

# Considerações sobre o juízo de admissibilidade recursal e a política de desafogamento dos tribunais superiores

**Karine Volpato Galvani**

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul  
Especialista em Direito Processual Civil pela  
Universidade de Santa Cruz do Sul  
Especialista em Direito Constitucional pela  
Universidade do Sul de Santa Catarina*

## RESUMO

O presente estudo visa, com base no estudo da doutrina e da jurisprudência sobre os temas abordados, analisar a relação existente entre o juízo de admissibilidade recursal e a política judiciária de desafogamento dos tribunais superiores, sob o viés das impropriedades técnico-jurídicas nela estabelecidas. Para tanto, o trabalho utiliza-se do método indutivo de abordagem e, no aspecto metodológico, de dados bibliográficos, de textos legais e de decisões dos tribunais. Em consequência, sua argumentação dividiu-se na breve análise dos requisitos gerais de admissibilidade dos recursos e, também, dos que são próprios dos recursos excepcionais, com ênfase na questão da exigência do prequestionamento, bem como de ilações acerca da aplicação da política judiciária de desafogamento dos tribunais superiores. Ao final, busca demonstrar que a análise conjunta dos temas abordados aponta para a sedimentação da visão de que a tentativa do Judiciário de conter a enorme demanda recursal que abarrotava os tribunais superiores, na aplicação das diretrizes do movimento chamado de “política judiciária”, acabou por gerar, além de incongruências técnico-jurídicas, verdadeiro sentimento de descrédito na Justiça.

Palavras-chave: Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Política judiciária.

## ABSTRACT

The present paper, based on the study of doctrine and jurisprudence about the issues discussed, intends to analyze the relationship between the judgment of admissibility of appeals and the judicial policy of bottlenecking of the superior courts,

observed by the angle of technical and legal improprieties of it. To do so, the paper uses the inductive method of approach, and in the methodological aspect, bibliographic data, legal texts and court decisions. Therefore, its argument was divided in a brief analysis of the general requirements for the admissibility of appeals and also of those that are proper of the exceptional appeals, with emphasis on the prior questioning as well as lessons on the implementation of judicial bottlenecking of the courts. At the end, seeks to demonstrate that the joint analysis of the themes points to the sedimentation of the view that the judiciary's attempt to contain the huge demand that fills up the superior courts, applying the guidelines of the movement called "judicial policy", generate, in addition to technical and legal inconsistencies, real sense of discredit of the justice.

Keywords: Exceptional Appeals. Admissibility. Prior Questioning. Judicial Policy.

## Introdução

O recurso especial está previsto no art. 105, alíneas a, b e c da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O parágrafo 1º do art. 542 do CPC, por sua vez, dispõe que os recursos extraordinário e especial serão submetidos ao exame de admissibilidade após o decurso do prazo para apresentação das contrarrazões do recorrido, ainda nos tribunais de origem.

Está, pois, definida a competência dos tribunais de segunda instância para apreciar a admissibilidade dos recursos excepcionais.

Interposto o recurso, cumpre ao Juízo primeiro de admissibilidade, então, proceder ao exame dos pressupostos de recorribilidade, uma vez que esses devem anteceder o exame do mérito, pois lhe são logicamente precedentes e eventualmente prejudiciais.

Assim, como questões preliminares gerais, têm-se aquelas relacionadas às condições da ação (cabimento, interesse e legitimida-

de), ao prazo, à inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer e ao preparo, aplicáveis a todo e qualquer recurso judicial.

A questão a ser tratada no presente trabalho diz respeito, por sua vez, à análise de requisitos específicos dos recursos excepcionais, com ênfase para o recurso especial e para o requisito do prequestionamento a ele aplicado. Isso porque, da análise da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, infere-se que a sua apreciação pelos tribunais de origem acaba, em grande parte das vezes, por ultrapassar a linha que divide a competência para análise dos requisitos de admissibilidade propriamente ditos, para passar a estabelecer impertinente julgamento do mérito do recurso, invadindo competência que é do tribunal superior ao qual o recurso é dirigido.

Tal análise servirá, também, para demonstrar como a política judiciária de “desafogamento” dos tribunais superiores acaba por imputar ao jurisdicionado rigores no juízo de admissibilidade que, além de não estarem previstos em lei, denotam verdadeira injustiça chancelada pelo Poder Judiciário.

## 1 Requisitos de admissibilidade dos recursos

Os pressupostos de admissibilidade recursal são comumente comparados às condições da ação. No dizer de Nery Junior (2000, p. 222):

as condições da ação, portanto, devem estar preenchidas para que seja possível o exame do mérito, da pretensão deduzida em juízo. Somente depois de ultrapassado o seu exame é que o magistrado poderá colocar fim à incerteza que pesa sobre determinada relação aplicando o direito ao caso concreto que lhe foi levado pelo autor.

Quanto ao recurso, ocorre fenômeno assemelhado. Existem algumas condições de admissibilidade que necessitam estar presentes para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso.

Chamamos o exame destes requisitos de juízo de admissibilidade. O exame do recurso pelo seu fundamento, isto é, saber se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso, denomina-se juízo de mérito.

Partindo da análise geral do juízo de admissibilidade dos recursos, faz-se necessária a verificação dos seus requisitos propriamente ditos, o que, na analogia com as condições da ação, poder-se-iam chamar de pressupostos ou condições recursais.

Nesse sentido, Nery Junior (2000, p. 240-242) segue a classificação de Barbosa Moreira e diz:

Os pressupostos *intrínsecos* são aqueles que dizem respeito a decisão recorrida em si mesmo considerada. Para serem aferidos, leva-se se em consideração o conteúdo e a forma da decisão impugnada, tal modo que, para proferir-se o juízo de admissibilidade, toma-se o ato judicial impugnado no momento e da maneira como foi prolatado, entre eles o *cabimento*, a *legitimação para recorrer* e o *interesse em recorrer*.

[...]

Os pressupostos *extrínsecos* respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes os dados que compõem o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a esta supervenientes. Deles fazem parte a *tempestividade*, a *regularidade formal*, a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer* e o *preparo*.

Passa-se, então, a analisar, de forma breve, os referidos requisitos, uma vez que são indispensáveis à compreensão dos requisitos específicos para admissibilidade do recurso especial, que serão tratados com maior ênfase.

Antes disso, no entanto, é preciso destacar que, nas hipóteses em que o juízo de admissibilidade exarado pelo órgão *a quo* é negativo, há a possibilidade de interposição de recurso ao tribunal competente (respectivo tribunal superior) para a apreciação do recurso originário, de modo que o órgão superior possa rever a decisão do inferior, especificamente no que tange à inadmissibilidade.

Assim, na hipótese de se ter juízos de admissibilidade negativos, para ambos os recursos excepcionais (especial e extraordinário) pelas presidências ou vice-presidências dos tribunais locais (atribuição definida pelos regimentos internos de cada tribunal), haverá a possibilidade da interposição de agravo de instrumento, no prazo de dez dias, conforme o disposto no art. 544 do CPC.

## 1.1 Dos requisitos intrínsecos

### 1.1.1 Cabimento

Esse requisito é aplicado no momento em que se analisa se a decisão deve comportar a impugnação pela via recursal e o recurso adequado para respectiva impugnação.

Desse modo, faz-se necessário haver decisão com carga decisória recorrível, bem como que o recurso interposto pela parte recorrente seja adequado para atacá-la.

Assim, se o recurso utilizado não for adequado, este não será admitido, por lhe faltar o requisito cabimento.

### 1.1.2 Legitimidade para recorrer

A legitimidade para recorrer vem disciplinada no art. 499 do CPC, nos seguintes termos:

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado, e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles que oficiou como fiscal da lei.

Tem-se, então, que o referido artigo atribui a legitimidade para recorrer às partes do processo, aos terceiros prejudicados, que devem demonstrar seu interesse jurídico na ação, e ao órgão do Ministério Público, tanto quando atua como parte, quanto quando atua como *custos legis*.

### 1.1.3 Interesse em recorrer

Nesse requisito, bastante elucidativo é o ensinamento de Nunes (2007, 115), que dispensa maiores anotações a esse respeito. Veja-se:

o interesse em recorrer deve sempre tomar por base o “binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem”.

## 1.2 Dos requisitos extrínsecos

### 1.2.1 Tempestividade

Tem-se, como regra, para cumprimento dos atos processuais, que esses obedeçam a prazos definidos na lei, sob pena da perda do direito de exercê-los, ou seja, sob pena do efeito da preclusão.

Com os recursos, ocorre idêntica situação, uma vez que o descumprimento dos prazos fixados na lei conduz ao seu não conhecimento, por desatendimento ao requisito da tempestividade, já que os respectivos prazos são considerados peremptórios. Os pra-

zos para interposição dos recursos tratados no presente estudo são de 15 dias para os recursos especial e extraordinário e cinco dias para os embargos de declaração, sendo que os prazos devem ser contados na forma preconizada pela Lei nº 11.419, de 19/12/2006, que entrou em vigor no dia 19/03/2007 e diz:

#### DA COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DOS ATOS PROCESSUAIS

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso (grifos nossos).

Assim, tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário devem ser apresentados perante o tribunal de origem, no prazo de 15 dias contados a partir da publicação, considerando-se publicada a decisão no primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário de Justiça eletrônico e, conforme o artigo 240 e seu parágrafo único do CPC, começando o início do prazo processual a fluir no primeiro dia útil após o dia considerado como da publicação.

### 1.2.2 Regularidade formal

A regularidade formal é o requisito extrínseco que está ligado ao cumprimento dos aspectos da interposição dos recursos que estão especificamente delineados na lei.

Em relação aos aspectos formais, faz-se necessário ressaltar algumas peculiaridades em relação ao recurso especial, como a apresentada a seguir.

No recurso especial interposto com base no dissídio jurisprudencial (art. 105, III, c, da CF/88), há de se obedecer ao previsto no art. 541 e seu parágrafo único do CPC, sendo necessário demonstrar, analiticamente, que os arestos divergiram na aplicação da lei em casos análogos, não bastando a simples “citação ou transcrição de ementas”. Tal observação é fruto da sua reiterada presença no conteúdo dos acórdãos emanados pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>1</sup>

### 1.2.3 Da inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer

Também configura hipótese de inadmissibilidade recursal a existência dos fatos impeditivos e/ou extintivos do poder de recorrer.

Na exata lição de Nery Junior (2000, p. 335), “os fatos extintivos do poder de recorrer são a renúncia ao recurso e a aquiescência à decisão; os impeditivos do mesmo poder são a desistência do recurso ou da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia a direito que se funda a ação”.

### 1.2.4 Preparo

A exigência de preparo recursal encontra-se disciplinada no art. 511 do CPC, *verbis*:

<sup>1</sup> Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

2. O reconhecimento, pelo Tribunal de origem, de que a questão necessita de produção de prova impossibilita a utilização da via peculiar da Exceção de Pré-Executividade. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1163985/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 18/12/2009).

Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno sob pena de deserção.

§ 1º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

§ 2º A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.

No caso dos recursos excepcionais, oportuno ressaltar que não se aplica o disposto no parágrafo segundo do artigo citado, uma vez que acaso não seja interposto já com o preparo considerado deserto. Nesse sentido, lembra-se, ainda, que é relativamente recente a modificação legislativa que impôs o pagamento de custas também aos recursos especiais (Lei nº 11.636, de 28/12/2007), uma vez que, até então, para interposição do referido recurso, o preparo restringia-se ao pagamento do porte de remessa e retorno dos autos.

## **2 Requisitos de admissibilidade específicos do recurso especial e sua aplicação no juízo de “inadmissibilidade”**

Delineados, ainda que superficialmente, os requisitos genéricos dos recursos, passa-se a analisar, de forma mais detida, os requisitos de admissibilidade específicos dos recursos excepcionais, mormente da forma que serão impostos ao recurso especial.

Por essa razão, a par de conceituar brevemente esses requisitos, a abordagem ora utilizada será no sentido de destacar os pontos em que residem as exigências ilegais neles fundadas, quando da feitura do juízo de admissibilidade do recurso especial pelos tribunais de origem.

Em primeiro lugar, faz-se necessário salientar que não há unanimidade na doutrina acerca de quais são, exatamente, os requisitos de admissibilidade específicos dos recursos especiais. Verifica-se que o Código de Processo Civil disciplina o tema de forma escassa, como no caso dos requisitos dispostos no parágrafo único do seu art. 541, citado alhures, bem como que muitos dos requisitos impostos hodiernamente na jurisprudência encontram fundamento nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/88, que disciplinam as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário de forma genérica, sem impor qualquer restrição literal. Assim, o que se tem, na verdade, é que tais requisitos acabaram sendo disciplinados por precedentes jurisprudenciais.

Por oportuno, é necessário que se transcreva as súmulas relacionadas ao tema, com maior aplicação na prática, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

**Súmula 5:** A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

**Súmula 7:** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

**Súmula 207:** É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

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

Nesse passo, também é necessário mencionar a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, por ser utilizada indistintamente para a negativa de admissão de ambos os recursos excepcionais, quando interpostos por violação a legislação federal ou de dispositivo constitucional, e que tem o seguinte teor:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Em vista do exposto, a par da inexistência de consenso sobre o tema, o presente estudo visa traçar o perfil apenas dos principais requisitos de inadmissibilidade dos recursos especiais, como a **alegação de inexistência de violação à lei** e da **existência de matéria fático-probatória a ser analisada no recurso**, bem como (e mais especificamente) acerca da problemática existente quanto à exigência de **prequestionamento dos dispositivos legais arguidos no recurso especial**.

## 2.1 Alegação de inexistência de violação à lei

Diz a redação do art. 105, III, *a*, da CF/88, que é admissível a interposição de recurso especial em face de acórdão que violar ou negar vigência a dispositivo de lei federal.

A questão da apreciação de violação a dispositivo legal no juízo de admissibilidade reside no fato de tal juízo dizer respeito ao mérito dos recursos especiais, não podendo ser transferido ao exame de admissibilidade do juízo *a quo*. É, no entanto, fundamento de inadmissão vastamente utilizado pelos tribunais de origem.

Nesse sentido, é de se lembrar que, como já visto, o juízo de admissibilidade exercido pelo tribunal *a quo* não pode ser confundido com o juízo de mérito a ser exercido pelo tribunal *ad*

quem, o que evidencia o descabimento de os tribunais de origem não admitirem recurso especial, com base, em geral, no disposto na Súmula 284 do STF anteriormente transcrita, sob o fundamento de que não fora devidamente demonstrada a existência de violação a dispositivo legal.

Nesse sentido, bem ensina Gouveia (2008, p. 33):

não é válido, portanto, que o exame de admissibilidade ultrapasse o âmbito de análise delimitado acima, produzindo juízo de valor acerca da apontada violação ao Texto Constitucional ou à legislação infraconstitucional, de forma a impor a não-admissão do apelo extraordinário ou especial com base no prejulgamento do mérito recursal. [...]

Das lições acima colacionadas infere-se que não é permitido à Corte de origem proceder à análise do mérito recursal, mas apenas limitar-se a avaliar se foi apontada a ofensa da decisão recorrida à Constituição Federal ou à legislação infraconstitucional, de forma a viabilizar a admissão do recurso extraordinário interposto com base no art. 102, III, "a", da CF/88, ou do recurso especial interposto com fundamento no art. 105, II, "a", da CF/88.

Em conclusão, vê-se que o tribunal de origem que deixa de admitir determinado recurso especial, por entender que não houve a violação apontada pelo recorrente, se imiscui indevidamente na competência recursal do tribunal superior, o que não pode ser admitido, por extrapolar a sua competência, que deve se restringir ao cumprimento de requisitos objetivos.

## 2.2 Impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória

A Súmula 7 do STJ dispõe que "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Tal criação jurisprudencial pretende reforçar o entendimento de que nos recursos excepcionais apenas se pode analisar as matérias atinentes à violação ou negativa de vigência aos dispositivos legais e constitucionais no caso concreto, não se podendo examinar as circunstâncias fáticas do caso.

Não obstante, a referida súmula é utilizada indiscriminadamente pelos tribunais de origem com o fito de impedir a subida de recursos especiais. Exemplo clássico são ações de dano moral em caso de inscrição em cadastros de restrição de crédito. De um lado, tem-se a negativa sistemática dos tribunais de origem em admitir tais recursos especiais<sup>2</sup>, sob o fundamento de que implicariam análise de

<sup>2</sup> Exemplo dos despachos de inadmissão proferidos pelo Tribunal Regional da 4ª Região nos autos nº 2001.71.00.033978-4, 2004.71.00.037649-6 e 2006.70.01.003658-5.

matéria fático-probatória, e, de outro, jurisprudência vasta e pacificada do STJ no sentido de que cabe ao tribunal superior cuidar do *quantum* a ser arbitrado na indenização desse tipo de dano<sup>3</sup>, o que demonstra que não há nova análise dos fatos, mas tão somente fatos já analisados a serem considerados para fixação do valor da indenização.

A esse respeito, em excelente conclusão sobre o tema, diz Carneiro (2008, p. 217):

importante frisar a advertência de que “a circunstância de que os fatos da causa não devam ser reapreciados em sede de RE e/ou REsp não significa, em si, a desconsideração dos fatos como elementos jurídicos necessários à justa prestação jurisdicional”.

Afinal de contas, a aplicação do direito é um fenômeno tridimensional, que leva em conta o fato, a norma e a subsunção do fato à norma. Dessa forma, para que se possa verificar se houve ou não a correta aplicação da lei ou da Constituição, tem-se que passar pelo exame do fato.

O que é vedado, portanto, não é verificar os fatos que embasam o caso em tela, mas sim lhes alterar a dimensão e versão que lhes foi dada pelo acórdão recorrido. Não caberá aos Tribunais Superiores verificar a existência ou inexistência de determinados fatos, mas analisar se a lei foi aplicada corretamente, tomando os fatos como narrados na decisão recorrida.

### 2.3 Exigência de prequestionamento

A exigência de prequestionamento dos dispositivos legais arguidos no recurso especial é, pois, a questão a ser analisada mais detidamente no presente estudo.

Na definição de Castilho (2001, p. 19), o prequestionamento:

Trata-se de fenômeno processual que se deve identificar no curso da lide para demonstrar que a questão constitucional ou legal, que se quer trazer à discussão no Tribunal Superior, foi devidamente examinada no tribunal inferior. Em outros termos, cuida-se de evidenciar que as instâncias ordinárias julgaram a lide enfrentando os referidos temas como *razão de decidir*.

<sup>3</sup> Exemplo dos acórdãos proferidos no REsp 874496/SC, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 12.02.2007, p. 269; REsp 705371/AL, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 24.10.2006, DJ 11.12.2006, p. 364; REsp 873922/MT, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 14.11.1006, DJ 11.12.2006, p. 392; REsp 871465/PR, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 12.02.2007, p. 267; REsp 612407/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 27.03.2007, DJ 23.04.2007, p. 271.

O autor diz que “a obviedade do axioma é patente, pois não teria sentido pedir ao Tribunal Superior a apreciação de questão que o inferior não tivera necessidade ou oportunidade de examinar” (CASTILHO, 2001, p. 19).

A par de apresentar o conceito de prequestionamento, faz-se necessário dizer que esse é, com certeza, um dos aspectos mais discutidos e controvertidos na doutrina e jurisprudência, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais.

O trato com a frequente interposição de recursos especiais faz ver, nesse sentido, que a dificuldade da questão existe em virtude de, na ausência de regulamentação legal, a jurisprudência dos tribunais superiores não ter chegado a um entendimento sobre a forma de exigência do prequestionamento e, em assim sendo, ter formulado entendimento de várias espécies.

A nomenclatura mais utilizada pelos tribunais identifica no requisito do prequestionamento três formas distintas: explícito, implícito e ficto.

A fim de identificar de forma esclarecedora os três tipos referidos, utilizar-se-á a lição de Carneiro (2008, p. 215), *verbis*:

sumarizando o entendimento doutrinário e jurisprudencial, e independente da definição adotada de prequestionamento, podemos afirmar que, em relação à forma com que o Tribunal local se manifesta sobre a questão federal ou constitucional, o prequestionamento pode se dar de três modos: a) explícito; b) implícito; e c) ficto.

A diferença entre o prequestionamento implícito e o explícito (infelizmente também denominado de numérico) reside no fato de que no explícito o Tribunal local consignou expressamente o dispositivo legal tido como violado, enquanto que no implícito o acórdão, embora tenha se manifestado sobre a questão, não mencionou expressamente o dispositivo legal.

[...]

Há, ainda, o prequestionamento chamado de ficto, que se dá quando o Tribunal não apreciou a questão federal ou constitucional no acórdão, mas a parte opôs os devidos embargos de declaração. Nesse caso, mesmo que o tribunal não acolha os embargos de declaração e, conseqüentemente, não se manifeste sobre a questão suscitada, estaria atendido o requisito do prequestionamento, pois a parte cumpriu com a exigência que lhe cabia, de provocar o órgão jurisdicional para se manifestar, não podendo ser responsável pela omissão dele.

Identificadas as concepções mais utilizadas de prequestionamento, a jurisprudência dos tribunais, tanto de origem quanto

dos superiores, demonstra que esses se utilizam concomitantemente das três formas. Não obstante, a análise dos acórdãos acerca da matéria demonstra que o verdadeiro problema consiste em se verificar que não é possível se vislumbrar outra lógica, senão a de que, no caso concreto, a concepção aplicada pauta-se, principalmente, no interesse em julgar (ou não) o mérito de determinado recurso.

Nesse sentido, é importante destacar a criação jurisprudencial surgida em torno dos embargos de declaração, a fim de subsidiar o prequestionamento ficto. Tem-se no Supremo Tribunal Federal as Súmulas 282 e 356, que dizem, respectivamente, que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aponta entendimento contrário, ao dizer, na Súmula nº 211, que é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” (grifo nosso), bem como na Súmula nº 320 que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Visualizadas as súmulas aplicáveis à questão, é pontual a lição de Gouveia (2008, p. 38-39) ao reconhecer que não há outra forma de se cumprir o requisito do prequestionamento se não a interposição sistemática de embargos de declaração, nos seguintes termos:

por essas razões revela vital importância ao correto deslinde do feito a oposição de embargos de declaração quando a parte verificar inexistir na decisão a análise de questão levada ao processo.

[...]

sendo assim, conclui-se que o exame de admissibilidade dos recursos constitucionais, no que tange ao pressuposto do prequestionamento, deve se ater apenas à análise da existência na decisão recorrida de discussão expressa em torno dos dispositivos constitucionais e legais indicados como violados ou implícita acerca da matéria por eles regulada. Quando inexistente o debate do tema no julgado contestado, cabe à parte interpor embargos de declaração. Se mesmo assim não for sanada a omissão, a mera oposição dos embargos declaratórios viabiliza a admissibilidade do recurso extraordinário e a alegação de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil viabiliza a admissibilidade do recurso especial.

A lógica dos tribunais, no entanto, não é assim tão escurreita. Bom exemplo é o posicionamento de Volkmer de Castilho em artigo escrito na época em que atuou como Juiz Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Isso porque esse autor, ao se manifestar sobre o posicionamento dos tribunais superiores acerca da questão do prequestionamento nos recursos excepcionais, traduz juízo de valor sobre tema, que é bastante elucidativo do posicionamento tomado atualmente pelos tribunais, razão pela qual merece ser reproduzido. Veja-se:

o STF, embora exija o prequestionamento explícito, aceita que seja satisfeita a exigência com a simples apresentação dos declaratórios, reconhecendo-a cumprida mesmo rejeitados os embargos. A solução da Corte Suprema parece contraditória, porque aceita a afirmação da parte de que o não-provimento dos declaratórios vulnera o direito de prestação jurisdicional e isso implica a necessidade de examinar - para o suprimento do defeito - toda a matéria de fato e de direito para dizer que a omissão ou a contradição não declarada impediu ilegalmente a subida do recurso. Salvo melhor exame, não há como aceitar qualquer delas: a primeira, porque faltando a explicitação não há prequestionamento suficiente; e a outra, porque, para consegui-lo, seria necessário examinar fatos e provas. A conclusão correta parece ser a de que, nesse caso, não há mais como examinar a pretensão da parte, cabendo a movimentação da ação rescisória na qual se poderá desfazer o acórdão deficiente e, na retomada do julgamento do acórdão defeituoso, exigir o adequado prequestionamento. Certo é que não se pode, no recurso excepcional ou através dele, postular a reforma do acórdão que rejeitou embargos declaratórios, pena de transformar a instância excepcional em instância revisora de fatos e de prova, contrariando a própria jurisprudência que o veda. Aliás, é preciso ainda deixar claro que o costume, muito difundido entre os tribunais inferiores, de admitir - por embargos declaratórios - a "explicitação" dos artigos que o embargante quer sejam tidos por prequestionados, não tem nenhum fundamento (CASTILHO, 2001, p. 19, grifo nosso).

Diz, ainda:

Com efeito, o prequestionamento de que cuida a velha jurisprudência do STF é a *efetiva discussão e abordagem do tema respectivo na sentença e no acórdão que julga a apelação*, sendo evidentemente insuficiente o mero requerimento, via embargos declaratórios do julgamento da apelação ou da ação rescisória, para que o tribunal de 2º grau faça a indicação dos artigos ou textos legais que se quer sejam tidos por prequestionados, mesmo quando não te-

tenham sido de fato discutidos *como razão de decidir* no respectivo julgamento. Esse expediente certamente não constitui o prequestionamento de que tecnicamente cogita a interpretação constitucional predominante, a qual exige do recorrente uma provocação concreta do tribunal inferior sobre a questão constitucional ou federal capaz de habilitar a discussão no Tribunal Superior. Em resumo, se os embargos destinados ao prequestionamento forem rejeitados, nada mais pode ser feito na via excepcional, não podendo ser acolhidos só para dar por prequestionados os pontos solicitados como fundamento do julgado sem a devida discussão (CASTILHO, 2001, p. 20, grifo nosso).

Como já dito, o posicionamento do magistrado é bastante ilustrativo da situação atual da jurisprudência e o que permite sublinhar é que, ainda mais nos dias de hoje, a carga acerca da demonstração do prequestionamento é posta sobremaneira sobre os ombros do recorrente, e não do órgão julgador, circunstância que altera o recomendável equilíbrio e papel das partes de uma ação judicial, em desfavor daquele que busca a tutela jurisdicional.

### **3 Da política de desafogamento do Poder Judiciário**

A análise dos temas discutidos no presente trabalho demonstra que o afã de impedir a subida dos recursos para julgamento dos tribunais, mormente dos tribunais superiores, é reflexo do crescente movimento, comumente chamado de “política judiciária”, que visa “desafogar” o Poder Judiciário do excesso de demandas. Estão nessa mesma linha as tentativas de reduzir a judicialização dos conflitos, por meio das alternativas de projetos de conciliação, inclusive pré-processuais, e de arbitragem.

Não obstante, a crítica feita a tal política é no sentido de que a sua aplicação na fase recursal tem implicado, indubitavelmente, a redução da qualidade técnica dos julgamentos. Nesse sentido, a questão da exigência (ou não) do requisito “prequestionamento” e da interposição (ou não) de embargos declaratórios tornou-se emblemática para ilustrar esse descompasso.

Cada dia mais os acórdãos são precariamente fundamentados, muitas vezes sem qualquer indicação de dispositivo legal e com evidentes omissões de julgamento das matérias arguidas pelos recorrentes. Para estes, no entanto, contra esse movimento que vem nitidamente ao seu desfavor, resta apenas a interposição de embargos declaratórios, que, na grande maioria das vezes, deixam de ser analisados e são rejeitados com fundamento genérico da inviável pretensão de atribuição de efeitos infringentes.

A análise dos julgamentos leva a crer, muitas vezes, que, quando convém ao tribunal julgar o mérito do recurso, admite-se até o prequestionamento ficto. Por outro lado, quando não é o caso de realizar o julgamento, exige o prequestionamento explícito (numérico), de modo a não conhecer o recurso.

Tal posicionamento fica evidente ao se fazer análise das decisões proferidas nos agravos de instrumento interpostos contra os despachos de inadmissibilidade. Na hipótese de a mesma matéria ser enviada ao STJ por meio de recurso especial, diretamente, e por meio de agravo de instrumento (art. 544 do CPC) em que o tribunal de origem impôs óbice da ausência de prequestionamento, é praticamente impossível que na última hipótese o mérito do recurso especial seja analisado. No entanto, se a matéria é enviada ao tribunal superior por meio de recurso especial, prequestionada explicitamente ou não, a chance de ser analisada aumenta consideravelmente, pois o julgamento pelo STJ fixa-se menos nos requisitos de admissibilidade e mais no mérito do recurso.

A análise detalhada de um dos requisitos de admissibilidade torna plausível a afirmação de que o conjunto do Poder Judiciário está desafinado, tendo em vista que vem impondo rigores excessivos e, muitas vezes, ilegais aos recorrentes. Todos sabem, no entanto, que o caminho é o equilíbrio e, nesse sentido, Moreira (2005, p. 187-188) é contundente ao advertir:

o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento recurso é atitude correta e é 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 motivos de não conhecimento circunstância de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão inconsistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimimento.

## Conclusão

O presente trabalho visa demonstrar inicialmente que a jurisprudência dos tribunais superiores tem criado requisitos de admissibilidade que não constam da lei ou da Constituição para os recursos excepcionais, bem como que a ausência de regulamentação legal para tais exigências acaba por criar rigores formais que, além de incongruentes, são por vezes aplicados por instâncias incompetentes.

A par da ilustração técnica do problema, que pode ser feita tranquilamente por meio da análise correlacionada entre os argumentos ora expendidos e os bancos de jurisprudência dos tribunais, é preciso dizer que é sabido que, sob a ótica menos técnica e mais política, resta evidenciado que tal situação é resultado da tentativa do Judiciário de conter a enorme demanda recursal que abarrotava de recursos os tribunais superiores, na aplicação das diretrizes do movimento comumente chamado de “política judiciária”.

A exigência do requisito prequestionamento é, pois, questão que – conforme se verifica na análise efetuada no presente estudo – demonstra efetivamente que não há regra técnica exata para sua exigência, mas sim regra de conveniência.

Depois de anos pretendendo levar a justiça a todos os cidadãos, nos memoráveis escritos e movimentos atinentes ao “acesso à justiça”, propagados pela promulgação da Constituição Federal de 1988, o que se tem hoje é um caminho diferente, que busca a desjudicialização dos conflitos. Há muito o que se fazer, no entanto, para que sejam objeto de contenção, também, as oportunidades em que o cidadão realmente chega até a Justiça, mas essa atende a sua provocação de forma precária.

O que se observa, também, como resultado da aplicação de tal política, é que esta, utilizada demasiadamente tanto pelos tribunais de origem quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, acaba por gerar situações de evidente injustiça, pois os requisitos de admissibilidade não são examinados tecnicamente, mas sim de acordo com a conveniência do órgão julgador, que tem de deixar subir o recurso ou, no caso dos tribunais superiores, julgá-lo.

Tal forma de agir, no entanto, autoriza o jurisdicionado a pensar que, quando pretendem julgar o mérito dos recursos, os tribunais excepcionais interpretam com pouco rigor os requisitos de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários. No entanto, quando não desejam examinar o seu mérito, utilizam excesso de rigor para achar, custe o que custar, algum requisito de admissibilidade que não tenha sido atendido, valendo, inclusive, criar requisito novo a ser cumprido.

O que se questiona, dessa forma, não é a necessidade de se conter demanda excessiva de recursos enviados aos tribunais superiores, mas sim a forma com que os tribunais regionais e o próprio STJ e STF estão lidando com o problema: utilizando-se dos requisitos de admissibilidade como instrumento da política para redução dos recursos, o que gera não só as incongruências técnico-jurídicas apontadas neste estudo, mas também a irresignação dos jurisdicionados e o seu descrédito na Justiça.

## Referências

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 205-232, jun. 2008.

CASTILHO. Manoel Lauro Volkmer de. Notas sobre o processamento do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 281, p. 18-28, 2001.

GOUVEIA, Carlos Marcelo. Os limites do exame de admissibilidade dos recursos constitucionais. **Revista de Direito Processual**, São Paulo, v. 67, p. 33-42, out. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 32, p. 187-188, dez. 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. Alguns elementos do sistema recursal: da sua importância na alta modernidade brasileira, do juízo de admissibilidade e de seus requisitos. **Revista de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 47, p. 93-126, maio/jun. 2007.