, adota o chamado prequestionamento ficto, ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios, ainda que eles sejam rejeitados, sem qualquer exame da tese constitucional, bastando que essa tenha sido devolvida.” (STJ, AgRg no AREsp nº 616.108/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 5.2.2015). No âmbito do STF: “(...) o entendimento adotado no STJ, de que a oposição dos embargos não afasta, em tais hipóteses, a falta de prequestionamento (...), embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF – e, por via de consequência, com sua fonte normativa (CF, arts. 102, III e 105, III) – não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao judiciário, e do devido processo legal” (STF, AgRg no AI nº 198.631/PA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 11.11.1997).

¹⁷⁸ É o que se extrai dos seguintes julgados da 1ª e 2ª Turma do STF: “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” (AgRg no RE nº 694.298/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 4.9.2012). Também nesse sentido: EDcl no AgRg no AI nº 689.706/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 12.4.2011; AgRg no ARE nº 707.221/BA, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 20.8.2013; AgRg no ARE nº 678.139/RJ, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 6.8.2013; EDcl no RE nº 661.521/MS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 17.4.2012.

Para uma primeira corrente, certo estaria o STF, (i) pois prestigiaria a razoável duração do processo e a primazia do julgamento do mérito,¹⁷⁹ (ii) porque a ele, enquanto guardião da constituição, caberia definir o alcance da expressão causa decidida;¹⁸⁰ (iii) porque as decisões do STJ fundadas na Súmula nº 211 violariam o art. 105, inciso III da Constituição e, portanto, sujeitas à reforma pelo STF, que poderia adequá-las à sua jurisprudência dominante;¹⁸¹ (iv) porque essa seria a interpretação conforme a Constituição dos arts. 102 e 105, III da CF, na medida em que prestigiariam o acesso à justiça; e (v) porque o STJ exerceria, no caminho acima narrado, função típica de uma corte de cassação, não tendo sido essa a opção do constituinte.¹⁸²

Para uma segunda corrente, deveria prevalecer a posição do STJ, eis que a Súmula nº 356/STF estava em desacordo com o próprio texto constitucional, que exigia na fórmula “causa decidida” que apenas as questões decididas (e, portanto, explicitamente prequestionadas) poderiam ser objeto dos recursos excepcionais, de sorte que o entendimento positivado na Súmula nº 211/STJ impediria a supressão de instância,¹⁸³ figurando como aquele mais “técnico, preciso e, principalmente, constitucional”.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

¹⁷⁹ Nesse sentido, registre-se a posição de DIDIER JR. e LEONARDO DA CUNHA, nos idos de 2006: “Admite o STF o chamado *prequestionamento ficto*, (...). Trata-se de interpretação mais amena do enunciado n. 356 da Súmula da jurisprudência do STF. Essa postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalitrância no suprimimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias. Inicialmente, a concepção do STJ é sedutora; impõe-se, contudo, perfilar a do STF, que se posiciona a favor do julgamento do mérito do recurso extraordinário, a fim de que o recurso cumpra o seu objetivo” (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – vol. 3*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 191).

¹⁸⁰ “(...) não há como negar caber ao Supremo Tribunal Federal decidir acerca da interpretação do art. 102, III, bem assim do art. 105, III, com ânimo de definitividade, uniformizando sua interpretação perante todo o território federal brasileiro, inclusive perante os Tribunais Superiores” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*, cit., p. 15).

¹⁸¹ Esse argumento não procede. É que, conforme já foi decidido no Tema de Repercussão Geral nº 181/STF, sempre que for necessário discutir ou superar o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de recurso de competência de outros tribunais, o RE não terá repercussão geral e não será, portanto, conhecido.

¹⁸² Para uma melhor visualização desses e de outros argumentos em defesa da posição do STF, veja-se: KOEHLER, Frederico A. Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade.... *Revista ESMAFE*. Recife: ESMAFE, n. 10, dez. 2006, p. 165-177.

¹⁸³ FREDERICO KOEHLER argumenta ainda que o prequestionamento ficto não importa em supressão de instância, porque pressupõe que a questão foi oportunamente trazida perante as instâncias ordinárias, que tiveram a oportunidade de decidi-la (*ibidem*, p. 167).

¹⁸⁴ NERY JR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento..., cit., p. 862. Também em defesa da posição do STJ ao argumento de que essa orientação “ajusta-se ao real sentido da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal”: MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral...*, cit., p. 274.

¹⁸⁵ Conquanto, de fato, a posição do STJ seja mais técnica não se pode olvidar que, tão importante quanto a valorização do rito, são os fins aos quais o processo se serve: a pacificação social a partir da justa e efetiva aplicação do direito, não mais se justificando, sob a perspectiva consequencialista da instrumentalidade, a adoção de posturas puramente técnicas e dogmáticas. Por essa ótica, se a Súmula nº 356/STF é inconstitucional por suprimir a exigência constitucional da “causa decidida”, igualmente inconstitucional seria a orientação da Súmula nº 211/STJ, que avulta o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Cogitando a inconstitucionalidade material da Súmula nº 211/STJ, veja-se: CAMILLO, Fábio de Oliveira. Dos embargos de declaração “prequestionadores” conforme a jurisprudência do STF e do STJ e o princípio da razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 33, v. 159, mai. 2008, p. 241-242.

Em síntese, como já se procurou adiantar no título do presente tópico, ante a incompatibilidade e as tantas casuísticas a respeito do prequestionamento ficto, a parte que não conseguiu que a sua questão federal ou constitucional fosse prequestionada expressamente na decisão do tribunal *a quo*, teria o seu recurso excepcional posicionado entre a cruz e a espada, e o destino final a ele dado, não raras vezes, estaria sujeito à convicção pessoal ou ao ânimo de quem fizesse o seu juízo de admissibilidade, tanto na instância *a quo* quanto na *ad quem*.

4.3 O prequestionamento no CPC de 2015: soluções, inovações e novos problemas:

O Código de Processo Civil de 2015, finalmente, emprestou assento legal ao instituto do prequestionamento. Atento à aleatoriedade jurisprudencial, o legislador tomou as rédeas do caos e, em uma tentativa de revestir a disciplina do prequestionamento ficto de um mínimo de segurança jurídica, buscou unificar os entendimentos.

A solução veio com o art. 1.025 que, acolhendo a posição do STF, e sob os elogios da doutrina processual, notadamente por “impedir que possa haver prequestionamento por motivo não imputado à parte”¹⁸⁶ e prestigiar a celeridade e a primazia do julgamento do mérito recursal (na medida em que evita a duplicidade de recursos especiais),¹⁸⁷ estampou expressamente a figura do prequestionamento ficto na lei positivada:

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

Além disso, a parte final do dispositivo em comento aperfeiçoou a redação da Súmula nº 356/STF ao condicionar o prequestionamento ficto à verificação do erro, omissão, contradição ou obscuridade pelo tribunal superior. Nessa linha, muito embora isso já estivesse previsto implicitamente no entendimento sumulado do STF, eventual omissão sobre questões irrelevantes, impertinentes ou trazidas inoportunamente apenas nos embargos declaratórios, não ensejam a caracterização de vício de motivação, e assim escapam do prequestionamento ficto.

¹⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – vol. 2*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 612. Também nesse sentido: “a norma visa proteger o recorrente que efetivamente tomou todas as providências para cumprir o requisito do prequestionamento, mas a omissão foi do Tribunal, na origem, que se recusou a prestar a efetiva tutela jurisdicional” (AURELLI, Arlete Inês. Embargos de declaração: arts. 1.022 a 1026. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. 4*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 482).

¹⁸⁷ “O art. 1.025 do CPC/2015 busca abreviar todo este procedimento, em verdadeiro prestígio à celeridade e economia processuais. Constituída, de fato, inquestionável desperdício de atividade jurisdicional exigir que a Corte Superior se manifestasse apenas a respeito da ocorrência da omissão, anulasse o acórdão e determinasse a remessa dos autos ao tribunal de origem para que esse sanasse a omissão e, posteriormente, viesse a ser cabível outro recurso especial” (ALVIM, Eduardo. Recurso especial, prequestionamento e a aplicação do art. 1.025 do CPC, cit., p. 191-192). Nesse sentido, também: ZAMPAR JR, José Américo. O prequestionamento ficto e a admissibilidade do recurso especial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 107, n. 990, abr. 2018, p. 273-274.

Daí ser precisa a lição de RODRIGO BECKER ao sublinhar que essa modalidade de prequestionamento, tal como regulado pelo art. 1.025 do CPC, não é automático, mas “*secundum eventum litis*, em que, somente em caso da análise positiva da existência de um dos vícios que admitem os aclaratórios pelo Tribunal Superior, a matéria será considerada como debatida pelo aresto *a quo*”.¹⁸⁸

Sob o ponto de vista prático, a aplicação da técnica de julgamento do art. 1.025 funciona em três etapas: (i) primeiro, o relator do tribunal superior faz o juízo de admissibilidade do recurso excepcional, considerando, nesse primeiro momento, prequestionado apenas o art. 1.022 do CPC ou o art. 93, IX, da Constituição, conforme o caso; (ii) em seguida, passa-se ao exame da negativa de prestação jurisdicional que, se existente, conduzirá ao prequestionamento ficto; e, se inexistente, significará que ou a questão foi explicitamente decidida (e por isso está prequestionada) ou a questão não deveria ter sido decidida (porque é fruto de *ius novorum*, por exemplo), encerrando-se, nessa última hipótese, a cognição do tribunal superior ante a falta de prequestionamento expresso ou ficto; (iii) por fim, configurado o prequestionamento ficto da questão recorrida, abre-se tal capítulo decisório para que a corte superior, aplicando a teoria da causa madura, supere o vício de fundamentação e decida a questão principal do recurso.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

A essa altura, advirta-se que muito embora o CPC/15 tenha pacificado o dissídio jurisprudencial a respeito do prequestionamento ficto, a lei processual deixou sem solução outras controvérsias já conhecidas sobre o filtro em questão, além de a regra inscrita no art. 1.025 ter se tornado fonte de novos problemas. Nesse contexto, veja-se algumas das discussões que ainda se põem na doutrina e na jurisprudência:

a) O prequestionamento limita o efeito devolutivo vertical dos recursos excepcionais? Como se defendeu anteriormente, a exigência do prequestionamento assume um efeito preclusivo na medida em que limita a extensão da devolução (= efeito devolutivo horizontal) das matérias aos tribunais superiores, que devem cingir-se às questões decididas,

¹⁸⁸ BECKER, Rodrigo Frantz. Embargos de declaração e prequestionamento, cit., p. 363.

¹⁸⁹ Nesse sentido, a lição de MEDINA: “a) admitido o recurso (porque presentes os seus requisitos); b) deverá o Tribunal Superior averiguar se a decisão proferida pelo tribunal de origem padece do vício que poderia ter sido sanado com a oposição de embargos de declaração (cf. art. 1.025 do CPC/2015) e, em caso positivo, deverá decretar a nulidade de tal decisão (por falta de fundamentação, em razão da omissão, p. ex.) para, em seguida; c) deliberar sobre a inteligência da disposição de direito constitucional ou federal infraconstitucional a ser aplicada no caso e, então, por fim; d) sendo isto possível (p. ex. todos os elementos necessários para a tomada da decisão encontram-se presentes no Acórdão recorrido), julgará o processo ‘aplicando o direito’ (art. 1.034, *caput* do CPC/2015)” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento, repercussão geral...*, cit., p. 345).

¹⁹⁰ JOSÉ AMÉRICO ZAMPAR JR. sugere solução semelhante: “Analisam-se todas as violações à legislação federal existentes e começa-se a sanar das mais recentes para as mais remotas. É por esta violação que se admite o recurso e após, por técnica de celeridade, se presente a primeira, integra-se a decisão e julga-se o recurso (ZAMPAR JR, José Américo. O prequestionamento ficto e a admissibilidade do recurso especial, cit., p. 277).

ainda que ainda que se qualifiquem como de ordem pública. Contudo, com relativa frequência, se observa uma certa confusão que se faz entre o prequestionamento e a profundidade dos recursos excepcionais.

É que se vê, aqui e acolá na jurisprudência, afirmações equivocadas como a de que o efeito devolutivo dos recursos excepcionais, consagrado no art. 1.034, parágrafo único, do CPC e na Súmula nº 456/STF, vulneraria ou excepcionaria o requisito do prequestionamento porquanto estaria permitindo que os tribunais superiores conhecessem de fundamentos não examinados no tribunal de origem.¹⁹¹ Iluminando essa confusão, assim leciona a doutrina de DIDIER JR. e LEONARDO DA CUNHA:

Assim, poderá o STF ou o STJ analisar matéria que não foi examinada na instância a quo, pois o prequestionamento diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade. O juízo de rejugamento da causa é diferente do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário: para que se admita o recurso, é indispensável o pré-questionamento, mas, uma vez admitido, no juízo de rejugamento não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo). Conhecido o recurso excepcional, a profundidade do seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Não há nada de especial no julgamento de um recurso excepcional; o “excepcional” em um recurso extraordinário ou especial está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento.¹⁹²

Disso resulta, também, a inadequação da posição do STJ segundo a qual “consideram prequestionados os fundamentos adotados nas razões de apelação e desprezados no julgamento do respectivo recurso, desde que, interposto recurso especial, sejam reiterados nas contrarrazões da parte vencedora”.¹⁹³ Ora, bem vistas as coisas, uma vez admitido o recurso, os fundamentos desprezados no julgamento do tribunal *a quo*, reiterados ou não nas contrarrazões da parte vencedora, não ficam – nem precisariam ficar – prequestionados para que fossem considerados pela corte superior, seja porque se aplica o princípio do *iura novit curia* ao juízo de rejugamento, nos limites do que fora reconhecido como violador da norma legal,¹⁹⁴ ou porque o prequestionamento recai sobre a admissibilidade do recurso, e não sobre as contrarrazões.

¹⁹¹ A confusão relatada pode ser vista no seguinte julgado: “Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação” (STJ, EREsp nº 41.614/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 28.10.2009). Pois bem, não é que o prequestionamento é mitigado na aplicação do direito à espécie, pois, a rigor, ele não limita nem incide no juízo de rejugamento dos recursos excepcionais.

¹⁹² DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil* – vol. 3, cit., p. 416.

¹⁹³ STJ, EREsp nº 227.767/RS, rel. Min. Francisco Falcão, Corte Especial, j. 17.6.2020. Também nesse sentido: “O prequestionamento é exigido inclusive em relação a matérias suscitadas em contrarrazões, sem o qual não é possível o conhecimento do recurso especial” (STJ, AgInt no AREsp nº 2.229.621/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 27.3.2023); “Ainda que se trate de matéria de ordem pública, é exigido o prequestionamento da tese aventada em sede de recurso especial ou contrarrazões ao recurso especial” (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp nº 2.430.680/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, 22.10.2024).

b) O tribunal superior, ao suprimir a etapa da decisão pelo tribunal *a quo*, estaria julgando, ele próprio, os embargos de declaração? Comenta TERESA ARRUDA ALVIM, *en passant*, que “parece, então que o legislador de 2015 permitiu ao órgão ad quem (ao tribunal superior) praticamente julgar os embargos de declaração indevidamente inadmitidos ou improvidos”.¹⁹⁵ Essa não parece ser a melhor interpretação do art. 1.025, que não atribui ao tribunal superior o poder de julgar os embargos e integrar a matéria ao acórdão. O que a norma autoriza é que, uma vez constatado o vício de fundamentação, as cortes superiores o superem e julguem imediatamente a questão federal ou constitucional objeto do recurso excepcional, como se estivesse ali aplicando a teoria da causa madura.¹⁹⁶

c) O caminho do art. 1.025 do CPC é obrigatório ou pode o recorrente optar pela opção mais onerosa, requerendo tão somente a anulação do acórdão? Considera a doutrina processualista que a aplicação da técnica de julgamento prevista art. 1.025 do CPC é uma opção do recorrente, que, limitando o efeito devolutivo do recurso excepcional, poderá pleitear apenas a anulação do acórdão recorrido, com a posterior baixa do processo à instância inferior para que a decisão seja integrada.¹⁹⁷ Evidentemente, nessa hipótese, subjaz o risco de o tribunal superior não reconhecer o vício decisório e negar provimento ao recurso excepcional, cobrindo a questão federal porventura não decidida com o manto da coisa julgada.

Ainda quanto a esse ponto, importa observar que, em determinadas situações, a atividade a corte deve se limitar à cassação da decisão maculada de vício de atividade. É o que ocorre, por exemplo, quando a questão indevidamente omitida versa sobre de direito constitucional ou de direito local, hipótese em que a causa deve ser, obrigatoriamente, à instância *a quo*, a quem compete apreciá-las.

¹⁹⁴ Nesse sentido, também, a posição de RODRIGO BARIONI: “A relevância do controle da lei não pode ofuscar por completo o escopo dos órgãos de superposição à denominada ‘justiça legal’ que consiste em aplicar a norma às hipóteses fáticas nela previstas, especialmente quando se atribui ao órgão de cúpula a incumbência de igualmente prestar a tutela jurisdicional sobre a matéria de fundo. Aqui, parte-se para a atividade tipicamente jurisdicional, exercitada como se fosse o próprio órgão *a quo* julgando o recurso. Os limites de julgamento, porém, estão circunscritos ao que fora reconhecido como violador da norma legal, e a todos os pontos que decorrem dessa interpretação ilegal” (BARIONI, Rodrigo Otávio. *Ação rescisória e recursos para os tribunais...*, cit., p. 186-187).

¹⁹⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 211.

¹⁹⁶ Nesse sentido, embora sem mencionar a citada teoria: “Se o STJ consegue, desde logo, constatar qual é a questão infraconstitucional federal, é certamente preferível que ele julgue de uma vez o recurso especial diante do efetivo reconhecimento da “causa decidida”, ainda que a decisão se apresente de modo menos clara do que desejável” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Prequestionamento e o art. 1.025 do CPC...*, cit., p. 787).

¹⁹⁷ “(...) trata-se de uma *possibilidade*, apesar da redação aparentemente interpretativa da lei. A dispensa da volta do processo ao tribunal de 2.º grau depende do que a parte tenha alegado e pedido nos embargos de declaração. Por isso, devem-se formular sempre pedidos sucessivos no recurso para o Tribunal Superior: que se considere ‘sanado o vício’ ou que se determine a remessa dos autos ao juízo *a quo*, para que sejam julgados os embargos de declaração”. (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial...*, cit., p. 604). Também com esse entendimento: MARQUES, Mauro Campbell. *O prequestionamento...*, cit., p. 378.

d) É necessário que se aponte, em sede preliminar, a violação aos arts. 1.022 do CPC ou do art. 93, inciso IX, da Constituição, conforme o caso? A doutrina e a jurisprudência divergem quanto à exigência de alegação, em sede preliminar, de violação ao art. 1.022 do CPC para fins de configuração do prequestionamento ficto. Para uma parte da doutrina, trata-se de mera formalidade criada por precedentes que ressuscitam, sem justificativa e de forma anacrônica, a velha exigência de alegação da violação ao art. 535, II do Código antigo, assim exigida sob a sistemática da Súmula nº 211/STJ.¹⁹⁸

Para outra parte da doutrina, e principalmente para o STJ,¹⁹⁹ a necessária menção ao art. 1.022 do CPC decorre do próprio texto do art. 1.025, porquanto a matéria só será fictamente prequestionada “caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”, vícios de fundamentação que só podem ser conhecidos pela corte mediante a alegação de violação ao art. 1.022, por negativa de prestação jurisdicional. Além disso, como apontam MARINONI e MITIDIERO, a alegação preliminar de violação ao art. 1.022 no recurso serviria “para melhor organização do debate perante as Cortes Supremas”.²⁰⁰ Por tais razões, essa parece ser a posição mais arrazoadada.

Igual exigência não é feita pelo STF para o reconhecimento do prequestionamento ficto da questão constitucional veiculada no recurso extraordinário.²⁰¹ Despreza-se a alegação ao correlato art. 95, inciso IX, da Constituição, porque a sua violação é reflexa, atraindo o óbice da Súmula nº 636/STF. É que, uma vez que dever de motivação previsto na norma constitucional foi densificado pela legislação infraconstitucional através dos arts. 489, §1º e 1.022 do CPC/15, são estes últimos dispositivos que serão primariamente violados na hipótese de negativa de prestação jurisdicional.²⁰²

¹⁹⁸ “A ‘ofensa ao CPC 1022’, em se tratando de RE, REsp e RR, o CPC 1025 considerou superada: a questão constitucional e/ou federal está decidida por força de lei. Por isso, não pode haver ofensa ao CPC 1.022” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 20ª ed. São Paulo: RT, 2022, p. 2204). Também nesse sentido: BECKER, Rodrigo Frantz. Embargos de declaração e prequestionamento, cit., p. 368;

¹⁹⁹ Dentre vários, o seguinte precedente: “O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que não basta a oposição de Embargos de Declaração para a configuração do prequestionamento ficto admitido no art. 1.025 do CPC/2015, sendo imprescindível que a parte alegue, nas razões do Recurso Especial, a violação do art. 1.022 do mesmo diploma legal, para que, assim, o STJ esteja autorizado a examinar eventual ocorrência de omissão no acórdão recorrido e, caso constate a existência do vício, venha a deliberar sobre a possibilidade de julgamento imediato da matéria, conforme facultado pelo legislador” (STJ, REsp nº 1.764.914/SP, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, 8.11.2018).

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código...* – vol. XVI, cit., p. 228.

²⁰¹ “O entendimento dominante no STF sempre foi no sentido de que o ponto omitido pelo acórdão recorrido, desde que opostos embargos de declaração e diante da recusa da instância de origem em se manifestar sobre ele, é passível de apreciação no recurso extraordinário, sem a necessidade de arguição de nulidade do acórdão” (STF, AgRg no ARE nº 1.271.070/SP, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 8.9.2020).

²⁰² “É por essa razão que há firme orientação de nossas Cortes Supremas no sentido de que a alegação de violação a dispositivos infraconstitucionais federais que apenas reproduzem textualmente dispositivos da Constituição dá

Anote-se que a dispensa de que a violação ao art. 93, inciso IX, da Constituição seja arguida preliminarmente no recurso extraordinário não impede que a técnica do art. 1.025 do CPC também se aplique ao recurso endereçado à Corte Suprema, e tampouco exige que, antes, se recorra ao STJ alegando a violação ao art. 1.022 do CPC. Haverá, como observa JOSÉ AMÉRICO ZAMPAR JR., apenas uma adaptação procedimental:

A nosso ver, a questão em sede de Recurso Especial é diversa daquela tratada em sede de Recurso Extraordinário ou outros recursos voltados aos tribunais superiores. Não se trata de jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça, mas de adequação da admissibilidade do recurso interposto ao seu papel constitucional de garantir a guarda da legislação federal (...) De modo diverso, aos demais Tribunais Superiores, a quem não incumbe a guarda da legislação federal, argui-se em um único momento a existência do prequestionamento ficto e a existência de contrariedade à norma constitucional do ponto omissso, no próprio mérito recursal, sem que, necessariamente, se exija a prévia interposição do recurso especial para a sanabilidade da omissão.²⁰³

Bem vistas as coisas, enquanto para o STJ a negativa de prestação jurisdicional integra o mérito do recurso especial, mediante a verificação da violação de dispositivo de lei federal próprio sobre o tema (o art. 1.022 do CPC), o STF examina os mesmos vícios decisórios em sede preliminar, sendo essa a solução que parece justificar a diferença de tratamento da matéria nas cortes e, ao mesmo tempo, compatibilizar o art. 1.025 do CPC com a Súmula 636/STF.

e) O art. 1.025 do CPC é constitucional? Diverge a doutrina, também, quanto à constitucionalidade do art. 1.025 do CPC. MARIANA CABEZAS, em tese de doutorado sobre o tema do prequestionamento ficto, defende que, quer porque a lei ordinária não pode atribuir novas competências ao STF e ao STJ, quer porque não cabe à lei interpretar o conceito constitucional de causas decididas, o art. 1.025 padece de vício de inconstitucionalidade formal.²⁰⁴⁻²⁰⁵ Lado outro, NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY defendem que o dispositivo é constitucional, nos seguintes termos, com os quais se concorda:

lugar a recurso extraordinário e não a recurso especial. É preciso atentar, porém, para a situação em que a legislação infraconstitucional federal procura densificar dispositivos constitucionais. Nesse caso, a alegação de violação tem por endereço apenas indiretamente a Constituição, direcionando-se mais propriamente à densificação normativa infraconstitucional. Em outras palavras, é cabível recurso especial e não extraordinário (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*, cit., p. 136).

²⁰³ ZAMPAR JR, José Américo. O prequestionamento ficto e a admissibilidade do recurso especial, cit., p. 277.

²⁰⁴ CABEZAS, Mariana de Souza. *Compatibilidade, alcance e limites do prequestionamento ficto no novo Código de Processo Civil*. cit., p. 46.

²⁰⁵ Nesse sentido, também: “A partir dessa premissa, resta claro que o prequestionamento ficto, tal como previsto nos artigos 941, § 3º, e 1.025 do CPC/2015, longe de se caracterizar como o mero exercício daquele poder de conformação, representa uma hipótese de indevida mutação inconstitucional pela via legislativa, na medida em que busca emprestar à expressão *causas decididas*, contida nos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição da República, um sentido que ultrapassa os limites semânticos do texto constitucional, cuja chave interpretativa vincula-se ao princípio da fundamentação previsto no artigo 93, IX, da Constituição, com o qual deve compatibilizar-se (SILVA, Eraldo Melo da. Da inconstitucionalidade do prequestionamento ficto previsto no novo Código de Processo Civil.. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v. 132, jul./ago. 2022, p. 28).

O texto legal examinado é constitucional. A lei pode criar ficções jurídicas, como *in casu*. Trata-se de competência infraconstitucional que não maltrata a Constituição, pois o CPC 1025 dá cumprimento à CF 102 III e 105 III (...). Nada foi mudado pelo CPC, nem poderia: o requisito constitucional é *questão decidida*. Coube à lei processual dizer quando se considera decidida uma determinada questão e isso está dentro da esfera constitucional regulamentar do CPC.²⁰⁶

Mantendo-se a coerência com o que já foi defendido no capítulo anterior, apesar de extrair seu fundamento constitucional da expressão causa decidida, o prequestionamento com ela não se confunde. Uma coisa é o cabimento do recurso excepcional, que depende da existência de causa decidida, outra totalmente distinta é se, dentro da causa decidida, a questão impugnada pelo recorrente foi efetivamente decidida para que possa ser devolvida ao tribunal superior. Assim, ampliar a caracterização do prequestionamento não significa alargar as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários *lato sensu*, mas tão somente definir, para fins de admissibilidade desses recursos, quando uma questão poderá ser considerada decidida.

f) O prequestionamento pode recair sobre matéria fática? Os “elementos” aos quais o art. 1.025 do CPC faz referência, devem ser, essencialmente, teses jurídicas. O prequestionamento não pode dizer respeito a matéria fática, afinal, inserida ou não na decisão recorrida, a apreciação dos fatos em tal ou qual sentido, ou ainda a ignorância do julgador sobre eles, não pode ser corrigida pelas cortes na via dos recursos excepcionais.²⁰⁷ Assim, por força das conhecidas Súmulas nº 7/STJ e 279/STF, eventual complementação ou rediscussão dos fatos contidos no acórdão deverá ser ventilada nos aclaratórios ou pela via da ação rescisória.

Nesse ponto, parte da doutrina sustenta ser possível que, vindo o tribunal local a se omitir sobre determinado aspecto fático que não constou da descrição do acórdão, e não sendo tal incompletude sanada através dos embargos de declaração, poderá o STJ reputar violado o art. 1.022 do CPC e cassar a decisão em razão de tal vício decisório.²⁰⁸ No entanto, tal

²⁰⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 2205.

²⁰⁷ Trata-se de orientação pacífica na doutrina, na jurisprudência e na própria exposição de motivos do CPC/15. Na doutrina: “só podem se considerar implicitamente decididas as questões de direito, e não as questões de fato, que não ensejam RE, REsp ou RR” (*ibidem*, p. 2203). Na jurisprudência: “Não obstante a previsão do art. 1.025 do CPC/2015 (...), tal dispositivo legal merece interpretação conforme a Constituição Federal (art. 105, III) para que o chamado prequestionamento ficto se limite às questões de direito, e não às questões de fato” (STJ, AgInt no REsp nº 1.736.563/RS, rel Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 18.9.2018). Na exposição de motivos: “Há dispositivo expresso determinando que, se os embargos de declaração são interpostos com o objetivo de prequestionar a matéria objeto do recurso principal, e não são admitidos, considera-se o prequestionamento como havido, salvo, é claro, se se tratar de recurso que pretenda a inclusão, no acórdão, da descrição de fatos” (BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 34).

²⁰⁸ “Não é diferente em relação à constatação, em sede de recurso especial de ter havido omissão quanto a questões fáticas relevantes para o julgamento da causa, em provimento restrito à possibilidade de anulação do acórdão que rejeitou os embargos de declaração, não podendo o STJ aplicar o artigo 1.025 do CPC/15 ante o óbice da Súmula 07/STJ” (MARQUES, Mauro Campbell *et al.* *Recurso especial*, cit., p. 226). Indo além e defendendo a possibilidade de aplicação do art. 1.025 do CPC nessa situação: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva...*, cit., p. 135-138.

expediente, conquanto não importe diretamente em prequestionamento de matéria fática, também não parece possível, por ensejar o revolvimento (e não a reavaliação) de fatos e provas.

g) A questão sobre a qual a decisão foi omissa precisa ser relevante para a abertura da via excepcional? A indagação em testilha é da maior relevância, uma vez que são cada vez mais frequentes os precedentes do STJ que, interpretando o art. 1.025 do CPC, exigem que a questão jurídica sobre a qual a decisão foi omissa precisaria ser “pertinente com a matéria”²⁰⁹ e relevante “para a solução da controvérsia”,²¹⁰ sob pena de descaracterizar o dever do julgador de decidi-las porquanto incapazes de, em tese, infirmarem a conclusão da decisão, nos exatos termos do art. 489, §1º, inciso IV, do CPC.

Tal exigência, apesar de conferir significativa carga de subjetivismo à configuração do prequestionamento ficto, é acertada. Isso pois, como observam DIDIER JR. e LEONARDO DA CUNHA, a matérias que comportam prequestionamento são aquelas que constituem fundamento determinante do acórdão,²¹¹ de sorte que, *mutatis mutantis*, não podem ser consideradas fictamente prequestionadas aquelas questões que, por serem indiferentes, irrelevantes ou impertinentes, não serviriam de fundamento para a inversão do resultado do julgamento caso potencialmente fossem consideradas pela decisão recorrida. Essa também é a percepção de MARINONI e MITIDIERO, ao dispor que “a inclusão ficta das questões no acórdão recorrido fica condicionada ao reconhecimento da respectiva relevância pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça”.²¹²

Além das razões apontadas acima, tem-se que há mais uma justificativa para necessidade da aludida relevância, sobretudo na técnica do prequestionamento ficto. Vista a questão por outro ângulo, pensa-se que, como o tribunal superior anulará, por vício de fundamentação, o acórdão recorrido, caberá ao recorrente demonstrar, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*, o prejuízo causado pela omissão, o que significa justamente a comprovação de que a decisão poderia ter sido distinta caso a questão jurídica relevante tivesse sido apreciada.²¹³

²⁰⁹ STJ, EDcl no AgInt no AREsp nº 2.222.062/DF, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. 21.8.2023.

²¹⁰ STJ, AgInt no AREsp nº 1.052.744/RJ, rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, j. 27.6.2017.

²¹¹ Prosseguem os autores afirmando que: “Não configuram pré-questionamento as considerações laterais, irrelevantes, que não constituam fundamento do acórdão. Considerações dispensáveis, feitas apenas para registro de uma opinião pessoal, não integram a fundamentação do acórdão, não configurando pré-questionamento. São, na realidade, *obiter dicta*” (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil* – vol. 3, cit., p. 398).

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código...* – vol. XVI, cit., p. 228.

²¹³ É o que se depreende, indiretamente, dos seguintes julgados: “Referida argumentação, se houvesse sido analisada, poderia levar a Corte a quo a proferir entendimento diverso. Apesar de provocado, por meio de embargos de declaração, o Tribunal a quo não apreciou a questão” (STJ, AgInt no AREsp nº 2.206.692/MG, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. 14.8.2023); “A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que

h) Pode o STJ afastar a alegação de violação ao art. 1.022 do CPC e, ao mesmo tempo, entender que não houve prequestionamento da questão federal recorrida? Para DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “é contraditório entender que o art. 1.022 do CPC não foi violado e, ainda assim, também não está prequestionada a matéria. Se o art. 1.022 não foi violado é porque a matéria foi examinada, estando pré-questionada”.²¹⁴⁻²¹⁵

Apesar do entendimento dos mencionados professores se aplicar à maioria dos casos, não é possível afirmar, com a devida vênia, que sempre haverá contradição caso o tribunal superior assim decida. A propósito, as já tratadas hipóteses em que a questão é fruto de inovação recursal ou é irrelevante ao deslinde do caso, são exemplos de situações em que não haverá nem omissão nem prequestionamento.

i) As Súmulas nº 211 e 320 do STJ foram superadas? A última questão que se pôs como controversa a respeito das inovações do CPC/2015 é se elas superaram ou não as Súmulas nº 211 e 320 do STJ.

Para a maior parte da doutrina processualista, com a qual se concorda, não há dúvidas que a Súmula 211/STJ, hostil ao prequestionamento ficto, foi superada.²¹⁶ Contudo, a jurisprudência do STJ segue afirmado textualmente que “a previsão do art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015 não invalidou o enunciado n. 211 da Súmula do STJ”.²¹⁷

Ao sentir deste trabalho, a insistência do Tribunal da Cidadania em permanecer sustentando a higidez da Súmula nº 211, mesmo após a vigência do art. 1.025 do CPC, é um típico caso de aplicação da técnica do *transformation* ou *implied overruling*, que consiste, como bem define LUCAS BURIL, na “afirmação de que se está aplicando determinado precedente ou lhe dando continuidade, quando, o que se faz é, na verdade, a prolação de nova norma jurídica”.²¹⁸ Isso pois, como se viu, o STJ não só passou a admitir o prequestionamento ficto,

o provimento do recurso especial por contrariedade ao art. 1022 do CPC/2015 pressupõe que sejam demonstrados, fundamentadamente, os seguintes motivos: (...) (c) que a tese omitida seja fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderá conduzir a anulação ou reforma do julgado; (d) a inexistência de outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão” (STJ, AgInt no REsp nº 1.947.611/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 5.4.2022).

²¹⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – vol. 3*, cit., p. 399.

²¹⁵ A crítica se dirige à seguinte tese do STJ: “Não há contradição em se afastar a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC /15 e, ao mesmo tempo, não conhecer do mérito da demanda por ausência de prequestionamento, desde que o acórdão recorrido esteja adequadamente fundamentado” (STJ, AgInt no REsp nº 1.075.323/SP, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 1.7.2021).

²¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Inadmissível recurso especial.... In: ASSIS, Araken (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito processual civil I*. São Paulo: RT, 2017, p. 807; BECKER, Rodrigo Frantz. Embargos de declaração e prequestionamento, cit., p. 369; NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 2203.

²¹⁷ STJ, EDcl no AgInt no AREsp nº 2.222.062/DF, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. 21.8.2023.

²¹⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais...*, cit. p. 312-315.

como também passou a exigir para a sua configuração que seria necessária a alegação de violação ao art. 1.022 do CPC.

Se ainda pairam dúvidas a respeito de se o CPC superou ou não a Súmula n° 211/STJ, tem-se por certo que está superada, a partir da redação dada ao art. 941, §3° (“O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”), a Súmula n° 320/STJ, que não considerava prequestionada a questão somente ventilada no voto vencido.²¹⁹⁻²²⁰

O entendimento da Súmula n° 320/STJ se justificava, como explica LEONARDO DA CUNHA, pois “o que consta do voto vencido não expressa o entendimento adotado pelo órgão jurisdicional; o entendimento adotado por este é expressado pelo conjunto de votos vencedores”,²²¹ daí que, uma vez não integrando o acórdão, a questão não estaria decidida e, portanto, não poderia ter sido prequestionada. A opinião do autor parece ter sido sensibilizada pela regra do CPC/15 e, em livro escrito juntamente com o professor FREDIE DIDIER JR., assim passou a se manifestar na vigência do novo Código:

O voto vencido somente é considerado parte integrante do acórdão, inclusive para fim de pré-questionamento, se contiver fundamento suficiente para dar solução ao caso. As alegações contidas no voto vencido, feitas à margem da discussão travada no caso, sem que tenham sido submetidas ao contraditório ou que não sirvam para fundamentar a solução da controvérsia posta a julgamento por serem obter dicta do voto vencido, são irrelevantes para a configuração do prequestionamento.²²²

A inovação do CPC foi coerente com a ficção legal por ele criada no sentido de que o voto vencido integra, para todos os fins, o acórdão (o qual, a princípio, seria resultado apenas da reunião dos votos vencedores os quais, de comum acordo, julgaram as questões postas em determinado sentido).²²³ Além disso, a modificação legislativa veio em boa hora, eis que, seja pela passagem do tempo ou pela mudança de entendimento dos julgadores, aquilo que um dia

²¹⁹ Enunciado n° 200 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Fica superado o enunciado 320 da súmula do STJ (‘A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento’).”

²²⁰ Apesar da Súmula ser do STJ, havia, no STF, orientação semelhante: “O voto vencido que tenha tratado de determinada matéria, isoladamente considerado, não é suficiente para ultrapassar o óbice da ausência de prequestionamento. Precedentes: AI 682.486-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 13.3.2008; e AI 714.208-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16.4.2009” (STF, AgRg no ARE n° 740.014/RS, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 22.10.2013).

²²¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Prequestionamento e voto vencido. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 17, ago. 2004, p. 76.

²²² DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – vol. 3*, cit., p. 40.

²²³ Por outro lado, a existência de questão somente abordada no voto vencido pode revelar um defeito na deliberação da questão quando do seu julgamento pelo tribunal *a quo*. Isso porque, se a questão tiver sido trazida pelo recorrente, como causa de pedir, todos os julgadores são obrigados a se pronunciar sobre ela, muito embora possam enfrentá-la através de fundamentos distintos. Sobre o tema: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131-136.

foi voto vencido, poderá tornar-se voto vencedor, abrindo margem para eventual divergência jurisprudencial. Nessa linha, a partir do momento que determinada questão somente manifestada no voto vencido é suficiente para atender ao requisito do prequestionamento, ela poderá ser levada às cortes de vértice para que, resolvendo o seu mérito, se desincumbam da sua missão de unificar e desenvolver o direito.²²⁴⁻²²⁵

4.4 Hipóteses de dispensa do prequestionamento e o art. 1.029, §3º do CPC:

Discute a doutrina se o requisito do prequestionamento poderia, em alguma hipótese, ser dispensado para fins de admissibilidade dos recursos excepcionais. O debate gira em torno de seis situações:

a) Ofensa à lei federal ou à Constituição surgida no próprio acórdão recorrido: pode ocorrer de o tribunal local, julgando determinado processo, se manifestar sobre determinada norma que não foi previamente suscitada pelas partes ou, ainda, conhecer, *ex officio*, de determinada questão. Em tais casos, parte da doutrina e da jurisprudência entende que o requisito do prequestionamento estaria dispensado para fins de interposição do recurso excepcional. Tal posicionamento, contudo, parte do pressuposto de que o prequestionamento decorre exclusivamente da atividade prévia das partes o que, como se viu, é uma concepção possível, mas não exatamente adequada.

Fato é que, uma vez visto o prequestionamento como questão jurídica decidida, com ou sem provocação das partes, não há que se falar em dispensa ou ausência de prequestionamento em tais hipóteses, mas sim, ocorrência de prequestionamento expresso.²²⁶ Além disso, estando a questão bem delineada no acórdão, sequer seria necessária a oposição de embargos de declaração “prequestionadores”.²²⁷ São hipóteses como essa que evidenciam que a concepção de prequestionamento enquanto questão decidida se revela mais adequada.

²²⁴ Sobre a importância do voto vencido para a adequada compreensão e desenvolvimento do precedente, veja-se: DIDIER JR; CUNHA, op. cit., p. 50.

²²⁵ Talvez por isso o Min. Sepúlveda tenha ponderado, bem antes da vigência do CPC/15, que deve “receber-se com cautela a assertiva de que a fundamentação do voto vencido é irrelevante para a satisfação do requisito do prequestionamento” (STF, RE nº 141.788/CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 6.5.1993).

²²⁶ Daí porque NELSON NERY JR. falar que esse se trata de um falso problema: “Se a matéria consta do acórdão, está ‘dentro’ do acórdão, é porque efetivamente decidida, de sorte que o requisito constitucional do cabimento do recurso (questão decidida em única ou última instância) se encontra perfeitamente atendido. Não se trata, portanto, de ‘dispensar’ o prequestionamento” (NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 291). Nesse sentido, também, ARAKEN DE ASSIS: “A diretriz aplicável é encantadoramente simples: cabem recursos especial e extraordinário contra questão decidida no pronunciamento impugnado, seja a questão produzida pela iniciativa das partes, seja a questão apreciada *ex officio*” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit., p. 716).

²²⁷ Isso, contudo, não é unanimidade nos tribunais superiores que, ainda partindo de concepções distintas de prequestionamento, ora exigem ora não, a interposição de embargos de declaração para que a violação surgida no acórdão fosse considerada prequestionada. Fazendo tal exigência: “Se a alegada ofensa à constituição surge com

b) Ofensa à lei federal ou à Constituição surgida concomitantemente ao acórdão recorrido: diferente, porém, é a situação em que a violação da lei surge em decorrência do julgamento do tribunal local, por vício de atividade no procedimento relativo ao próprio julgamento (v.g. incompetência absoluta, decisão ultra petita, participação de julgador impedido etc.), sem decisão expressa a esse respeito. Em tais casos, como bem observa ARAKEN DE ASSIS, “os *errores in procedendo* resultantes do próprio julgamento carecem, em regra, da oposição de embargos de declaração para fazer aflorar as questões federal e constitucional; do contrário, inexistente questão decidida”.²²⁸

No sentido oposto, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA defende que os tribunais locais não precisam se manifestar expressamente sobre o vício de atividade, bastando que seja possível extraí-lo da decisão recorrida. Argumenta o citado autor que, além de ser inadequada a oposição de embargos de declaração para correção de erros de procedimento, não “parece lógico esperar que o Tribunal local, em hipóteses como a exemplificada, julgue ultra petita e reconheça expressamente que está incidindo em *error in procedendo*”.²²⁹

Na jurisprudência prevaleceu, adequadamente, o primeiro entendimento.²³⁰ Não basta que a violação – quer de uma norma processual, quer de uma norma material – esteja implícita no julgamento. Deixando o tribunal de segundo grau de observar qualquer delas, de ofício ou a requerimento, a sua aplicação deve ser questionada através dos competentes embargos de declaração, na forma do art. 1.022, inciso II, CPC, para que sejam objeto de decisão. Além disso, pouco importa se o vício contido na decisão dará causa à nulidade absoluta, eis que, como se verá a seguir, mesmo as matérias cognoscíveis de ofício estão sujeitas ao prequestionamento.

a prolação do próprio acórdão, impõe-se a oposição de embargos declaratórios, a fim de que seja suprido o requisito do prequestionamento” (STF, AgRg no AI n° 386.618/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, j. 26.11.2002); “Segundo a jurisprudência desta Corte, mesmo quando a questão federal surge na prolação do acórdão recorrido, é indispensável que haja a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste acerca da matéria” (STJ, REsp n° 1.351.177/PR, rel. p/ Acórdão Min. Sebastião Reis Junior, 6ª Turma, j. 15.3.2016). Em sentido diametralmente oposto, dispensando o prequestionamento: “É pressuposto do recurso especial o prequestionamento, dispensável, no entanto, quando a questão surja no acórdão, de ofício” (STJ, AgRg no REsp n° 896.284/RJ, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 27.3.2007).

²²⁸ ASSIS, ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit., p. 719. Também nesse sentido: MARQUES, Mauro Campbell et al. *Recurso especial*, cit., p. 209.

²²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento, repercussão....*, cit., p. 168-169.

²³⁰ “No tocante ao art. 97 da Constituição, tratando-se ou não de *error in procedendo*, se a suposta violação a esse dispositivo surgiu no julgamento do acórdão impugnado, o tema deveria ter sido levado a conhecimento da Corte de origem por meio de embargos de declaração, a fim de que sobre ele se pronunciasse, sob pena de não restar prequestionado, consoante determina a jurisprudência deste Supremo Tribunal” (STF, AgRg no RE n° 275.664/DF, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 3.8.2004); “A ausência de manifestação do Tribunal de origem acerca de questão invocada no recurso especial, concernente ao julgamento extra petita, impede o exame da insurgência, em razão da ausência de prequestionamento” (STJ, REsp n° 2.040.564/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 12/12/2023).

c) Matérias de ordem pública: essa é, decerto, a mais polêmica hipótese de possível dispensa do prequestionamento. A questão que se põe é a seguinte: vindo o tribunal *a quo* a se omitir sobre determinada questão que deveria se pronunciar de ofício, poderia o tribunal superior conhecer de tais matérias independentemente da oposição dos ditos embargos de declaração “prequestionadores”?

De saída, impõe-se esclarecer que a discussão aqui levantada não diz respeito a terem ou não os recursos excepcionais, admitidos ou não, efeito translativo.²³¹ Tampouco é objeto do presente debate o que ou quais são as matérias de ordem pública, cuja conceituação é imprecisa. O que interessa, a esse ponto é, repita-se, saber se é exigível o prequestionamento quando o motivo para a interposição do recurso repousa sobre questão de ordem pública e, portanto, cognoscível de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme autoriza o art. 485, §3º do CPC/15.

A doutrina processualista se divide em duas correntes. Há aqueles que, exaltando a natureza extraordinária de tais recursos, entendem que a exigência constitucional do prequestionamento não pode ser excepcionada. E, em sentido oposto, há aqueles que entendem que aos tribunais superiores é reservada a missão de defender a integridade do ordenamento jurídico, razão pela qual não poderiam se furtar a analisar graves violações à lei ou à Constituição, as quais, tratando-se de questões de ordem pública, atingiriam os interesses de toda a sociedade e ensejariam, inclusive, a abertura da via da ação rescisória (art. 966, V, CPC).

Filiando-se à primeira corrente, defende NELSON NERY JR. que o prequestionamento é exigível mesmo quando a questão objeto do RE ou REsp seja de ordem pública, porque as regras do CPC se aplicam às instâncias ordinárias.²³² Em adendo, MEDINA explica que os arts. 102, III e 105, III da Constituição, por serem normas específicas dos recursos excepcionais e hierarquicamente superiores, prevalecem sobre as regras do CPC que, em tese, autorizariam a cognição de ofício.²³³

²³¹ Registre-se, de todo modo, que há três correntes a esse respeito: (i) aqueles que entendem que os recursos excepcionais não possuem efeito translativo em hipótese alguma; (ii) os que consideram que esses recursos têm efeito translativo, desde que regularmente admitidos; e (iii) de forma minoritária, os que entendem terem os recursos excepcionais efeito translativo incondicionado. Catalogando essas três posições: PANTALEÃO, Izabel. *Pquestionamento e matérias de ordem pública*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 164-180.

²³² NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 288. Com o mesmo entendimento: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, cit., p. 274; MACEDO, Elaine Harzheim; SCALZILLI, Roberta. Pquestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 40, v. 246, ago. 2015, p. 310; LEMOS, Vinícius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil, cit., p. 799; MARQUES, Mauro Campbell *et al.* *Recurso especial*, cit., p. 231.

²³³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento, repercussão geral...*, cit., p. 160-161.

Também em defesa da necessidade da observância do prequestionamento, RICARDO APRIGLIANO afirma que, por serem os recursos especial e extraordinário destinados a tutelar a uniformidade da legislação federal e da Constituição, independentemente da realização da justiça no caso concreto, a vedação ao conhecimento de matérias de ordem pública é coerente com a sua natureza excepcional.²³⁴

O entendimento oposto, como se adiantou, parte do argumento de que cabe ao Estado-juiz, independentemente do grau de jurisdição, a defesa intransigível do ordenamento jurídico. Essa é a opinião de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, que se tornou clássica:

Igualmente, o prequestionamento em matéria de ordem pública deve ser repensado em termos mais liberais, pois não passa de um rematado absurdo não se conhecer da alegação de coisa julgada ou de arguição de incompetência absoluta, da supressão de instância, e outras questões do mesmo peso e relevo. (...) em questões de ordem pública, que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos – positivos e negativos – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, §3º) o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa.²³⁵

Também se filiando a esse entendimento, IZABEL PANTALEÃO, em recente livro publicado sobre a conturbada relação entre o prequestionamento e as matérias de ordem pública, resume seu ponto de vista através de quatro argumentos: (i) o efeito devolutivo restrito dos recursos excepcionais não implica a automática exclusão do efeito translativo; (ii) a expressão “qualquer tempo e grau de jurisdição” também deve ser aplicada ao STF e STJ; (iii) as matérias de ordem pública não fazem parte da mesma categoria que o mérito dos recursos excepcionais; e (iv) a via da ação rescisória como único caminho para que se conheça de matéria de ordem pública não prequestionada fere o princípio da economia processual.²³⁶

Ainda em defesa da inexigibilidade do prequestionamento, é interessante a posição de NELSON LUIZ PINTO, para quem deveria considerar-se implicitamente prequestionada toda a matéria que o tribunal *a quo* deveria ter conhecido *ex officio*, independentemente de manifestação expressa sobre elas.²³⁷ Argumento é desenvolvido por EGAS MONIZ DE ARAGÃO, para quem as cortes superiores têm o dever de analisar quaisquer matérias cognoscíveis de ofício “independente de provocação dos litigantes por estar tacitamente pré-questionadas”.²³⁸

²³⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 218.

²³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, cit., p. 310-311.

²³⁶ PANTALEÃO, Izabel. *Pquestionamento e matérias de ordem pública*, cit., p. 180-185.

²³⁷ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça - teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 182-183. Também nesse sentido: MELO, Andréa Cherem Fabrício de. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial. *Revista de processo*. São Paulo: RT, a. 31, v. 132, fev. 2006, p. 26).

²³⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Pré-questionamento*, cit., p. 44.

Por fim, observando o problema em questão sob uma perspectiva consequencialista, explica PAULO LUCON que a inobservância de regras de ordem pública (a exemplo de decisão proferida na ausência de litisconsorte necessário) pode tornar a decisão e, pior ainda, todo o processo a ela anterior, *inutiliter data*, razão pela qual as matérias cognoscíveis de ofício “em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento. A violação à norma jurídica por inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária”.²³⁹

Na jurisprudência, apesar das casuísticas e sucessivas mudanças de entendimento sobre ser ou não exigível o prequestionamento quando o objeto do recurso excepcional disser respeito à questão de ordem pública,²⁴⁰ tem-se que, atualmente, está relativamente pacificado que o prequestionamento é *conditio sine qua non* para a abertura da via excepcional, exceto se o recurso houver sido conhecido por outro fundamento quando, por força do efeito translativo, tais questões poderão ser conhecidas.²⁴¹⁻²⁴²

O debate é profundo e há bons argumentos para sustentar o posicionamento de ambas as correntes. Porém, seguindo a doutrina majoritária, entende-se que, vindo o tribunal a se omitir sobre questão cognoscível de ofício (trazida ou não pela parte) ou, ainda, surgindo nulidade absoluta no julgamento do acórdão, faz-se necessária a interposição de embargos de declaração para que a matéria possa ser levada ao crivo dos tribunais superiores, sob pena de faltar-lhe o devido prequestionamento e, assim, não ser admitido ante a falta de requisito de admissibilidade essencial.

Isso porque a lógica dos recursos extraordinários, vocacionados à uniformização e ao desenvolvimento do direito, difere da lógica dos recursos ditos ordinários, em se tutela

²³⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Art. 515, §3º do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda....* São Paulo: RT, 2008, p. 49-50.

²⁴⁰ Na jurisprudência STJ, encontrava-se as duas posições: “Na via estreita do recurso especial não se admite ao STJ conhecer de ofício (ou sem prequestionamento) nem mesmo das matérias a que alude o §3º do art. 267, CPC” (STJ, REsp nº 32.975/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, j. 29.5.1995); “Certo é que não se deve exigir o prequestionamento com muito rigor, pois, em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante às questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição é de atenuar se o seu rigor” (STJ, REsp nº 294/SP, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 29.11.1989).

²⁴¹ Atualmente, no STJ: “A reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta a necessidade de prequestionamento até mesmo das matérias de ordem pública” (STJ, AgInt no AREsp nº 1.402.565/RS, rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 29.11.2021); No STF: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em exigir o regular prequestionamento das questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes” (STF, AgRg no ARE nº 1.343.627/SP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1ª Turma, 26.11.2021).

²⁴² Nesse sentido, o seguinte precedente da Corte Especial do STJ: “Segundo a firme jurisprudência do STJ, na instância extraordinária, as questões de ordem pública apenas podem ser conhecidas, caso atendido o requisito do prequestionamento” (STJ, AgRg nos EREsp nº 999.342/SP, rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, 24.11.2011).

diretamente o interesse das partes. Além disso, a exigência do prequestionamento também se serve para evitar a arguição das conhecidas nulidades de algibeira. Por fim, e mais importante, o exame de matéria cognoscível de ofício em sede recursal também depende de iniciativa da parte: é ela quem deve interpor o recurso cabível e, por força disso, quem deve tomar as devidas providências para que o meio de impugnação eleito preencha os seus requisitos necessários à sua admissibilidade. Enfim, salvo na excepcionalíssima hipótese do reexame necessário, não pode um tribunal, sem a voluntariedade do recorrente, sair da inércia na qual repousa para apreciar quaisquer matérias, sejam elas de ordem pública ou não.

d) Recurso de terceiro prejudicado: é cediço que a lei processual autoriza, nos termos do art. 996 do CPC, que o terceiro prejudicado recorra de decisão que lhe atinja. Disso não há dúvidas. Ocorre que, vindo o terceiro a ingressar apenas após a prolação da decisão do tribunal local, diverge a doutrina se o seu recurso ainda deveria preencher o requisito de admissibilidade do prequestionamento.

Para uma primeira corrente, o prequestionamento segue sendo exigível, eis que o terceiro recebe o processo no estado em que se encontre (art. 119, *parágrafo único*, CPC) e, sendo o prequestionamento exigência inafastável para a abertura da via excepcional, o terceiro também está sujeito a esse e aos demais requisitos de admissibilidade.²⁴³

A questão não é tão simples e há, como sempre, o outro lado da moeda. Para a outra corrente, diante da manifesta impossibilidade do terceiro ter participado do processo e ter suscitado as suas razões perante as instâncias ordinárias, a ele não seria justo se impor a exigência do prequestionamento.²⁴⁴ Além disso, o não conhecimento do recurso não resolveria o problema do terceiro, a quem estaria autorizado a ajuizar ação rescisória, com todo o ônus temporal e material ínsito a essa via, de forma que, por razões de economia e celeridade processual, a dispensa do prequestionamento seria medida adequada.²⁴⁵

²⁴³ “Para interpor qualquer um desses recursos, o terceiro deve preencher os correlatos requisitos de admissibilidade, sem qualquer peculiaridade digna de nota. Diante disso, sendo o pré-questionamento uma exigência dos recursos especial e extraordinário, tem o terceiro recorrente de a ele sujeitar-se” (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil* – vol. 3, cit., p. 397). Também nesse sentido: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, cit., p. 272).

²⁴⁴ Essa é a posição de ARLETE INÊS AURELLI: “Entendo que o requisito do prequestionamento é dispensável, porquanto o terceiro recorrente somente entrou nos autos após a prolação do acórdão, não tendo, logicamente, como prequestionar a matéria anteriormente. É evidente que o terceiro teria que interpor embargos de declaração para fazer com que a matéria passasse a constar do v. acórdão. Mas não se pode retirar dele o direito de recorrer, sob o argumento de que não teria cumprido o requisito do prequestionamento (AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 23, v. 89, jan./mar. 1998, p. 274).

²⁴⁵ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento?, cit., p. 175.

Na jurisprudência, há precedentes para encampar os dois entendimentos.²⁴⁶ Apesar disso, a corrente que exige o prequestionamento parece ser a mais adequada. Isso porque o argumento de que uma ação rescisória, enquanto última *ratio*, poderia ser evitada, não pode ter o condão de legitimar absurdos processuais como autorizar que o terceiro interessado recorra fora do prazo, que ele possa interpor o recurso inadequado ou, como na hipótese aqui levantada, que se dispense o prequestionamento.²⁴⁷

e) Valorização da jurisprudência das cortes superiores: a hipótese em questão refere-se a um julgado histórico do STF, o Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, relatado pela então Ministra Ellen Gracie.²⁴⁸ No precedente em questão, a relatora dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento para conhecer de um recurso extraordinário, cuja decisão recorrida, declarando a constitucionalidade de uma lei estadual, violou precedente do STF que já havia declarado a inconstitucionalidade dessa mesma lei.²⁴⁹

A solução dada pela respeitável decisão é *de lege lata* e não foi propagada pela jurisprudência.²⁵⁰

²⁴⁶ Dispensando o prequestionamento para conhecer recurso de terceiro prejudicado, assim já decidiu o STJ: “Dispensável, excepcionalmente, o prequestionamento da questão federal, se o recurso especial é interposto por terceiro prejudicado na demanda, caso dos autos” (STJ, REsp nº 1.106.804/PB, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 18.8.2009). Em outro precedente, concluindo pela exigência de prequestionamento para conhecer do recurso de terceiro, também já decidiu o STJ: “O prequestionamento constitui requisito indispensável, para que se possa conhecer do especial, por não ser possível violar a lei ou configurar-se o dissídio em relação a tema não examinado. Trata-se de exigência que deriva da própria previsão constitucional desse recurso. Também o terceiro, que se considere juridicamente atingido pela decisão, haverá de apresentar pedido de declaração, se o tema que o pretende versar não houver sido examinado pelo acórdão” (STJ, REsp nº 248.089/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 5.6.2000).

²⁴⁷ Desenvolvendo o argumento da ação rescisória como última *ratio* e, desde o princípio, reconhecendo a sua falibilidade, ensina LEONARDO CASTANHO MENDES que cuida-se de uma visão essencialmente pragmática, que poderá ser utilizada quando, diante de eventuais dúvidas quanto ao cabimento ou a devolutividade de determinado recurso, deve-se adotar uma solução que considere o seu cabimento ou maior extensão da sua devolutividade, sempre que o objeto da impugnação seja um vício que também enseje a propositura de uma ação rescisória. Contudo, como bem reconhece o autor, “o argumento examinado, a rigor, só faria sentido se fosse possível afirmar a certeza de que a utilização de interpretação ampliativa quanto ao cabimento do recurso e à extensão da sua devolutividade viria a poupar ao processo a etapa inútil, porque de resultados já previamente conhecidos, da propositura da ação rescisória ou da declaratória de inexistência. Como resultado dessas duas ações não pode ser conhecido no momento em que se examina o cabimento do recurso, então, nesse momento, que é quando o argumento poderia ser validamente invocado, ele não auxilia no exercício do juízo de admissibilidade recursal” (MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*, cit., p. 215-216).

²⁴⁸ Para a Ministra, o prequestionamento deve ser flexibilizado “nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada” (STF, AgRg no AI nº 375.011/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª turma, j. 5.10.2004).

²⁴⁹ Sobre a mencionada decisão, com comentários mais aprofundados: FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento?, cit., p. 175; DIDIER JR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz et al (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 982-986.

²⁵⁰ Não foram encontrados outros julgados similares na jurisprudência dos tribunais superiores. Além disso, recentemente a Corte Especial do STJ, apesar de ter ponderado a relevância da matéria, não conheceu de REsp interposto contra fixação de tese jurídica abstrata em IRDR sob os argumentos de que “o simples fato de existir acórdão de mérito proferido em IRDR não significa dizer que cabe recurso especial sem a necessidade de

Além disso, a leitura superficial do *decisum* pode levar a compreensão de que a exigência do prequestionamento interfere negativamente no exercício da função uniformizadora das cortes superiores, na medida em que impede a correção de decisões que eventualmente adotem entendimento diverso daquele firmado pela jurisprudência da corte e, nesse passo, desprestígie e enfraqueça a eficácia do precedente.

Pensa-se, contudo, não ser bem assim. Em primeiro lugar, apesar de se reconhecer que os recursos excepcionais brasileiros sirvam de instrumento de correção de decisões que não observam a jurisprudência dominante dos tribunais aos quais são endereçados (daí haver repercussão geral e relevância presumidas em tais hipóteses, a teor do art. 1.035, §3º, I, do CPC e art. 105, §3º, V, da CF), o ordenamento processual prevê outros remédios vocacionados ao controle de decisões teratológicas, manifestamente ilegais ou contrárias a precedentes e decisões prolatadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo cabíveis, em tais hipóteses, ou mandado de segurança²⁵¹ ou ação rescisória (art. 966, V e §5º, do CPC) ou, ainda, reclamação constitucional (art. 988, III, CPC). Ou seja, não é a simples falta de prequestionamento que impedirá a perpetuação da manifesta violação de um precedente.

Da mesma forma, a perspectiva de que o prequestionamento seria impeditivo para que matérias relevantes sejam apreciadas pelas cortes, e assim tornem-se paradigma jurisprudencial, reduz a importância do filtro em questão e desconsidera outros aspectos relevantes por ele cumpridos, como a efetiva colaboração dos tribunais de segundo grau na formação de precedentes, argumento que será melhor desenvolvido no próximo capítulo deste estudo.

f) Aplicação do art. 1.029, §3º do CPC/15: o art. 1.029, §3º do CPC, prestigiando a instrumentalidade do processo e a primazia do julgamento do mérito, trouxe regra nova ao ordenamento processual brasileiro ao permitir que o STF ou o STJ poderão “*desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave*”. Debruçando-se sobre as possibilidades abertas por essa regra, parte da doutrina passou a discutir se a referida regra poderia ser utilizada pelos tribunais superiores para dispensar a exigência do prequestionamento em determinado caso.

A correlação entre o art. 1.029, §3º e o prequestionamento, é pouco explorada na doutrina processual e inexistente na jurisprudência dos tribunais superiores. Em pesquisa

observância dos requisitos constitucionais, ou de outro modo, os requisitos não podem ser mitigados pela legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil), sob pena de eventual interpretação inconstitucional do referido dispositivo” (STJ, REsp nº 1.798.374/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, j. 18.5.2022).

²⁵¹ “É inadmissível o procedimento mandamental se o impetrante não comprova que o ato judicial reveste-se de teratologia ou de flagrante ilegalidade nem demonstra a ocorrência de abuso de poder pelo órgão prolator da decisão impugnada” (STJ, AgRg no MS nº 21.883/DF, rel. Min. João Otávio Noronha, Corte Especial, j. 3.5.2017).

realizada no sítio do STJ em 28.2.2024, apenas 830 acórdãos tratavam da (in)aplicabilidade do art. 1.029, §3º à determinados requisitos formais e nenhum deles versava sobre a sua aplicação ou não ao prequestionamento. No STF, a falta de resultados se repete: nos 23 acórdãos e nas 64 decisões monocráticas que mencionam, *en passant*, o art. 1.029, §3º do CPC, nenhum trata do prequestionamento.²⁵²

Apesar do silêncio dos tribunais ser um indício da impossibilidade de aplicação da regra contida no art. 1.029, §3º ao prequestionamento, a confirmação de tal hipótese demanda um exame mais cuidadoso do âmbito de aplicabilidade do dispositivo em questão.

Da redação do dispositivo *sub examine* extrai-se dois comandos dirigidos aos tribunais superiores, que poderão (i) desconsiderar vício formal de recurso²⁵³ ou (ii) determinar a correção desse vício, desde que, em ambos os casos, não repute o vício grave. Além disso, o art. 1.029, §3º impõe um único limite à sua aplicação, qual seja, a tempestividade do recurso.

Pois bem. No que diz respeito à falta de prequestionamento, a possibilidade desse vício ser sanado está, desde logo, descartada. É o que explica VINICIUS LEMOS:

A correção do vício da ausência de prequestionamento seria questionar o tribunal recorrido, remetendo-lhe os autos para manifestação, hipótese impossível e descabida. Não há como se corrigir um recurso sem prequestionamento, não há como sanar esse vício, estando o recurso já no tribunal superior.²⁵⁴

Por conseguinte, resta saber se a exigência do prequestionamento poderá ser desconsiderada pelo tribunal superior, o que depende, em princípio, de se considerar a ausência de prequestionamento um vício formal e sem gravidade. Nesse ponto, a escassa doutrina que trata do tema diverge.

FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, comentando o horizonte de aplicabilidade do art. 1.029, §3º, do CPC, e aludindo ao já citado precedente do STF (AI nº 375.011/RS) em que a Ministra Ellen Gracie relativizou a exigência do prequestionamento, entendem que é “bem possível que os tribunais superiores apliquem essa regra desconsiderando defeitos como a ausência de pré-questionamento, ilegitimidade recursal ou falta de interesse recursal”.²⁵⁵

Já para VINÍCIUS SILVA LEMOS, esse não é um caminho possível, eis que, ao seu sentir, o CPC/15 deu especial importância ao tema do prequestionamento, daí que como “o resultado

²⁵² A grande maioria dos precedentes dizem respeito: (i) à impossibilidade de a Súmula nº 7/STJ ser desconsiderada por força da regra em questão; (ii) à impossibilidade de aplicação do art. 1.029, §3º para comprovação posterior de feriado local quando o recurso fosse considerado intempestivo; e (iii) impossibilidade de se desconsiderar vício de fundamentação na peça recursal.

²⁵³ O Enunciado Administrativo nº 8 do STJ também se firmou nesse sentido, exigindo “vício estritamente formal”.

²⁵⁴ LEMOS, Vinícius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil, cit., p. 797.

²⁵⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – vol. 3*, cit., p. 413.

no novo código foi pela inclusão na letra da lei deste requisito de admissibilidade, não há possibilidade de relativização da sua ausência”. Além disso, menciona o professor que o precedente do STF que deu margem à dispensa do prequestionamento, além de isolado, foi superado pelo CPC/15.²⁵⁶

Por fim, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO adotam posição intermediária, entendendo que o que pode ser desconsiderado pelo tribunal superior não é a falta de prequestionamento, mas, no máximo, a falta da sua indicação em sede preliminar, quando fica claro que a questão impugnada foi efetivamente decidida pelo juízo *a quo*.²⁵⁷

De todas as posições, essa última parece ser a mais adequada. É que não parece ser a ausência de prequestionamento vício meramente formal e sem gravidade, em especial porque até diante de questões de ordem pública ele permanece sendo exigível. Além disso, tendo o prequestionamento fundamento constitucional, ele não pode ser dispensado por força de regra prevista em lei ordinária. Entendimento diverso possibilitaria que fosse autorizado até mesmo a figura do recurso especial ou extraordinário *per saltum*, bastando que fosse dispensada a exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias.²⁵⁸⁻²⁵⁹

4.5 Conclusão parcial: passado, presente e futuro do prequestionamento:

O tema do prequestionamento, por tudo que foi até então exposto, é polêmico e, nele, só há uma unanimidade: a de que não há unanimidades.

Antes do Código de Processo Civil de 2015, enquanto a disciplina do prequestionamento estava sujeita exclusivamente aos ditames da jurisprudência (v.g. Súmulas n° 282 e 356 do STF e Súmulas n° 98, 211 e 320 do STJ) o tema era assunto de inúmeros debates doutrinários, sobretudo em razão do casuísmo e da instabilidade jurisprudencial a seu respeito.

²⁵⁶ LEMOS, op. cit., p. 797.

²⁵⁷ “Certamente entra no conceito de vício formal não grave a inexistência de preliminar articulada demonstrando o prequestionamento da causa constitucional ou da causa federal – desde que seja possível vislumbrar a questão devidamente estampada na decisão recorrida” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. XVI*, cit., p. 257).

²⁵⁸ Apesar da técnica do recurso *per saltum* existir em outros países, como na Argentina (em casos de “notória gravidade institucional”), em Portugal (quando se declara a inconstitucionalidade incidentalmente), e nos Estados Unidos (certiorari before judgment) a sua aplicação no Brasil demandaria regulamentação constitucional, não podendo, pois, ficar sujeita à lei ordinária, muito menos ao arbítrio do STJ/STF. Sobre o tema: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit., p. 815; GIANNINI, Leandro. *El certiorari en Argentina...*, cit., p. 229-230.

²⁵⁹ Não se desconhece que em um relevante caso de aplicação do art. 1.029, §3º, CPC, o STF já ponderou, a título de *obiter dictum*, que “vício formal (in casu, eventual não esgotamento das vias recursais ordinárias) não impede necessariamente o conhecimento do recurso extraordinário, na forma do artigo 1.029, §3º, do CPC” (STF, RE n° 710.293/SC, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 15.9.2020). Outro caso em que se admitiu, excepcionalmente, o recurso *per saltum* (sem menção ao art. 1.029, §3º) foi o AREsp n° 1.156.112/SP, no qual o STJ, entendendo que o tribunal de origem agiu de forma abusiva ao não permitir o exaurimento das instâncias ordinárias, conheceu do apelo especial (STJ, AgInt no AREsp n° 1.156.112/SP, rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. 16.8.2018).

O novo ordenamento processual, pela primeira vez, inseriu o requisito do prequestionamento na lei, e assim pacificou razoavelmente a principal controvérsia a respeito do filtro, o reconhecimento da sua modalidade ficta, arrefecendo as calorosas discussões travadas por ministros e advogados em sede doutrinária.

Contudo, fato é que o CPC/15 perdeu uma boa oportunidade de regulamentar com mais precisão o instituto do prequestionamento. Ao passo em que a nova lei solucionou o impasse entre as Súmulas nº 356/STF e 211/STJ, bem como simplificou a configuração do prequestionamento ficto, que não mais depende da duplicidade de recursos, com ela também vieram mais controvérsias. Além disso, o CPC/15 não resolveu (e nem poderia resolver) os problemas conceituais do prequestionamento, estes que desbordam os limites da academia e repercutem diretamente no dia a dia forense daqueles que atuam nos tribunais superiores.

Sendo assim, ainda remanescem dúvidas a respeito do prequestionamento. Há dúvidas quanto ao seu conceito, quanto à sua natureza jurídica e quanto à sua função, há dúvidas se tal requisito permanece sendo exigível e se sua exigência é inconstitucional, e há dúvidas sobre quais seriam suas espécies, sobre quando ele estaria configurado bem como em que hipóteses ele poderia ser dispensado ou relativizado.

Longe de serem pacíficas as respostas aqui dadas, tem-se que, enquanto não se definir com satisfatória exatidão e coerência o que de fato é o prequestionamento e quando ele se configura, o instituto ainda poderá ser manipulado pelos tribunais para servir de mecanismo de restrição ao conhecimento dos recursos excepcionais. Tanto é assim que, nas 1.429.778 decisões do STJ que mencionam o termo prequestionamento (sendo 1.360.989 decisões monocráticas e 68.789 acórdãos) há entendimento para todos os gostos.²⁶⁰

A esse problema da falta de unanimidade, TERESA ARRUDA ALVIM fornece a seguinte solução: haver fungibilidade de entendimentos para que “um órgão aceite o entendimento de outro, e considere ter havido prequestionamento, se o que ocorreu, no caso, foi o que o outro órgão teria considerado como prequestionamento”.²⁶¹

Com a devida deferência ao posicionamento da professora TERESA, o presente trabalho vislumbra solução mais radical: o fim do prequestionamento ficto. É que, além de ter sido inoportunamente ressuscitado pelo CPC/15 (pois, como já se demonstrou, alguns julgados do STF passaram a aplicar o entendimento consolidado na Súmula nº 211/STJ),²⁶² essa espécie de

²⁶⁰ Pesquisa pelo termo “prequestionamento” realizada no sítio do STJ em 28.2.2024.

²⁶¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002, p. 220.

²⁶² Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão...*, cit., p. 261.

prequestionamento em nada contribui com a função constitucional atribuída aos tribunais superiores de uniformizar e desenvolver o direito.

Aliás, percebe-se inclusive que há uma contradição no novo *Codex* porque, ao passo em que prima pela uniformidade, integridade e estabilidade da jurisprudência (art. 926, CPC), amplia indevidamente o acesso às cortes superiores através da figura do prequestionamento ficto. Nesse ponto, relembre-se que, como já se demonstrou no primeiro capítulo deste trabalho, uma corte superprodutiva assume o risco de produzir precedentes contraditórios, falhando na sua função uniformizadora.

Além disso, valendo-se da lição de MOACYR AMARAL SANTOS, “a chamada *federal question*, selecionada pelo legislador constituinte brasileiro, como pressuposto fundamental do recurso especial, deve ser entendida como uma dúvida a respeito da interpretação ou da aplicação de tratado ou de lei federal, invocado como fundamento da lide”.²⁶³ Sendo assim, o material sobre o qual as cortes de vértice devem se debruçar são questões decididas e não questões despidas de decisão, pois não há dúvidas nem há *quaestio iuris* sobre o que não se decidiu.

Por fim, é cediço que uma corte superior que se presta a analisar eventuais omissões no acórdão recorrido é uma corte que se volta única e exclusivamente ao interesse privado das partes (o denominado *ius litigatoris*), eis que, como o controle da motivação visa apenas o aperfeiçoamento da decisão individualmente considerada, em nada contribuindo para o desenvolvimento do direito, a correção deste vício interessa somente à parte.

Tanto é assim que, uma das razões pelas quais se criou tal ficção jurídica foi, como se demonstrou anteriormente, para não prejudicar o recorrente que fez de tudo para que a matéria fosse debatida nas instâncias ordinárias. No entanto, o prequestionamento – assim como os demais filtros de acesso às cortes superiores – não deve se comprometer com o justo, porque essa não é a finalidade dos recursos excepcionais, ao contrário, deve se voltar à possibilidade de uniformização e desenvolvimento do direito através desses instrumentos.

Por essas razões, a continuidade do debate do presente trabalho depende da fixação do seguinte pressuposto: em um sistema que valoriza a função uniformizadora das cortes superiores, não há espaço para a figura do prequestionamento ficto, que há de ser expreso!

²⁶³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil – vol. 3 cit.*, p. 209.

5 RELEITURA DO FILTRO DO PREQUESTIONAMENTO A PARTIR DA EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

5.1 A interação do prequestionamento com os filtros da relevância e da repercussão geral:

Os filtros recursais, como já se procurou demonstrar no primeiro capítulo deste trabalho, são requisitos especiais de admissibilidade próprios dos recursos extraordinários e são instituídos com o especial papel de permitir às cortes superiores a realização das suas funções. São requisitos de admissibilidade pois o conhecimento do recurso depende da sua observância e são especiais porque, diferente dos requisitos de admissibilidade dos recursos ordinários, que decorrem de critérios lógico-jurídicos, os filtros recursais são fruto de uma opção política.

Melhor explicando, enquanto os pressupostos genéricos de admissibilidade são necessários para a apreciação do conteúdo de qualquer ato postulatório (daí o paralelo entre as condições da ação e os requisitos de admissibilidade),²⁶⁴ os filtros recursais manifestam uma vontade política específica: (i) a de diminuir o volume de processos nas cortes de vértice; (ii) de restringir as matérias que a elas podem ser devolvidas no recurso; e (iii) de dar às cortes uma feição mais privatista ou publicista, a depender dos interesses tutelados pelo filtro.²⁶⁵

Retomadas e resumidas as lições colocadas no primeiro capítulo deste trabalho, é preciso avançar.

No sistema recursal brasileiro, seis são os filtros recursais impostos para acessar, pela via do recurso especial e do recurso extraordinário, o STJ e o STF. Nessa linha, o prequestionamento, a impossibilidade de compreensão da questão controvertida e a vedação ao reexame de fatos e provas são filtros comuns a ambos os recursos. Ademais, para que haja o regular conhecimento do recurso especial, também passará a ser exigida, quando regulamentada a relevância da questão federal. Do mesmo modo, para que se conheça do recurso extraordinário, é preciso que se demonstre, também, a existência de ofensa direta ao texto constitucional e a repercussão geral da questão constitucional.

²⁶⁴ A respeito do paralelo entre as condições da ação e os requisitos de admissibilidade recursais, assim pondera BARBOSA MOREIRA: “embora a matéria sobre que incide a atividade cognitiva do órgão judicial possa distribuir-se, no recurso, por planos correspondentes àqueles pelos quais se distribui na primeira instância, a distribuição não conduz, aqui e ali, aos mesmos resultados: existe analogia, mas não identidade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, cit., p. 43).

²⁶⁵ “Há uma ligação de causa e efeito entre os filtros recursais e as funções das Cortes Supremas. Os filtros são instituídos para que as Cortes possam exercer as suas funções. (...) O filtro que objetiva tutelar o interesse da parte, obviamente não se confunde com o que visa dar à Corte condições de firmar precedentes em prol do aperfeiçoamento do direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O filtro da relevância*, cit., p. 65).

Nesse ponto, muito embora apenas a relevância e a repercussão geral sejam rotuladas pela doutrina como “filtros” propriamente ditos, tem-se os demais pressupostos também funcionam, igualmente, como mecanismo de filtragem. A diferença, porém, é que uns são filtros quantitativos (= requisitos objetivos de admissibilidade), e outros são filtros de natureza qualitativa (= requisitos discricionários de admissibilidade).

Além disso, tão importante quanto a existência de mecanismos de filtragem para o adequado funcionamento dos tribunais superiores, é que tais mecanismos, enquanto requisitos de admissibilidade recursais, sejam bem ajustados e coerentes com a finalidade dos recursos excepcionais. Ora, de nada adiantaria permitir que o prequestionamento recaísse sobre matéria fática, por exemplo, se é incabível, na via de tais recursos, a pretensão de mero reexame fático-probatório. Nessa ordem de ideias, importa analisar, agora, se a exigência do prequestionamento é compatível com os filtros da relevância e da repercussão geral.

Cotejando a relação entre tais filtros, FÁBIO LIMA QUINTAS entende que a repercussão geral não poderia conviver com o prequestionamento, por possuírem finalidades distintas e antagônicas, havendo, assim, “verdadeiro conflito geracional entre dois requisitos de admissibilidade recursal, cada um gestado em um contexto institucional próprio”.²⁶⁶

O argumento do autor é o seguinte: a preocupação dos tribunais superiores, enquanto guardiões do direito positivo, não pode se centrar na diminuição do acervo de processos que chegam para serem julgados, mas sim no desenvolvimento do direito, o que só poderia ser feito a partir da escolha de casos relevantes, sendo a contenção do volume de recursos uma mera consequência dessa seleção discricionária. Assim, uma vez que a repercussão geral teria essa dupla função (mitigar a crise do sistema recursal e permitir a adequada uniformização e desenvolvimento do direito), o prequestionamento perdeu a sua razão de ser.²⁶⁷

Divergindo desse posicionamento, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA afirma que tais filtros devem ser sobrepostos, de forma que as questões tidas por relevantes e transcendentais devem ser as mesmas sobre o qual recaiu o prequestionamento, enquanto questão decidida. Mais adiante, assim conclui processualista paranaense: “essa ordem de ideias impõe que ambos os temas, prequestionamento e repercussão geral, sejam analisados em conjunto no que diz

²⁶⁶ QUINTAS, Fábio Lima. A nova dogmática do recurso extraordinário: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento. *Revista Direito Público*, v. 5, n. 22, jul./ago. 2008, p. 19.

²⁶⁷ E conclui: “No contexto da repercussão geral, o prequestionamento tornou-se, do dia para a noite, desnecessário estorvo à jurisdição constitucional, por representar entrave injustificável à consecução da missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, de garantir a supremacia da Constituição e a unidade de sua interpretação. (...) Pode-se afirmar, simplesmente, que a repercussão geral pode ser o arauto de novos tempos para a jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal, em que se pensará mais em Constituição e menos nas técnicas processuais de não conhecimento de recurso” (*ibidem*, p. 21-22).

respeito ao recurso extraordinário. No que respeita ao recurso especial, essa conjuntura impõe que se examine a relevância da questão federal no contexto do prequestionamento”.²⁶⁸

Nesse mesmo sentido, ensina o professor JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI que “apesar de um determinado fundamento poder ser, em princípio, considerado de repercussão geral, o recurso extraordinário será inadmitido se, porventura a respectiva tese jurídica não tiver sido explicitada no julgado recorrido”.²⁶⁹

Ao sentir deste trabalho, a posição dos três autores, que também poderia se estender, *mutatis mutandis*, à vindoura relevância da questão federal,²⁷⁰ devem ser ponderadas. Três são os pontos centrais do debate: primeiro, os filtros recursais quantitativos realmente perdem a sua função quando se institui um filtro qualitativo? Segundo, sendo tais filtros conciliáveis, a repercussão geral e a relevância se compatibilizariam com qualquer espécie de prequestionamento? Terceiro, o prequestionamento ser excepcionado quando a questão recorrida tiver uma grande relevância ou repercussão geral?

A resposta da primeira pergunta parece ser negativa, tanto é que a repercussão geral, instituída pela EC nº 45/2004, convive até hoje com o prequestionamento que, como já se demonstrou, possui funções próprias. Aliás, os próprios dispositivos que acrescentaram na Constituição Federal os requisitos da repercussão geral e da relevância exigem textualmente que tais questões qualificadas precisam ter sido “discutidas no caso”.

Em um primeiro momento pode-se pensar que o prequestionamento está vinculado ao *jus litigatoris*, pois conecta o recurso excepcional ao caso concreto e que, por isso, restringiria o desenvolvimento do direito caso a questão a que se atribui relevância e repercussão geral não houvesse sido nele discutida e decidida. Essa é, na visão deste trabalho, uma compreensão equivocada.

Mais do que restringir o efeito devolutivo dos recursos excepcionais ou permitir a compreensão da sua causa de pedir, o prequestionamento também tem o condão de delimitar o alcance e de amadurecer o debate da questão relevante e transcendente a ser apreciada pelos tribunais superiores. Em outras palavras, o instituto ganha, dentro da sistemática da repercussão geral e da relevância, mais essa função: *amadurecer e precisar os limites do thema decidendum e, por conseguinte, do conteúdo do precedente a ser eventualmente formado*.

²⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento, repercussão geral...*, cit., p. 123.

²⁶⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 32, v. 145, mar. 2007, p. 165.

²⁷⁰ Como bem observa MEDINA, “embora as palavras sejam distintas, o propósito da relevância da questão federal é, substancialmente, o mesmo da repercussão geral da questão constitucional” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento, repercussão geral...*, cit., p. 128).

Nesse ponto, MARINONI, embora já tenha se posicionado de forma refratária à exigência do prequestionamento quando esse filtro figurar como obstáculo ao exercício da função uniformizadora pelas cortes de vértice,²⁷¹ acrescenta que o prévio debate de determinada questão nos tribunais de justiça e nos tribunais regionais federais é essencial para a adequada formulação da *ratio decidendi* do precedente pelas cortes superiores:

A função interpretativa de uma Corte de Precedentes depende da manifestação dos vários intérpretes da lei. Para poder bem decidir, a Corte deve estar consciente do pensamento dos diversos Tribunais do país. Só assim importa – inclusive aos fatos gerais – para a formação de um precedente.

Na verdade, abrir oportunidade para os Juízes e Tribunais interpretarem a lei é um pressuposto de legitimidade da instituição do precedente. A formação paulatina e democrática do precedente é insuprimível quando se tem claro que este, de decisão do caso para as partes, tornou-se norma geral e vinculante, destinada a regular o comportamento social e a solução de casos no futuro.

Em outras palavras, a qualidade e a legitimidade do precedente do Superior Tribunal de Justiça estão na dependência da interpretação extraída do dispositivo pela maioria dos intérpretes, representados pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais.²⁷²

LUCAS BURIL apresenta igual preocupação, alertando que quando um precedente é formado do topo para a base da pirâmide judiciária, “há um acréscimo da margem de erro da solução adotada, porquanto a Corte de precedentes recebe o debate do início, sem um grande número de argumentos ou soluções propostas”.²⁷³

Através desse raciocínio, chega-se à resposta da segunda pergunta: se por um lado não há dúvidas que o prequestionamento explícito é perfeitamente compatível com os requisitos da relevância e da repercussão geral, facilitando, inclusive, a sua visualização e aferição pelo tribunal superior, por outro, não pode se afirmar o mesmo a respeito da sua forma ficta.

Ora, uma vez bem definida a questão jurídica no acórdão recorrido, sobretudo através da sua aplicação aos fatos subjacentes ao caso concreto, estará mais completo o material levado ao ministro relator do recurso, para que, verificando se quaestio *iuris* se reveste transcendência e de maiores repercussões econômicas, políticas, sociais ou jurídicas, submeta a matéria ao tribunal para que seja dada a última palavra acerca da adequada interpretação daquela questão. Situação diversa é a do prequestionamento ficto, pois, não tendo havido decisão sobre a questão, as cortes superiores, decerto, terão maiores dificuldades para identificá-la e dimensioná-la, para então atribuí-las relevância.

²⁷¹ “Não obstante, considerando-se o interesse da Corte em adequadamente decidir um caso para dar unidade ao direito, não há como impedir-lhe de considerar fundamento indispensável ao debate e ao julgamento do tema apenas pelo fato daquele não ter sido discutido nas instâncias ordinárias. A função do desenvolvimento do direito não pode ser obstaculizada pela inação dos privados em previamente discutir ponto imprescindível à solução da questão federal”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 189).

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *O filtro da relevância*, cit., p. 39.

²⁷³ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais...*, cit. p. 434.

Está aí, pois, mais uma razão para que se extirpe, de uma vez por todas, o prequestionamento ficto do ordenamento: a sua incompatibilidade com um sistema jurídico que leva os precedentes a sério.

Por fim, antes de encerrar as considerações sobre como o prequestionamento dialoga com os filtros da relevância e da repercussão geral, resta responder à terceira provocação, isto é, dizer se é possível que o prequestionamento seja excepcionado quando a questão recorrida tiver uma grande relevância ou repercussão geral.

A questão retorna, de certo modo, à aplicação do art. 1.029, §3º do CPC. Aliás, curiosamente, no anteprojeto do novo código, elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal, o referido dispositivo (então capitulado no art. 944, §2º) seria aplicável para que, desconsiderando os vícios formais, se viabilizasse justamente o julgamento de casos repetitivos e casos que permitissem o desenvolvimento do direito. Veja-se:

Art. 944, §2º. Quando o recurso tempestivo for inadmissível por defeito formal que não se repete grave, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício e julgar o mérito de casos repetitivos ou sempre que a decisão da questão de mérito contribua para o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Concordando com a possibilidade de dispensa dos demais requisitos de admissibilidade em situações de evidente repercussão geral, ARLETE INÊS AURELLI e IZABEL PANTALEÃO entendem que “quando a questão apresentar repercussão geral é preciso deixar de lado os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, inclusive o prequestionamento, para admiti-lo e com o julgamento do seu mérito, firmar a tese jurídica a respeito do tema”.²⁷⁴

VINICIUS SILVA LEMOS, por outro lado, explica que há um óbice regimental: o art. 323 do RISTF impõe que a repercussão geral da questão constitucional só pode ser apreciada pelo ministro relator e pelos demais ministros depois que os outros requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário forem regularmente atendidos.²⁷⁵⁻²⁷⁶ Nesse mesmo sentido, assim já se manifestou o STF:

4. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF).²⁷⁷

²⁷⁴ AURELLI, Arlete Inês; PANTALEÃO, Izabel. A repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso especial – medida adequada?. In: NERY JR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins* – vol. 13. São Paulo: RT, 2017, p. 59-60.

²⁷⁵ LEMOS, Vinícius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil, cit., p. 790.

²⁷⁶ Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010).

²⁷⁷ STF, ARE nº 727.284/MG, rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 29.4.2014. Também nesse sentido: STF, AI nº 714.886/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. 3.3.2009.

Nesse ponto, permita-se a abertura de um breve parêntesis: a ordem de apreciação da repercussão geral no plano do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário também é objeto de discussão doutrinária. Para ARAKEN DE ASSIS, poderosas razões de economia recomendam que tal exame aconteça após o relator declarar preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.²⁷⁸ Por outro lado, FREDERICO BASTOS PEREIRA entende que “no caso do filtro recursal relativo às questões federais infraconstitucionais, o exame da relevância e transcendência deve ser anterior ao juízo de admissibilidade do recurso especial. Isso porque óbices formais podem ser superados em prol da unidade e desenvolvimento do Direito, ressaltadas as hipóteses de vícios graves, tal qual a intempestividade”.²⁷⁹⁻²⁸⁰

Voltando-se à pergunta lançada, apesar de a ordem na qual a repercussão geral é examinada influenciar na sua importância enquanto mecanismo para promover a função uniformizadora dos tribunais superiores, sobretudo pela possibilidade de dispensa dos demais requisitos de admissibilidade em seu nome, não se pode vilanizar o prequestionamento e o reputar como inimigo desse filtro qualitativo (ou da relevância, quando esta vier a ser regulamentada). Em outras palavras, a indispensabilidade do prequestionamento para a aferição da repercussão geral ou relevância da questão vai muito além da ordem em que aquele ou este é apreciado.

De fato, a inadmissão de determinado recurso excepcional por motivos alheios à repercussão geral ou relevância, seja no tribunal local, seja no STF ou no STJ (pelo não preenchimento de outro requisito de admissibilidade), poderia obstar o julgamento de determinada questão que potencialmente poderia ser qualificada como relevante e transcendente. Porém, faltando-lhe o prequestionamento, a *ratio decidendi* será empobrecida, pois a questão de direito não foi previamente debatida e aprofundada pelo tribunal de origem, impedindo, pois, a formação democrática do precedente.

Ademais, veja-se que, nas hipóteses em que a relevância ou a repercussão geral são presumidas, o STJ e o STF se preocupam mais em corrigir a decisão recorrida do que em

²⁷⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit., p. 836.

²⁷⁹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O Superior Tribunal de Justiça e a repercussão geral no recurso especial. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, a. 13, v. 20, n. 2, mai./ago. 2019, p. 41.

²⁸⁰ Nesse mesmo sentido, a opinião de LUÍS ROBERTO BARROSO e FREDERICO MONTEDONIO: “A existência ou não de repercussão geral deve ser o primeiro exame a ser feito na apreciação de admissibilidade de um recurso extraordinário, o que assegurará transparência e celeridade na verificação do seu cabimento. Com isso será possível superar a prática até aqui prevalecente de fazer um ‘juízo oculto’ de relevância, pelo qual, sob a roupagem de um juízo técnico, o Tribunal recorre a fórmula defensivas de inadmissão, em que afirma que a matéria controvertida é infraconstitucional, fática ou não foi pré-questionada” (BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017, p. 711.

uniformizar a jurisprudência.²⁸¹ Ou seja, não se pode afirmar que os filtros quantitativos, como o prequestionamento ou as súmulas que vedam o reexame fático-probatório, sejam desconsiderados em nome da relevância/repercussão geral, porque nem sempre que se estiver diante delas o tribunal tutelar o *ius constitutionis*.

Enfim, o que aqui se defende é que o prequestionamento é tão importante quanto a repercussão geral e a relevância para o adequado exercício da função de uniformização e desenvolvimento do direito pelos tribunais superiores, pois é a partir dele que se identifica e se dimensiona a questão relevante a ser julgada. Nesse sentido, como bem afirma MARINONI, a “delimitação do objeto do julgamento não apenas depende dos fundamentos do recurso, mas exige a compreensão do conteúdo da questão a ser resolvida em um contexto amplo, especialmente para a constatação da sua relevância e transcendência”.²⁸² Assim, é exatamente o prequestionamento expresso (= questão decidida) que levará à uma melhor compreensão do conteúdo da questão a ser resolvida pelas cortes superiores.

Vale lembrar, também, que o requisito do prequestionamento decorre da própria natureza do recurso extraordinário. É a partir da questão federal ou constitucional, enquanto dúvida a respeito da interpretação ou aplicação de determinado dispositivo sobre determinado caso concreto, que as cortes superiores exercem a sua função uniformizadora. Tanto é assim que a *federal question* e o *planteamiento* (equivalentes ao prequestionamento) exigidos para o conhecimento dos apelos à Suprema Corte dos Estados Unidos e à Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, respectivamente, não foi suprimida com a instituição do *Writ of certiorari* naqueles países.

Finalmente, dispensar o prequestionamento ou admiti-lo na sua forma ficta poderá ensejar, inclusive, algo extremamente indesejado: a possibilidade de a corte ampliar ou desvirtuar a questão dos fatos a ela conexos, ou ainda decidir questão sequer pertinente ao caso concreto, como se legisladora fosse.²⁸³⁻²⁸⁴ Nesse ponto, é válida a lição do saudoso Ministro

²⁸¹ “Como é pouco mais do que evidente, imaginar que o Superior Tribunal de Justiça pode se dispor a decidir todas as ações penais, de improbidade administrativa, que possam gerar inelegibilidade, ou que superam o valor de quinhentos salários-mínimos (I, II, III e IV do §3º inserido no art. 105, CRFB) é transformar a Corte Suprema em um unimaginável, enorme, e ineficiente tribunal de terceira instância” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O filtro da relevância*, cit., p. 93). Aqui, cabe um alerta: há uma dúvida a respeito da correta interpretação do art. 105, §3º da CF, no que diz respeito a se a presunção de relevância é absoluta ou se o STJ poderá fazer um juízo de transcendência, enquanto “segunda calibragem”, para admitir ou não os recursos cuja matéria ou valor ali se enquadra. Apesar da segunda interpretação, por motivos óbvios, ser mais razoável, só se poderá afirmar qual foi acolhida quando o filtro da relevância for regulamentado e efetivamente praticado pelo STJ.

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2023, p. 38.

²⁸³ *Ibidem*, p. 40.

²⁸⁴ A criação do direito pelo juiz e pelo legislador ocorre através de modos distintos, sobretudo no que diz respeito aos limites da realidade fática com a qual cada um deles trabalha. Enquanto o juiz, em razão de limites processuais e substanciais da causa, lida apenas com os fatos incluídos no espaço amostral do caso *sub judice*, o legislador

TEORI ZAVASCKI quando, no julgamento de recurso especial posto ao crivo de sua relatoria, ponderou que “o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie”.²⁸⁵

Daí porque artifícios retóricos como a primazia do julgamento do mérito não podem ser utilizados para dispensar o prequestionamento, afinal, a formação de precedentes nas cortes de vértice demanda a adoção de técnicas decisórias adequadas, em especial para que se compreenda em que contexto, através de conflito de direitos e sob que argumentos uma determinada *ratio decidendi* foi construída.

5.2 (In)compatibilidade do prequestionamento com o microssistema de formação concentrada de precedentes nos tribunais superiores:

A massificação dos conflitos e a litigiosidade repetitiva demanda a criação de técnicas processuais adequadas, quer para dar resposta a um sem-número de processos cuja questão jurídica discutida é a mesma, quer para promover soluções uniformes para todos eles. Para lidar com tal problema o CPC/73 instituiu, através dos seus arts. 543-B e 543-C, a técnica dos recursos excepcionais repetitivos, os quais, com alguns aprimoramentos, hoje se encontram regulados nos arts. 1.036 e seguintes do CPC/15. Além disso, cuidou o CPC de acrescentar ao dito microssistema de formação concentrada de precedentes as figuras do IRDR e do IAC, esta última destinada à solução de casos relevantes, mas não necessariamente repetitivos.

Tratando-se dos recursos excepcionais repetitivos, o procedimento é dividido em cinco fases: (i) seleção dos recursos (art. 1.036); (ii) afetação da questão como repetitiva pelo ministro relator, seguida da suspensão nacional dos processos (art. 1.037); (iii) instrução da controvérsia (art. 1.038); (iv) decisão da questão repetitiva (art. 1.038, §3º); e (v) irradiação dos efeitos da decisão (art. 1.039 a 1.041, todos do CPC).

Interessa, nesse momento, o exame da primeira fase: a da seleção dos recursos. De acordo com o art. 1.035, §6º do CPC, na seleção dos dois ou mais recursos representativos da controvérsia jurídica – os chamados *leading cases* – o presidente ou vice-presidente do tribunal local, ou ainda o relator do recurso excepcional, escolherá “os recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

tenta antecipar a ocorrência dos fatos para regulá-los de forma geral e abstrata, não se vinculando à um fato ou conjunto de fatos específicos. Sobre o tema: CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 23-24).

²⁸⁵ STJ, REsp nº 660.519/CE, rel. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, j. 20.10.2005.

Apesar de o Código não especificar exatamente os critérios a serem levados em conta na seleção da causa piloto, quiçá a mais importante das cinco fases do procedimento,²⁸⁶ ele impõe que os recursos devam ser “admissíveis” e que tragam em seu conteúdo “abrangente argumentação e discussão”. Fica claro, aqui, que o CPC se preocupou mais com a aplicação desses precedentes do que com a sua formação.²⁸⁷

A respeito da abrangência da argumentação e da discussão, ANTONIO DO PASSO CABRAL entende que a seleção da causa piloto deverá levar em conta: recursos que apresentem argumentos completos, diversos e de qualidade; a configuração o devido contraditório no processo, no sentido de argumentação, contra-argumentação e decisão; a inexistência de restrições cognitivas por parte do julgador, sejam legais ou convencionais; e a pluralidade e adequada representatividade dos sujeitos no processo originário.²⁸⁸⁻²⁸⁹

Além disso, veja-se que o CPC condicionou a escolha dos recursos somente àqueles considerados admissíveis. Nesse ponto, surge a seguinte controvérsia: a exigência dos requisitos de admissibilidade – e, ao que aqui interessa, do prequestionamento – limitaria o adequado funcionamento de formação concentrada de precedentes nos tribunais superiores?

Apesar de não se ter encontrado debate a esse respeito na doutrina, resposta parece ser negativa, por dois motivos.

Primeiro porque, se não houve prequestionamento (= questão decidida) tudo indica que nem o julgador nem as partes deram a devida importância à questão jurídica, de forma que sobre ela não recaiu o efetivo contraditório. Em outras palavras, embora uma questão não decidida por si só não a torne irrelevante, presume-se que, ao menos à luz dos fatos subjacentes àquela causa, o cotejo da questão prescindia de importância. Nesse ponto, como bem alerta o professor DIERLE NUNES, os padrões decisórios “não podem empobrecer o discurso jurídico, nem

²⁸⁶ Como observam FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “Uma seleção mal-feita poderá levar a uma cognição de menor qualidade, reduzindo o potencial de influência do contraditório no incidente e repercutindo na própria atuação das partes, dos interessados e dos amici curiae” (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil* – vol. 3, cit., p. 774).

²⁸⁷ “A lei foi muito pobre nesse aspecto (...). Muito embora o texto legal faça parecer que a seleção da causa paradigmática é algo simples e, talvez, pouco relevante, a situação é justamente a contrária (...). A boa ou má participação pode representar o sucesso ou insucesso da postulação o que, nos casos repetitivos, não pode ser tratado levianamente” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais...*, cit., p. 436).

²⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 39, v. 231, mai. 2014, p. 201-223.

²⁸⁹ Também nesse sentido, BRUNO DANTAS: “(...) a representatividade que se exige do recurso-piloto dos arts. 543-B e 543-C do CPC vigente, ou do caso-piloto do incidente de resolução de demandas repetitivas do CPC projetado, deve ser aferida no plano objetivo, numa operação que deve ter necessariamente dois momentos. No primeiro, é necessário definir com precisão quais as questões de direito determinantes para o deslinde da causa, sobre as quais o STJ ou o STF terá que se pronunciar. O rigor nesta etapa é fundamental para que não sejam ignoradas questões de direito importantes referentes as causas de pedir postas em juízo”. (DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos...*. São Paulo: RT, 2015, p. 115-117).

tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que importaria ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie”.²⁹⁰

Segundo pois, tal como já se defendeu no tópico anterior, a ausência de questão decidida também comprometeria a identificação, delimitação e conexão problemática da questão jurídica submetida a julgamento, daí porque ser imprescindível, na visão de FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “que a questão de direito objeto do incidente esteja sendo debatida nos casos-pilotos. Não é lícito definir, como objeto do incidente, questão que não esteja sendo discutida em juízo”.²⁹¹ Também nesse sentido, o autorizado magistério doutrinário de ANTONIO DO PASSO CABRAL:

Por outro lado, a exigência de um contraditório efetivo, na perspectiva do direito de consideração (e do correlato dever de atenção do juiz), permite-nos afirmar que não deve ser selecionado um processo em que a questão, apesar de amplamente debatida pelas partes, não tenha sido detalhada e analiticamente enfrentada pelo juiz na sentença. Trata-se daquela ultrapassada visão, que vimos combatendo há anos, de que o magistrado não precisaria analisar todos os argumentos dos litigantes na sentença, mas apenas aqueles que sejam itinerário necessário para as suas conclusões. Ora, hoje está disseminada a ideia de que o contraditório contemporâneo não se compadece mais com esta postura autoritária de ignorar a argumentação dos litigantes: o juiz deve sim enfrentar os argumentos das partes na sentença, mesmo que não os use para chegar às suas conclusões para o litígio. Mas aqui queremos salientar outro aspecto: sempre que o processo contiver este tipo de sentença que se omite sobre trechos da linha argumentativa dos sujeitos do processo, a causa não deve ser considerada como possuidora de um debate adequado e efetivo para fins de seleção como processo-piloto. Assim, a conclusão que se pode chegar é que a completude da argumentação não pode remeter apenas às alegações das partes, do Ministério Público e intervenientes, mas deve também levar-nos a verificar a fundamentação da decisão judicial. De fato, a dialética do contraditório-influência, no trinômio informação-expressão-consideração, impõe que, para a escolha da causa-piloto, a efetividade do contraditório compreenda também a análise sobre os atos do Estado-juiz.²⁹²

Em síntese, o prequestionamento ficto, apesar de ensejar a admissibilidade do recurso especial ou do recurso extraordinário, compromete a adequada seleção do caso-piloto, havendo, aqui, mais uma incompatibilidade dessa ficção legal com o sistema brasileiro de precedentes. Por outro lado, a modalidade expressa do prequestionamento não só é compatível, mas é necessário para que determinado processo possa servir de *leading case* para a definição de um tema repetitivo no STJ ou de um tema de repercussão geral no STF.²⁹³

²⁹⁰ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 268.

²⁹¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*– vol. 3, cit., p. 776.

²⁹² CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos, cit., p. 212-213.

²⁹³ Como se sabe, o STF, por razões próprias, não se utiliza da técnica de julgamento dos recursos extraordinários repetitivos para firmar seus precedentes, mas sim da técnica do julgamento com repercussão geral disciplinado pelo art. 1.035, §§2º a 11 do CPC.

6 CONCLUSÕES

A função dos tribunais superiores, nos países adeptos ao *civil law*, está em constante transformação. Fatores como a crise do sistema recursal e a progressiva incorporação da cultura do precedente obrigaram tais cortes a se adaptarem às novas exigências da realidade social. O retrabalho inerente ao procedimento da cassação deu lugar à técnica do rejugamento, atribuiu-se força vinculante às suas decisões, criaram-se mecanismos de formação concentrada de precedentes, e filtros recursais mais brandos deram lugar àqueles mais restritivos, os quais possibilitam a seleção discricionária dos recursos e dos temas a serem julgados pelos tribunais superiores.

Atento à ocorrência desses fenômenos no Brasil, os quais foram abordados de forma introdutória no capítulo 1, o presente trabalho foi na contramão da doutrina. Ao invés de tentar antever as futuras repercussões do filtro da relevância, instituído pela Emenda Constitucional nº 125/2022, deu-se um passo atrás e indagou-se: qual será o destino dos antigos filtros de acesso às cortes superiores? Eles perderam ou perderão a sua utilidade? Eles são compatíveis com os filtros qualitativos e com a técnica dos recursos repetitivos? Para responder a tais perguntas, elegeu-se, o filtro do prequestionamento.

Apesar de não ser tarefa fácil, a releitura crítica de institutos clássicos, consagrados na doutrina e na jurisprudência, se faz necessária para que o sistema jurídico evolua e se aperfeiçoe. Dentre estes institutos, está o prequestionamento que, apesar de ter sido instituído há mais de 130 anos no ordenamento jurídico brasileiro, poucas respostas seguras se têm a seu respeito. Aliás, como já se disse anteriormente, em se tratando do prequestionamento, só há uma unanimidade: a de que não há unanimidades. A seu respeito, as divergências doutrinárias vão desde questões irrelevantes, como a grafia correta da palavra (se prequestionamento ou pré-questionamento), até a mais grave das questões, como a inconstitucionalidade da sua exigência.

A partir desses problemas, investigou-se em vasto material bibliográfico o conceito, a natureza jurídica, a função e a disciplina do prequestionamento, desde a sua origem na Constituição Provisória de 1890 até o Código de Processo Civil de 2015 quando, finalmente, ganhou assento legal. Além disso, a partir de uma releitura do prequestionamento, analisou-se a compatibilidade desse instituto com o sistema de precedentes, chegando os capítulos 2, 3 e 4 às seguintes conclusões:

- I.** O conceito de prequestionamento mais adequado, e que prevalece na doutrina e na jurisprudência, é a sua concepção enquanto manifestação da decisão recorrida sobre a questão federal ou constitucional impugnada (= questão decidida), muito embora se reconheça que essa não é a melhor expressão designativa para o instituto;
- II.** Apesar de o termo ter sido suprimido definitivamente na Constituição de 1967, o prequestionamento decorre da própria natureza dos recursos excepcionais e permanece sendo exigido. O instituto tem fundamento histórico e sua função clássica está vinculada à verificação do enquadramento dos recursos excepcionais em uma das hipóteses constitucionais, bem como à limitação da matéria devolvida à cognição das cortes superiores, não sendo, pois, mera formalidade. Além disso, o prequestionamento, enquanto questão decidida, extrai seu fundamento de validade do conceito constitucional de “causa decidida”, mas com ela não se confunde.
- III.** Rigorosamente, só existem duas espécies de prequestionamento, o expresso e o ficto, os quais podem receber diferentes denominações;
- IV.** O prequestionamento expresso é requisito intrínseco de admissibilidade dos recursos excepcionais e, à luz da sua atual disciplina, se configura a partir da expressa manifestação da questão jurídica na decisão recorrida, pouco importando se a questão foi trazida pelas partes ou conhecida de ofício, ou ainda se houve menção ao dispositivo legal;
- V.** Por ficção legal, criada pela Súmula nº 356/STF e reproduzida no art. 1.025 do CPC, o prequestionamento também se configura, sob a sua forma ficta, quando a questão federal ou constitucional, a despeito de ter sido trazida oportunamente pela parte nas instâncias ordinárias, foi duas vezes ignorada pelo tribunal local, tanto no acórdão principal quanto, após a oposição dos tempestivos embargos de declaração, no acórdão integrativo;
- VI.** O prequestionamento ficto, nos moldes do art. 1.025 do CPC, não se configura de forma automática, mas *secundum eventum litis*, dependendo do reconhecimento do vício de fundamentação da decisão pelo tribunal superior;
- VII.** A respeito das controvérsias concernentes ao prequestionamento não pacificadas pelo CPC/15, viu-se que: (i) o prequestionamento limita apenas o efeito devolutivo horizontal dos recursos excepcionais, não interferindo no efeito devolutivo vertical; (ii) o tribunal superior não complementa o acórdão supostamente omissivo, mas supera esse vício para apreciar o pedido principal do recurso, tal como se estivesse aplicando a teoria da causa madura; (iii) o caminho do art. 1.025 do CPC é facultativo e aplica-se tanto ao STJ quanto ao STF; (iv) para a configuração do prequestionamento ficto, é necessário que se aponte a violação aos art. 1.022 do CPC em sede de recurso especial, dispensando-se a menção ao correlato art. 93, inciso IX

nos recursos extraordinários; (v) o art. 1.025 do CPC é constitucional; (vi) a matéria prequestionada há de ser jurídica, não podendo ter natureza fática; (vii) o ponto sobre o qual a decisão foi omissa precisa ser relevante para a abertura da via excepcional; (viii) nem sempre será contraditório que o tribunal superior afaste a alegação de violação ao art. 1.022 e, ao mesmo tempo, entenda que não houve prequestionamento; (ix) as Súmulas nº 211 e 320 do STJ foram superadas pelos art. 1.025 e 941, §3º do CPC.

VIII. O prequestionamento é requisito obrigatório de admissibilidade dos recursos excepcionais e não deve ser relativizado em nenhuma hipótese: nem quando a ofensa à lei federal ou à Constituição surgir no próprio acórdão recorrido, nem quando se tratar de matéria de ordem pública ou quando o recurso for interposto por terceiro prejudicado, nem para valorizar a jurisprudência das cortes superiores, e nem pela aplicação do art. 1.029, §3º do CPC;

IX. Apesar da figura do prequestionamento ficto simplificar a configuração desse requisito de admissibilidade, a partir do reconhecimento dos ditos embargos de declaração prequestionadores (dispensando-se, assim a duplicidade de recursos excepcionais), tal modalidade de prequestionamento não é compatível com a função uniformizadora dos tribunais superiores, com os filtros da relevância e com o sistema de precedentes como um todo. Os argumentos defendidos foram os seguintes: (i) uma corte que se presta a analisar eventuais omissões no acórdão recorrido é uma corte que se volta única e exclusivamente ao interesse privado das partes (*ius litigatoris*), pois somente à parte interessa a correção daquele vício; (ii) o prequestionamento ficto amplia o acesso às cortes superiores para que elas, julgando mais processos, assumam o risco de produzir precedentes contraditórios, nada uniformizando no final das contas; (iii) o prequestionamento ficto surge em razão da necessidade de a parte que saiu prejudicada pela negativa da prestação jurisdicional conseguir levar a apreciação das suas questões jurídicas aos tribunais superiores, sendo claro o seu propósito corretivo; (iv) o prequestionamento ficto empobrece a formação democrática da *ratio decidendi*, eis que, na prática, o tribunal superior se debruça sobre questão jurídica que não foi decidida e amadurecida no segundo grau, suprimindo o traço democrático de formação dos precedentes; e (v) o prequestionamento ficto, apesar de autorizar a admissão dos recursos especial e extraordinário, compromete a adequada seleção do caso-piloto na técnica dos recursos excepcionais repetitivos;

X. Por outro lado, o prequestionamento expresso é perfeitamente compatível com os filtros da repercussão geral e da relevância, bem como com a técnica dos recursos repetitivos. É exatamente o prequestionamento que tem o condão de delimitar, amadurecer e levar à uma

melhor compreensão da questão relevante, transcendente ou repetitiva a ser apreciada pelos tribunais superiores. O instituto ganha, pois, mais uma função dentro do sistema de precedentes;

XI. Assim, a indispensabilidade do prequestionamento vai muito além da ordem em que esse requisito é apreciado, eis que, é a partir da questão federal ou constitucional, enquanto dúvida a respeito da interpretação ou aplicação de determinado dispositivo sobre determinado caso concreto, que as cortes superiores exercem a sua função uniformizadora. Nesse ponto, alertou-se que dispensar o prequestionamento ou admiti-lo na sua forma ficta poderá dar margem para a corte decidir questão não presente no caso, bem como ampliá-la ou desvirtuá-la do caso concreto;

XII. Em síntese, a formação de precedentes nas cortes de vértice demanda a adoção de técnicas decisórias adequadas, em especial para que se compreenda em que contexto e através de que argumentos uma determinada *ratio decidendi* foi construída. Daí porque artifícios retóricos como a primazia do julgamento do mérito não podem ser utilizados para dispensar o prequestionamento.

Em suma, cotejado o presente e o passado do prequestionamento, espera-se que, no futuro, a figura do prequestionamento ficto caia no esquecimento – não porque foi revogado ou declarado inconstitucional –, mas porque os TJs e TRFs finalmente compreenderão o seu papel no sistema jurídico e se manifestarão, *ab initio*, de forma completa a respeito das controvérsias postas ao seu crivo, tal como determina o art. 93, IX da Constituição e o art. 489, §1º, IV do Código de Processo Civil. Assim, dá-se mais um passo para o adequado funcionamento do sistema recursal, equilibrando a antiga preocupação de “*consentire il controllo e il aprefezionamento per gradus delle decisioni giudiziali e quella di garantirne ad un certo momento la finale certezza*”.²⁹⁴

²⁹⁴ “Permitir o controle e o aprimoramento gradativo das decisões judiciais e garantir a sua certeza final em determinado momento”. Tradução nossa de: REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile – vol. II*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 308.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2021.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Recurso especial: questão de ordem pública – prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 31, v. 132, fev. 2006, p. 273-288.
- ALMEIDA, Luciana Robles de. *O que significa violar uma norma jurídica?. Uma perspectiva processual*. São Paulo: RT, 2021.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVIM, Arruda. *Contencioso cível no CPC/2015*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2022.
- ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2021.
- ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade in: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Pré-questionamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 328, abr./jun. 1994, p. 37-48.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. Recurso especial, prequestionamento e a aplicação do art. 1.025 do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 47, v. 324, fev. 2022, p. 185-200.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial e recurso extraordinário*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2023.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002, p. 220.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2020.
- AURELLI, Arlete Inês; PANTALEÃO, Izabel. A repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso especial – medida adequada?. In: NERY JR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins – vol. 13*. São Paulo: RT, 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 23, v. 89, jan./mar. 1998, p. 266-280.

AURELLI, Arlete Inês. Embargos de declaração: arts. 1.022 a 1026. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. 4*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 482.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Os recursos – viés autoritário da jurisdição. In: *Processo e ideologia*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Recurso especial por violação de princípio jurídico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 86, n. 738, abr. 1997, p. 100-111.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil - vol. V*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARIONI, Rodrigo Otávio. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017, p. 695-713.

BECKER, Rodrigo Frantz. Embargos de declaração e prequestionamento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Código de Processo Civil no STF e no STJ: estudos sobre os impactos e interpretações*. Salvador: Juspodivm, 2018.

BONATO, Giovanni. O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 40, v. 249, nov. 2015, p. 249-274.

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2023*. Brasília: STJ, 2023.

BRAVO-HURTADO, Pablo; VAN RHEE, Cornelis (Ed.). *Supreme courts under pressure: controlling caseload in the administration of civil justice*. Cham: Springer, 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf. Acesso em 12 de janeiro de 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento e o art. 1.025 do CPC: uma homenagem ao Professor Eduardo Arruda Alvim. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro *et al* (Coord.). *Temas atuais de direito processual: Estudos em homenagem ao Professor Eduardo Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2021.

BUZAID, Alfredo. A crise no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 55, 1960, p. 327-372.

CABEZAS, Mariana de Souza. *Compatibilidade, alcance e limites do prequestionamento ficto no novo Código de Processo Civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 39, v. 231, mai. 2014, p. 201-223.

CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile – parte prima. *Opere Giuridiche – volume VI*. Roma: RomaTrE-Press, 2019.

CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile – parte seconda. *Opere Giuridiche – volume VII*. Roma: RomaTrE-Press, 2019.

CAMILLO, Fábio de Oliveira. Dos embargos de declaração “prequestionadores” conforme a jurisprudência do STF e do STJ e o princípio da razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 33, v. 159, mai. 2008, p. 239-258.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

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

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil – vol. 1*. Trad. Adrián De Witt Batista. São Paulo: ClassicBook, 2000.

CASTANHEIRA NEVES, António. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos tribunais supremos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CASTILHOS, Ângelo Soares. *A interpretação constitucional do prequestionamento*. Disponível em: https://www.academia.edu/25555275/A_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_DO_PREQUESTIONAMENTO. Acesso em 21 de dezembro de 2023.

CASTRO, Jordi Delgado. La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 33, jul./dez. 2009, p. 345-367.

CAVANI, Renzo. Casación y precedente: reflexiones a partir de Calamandrei. In: NIEVA FENOLL, Jordi; CAVANI, Renzo (Coord.). *La casación hoy cien años después de Calamandrei*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

CHAVES, Marcelo Luz. Precedentes judiciais: conceito(s) e características. *Revista ANNEP de direito processual*, v. 2, n. 2, jul./dez. 2021, p. 76-88.

CHEIM JORGE, Flávio; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 44, v. 295, set. 2019, p. 165-192.

CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Origem e desenvolvimento do prequestionamento – do direito inglês ao atual Código de Processo Civil. In: PORTO, José Roberto de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coord.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Repercussão geral e crise da recorribilidade extraordinária. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coords.) *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA LEITE, Paulo Roberto Saraiva da. Recurso especial: admissibilidade e procedimento. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CUNHA, Ígor Martins da; CARVALHO, Vinícius Bellato Ribeiro de. Efeito devolutivo nos recursos de estrito direito – comentários ao EREsp nº 227.767/RS. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al (Coord.). *Temas atuais de direito processual: Estudos em homenagem ao Professor Eduardo Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo* (Súmula 211/STJ). In: ASSIS, Araken (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito processual civil I*. São Paulo: RT, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Pquestionamento e voto vencido. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 17, ago. 2004.

DANTAS, Bruno. Repercussão geral: algumas lições da Corte Suprema Argentina ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro. *Revista da informação legislativa*, a. 47, n. 187, jul./set. 2010, p. 35-43.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: RT, 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – vol. 3*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – vol. 3*. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz *et al* (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina: In: *Fundamentos do processo civil moderno – t. II*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno – t. I*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

EISENBERG, Melvin Aaron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento?. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 37, v. 211, set. 2012, p. 143-188.

GIANNINI, Leandro. El acceso a los tribunales supremos y los filtros a la admisión de recursos: un análisis comparado. *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 108, n. 3, 2019.

GIANNINI, Leandro. El certiorari en Argentina: la trascendencia como filtro de selección ante la Corte Suprema. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 41, v. 251, jan. 2016, p. 229-273.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HAZARD JR, Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. London: Yale University Press, 1993.

JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. A súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

KERN, Christoph. O papel das cortes supremas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 103, n. 948, out. 2014, p. 47-76.

KERN, Cristoph. The respect for court decisions in german law. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: RT, 2013.

KOEHLER, Frederico A. Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. *Revista ESMAFE*. Recife: ESMAFE, n. 10, dez. 2006, p. 165-177.

LACERDA, Galeno. Considerações críticas sobre o prequestionamento. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, v. 29, 1999.

LE MOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Novo CPC doutrina selecionada – vol. 6*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Art. 515, §3º do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

MACEDO, Elaine Harzheim; SCALZILLI, Roberta. Prequestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 40, v. 246, ago. 2015, p. 283-313.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil – vol. 2*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. XVI*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O filtro da relevância*. São Paulo: RT, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES, Mauro Campbell *et al.* *Recurso especial*. Curitiba: EDC, 2022.

MARQUES, Mauro Campbell. O prequestionamento no Código de Processo Civil de 2015. In: MENDES, Aluíso Gonçalves de Castro *et al* (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux – vol. 2*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

MAZZEI, Rodrigo. Comentários ao art. 1.025. In: ARRUDA ALVIM, Teresa *et al* (Org.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (império e república)*. 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELO, Andréa Cherem Fabrício de. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial. *Revista de processo*. São Paulo: RT, a. 31, v. 132, fev. 2006, p. 7-29.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT, 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MORELLO, Augusto M. *El recurso extraordinario*. 3ª ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2006.

MOUSOURAKIS, George. *Roman law and the origins of the civil law tradition*. Cham: Springer, 2015.

NEGRÃO, Theotônio. O novo recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 79, n. 656, jun. 1990, p. 239-249.

NEGRÃO, Theotônio. Uma nova estrutura para o judiciário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 78, n. 639, jan. 1989, p. 242-247.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBoud, Georges. Inovações e polêmicas sobre RE e REsp no CPC-2015: funções dos tribunais superiores, recursos contra juízo de admissibilidade e embargos de declaração formadores de causa decidida ficcional. In: ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio (Coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: RT, 2017.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 20ª ed. São Paulo: RT, 2022.

NERY JR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento - os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais – vol. 4*. São Paulo: RT, 2001.

NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NIEVA FENOLL, Jordi. La relevancia social de la casación: la importancia del ius litigatoris. In: *Jurisdicción y proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 479-503.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. O prequestionamento e o novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 41, v. 256, jun. 2016, p. 169-178.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina: história, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 35, v. 187, set. 2010, p. 181-230.

OTEIZA, Eduardo. La motivación de la decisión judicial: el desafío de abreviar y detallar al mismo tiempo. In: SIMONS, Adrian *et al* (Coords.). *Estudios em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

PAGNOTTA, Margherita. *La Corte EDU legittima il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*. Disponível em: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2021/12/Pagnotta.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2024.

PANTALEÃO, Izabel. *Prequestionamento e matérias de ordem pública*. Curitiba: Juruá, 2019.

PASSOS, J. J. Calmon de. As razões da crise do nosso sistema recursal. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça - teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O Superior Tribunal de Justiça e a repercussão geral no recurso especial. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, a. 13, v. 20, n. 2, mai./ago. 2019, p. 20-46.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermanita Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946 – t. III*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – t. VIII*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

QUINTAS, Fábio Lima. A nova dogmática do recurso extraordinário: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento. *Revista Direito Público*, v. 5, n. 22, jul./ago. 2008, p. 7-23.

PROTO PISANI, Andrea. Il ricorso per cassazione in Italia. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 40, v. 241, mar. 2015, p. 361-367.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile – vol. II*. Milano: Giuffrè, 1957.

REGO, Frederico Montedonio. Filtros de relevância no direito comparado: como as cortes supremas evitam a banalização de precedentes. *Revista da EMERJ*, v. 21, n. 3, t. 1, set./dez. 2019, p. 205-235.

RODRIGUES, Marco Antonio. *Filtros de acesso às cortes superiores*. São Paulo: Juspodivm, 2024.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946 – vol. II*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros (Org.). *Doutrina Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa – 15 anos*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil – vol. 3*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Eraldo Melo da. Da inconstitucionalidade do prequestionamento ficto previsto no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v. 132, jul./ago. 2022, p. 13-31.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963.

STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. In: DIDIER JR, Fredie et al. *Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC – vol. 3*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. Uma reforma da corte de cassação?. *In: Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre o processo e justiça civil*. Trad. Darci Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. *Il vertice ambíguo: saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. *In: Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 36, v. 199, p. 139-155.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – vol. III*. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TRENTO, Simone. As funções das Cortes Supremas e a decisão de questões probatórias em recursos excepcionais. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, v. 2, n. 3, jun./nov. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 32, v. 145, mar. 2007, p. 151-162.

TUNC, André. Conclusions: La cour suprême idéale. *Revue internationale de droit compare*, v. 30, n. 1, jan./mar. 1978, p. 433-471.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – vol. 2*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016.

WIECZOREK, Bernhard *et al* (Ed.). *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Band 7 - §§ 511-591 ZPO*. 5 neu bearbeitete Auflage. Berlin: De Gruyter, 2021.

ZAMPAR JR, José Américo. O prequestionamento ficto e a admissibilidade do recurso especial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 107, n. 990, abr. 2018, p. 269-287.