

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUALÇÃO EM DIREITO**

VICENTE EVERTHON SOUSA SANTOS

**PREQUESTIONAMENTO FÍCTO:
Divergência entre Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal
Superior do Trabalho**

**Brasília
2015**

VICENTE EVERTHON SOUSA SANTOS

PREQUESTIONAMENTO FÍCTO:

Divergência entre Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil, como requisito parcial para obtenção de título de especialista em Direito Processual Civil na linha de pesquisa de Direito Processual Civil.

Brasília

2015

VICENTE EVERTHON SOUSA SANTOS

PREQUESTIONAMENTO FÍCTO:

Divergência entre Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, como requisito parcial para obtenção de título de especialista em Direito Processual Civil na linha de pesquisa de Direito Processual Civil.

Brasília-DF, 28 de agosto de 2015.

Banca examinadora.

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho de pesquisa busca analisar os motivos que levam o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho a divergirem a respeito da possibilidade da ocorrência do prequestionamento ficto. Para isso, far-se-á uma análise dos recursos de natureza extraordinária e sua função, bem como dos requisitos necessários para a admissibilidade desses recursos para, por fim, chegar a análise do posicionamento desses tribunais superiores a respeito do prequestionamento ficto. Ao final da pesquisa são analisados os motivos pelos quais esses Tribunais divergem a respeito da matéria demonstrando a posição do novo Código de Processo Civil acerca da matéria.

Palavras-chave: Processo Civil. Prequestionamento Ficto. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT

This research seeks to analyze the reasons why the Supreme Court, the Superior Court of Justice and the Superior Labor Court to diverge about the possibility of the occurrence of ficto prequestionamento. For this, far-there will be an analysis of the extraordinary nature of resources and their function as well as the requirements for the admissibility of these resources to finally reach the analysis of the positioning of these high courts regarding ficto prequestionamento. At the end of the survey are analyzed the reasons for which these courts differ on the matter showing the position of the new Civil Procedure Code on the subject.

Keywords: Civil lawsuit. Ficto Prequestionamento. Brazilian Supreme Court. Brazilian Court of Justice. Brazilian Superior Labor Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.....	9
1.1. Espécies de recursos de natureza extraordinária	13
1.1.1. Recurso Extraordinário:.....	14
1.1.2. Recurso Especial:.....	19
1.1.3. Recurso de Revista	22
2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.....	28
2.1. Juízo de admissibilidade	28
2.2. Requisitos de admissibilidade dos recursos	32
2.2.1. Pressupostos intrínsecos.....	33
2.2.2. Pressupostos extrínsecos:	36
2.3. Pressupostos específicos dos recursos de natureza extraordinária.....	38
2.3.1. Recurso Extraordinário	38
2.3.2. Recurso Especial:.....	41
2.3.3. Recurso de Revista	43
3. PREQUESTIONAMENTO	45
3.1 Espécies de prequestionamento:	47
3.2. Pquestionamento ficto e a divergência entre os Tribunais Superiores	50
3.3. Colisão de princípios fundamentais e o novo código de processo civil (Lei 13.105/15).....	57
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Os Tribunais Superiores possuem a função atribuída pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional de uniformizar o entendimento jurisprudencial em âmbito nacional, de modo a manter a higidez do ordenamento jurídico.

Por conta dessa função que lhes é atribuída a matéria que lhes é permitida analisar é diferenciada, não sendo a mera irresignação da parte suficiente para que essas Corte se manifestem acerca da questão. Assim, criaram-se requisitos diferenciadores para a interposição dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, destacando-se o prequestionamento.

A doutrina classifica o prequestionamento em explícito, numérico, implícito e ficto. No que toca aos três primeiros não há dúvidas, pois, tendo em vista que a causa deve estar decidida para que se interponha recursos para os Tribunais Superiores, é uníssono que deve haver o prequestionamento explícito, não havendo necessariamente que o Tribunal *a quo* cite o dispositivo violado (numérico), e que não sendo clara a manifestação deve a parte opor embargos de declaração, pois não se admite o prequestionamento implícito.

Todavia, a partir da oposição dos embargos declaratórios para sanar a obscuridade do acórdão impugnado surge a divergência. Caso, mesmo tendo a obrigação de se manifestar acerca da matéria, o Tribunal *a quo* não se manifeste mesmo com a oposição dos embargos declaratórios, poder-se-ia considerar a matéria prequestionada?

O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho divergem acerca da matéria e aqui nasce o problema de pesquisa do presente: quais os fatores levam o STF, STJ e TST a divergirem acerca da aceitação do prequestionamento ficto?

O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho têm aceitado que o prequestionamento se dê de modo ficto, pois entendem que a parte fez tudo o que poderia ter feito ao opor os embargos declaratórios, assim, haveria uma ofensa ao princípio da celeridade e da economia processual. Por outra banda o Superior Tribunal de Justiça e recentemente a primeira turma do STF não têm aceito essa forma de prequestionamento, pois haveria uma inegável supressão de instâncias e, por consequência, uma ofensa ao princípio da instâncias recursais.

Assim, há um conflito de princípios em que tem o aplicador do Direito a função de, fazendo uma ponderação entre eles, chegar à solução mais correta.

Portanto, o objetivo deste projeto de pesquisa é demonstrar e estudar os recursos de natureza extraordinária e demonstrar a divergência acerca da matéria entre o STF, STJ e TST e os motivos de sua ocorrência, analisando, ao fim, a posição do novo Código de Processo Civil sobre a matéria.

Trata-se de uma pesquisa de importância singular, pois a divergência entre os Tribunais Superiores sobre a matéria causa insegurança jurídica significativa, buscando, por meio desta pesquisa, demonstrar os motivos da divergência para que seja possível, no futuro, solucioná-la.

O problema será abordado por meio de pesquisa bibliográfica, na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, e serão analisados conceitos jurídicos como: Tribunais Superiores, recursos de natureza extraordinária, juízo de admissibilidade, requisitos de admissibilidade (intrínsecos e extrínsecos), requisitos específicos dos recursos de natureza extraordinária e o prequestionamento.

Para tanto, esse trabalho de pesquisa se iniciará estudando o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho e os recursos de natureza extraordinária dirigidos a eles. Em seguida, será analisado o juízo de admissibilidade desses recursos e seus pressupostos específicos e gerais para, por fim, estudar o prequestionamento, chegando à divergência entre os Tribunais.

Ao final da pesquisa será apresentada a conclusão, com o objetivo de esclarecer o motivo da divergência entre o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho e contribuir para uniformização do entendimento acerca do prequestionamento ficto.

1. RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA

Os recursos excepcionais tem sua gênese ligada à implantação do Federação nos Estados Unidos da América.

Sabe-se que as antigas colônias inglesas, com a guerra da independência em 1776, transformaram-se em Estados Soberanos. Só a partir de junho de 1778 é que, abrindo mão de parte de sua autonomia, firmaram os Artigos da Confederação, que entraram em vigor em 1781. Os poderes do governo central eram restritos, tendo-se preservado a soberania de cada Estado. Posteriormente foi firmado um outro pacto, que acabou resultando na Constituição dos Estados Unidos, em que se atribuíram mais poderes ao governo central, participando os Estados Federados da formação da norma jurídica federal (WAMBIER, 2008, p. 243).

Desta forma, no federalismo norte-americano passaram coabitar duas ordens jurídicas distintas, os Estados Federados e o Estado Central, havendo um equilíbrio entre elas. Previu-se, de forma a manter o balanceamento entre os entes federados, que “a competência legislativa dos Estados Federados é residual, sendo a do Governo Central fixada especificamente” (WAMBIER, 2008, p. 243).

A existência simultânea de dois planos de competência legislativa gerou conflitos normativos entre os níveis de poder, passando a vigorar uma regra de supremacia de normas segundo a qual as leis do Governo Central teriam hierarquia superior às normas Estaduais, estando estas submetidas àquelas.

Instituiu-se com o *Judiciary Act* de 1789 o chamado *writ of error*, criado em 1789, posteriormente designado *writ of appeal*. “Essa lei alargou a competência recursal da Suprema Corte, permitindo a revisão dos pronunciamentos finais dos tribunais dos Estados-membros para garantir a supremacia da Constituição e das leis federais” (ASSIS, 2014, p. 728), como uma forma de manutenção do equilíbrio do regime federativo dos Estados Unidos da América.

No Brasil, a ideia de recurso excepcionais, assim como a própria ideia de Estado Federado, foi introduzida por Rui Barbosa com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, inspirado no modelo Norte Americano.

A República anelou o objetivo de garantir, a um só tempo, a supremacia da Constituição e a inteireza do direito positivo. Para tal finalidade, e antes

mesmo de votada a Constituição de 1891, o Dec. 848, de 24.10.1890, organizou a Justiça Federal encimada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – designação tradicional, somente modificada para “Corte Suprema” na CF/1934 – e integrada de juízes de primeiro grau, chamados de “juízes de seção”. O Dec. 848/1890 espelhou o *Judiciary Act* norte-americano, de 1789, e o mencionado *writ of error*. O art. 9º, parágrafo único, c, desse diploma criou recurso para o STF “quando a interpretação de um preceito constitucional, ou lei federal, ou de cláusula de um tratado, ou convenção, seja posta em questão”. O legislador importou o art. 9º do texto estrangeiro. Percebe-se, no texto, ademais, a tríplice função acometida ao STF na Primeira República, neste particular, e que perdurou até a CF/88: o controle de constitucionalidade, segundo o sistema difuso, e a preservação uniforme da aplicação e da supremacia do direito federal. É preciso ter em mente, outrossim, que o STF julgava os recursos dos provimentos emitidos pelos juízes de seção (art. 59, 2, da CF/88). O tribunal agasalhou competências extravagantes e bem superiores às de corte constitucional. (ASSIS, 2014, p. 728-729)

Por conta da função destinada pela Constituição Federal de 1891, e mantida pelos demais Textos Constitucionais, ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do julgamento do Recurso Extraordinário, de preservar a uniformidade da interpretação não apenas da Constituição, mas também da lei federal, “o Supremo Tribunal Federal sofreu significativo aumento anual dos recursos, o qual culminou na denominada crise do Supremo” (SOUSA, 2013, p. 626).

Na tentativa de solucionar o problema da pleora de recursos, foram adotados mecanismos de restrição ao acesso à Suprema Corte, como a arguição de relevância e os óbices regimentais e jurisprudenciais. Não obstante, os expedientes imaginados não foram capazes de dar cabo à mencionada crise.

Diante do quadro, a comunidade jurídica nacional passou a prestigiar a sugestão formulada pelo Professor José Afonso da Silva, de criação de um Tribunal Superior de Justiça, com a principal competência de julgar os recursos sobre questão de direito federal infraconstitucional comum. (SOUSA, 2013, p. 626)

Por este motivo, o Constituinte originário de 1988 instituiu o chamado Superior Tribunal de Justiça, instalado em 7 de abril de 1989, atribuindo a essa nova Corte Superior parte da competência anteriormente atribuída ao Supremo Tribunal Federal, além de uma pequena parte da competência do extinto Tribunal Federal de Recursos (que deu lugar aos Tribunais Regionais Federais).

Assim, a Constituição Federal de 1988 transferiu ao Superior Tribunal de Justiça “a missão de zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito federal

infraconstitucional comum” (SOUZA, 2013, p. 627). Para tanto, instituiu o Recurso Especial como sendo o recurso adequado para levar à apreciação do Tribunal Superior as ofensas perpetradas pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados à legislação federal, bem como as divergências jurisprudenciais sobre a interpretação da direito federal infraconstitucional.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro os recursos de natureza extraordinária não se limitam ao Recurso Extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, e ao Recurso Especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. A estrutura do Poder Judiciário Brasileiro prevista na Constituição Federal de 1988 indica outros tribunais de superposição aos quais são dirigidos recursos de natureza extraordinária para que haja uma uniformização da interpretação.

A Constituição Federal de 1988 prevê que o Poder Judiciário é composto por diversos órgãos, dos quais, além do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se o Tribunal Superior do Trabalho.

Diferentemente do Supremo Tribunal Federal e da justiça federal, que tiveram sua gênese antes mesmo da promulgação da Constituição da República de 1891, a Justiça do Trabalho foi instalada no Brasil em 1941. Mas a origem do Justiça do Trabalho e o embrião do Tribunal Superior do Trabalho se deram antes dessa data.

Em 1923 foi criado o Conselho Nacional do Trabalho como “órgão consultivo dos poderes públicos em assuntos de organização do trabalho e previdência social” (BRASIL, 1975, p.5). Todavia, apenas com a sanção do Decreto-Lei 1.237/1939 que foi instituída a Justiça do Trabalho, elevando o Conselho Nacional do Trabalho “ao alto posto de última instância da organização judiciária trabalhista, com jurisdição em todo o território nacional” (BRASIL, 1975, p.6).

A nova estrutura dada ao Conselho Nacional do Trabalho foi regulamentada pelo Decreto 2.825/40, entrando em vigor a partir de 01 de maio de 1941. “Contudo é com o advento do Decreto-Lei no. 9.797, de 9 de setembro de 1946 que a Justiça do Trabalho integra-se, em definitivo, na órbita do Poder Judiciário, divorciando-se do Executivo” (BRASIL, 1975, p.7).

Com a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário o Conselho Nacional transformou-se em Tribunal Superior do Trabalho, mantendo a função já exercida por aquele Conselho de órgão de cúpula da Justiça do Trabalho.

Por intermédio do Decreto-lei 5.452, de 01 de maio de 1943, criou-se a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que entrou em vigor em 10 de novembro daquele ano. Inicialmente o art. 896 da CLT o recurso de revista recebia a denominação de recurso extraordinário. “Tratava-se de um recurso de natureza extraordinária, pois havia a necessidade de demonstração de violação literal do dispositivo de lei ou de divergência jurisprudencial para o seu cabimento” (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2005, p. 757-758).

Na redação original do art. 896 da CLT, o recurso de revista era chamado de recurso extraordinário, o que somente foi alterado a partir da Lei n. 861, de 13 de outubro de 1946. Daí a afirmação corrente de que, guardadas as respectivas finalidades, o recurso de revista, a exemplo do recurso extraordinário para o STF e do recurso especial para o STJ, possui natureza extraordinária, já que sua utilização não se presta à observância do duplo grau, nem é utilizado, em princípio, para corrigir justiça ou injustiça da interpretação da matéria fático-probatória contida nos acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho. (LEITE, 2015, p. 1008)

Desta forma, no mesmo sentido do Recurso Extraordinário e do Recuso Especial, pela redação atual da CLT, “o recurso de revista é uma modalidade recursal que objetiva corrigir a decisão que violar a literalidade da lei ou da Constituição Federal e a uniformizar a jurisprudência nacional concernentes à aplicação dos princípios e regras do direito objetivo” (LEITE, 2015, p. 1009).

Portanto, visando a higidez do ordenamento jurídico, a segurança jurídica e a imperatividade das decisões, o Poder Judiciário evoluiu criando órgãos de superposição para preservação da legislação constitucional e infraconstitucional e uniformização da interpretação dessas normas, sendo esses Tribunais Superiores provocados pelos interessados por intermédio dos recursos de natureza extraordinária, também denominados de recursos excepcionais.

1.1. Espécies de recursos de natureza extraordinária

Os recursos são classificados em ordinários e excepcionais (ou extraordinários). Em linhas gerais, sustenta a doutrina que os recursos ordinários buscam resolver um caso concreto, enquanto que os extraordinários objetivam garantir uma segurança sistêmica.

Desta forma, “os recursos ordinários visam à tutela do direito subjetivo, de modo que permitem a rediscussão ampla da matéria, seja de direito, seja de fato” (CORREIA; SANTOS, 2013, p. 995), podendo estes recursos estarem fundamentados pelo mero inconformismo do recorrente.

Por outro lado, os recursos excepcionais não servem para debater um caso concreto, tendo o objetivo preservar a ordem jurídica.

Nos recursos excepcionais já se teve o primeiro e segundo grau de jurisdição, mas mesmo assim ainda podem ocorrer imperfeições, por isso se disponibiliza a possibilidade da interposição de um recurso em instância extraordinária. Todavia, eles são “recursos de direito estrito. Isto é o mesmo que afirmar não se tratar de 3º e 4º grau de jurisdição. O âmbito do que pode ser alegado nesses recursos é bem mais restrito do que o âmbito do que pode ser levantado num recurso de apelação” (WAMBIER, 2008, p. 245).

Assim, tendo em vista que não é admissível a mera rediscussão do caso concreto em grau de recurso excepcional, é possível a criação de restrições à interposição deles. Desta forma, “por vista à exata aplicação do direito, tais recursos impedem a verificação fática, inclusive o reexame de provas, ficando restrito à análise de direitos” (CORREIA; SANTOS, 2013, p. 995).

Contudo, outra restrições além do reexame dos fatos e provas foi criado para os recursos excepcionais, como a sua fundamentação.

A doutrina divide os recursos em sendo de fundamentação livre ou vinculada.

Os recursos de fundamentação livre são aqueles que não se ligam a determinados defeitos ou vícios das decisões, ou seja, a lei não exige que, no recurso, aponte-se especificamente determinado vício, havendo necessidade apenas de que a parte não se conforme com a decisão impugnada. [...] Já os recursos de fundamentação vinculada são aqueles em que a lei exige que o

recorrente indique algum vício específico na decisão impugnada. (CORREIA; SANTOS, 2013, p. 996).

Desta forma, por ostentarem natureza extraordinária, inviabilizando a mera rediscussão de fatos e provas, impossibilitando a interposição do recurso por mero inconformismo das partes, estes recursos possuem sua fundamentação vinculada estando seu cabimento vinculado a hipóteses taxativamente previstas em lei, seja ela constitucional ou infraconstitucional.

1.1.1. Recurso Extraordinário:

O recurso extraordinário é o instrumento processual-constitucional que busca assegurar a supremacia da Constituição Federal e, conseqüentemente, a higidez do ordenamento jurídico no qual o Supremo Tribunal Federal verifica se decisão proferida em última ou única instância afronta o texto constitucional. Busca, assim, garantir a supremacia da Constituição Federal, seja anulando decisões contrárias à ela ou dando a última palavra no controle difuso de constitucionalidade.

Por intermédio do recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal decide a questão federal constitucional julgando o caso concreto.

Na verdade, não é o Supremo Tribunal Federal corte de cassação. Os tribunais de cassação apenas cassam a sentença recorrida e enviam os autos a outra corte para julgar a causa. Tal o juízo de rinvio, do Direito italiano. O Supremo Tribunal cassa a sentença e julga. Que é que julga? Julga o feito, não em sua totalidade, mas no ponto em que foi objeto do recurso. (GUIMARÃES, 1958 apud SOUZA, 2013, p. 692)

Portanto, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o caso concreto, analisando a matéria constitucional, não se limita apenas à cassação do acórdão impugnado, julgando o caso concreto aplicando o direito à espécie. Por este motivo editou e enunciado de Súmula nº 456 em que prevê que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 456).

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal já foi um Corte de Cassação. O Supremo Tribunal de Justiça do Império, anterior ao STF, por conta da influência do direito europeu, sobretudo do Direito Italiano, era uma corte de cassação.

Quanto às cortes de cassação, Chiovenda (1998, apud SOUZA, 2013, p. 692) preleciona o seguinte:

A Corte de Cassação, ao contrário, não conhece diretamente da relação jurídica; somente é chamada a desempenhar estas duas diferentes funções: a) A função de rever o julgamento do juiz inferior sobre a existência de uma norma abstrata de lei e sobre a sua aplicabilidade ao objeto da lide. A Corte não revê o julgamento sobre a existência efetiva do fato, nem aplica norma alguma ao fato considerado pelo juiz inferior. Se, no entanto, encontra uma violação ou falsa aplicação da lei, cassa e remete a um juiz equiparado em grau àquele de quem cassou a sentença, entre os que lhe forem mais vizinhos. [...] b) A função de examinar as atividades exercidas na constituição, desenvolvimento e definição da relação processual, e anular quando encontra determinados defeitos (nulidades não sanadas de citação e de procedimento. Nulidades e contradições no ato de sentenciar; exorbitâncias do juiz da relação processual por ultra e extra petita; descumprimento do dever de sentenciar). (CHIOVENDA, 1998 apud SOUZA, 2013, p. 692)

Todavia, com o advento da República em 1891 e com a instituição do recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal deixou de ser mera Corte de Cassação passando a ser uma Corte de Revisão aplicando o direito à espécie desde logo ao conhecer do recurso extraordinário.

Observa-se, contudo, que em diversos países ainda persistem as chamadas Cortes de Cassação, como ocorre na Itália e na França, onde suas Cortes Superiores “apenas fixam a tese jurídica e cassam o julgamento que deu à questão solução diferente da conferida por elas” (SOUZA, 2013. p. 692)

Em síntese, o recurso extraordinário pátrio foi instituído à luz do modelo norte-americano, o que explica a atuação do Supremo Tribunal Federal como corte de revisão, e não como mera corte de cassação. Por consequência, o Supremo Tribunal Federal não só resolve a *question iuris* veiculada no recurso extraordinário, como também aplica o direito constitucional ao caso concreto, com a imediata reforma do julgado recorrido contaminado por *error in iudicando*, salvo eventual *error in procedendo*. (SOUZA, 2013, p. 693)

Assim, em síntese, o recurso extraordinário é o instrumento utilizados pelas partes para, desde que presentes os requisitos, levar seu caso concreto ao Supremo Tribunal Federal

que analisará a questão constitucional podendo revisar a decisão impugnada aplicando o direito ao caso concreto em caso de conhecimento do recurso.

Todavia, como dito, o mero inconformismo das partes não é suficiente para interposição do recurso extraordinário, devendo o recorrente demonstrar que seu recurso é cabível, adequando-se às hipóteses previstas nas alíneas do art. 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Conforme prevê o dispositivo constitucional, será admissível a interposição de recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A primeira hipótese prevista no art. 102 da Constituição Federal trata-se do cabimento do recurso extraordinário sob a alegação de que a decisão impugnada contraria dispositivo constitucional (art. 102, inc. III, alínea “a” da CF/88).

Nesta hipótese o Supremo Tribunal Federal entende que é inviável o processamento do recurso extraordinário por ofensa indireta (reflexa ou oblíqua) do texto constitucional, ou seja, “quando é o próprio texto constitucional que restou ferido, sem ‘lei federa’ de permeio (ainda que acaso também tenha sido violada)” (MANCUSO, 2004 apud ASSIS, 2014, p. 749).

Ademais, não se admite a interposição do recurso extraordinário por ofensa de preceito de uma das Constituições Estaduais. “Todavia, se o dispositivo da Constituição Estadual for de mera repetição do texto constitucional federal, basta o recorrente alegar desrespeito ao último, para que possa ter acesso ao Supremo Tribunal Federal” (SOUZA, 2013, p. 723-724).

A alínea “b” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal prevê o cabimento do recurso extraordinário quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

No ordenamento jurídico brasileiro convivem o controle concentrado de constitucionalidade, exclusivo do STF, e o controle difuso de constitucionalidade, que deve ser feito por qualquer órgão jurisdicional de

forma incidental. É evidente que o art. 102, III, b, da CF, trata dessa segunda forma de controle, permitindo que se leve ao STF qualquer declaração incidental de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, considerando-se que a principal tarefa desse tribunal é dizer na demanda a última palavra a respeito da inconstitucionalidade, o que faz de forma originária no controle concentrado e de forma recursal no controle difuso (NEVES, 2013, p. 758).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário fundamentado na alínea “b” do dispositivo constitucional, dará a última palavra no controle difuso de constitucionalidade.

Observa-se, entretanto, que não será cabível a interposição de recurso extraordinário contra a decisão em única ou última instância que declarar a constitucionalidade do tratado internacional ou da lei federal. Todavia, conforme salienta SOUZA (2013, p. 729), “o extraordinário é cabível em tese pela alínea ‘a’. É que para o enquadramento na alínea ‘a’ basta a alegação de que o julgamento proferido na origem contrariou dispositivo da Constituição Federal”.

Destaca-se que nesta hipótese o Supremo Tribunal Federal exercer controle difuso de constitucionalidade, assim, caso suscite a inconstitucionalidade da lei federal ou do tratado internacional deverá respeitar a cláusula de reserva de plenário (cláusula de full bench) prevista no art. 97 do Texto Constitucional, suscitando o incidente para o plenário da Corte Suprema.

Prevê a alínea “c” o cabimento do recurso extraordinário quando o acórdão atacado julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

É possível que uma lei local¹ ou um ato de governo local² violem o texto da Constituição Federal. Procedendo a análise da alegação de ofensa o órgão judiciário poderá declarar que esta lei ou ato violou a norma constitucional ou que não há ofensa ao texto.

Em ambas as hipóteses permitirá a interposição de recurso extraordinário para que o Supremo Tribunal Federal decida sobre a constitucionalidade da norma questionada. Todavia, não será cabível com base no mesmo dispositivo constitucional.

¹ Interpreta-se como sendo Lei Estadual, Municipal ou Distrital.

² Atos administrativos em geral

Declarando o órgão judiciário a constitucionalidade perante a CF/1988, o STF reexaminará a questão através do recurso extraordinário, a teor do art. 102, III, c; ao revés, pronunciando o órgão judiciário a inconstitucionalidade, e, portanto, respeitando a supremacia da Constituição da República, recurso extraordinário somente se admitirá configurando outro tipo – o do art. 102, III, a, da CF/1988 (ASSIS, 2014, p. 767)

Portanto, o Supremo Tribunal Federal nesta hipótese funcionará como sancionador do órgão judiciário que julgou válida a lei ou ato de governo local em face da Constituição Federal.

Observa-se, mais uma vez, que é inviável o processamento de recurso extraordinário quando há divergência de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Estadual, pois conforme prevê o caput do art. 102 da Constituição Federal compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal, fazendo a análise da compatibilidade das decisões do judiciário em face do Texto Constitucional Federal. Assim, havendo divergência entre lei ou ato de governo local e a Constituição Estadual caberá ao Tribunal de Justiça do Estado proceder com esta análise.

Por fim, prevê o art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal que caberá recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Esta última hipótese foi inserida no rol de cabimento do recurso extraordinário por intermédio da Emenda Constitucional nº 45. Antes da EC nº 45/2004 esta hipótese era equivocadamente prevista como hipótese de cabimento do Recurso Especial, encontrava-se na alínea “b” do art. 105, inc. III, da Constituição.

Ocorre, entretanto, que sempre que uma decisão julga válida uma lei municipal ou estadual contestada em face de lei federal, a questão imediata a ser enfrentada não é exatamente o desrespeito à lei federal, mas o conflito de competência legislativa entre Municípios e Estados de um lado e a União de outro, da decisão impugnada.

Como se sabe, a questão da competência legislativa é matéria constitucional, devendo ser enfrentada em último grau pelo STF, motivo pelo qual realizou-se a modificação pela EC nº 45/2004.

Nota-se pela análise das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário a função do Supremo Tribunal Federal no julgamento deste recurso de natureza excepcional/extraordinária, qual seja: preservar a ordem jurídica-constitucional.

1.1.2. Recurso Especial:

O Recurso Especial criado a partir da cisão do Recurso Extraordinário tem a finalidade de proteger a integridade do direito federal e garantir-lhe a uniformidade de interpretação.

Conforme preleciona ASSIS (2014, p. 822), “o adjetivo ‘especial’ traduz o fato de o recurso constituir uma espécie do gênero ‘extraordinário’, ou seja, particularizou no contexto das antigas atribuições do STF uma área para a competência recursal do STJ”.

Desta forma, trata-se de uma das espécies do gênero recursos de natureza extraordinária o qual também busca garantir a segurança sistêmica e a uniformidade de aplicação do direito federal.

Todavia, além dos requisitos gerais do recurso especial que serão estudados mais adiante, a decisão impugnada por meio do recurso especial deve se enquadrar em uma das hipóteses previstas no art. 105, inciso III, da Constituição Federal, que prevê o seguinte:

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.

A primeira hipótese de cabimento específica do recurso especial é que a decisão do Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça contrarie tratado ou lei federal ou que o negue vigência.

Defende parte da doutrina que a hipótese de cabimento prevista na alínea “a” do dispositivo em comento “trata-se de permissivo genérico, no qual estão, em última análise, contidos os demais: específicos” (SOUZA, 2013, p. 640).

Entende a melhor doutrina que “contrariar” é mais amplo que “negar vigência”. “Contraria” significa distanciar-se da mens legislatoris ou da finalidade da norma, incluindo uma má interpretação que importe o desvirtuamento de seu conteúdo, enquanto que “negar vigência” significa deixar de aplicar a norma correta no caso concreto (NEVES, 2013, p. 743).

Para os fins do dispositivo constitucional “lei” é todo ato normativo primário (rol do art. 59 da CF), desde que a matéria não seja constitucional, bem como violação à decreto autônomo (art. 84, IV, CF), porque este também possui força de lei. Já “tratado internacional” é aquele incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio de decreto do Presidente da República (que ocorre na terceira fase do seu processo de incorporação).

Observa-se que, conforme preleciona Souza (2013, p. 641), “as leis federais sob o prisma formal, mas que, na verdade, são materialmente locais, não ensejam recurso especial”.

Ademais, conforme entendimento consagrado no REsp 1.217.076-SP, de Relatoria do então Ministro do STJ Teori Albino Zavascki, “não caberá recurso especial se a norma afrontada for municipal ou estadual, sendo que nesse caso a decisão de segundo grau de jurisdição será a derradeira” (NEVES, 2013, p. 744).

Compõe também o conceito de lei federal os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico, pois estes ostentam força de lei ordinária federal.

O mesmo não se pode afirmar sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos, pois possuem força constitucional (quando aprovados pelo rito previsto no §3º do art. 5º da Constituição) ou supralegal (quando não forem aprovados conforme o procedimento previsto constitucionalmente), os quais competem ao Supremo Tribunal Federal a análise de compatibilidade da decisão recorrida com a norma convencional.

Observa-se, ainda, que é inviável o processamento do recurso especial para simples reexame de fatos e provas, conforme prevê o enunciado de súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. Isso se dá porque, como já dito, o recurso especial não serve para o mero inconformismo das partes, mas para preservar a inteireza e uniformidade de interpretação da ordem jurídica federal.

Prevê a alínea “b” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal que é cabível o recurso especial quando a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.

Explica Souza (2013, p. 651) que a expressão “ato de governo local alcança tanto os atos normativos quanto os atos administrativos provenientes dos Poderes Executivo e Legislativo dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios”, bem como o Poder Judiciário estadual.

Importante salientar que, conforme já estudado no recurso extraordinário interposto pela alínea “c” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, somente haverá cabimento do recurso especial na hipótese da alínea “b” do art. 105, inciso III, “quando o tribunal de origem decide em favor da validade do ato de governo local. [...] O julgamento contrário à validade do ato de governo local pode até ensejar recurso especial, mas apenas pelas letras ‘a’ e ‘c’” (SOUZA, 2013, p. 652), desde que se discuta a interpretação da lei federal.

Não se viabilizará, também, o processamento do recurso especial quando o estiver sendo discutida a aplicação e a validade da lei local à luz da própria legislação local, pois tal hipótese não está prevista constitucionalmente na competência do STJ.

Por fim, a última hipótese de cabimento do recurso especial é quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, ou seja, por divergência ou dissídio jurisprudencial. “Em tal hipótese, o recurso especial assegura a unidade na interpretação do direito federal em todo o território brasileiro” (ASSIS, 2014, p. 838).

Nota-se que a divergência passível de recurso especial é a extra muros, ou seja, este recurso será incabível quanto a divergência entre decisões do mesmo Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, conforme prevê o enunciado de Súmula nº 13 do Superior Tribunal de Justiça³.

Na verdade, a divergência que importa para a admissibilidade de recurso especial é a que exista entre a corte regional ou local e “outro tribunal”. Ao contrário do acórdão recorrido, julgado que deve ter sido proferido por

³ Súmula nº 13, STJ: a divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.

Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, o paradigma pode ter sido prolatado por qualquer “outro tribunal”, até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são outros tribunais em relação à corte regional ou local que proferiu o acórdão recorrido (SOUZA, 2013, p. 653)

Há divergência doutrinária quanto a utilização de arestos proferidos pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. Salienta Souza (2013, p. 653) que “o acervo jurisprudencial da antiga corte merece ser considerado na busca da melhor interpretação da legislação federal, já que não há vedação na Constituição de 1988, nem mesmo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Diverge também a doutrina acerca da possibilidade de interposição de recurso especial por dissenso jurisprudencial entre Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com decisões do Tribunal Superior do Trabalho ou Tribunais Regionais do Trabalho. Defende Souza (2013, p. 654) que “tudo indica que o especial é admissível, pois não há no texto constitucional restrição alguma [...], basta que o precedente tenha sido proferido ‘por outro tribunal’, ou seja, por qualquer tribunal judiciário”. Por esta ponto de vista é possível o cabimento do recurso especial quando os arestos colacionados às razões do recurso para demonstrar a divergência jurisprudencial forem oriundos de qualquer dos tribunais das justiças especializadas, seja trabalhista, ou até mesmo a militar.

Assim, conforme se observa pelas hipóteses de cabimento do Recurso Especial, ele não busca unicamente resolver um caso concreto, se prestando ao mero inconformismo das partes, o recurso especial, por conta de sua natureza extraordinária ou excepcional, objetivam garantir uma segurança sistêmica, sendo “destinado a proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional” (MOREIRA, 2005 apud ASSIS, 2014, p. 821).

1.1.3. Recurso de Revista

Assim como no recurso especial o recurso de revista visa corrigir a decisão que viola lei federal e uniformizar a jurisprudência nacional, todavia, por óbvio, existe algumas diferenças.

Primeiramente, o recurso de revista se diferencia do recurso especial porque é utilizado na esfera da justiça especializada trabalhista, servindo para impugnar as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais em grau de recurso ordinário⁴. Nesse tocante guarda certa similitude com o recurso especial, pois seu cabimento também depende de fundamentação vinculada, como será melhor analisado a frente.

Outra diferença substancial é que, diferentemente do recurso especial, no recurso de revista há previsão expressa na alínea “c” do art. 896 da CLT de seu cabimento para combater decisões proferidas com afronta à Constituição Federal.

Assim, havendo violação de lei federal e afronta do Texto Constitucional no acórdão da Corte Regional não haverá necessidade de interposição simultânea de recurso extraordinário para o STF, para que se analise a questão constitucional, e interposição do recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho analisar a questão atinente à lei federal.

Salienta Martins (2015, p. 445) que “revista num sentido genérico tem sentido de rever, de reexame. Entretanto, não revê fatos e provas”. Assim, além da fundamentação vinculada e de, conseqüentemente, possuir apenas efeito devolutivo restrito, não serve ao mero inconformismo das partes, para que se busque o mero reexame de fatos e provas, conforme prevê o enunciado de Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho, ante a natureza extraordinária deste recurso.

O recurso de revista não vai fazer um reexame geral da decisão do Tribunal Regional do Trabalho. É um apelo eminentemente técnico e extraordinário, estando sua admissibilidade subordinada ao atendimento de determinados pressupostos. Não será aplicada a regra da interposição do recurso por simples petição (art. 899 da CLT), ou seja, sem fundamentação, bastando a intenção de recorrer, que devolveria à apreciação do tribunal ad quem o exame de toda a matéria. No recurso de revista, é mister que a parte demonstre divergência jurisprudencial, ou violação literal de dispositivo de lei ou da Constituição para o seu conhecimento (art. 896, a e c, da CLT). Poderá demonstrar, também, interpretação divergente de lei estadual, convenção ou acordo coletivo, sentença normativa ou regulamento de empresa de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do TRT prolator (art. 896, b, da CLT). (MARTINS, 2015, p. 445)

⁴ Recurso Ordinário é o recurso cabível para combater a sentença, similar à apelação na Justiça Comum.

As hipóteses de cabimento do recurso de revista, diferentemente do recurso extraordinário e do recurso especial, não estão previstas na Constituição Federal, mas na Consolidação das Leis do Trabalho.

O art. 896 da CLT prevê três hipóteses de cabimento do recurso de revista dirigido ao Tribunal Superior do Trabalho.

Prevê a alínea “a” do art. 896 da CLT que é cabível recurso de revista para turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, dispõe a alínea “a” do art. 896 da CLT que é cabível recurso de revista quando houver divergência jurisprudencial na interpretação da lei federal. Veja bem, o dispositivo legal prevê o cabimento do recurso de revista apenas por divergência jurisprudencial sobre a interpretação da lei federal, assim, salienta Martins (2015, p. 449) que “não ensejará recurso de revista com fundamento nessa alínea interpretação divergente quanto a dispositivo constitucional, nem lei estadual ou municipal”.

O dispositivo legal prevê, com a nova redação dada pela Lei 13.015/2014, que “a divergência jurisprudencial apta ao cabimento do recurso de revista há de ser oriunda dos órgãos específicos da Justiça do Trabalho (ou súmula vinculante do STF)” (LEITE, 2015, p. 1027).

Portanto, é incabível o recurso de revista por divergência do mesmo tribunal (seja do pleno ou da turma)⁵, pois este recurso não se presta a pacificar a jurisprudência intra muros dos Tribunais Regionais do Trabalho.

⁵ OJ-SDI1 nº 111- Não é servível ao conhecimento de recurso de revista aresto oriundo de mesmo Tribunal Regional do Trabalho, salvo se o recurso houver sido interposto anteriormente à vigência da Lei nº 9.756/1998

Apesar de o dispositivo prever que caberá recurso de revista quando houver divergência de interpretação do mesmo dispositivo de lei federal, conforme pacificou o Tribunal Superior do Trabalho a sua jurisprudência por meio do seu enunciado de Súmula nº 296, a divergência deve ser específica, “isto é, o dissenso pretoriano deve ter correspondência direta com as situações fáticas e jurídicas que foram apreciadas nas decisões conflitantes” (LEITE, 2015, p. 1028).

Portanto, não se conhece do recurso de revista se a decisão recorrida resolver determinado item do pedido por diversos fundamentos e a jurisprudência transcrita não abranger a todos (Enunciado de Súmula nº 23 do TST).

Assim, o acórdão indicado como paradigma para a interposição do recurso de revista deve conter todos os fundamentos divergentes acerca do deferimento ou indeferimento de determinado item do pedido. Por exemplo, se o acórdão recorrido deferiu a reintegração de uma empregada por triplo fundamento (membro de CIPA, acidentada e grávida) e o acórdão indicado como paradigma não rebater cada um dos três fundamentos, não será conhecido o recurso de revista, por não atendido os requisitos exigidos pela Súmula 23 do TST. (LEITE, 2015, p. 1029)

Por fim, prevê a CLT que o dissenso jurisprudencial deve ser atual, “não se considerando como tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho” (art. 896, §7º, CLT).

A alínea “b” do art. 896 da CLT prevê a segunda hipótese de cabimento do recurso de revista:

Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

Essa hipótese foi criada pela Lei 7.701/88. Todavia, muitos entendiam ser inconstitucional, alegando ser matéria de fatos e provas. Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento concluindo pela constitucionalidade do dispositivo com a edição do enunciado de Súmula nº 312.

Observa-se, contudo, que conforme entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, “é inadmissível o recurso de revista fundado tão-somente em divergência jurisprudencial, se a parte não comprovar que a lei estadual, a norma coletiva ou o regulamento da empresa extrapolam o âmbito do TRT prolator da decisão recorrida” (OJ nº 147 da SDI-1 do TST). Assim, não será cabível o recurso de revista se as normas citadas na alínea “b” do art. 896 não tiver observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do TRT prolator da decisão.

Salienta Martins (2015, p. 452) que esta hipótese “ocorre no Estado de São Paulo, em que há dois Tribunais Regionais do Trabalho (2ª Região e 15ª Região), que podem decidir determinado tema de forma diversa na interpretação da lei estadual paulista”.

Por fim, como última hipótese de cabimento do recurso de revista, prevê o art. 896 da CLT que será cabível por violação de literal dispositivo de lei federal ou da Constituição da República.

Desta forma, assim como já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal pelo enunciado de Súmula nº 400 da Corte Suprema, a “interpretação razoável de texto normativo deixou de ser pressuposto para admissibilidade ou não do recurso de revista” (LEITE, 2015, p. 1034).

Assim, no exame do recurso de revista por violação de lei federal ou da Constituição Federal o Tribunal Superior do Trabalho não analisa a interpretação dada pelos Tribunais Regionais do Trabalho sobre a norma, mas única e exclusivamente se houve ofensa ao texto legal, motivo pelo qual editou o enunciado de Súmula 221 em que se prevê que “a admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado”.

Ressalta Martins (2015, p. 454) que “a violação tanto poderá ser de lei material, como de lei processual, tanto poderá ser a matéria trabalhista, como a prevista no Código Civil”. Em suma, basta que a lei violada seja federal, pouco importando o conteúdo ou sua natureza. Assim, é cabível o recurso de revista por violação de Lei Ordinária, Lei Complementar, Medida Provisória, dentre outras espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal.

Observa-se, ainda, que violação à costumes não enseja a interposição de recurso de revista porque o texto legal é taxativo em prever o cabimento do recurso de revista por violação à lei ou ofensa à Constituição Federal.

2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA

Por se tratarem de recursos de natureza extraordinária, o simples inconformismo do recorrente não é suficiente para que sua pretensão recursal seja analisada pelos Tribunais Superiores.

Dessa forma, para que o recurso seja julgado faz-se necessário o preenchimento de uma série de requisitos de admissibilidade que possibilitam que o Tribunal afira a pertinência e adequação do recurso interposto.

2.1. Juízo de admissibilidade

Antes do exame do mérito de uma ação deve o juiz analisar se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais e a falta de qualquer um desses requisitos podem levar, inclusive, ao não recebimento da petição inicial.

Assim como ocorre na fase de conhecimento, para que o juízo *ad quem* possa analisar o mérito do recurso, primeiramente deverá examinar se estão presentes alguns requisitos de admissibilidade desse recurso. O exame desses requisitos é denominado de juízo de admissibilidade.

O juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias. Estas questões prévias são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois que lhe são antecedentes (NERY JUNIOR, 2014, p. 239)

Como regra, existe o duplo juízo de admissibilidade, ou seja, dois órgãos examinam “o cumprimento dos pressupostos necessários à apreciação do mérito recursal” (SOUZA, 2013, p. 97).

Primeiro, cabe ao órgão de interposição examinar se os requisitos indispensáveis ao julgamento do mérito do recurso estão preenchidos. O último pronunciamento acerca do cumprimento dos pressupostos de admissibilidade cabe ao órgão julgador, o qual não está vinculado à decisão proferida pelo órgão de origem. (SOUZA, 2013, p. 97)

Assim, interposto no recurso no juízo de admissibilidade, estando presentes todos os requisitos prévios à análise do mérito, o órgão de interposição irá receber ou admitir este

recurso. “A admissão do recurso na origem ocasiona a remessa dos autos ao órgão julgador, o qual proferirá outro juízo de admissibilidade” (SOUZA, 2013, p. 99).

Importante observar que a decisão do órgão de interposição “sobre a admissibilidade do recurso é interlocutória e deve ser fundamentada” (NERY JUNIOR, 2014, p. 245).

Assim, salienta Nery Junior (2014, p. 245) que sendo negativo o juízo de admissibilidade no juízo de origem, esta decisão impede que o recorrente tenha seu recurso analisado pelo Tribunal ad quem. “Poderá, portanto, desta decisão interpor o recurso de agravo, sendo exigível que o faça na modalidade de instrumento, vedado o agravo retido por expressa disposição de lei”.

Observa-se que na vigente codificação processual civil (Código de Processo Civil de 1973), prevê o art. 544 que “não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias”.

Salienta Neves (2013, p. 705) que “tradicionalmente, o legislador chamava tal recurso de “agravo de instrumento” [...]. A Lei 12.322/2010 modificou o nome do recurso, que passou a se chamar de simples agravo”.

Disposição semelhante encontra-se prevista na CLT, prevê o seu art. 897, alínea, “b”, que cabe agravo de instrumento, no prazo de 8 (oito) dias, dos despachos que denegam seguimento de recursos. Assim, na Justiça Trabalhista será interposto agravo de instrumento para combater qualquer decisão que inadmita recurso, entre elas a decisão do Presidente ou Vice-Presidente de Tribunal Regional do Trabalho que não admita o recurso de revista.

Por outro lado, sendo admitido o recurso, este será enviado para o órgão julgador. No juízo *ad quem* serão novamente analisados os requisitos. Todavia, diferentemente do órgão de interposição, “ausente algum dos pressupostos de admissibilidade, o recurso *não é conhecido*, com o encerramento da prestação jurisdicional perante o órgão julgado” (SOUZA, 2013, p. 99). *A contrario sensu*, preenchidos todos os requisitos, o recurso será conhecido pelo Tribunal *ad quem*, passando a análise do mérito recursal.

Portanto, conforme sintetiza Souza (2013, p. 99), “no primeiro juízo de admissibilidade o recurso é *admitido*, ou seja, *recebido*, ou não. Já no juízo de admissibilidade

perante o órgão *julgador* o recurso é *conhecido*, ou não. Por fim, quanto ao *juízo de mérito*, o recurso é provido, ou não”.

Preleciona Nery Junior (2014, p. 260-261) que “o juízo de admissibilidade, seja ele positivo ou negativo, tem natureza declaratória. Quando o juiz ou tribunal declara admissível ou inadmissível um recurso, nada mais faz do que afirma uma situação preexistente”.

Defende, ainda, Nery Junior (2014, p. 261) que “a decisão sobre a admissibilidade, seja positiva ou negativa, tem eficácia *ex tunc*. Na hipótese de o juízo de admissibilidade ser negativo, essa decisão retroage à data do fato que ocasionou o não conhecimento”.

O recurso não conhecido, por lhe faltar alguma das condições de admissibilidade, faz com que se tenha a decisão impugnada como transitada em julgado no momento em que se verificou a causa do não conhecimento do recurso (eficácia *ex tunc*), e não no momento em que o tribunal ad quem proferiu o juízo negativo de admissibilidade (NERY JUNIOR, 2014, p. 261)

Todavia a posição adotada por Nelson Nery Junior não é uníssona na doutrina. Defende Assis (2014, p. 132) que “no direito brasileiro, os respectivos efeitos operam *ex nunc*. [...] A eficácia *ex nunc* livra o recorrente da retroação de um eventual juízo negativo quanto ao recurso pendente, e, nesta contingência, impede a perda do prazo hábil para rescindir o julgado”.

Diverge também do entendimento de Nelson Nery a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual vem entendendo que “apesar da natureza declaratória, o juízo de admissibilidade tem efeito *ex nunc*, de forma que a preclusão ou a coisa julgada decorrente da decisão impugnada só seja computada a partir da não admissão do recurso” (NEVES, 2013, p. 616). Conforme os seguintes precedentes do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 495 DO CPC. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE APRECIOU O ÚLTIMO RECURSO INTERPOSTO. PRECEDENTES.1. De acordo com o artigo 495 do Código de Processo Civil, o direito de propor ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida na ação de conhecimento.
2. "Não há que se falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso" (EREsp nº 441.252/CE).
3. O termo inicial para manejo de ação rescisória é o trânsito em julgado da ação de conhecimento, que se opera após o transcurso in albis do prazo para

recorrer ou com o julgamento do último recurso interposto, mesmo que este não tenha sido conhecido ante a inobservância de requisito legal, como, in casu, a irregularidade na representação processual. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2015⁶)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 495, CPC. TERMO "A QUO" DO PRAZO DECADENCIAL. INOCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO ANTES DO JULGAMENTO DE RECURSO INTEMPESTIVO, AUSENTE ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ.

1. A ação rescisória tem como termo "a quo" do biênio decadencial o dia seguinte ao trânsito em julgado da decisão rescindenda.

2. O prazo para ajuizamento da ação rescisória somente tem início com o trânsito em julgado material, ou seja, após o transcurso "in albis" do prazo para recorrer, mesmo que o último recurso interposto não tenha sido conhecido por intempestividade, exceto configuração de erro grosseiro ou má-fé. (Precedentes: REsp nº 841592/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25.05.2009; EREsp nº 441.252/CE, Rel. Min. GILSON DIPP, Corte Especial, DJ 18.12.06; AgRg nº REsp 958.333/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 25.02.08).

3. Na hipótese dos autos, ao reconhecer a intempestividade, o acórdão recorrido não assentou ter havido má-fé ou erro grosseiro por parte do recorrente, não podendo estes ser presumidos. O termo "a quo" para o ajuizamento da rescisória deve, pois, ser contado do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a intempestividade do recurso interposto.

4. "In casu", o reconhecimento da intempestividade da ação rescisória arrastou consigo as demais teses que eventualmente conduziram ao provimento da demanda.

5. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem reconhece questão prejudicial à análise dos demais argumentos sustentados nos autos.

6. Como é de sabença, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

7. Recurso especial a que se dá provimento para determinar o prosseguimento da ação rescisória na instância "a quo". (BRASIL, 2015⁷)

Observa-se, todavia, que a Lei 13.105/2015, que criou o Novo Código de Processo Civil prevê uma relevante modificação no juízo de admissibilidade dos recursos. Dispõe a o seu art. 1.030 o seguinte:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.

⁶ AgRg no REsp 958.333/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2007, DJ 25/02/2008, p. 384

⁷ REsp 1186694/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 17/08/2010

Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

Desta forma, o projeto original do Novo Código de Processo Civil acaba com o chamado duplo juízo de admissibilidade, limitando-se a análise dos pressupostos de admissibilidade recursal ao tribunal competente ao julgamento de mérito do recurso.

Salienta Dellore (2015) que as “as justificativas para essa modificação seriam (i) a diminuição de um recurso – ao argumento de que na maior parte das vezes a parte ingressa com o agravo contra a admissão e (ii) a maior celeridade que isso traria na tramitação”.

Todavia, ainda não se pode afirmar que foi extinto o duplo juízo de admissibilidade na nova sistemática processual civil, isso porque o STJ apresentou no Senado Federal, no dia 1º de julho de 2015, o projeto de lei nº 414, o qual busca alterar três artigos do Novo Código de Processo Civil, especialmente o parágrafo único do art. 1.030, em que busca atribuir à norma a seguinte redação:

Parágrafo único. Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada.

Desta forma, conclui Dellori (2015) que, com a alteração do parágrafo único do art. 1.030 do Novo CPC, “busca-se voltar ao sistema hoje existente, de admissibilidade na origem”.

Assim sendo, inicialmente, entrando em vigor o novo Código de Processo Civil, extinguir-se-á o duplo juízo de admissibilidade recursal, todavia é possível que sendo aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 414/2015 seja mantida a atual sistemática de admissibilidade recursal.

2.2. Requisitos de admissibilidade dos recursos

No juízo de admissibilidade seja o juízo *a quo* seja o Tribunal *ad quem*, analisar-se-á a presença de alguns requisitos de admissibilidade. Observa-se que, conforme preleciona Assis (2014, p. 150), “os requisitos de admissibilidade são genéricos. Em outras palavras, aplicam-se indiferentemente, a quaisquer recursos. No entanto, a lei poderá dispensá-los em

determinados casos [...] bem como algumas condições assumem aspectos específicos em certos recursos”.

Há vários critérios de divisão desses pressupostos. A doutrina clássica os divide em pressupostos objetivos e subjetivos. Todavia, a doutrina majoritária, seguindo a lição de Barbosa Moreira, divide esses pressupostos em extrínsecos e intrínsecos.

Ensina Nery Junior (2014, p. 266) que “os pressupostos intrínsecos são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada. Para serem aferidos, levam-se em consideração o conteúdo e a forma da decisão impugnada”. Por isso, a doutrina majoritária classifica como pressupostos intrínsecos o cabimento, a legitimidade, o interesse recursal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Justamente porque o recurso é manifestação, no curso do procedimento do direito de ação, repete-se aqui, analogicamente, a existência das “condições da ação”: possibilidade jurídica do pedido corresponde o cabimento; à legitimação para a causa a legitimidade para recorrer; e ao interesse processual corresponde o interesse de recorrer. (NERY JUNIOR, 2014, p. 266)

Quanto aos pressupostos extrínsecos preleciona Nery Júnior (2014, p. 266) eles dizem respeito “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 compõe o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a ela superveniente”. Seguindo este entendimento, a doutrina majoritária classificou como pressupostos extrínsecos a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

Em síntese, “os requisitos intrínsecos se relacionam à própria existência do poder de recorrer; os extrínsecos, ao modo de exercê-lo” (ASSIS, 2014, p. 150).

2.2.1. Pressupostos intrínsecos

O primeiro pressuposto intrínseco é o cabimento, que, conforme declara a doutrina brasileira, corresponde à análise possibilidade jurídica do pedido em âmbito recursal. Preleciona Bueno (2014, p. 73) que “o recurso, para ser admitido, deve ser previsto em lei e, mais do que isso, tem que causar gravame ao recorrente”.

Portanto, em suma, dizer que o recurso é cabível é dizer que ele se adequa à previsão legal, ou seja, deve ser “o recurso indicado pela lei para impugnar aquele determinado pronunciamento judicial” (NEVES, 2013, p. 617).

O segundo requisito intrínseco é a legitimidade. Prevê o art. 499 do Código de Processo Civil de 1973 que “o recurso pode ser interposto pelo parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”. Importante frisar que este dispositivo foi mantido pelo Novo Código de Processo Civil, em seu art. 996, praticamente com o mesmo texto.

Sem adentrar nas discussões sobre o tema da legitimidade recursal, eis que não é objeto principal deste trabalho de pesquisa, a doutrina conceitua parte como sendo “aquele que interveio no feito como autor ou réu, nele permanecendo até a sentença, na qual se encontra incluído. O litisconsorte é, evidentemente, parte, pois integra a relação processual em um dos polos” (NERY JÚNIOR, 2014, p. 295).

Importante salientar que, conforme preleciona Bueno (2014, p. 74), quem possui legitimidade para recorrer é a “parte vencida”, porque se a parte não houver sucumbido não haverá o interesse recursal, que será analisado mais à frente.

A lei, corretamente, faz uso do adjetivo para denotar que não basta ser “parte” para recorrer. É necessário, também, que haja prejuízo ocasionado pela decisão e que o recurso tenha aptidão para removê-lo. [...]. Faz-se indispensável que o legitimado pretenda alguma melhora na sua própria posição jurídica. (BUENO, 2014, p. 74)

Além da parte vencida, possui legitimidade recursal o terceiro interessado. Em síntese, Souza (2013, p. 120-121) ensina que “a rigor, tem legitimidade recursal na condição aquele que, durante a tramitação no primeiro grau de jurisdição podia ingressar no processo como assistente – simples e litisconsorcial – e litisconsorte”.

Portanto, “é o terceiro que ainda não interveio no processo. Se já tivesse feito, sua legitimidade para recorrer deriva da sua anterior intervenção” (BUENO, 2014, p. 75).

O último legitimado para recorrer das decisões judiciais, conforme previsão do Código de Processo Civil, é o Ministério Público, que possuirá a legitimidade tanto quando atuar como parte no processo, tanto quando atuar como *custus legis* (art. 499, §2º, do CPC/73 e art. 996, *caput*, do Novo CPC). Observa-se que, conforme a jurisprudência do STJ “o Ministério

Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte” (Súmula 99 do STJ).

Ainda como pressuposto intrínseco de admissibilidade recursal a doutrina aponta o interesse recursal que, fazendo um paralelo com as condições da ação, “deve ser analisado à luz do interesse de agir” (NEVES, 2013, p. 623). Desta forma, o interesse recursal trata-se da reunião do binômio interesse-necessidade e interesse-utilidade.

A utilidade é apurada pelo gravame – também designado pela doutrina como “prejuízo” ou “sucumbência” – experimentado pela parte ou pelo terceiro com o proferimento da decisão. A necessidade, por sua vez, justifica-se porque só com a interposição do recurso a remoção do gravame será alcançada. (BUENO, 2014, p. 76)

Por este motivo o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado de súmula nº 283 em que prevê que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. Assim, exemplifica Neves o seguinte:

Numa sentença que tem dois fundamentos, sendo que cada qual é isoladamente apto a manter a decisão, a apelação obrigatoriamente deverá impugnar ambos os fundamentos porque de nada adianta ao recorrente afastar somente um deles, uma vez que com a manutenção do fundamento não impugnado a decisão não será reformada (NEVES, 2013, p. 626/627).

Portanto, se o recurso interposto ataca apenas um dos fundamentos da decisão, sendo o outro suficiente para mantê-la, este recurso não poderá ser admitido por falta de utilidade.

O último requisito intrínseco levantado pela doutrina é a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Ensina Souza (2013, p. 133) que se trata “a rigor, de requisito de admissibilidade de cunho negativo”, pois “consiste na exigência de que não tenha ocorrido nenhum fato que conduza à extinção do direito de recorrer o que impeça a admissibilidade”.

A renúncia ao direito de recorrer e a aceitação da decisão desfavorável são fatos extintivos do direito de recorrer. De outro lado estão os fatos impeditivos: a desistência do recurso, a desistência da ação, o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação e a ausência do depósito de multa processual de pagamento imediato (SOUSA, 2013, p. 133)

Observa-se que existe forte doutrina que classifica a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer como sendo pressuposto extrínseco, sobretudo Nelson Nery Júnior e Cassio Scarpinella Bueno.

A ocorrência de algum fato que enseja a extinção ou impedem o poder de recorrer faz com que o recurso eventualmente interposto não seja conhecido, proferindo-se, portanto, um juízo de admissibilidade negativo. Estes fatos nada têm a ver com a decisão que se pretende impugnar em si mesma considerada, razão pela qual colocamos a inexistência deles como requisito extrínseco de admissibilidade dos recursos. Assim procedemos porque, ao classificarmos os pressupostos recursais, adotando o critério sugerido por Barbosa Moreira, levamos em consideração a decisão recorrida para determinar os pressupostos intrínsecos, e os demais fatores, alheios à decisão, para estabelecer os pressupostos extrínsecos (NERY JÚNIOR, 2014, p. 366).

2.2.2. Pressupostos extrínsecos:

A doutrina majoritária classifica a tempestividade, o preparo e a regularidade formal como sendo os pressupostos extrínsecos analisados no juízo de admissibilidade recursal.

Recurso tempestivo é aquele “interposto dentro do prazo peremptório estabelecido em lei, sob pena de operar-se a preclusão temporal e, caso o mérito da causa tenha sido solucionado no julgamento recorrido, formar-se a coisa julgada material” (SOUZA, 2013, p. 154).

Na atual codificação processual civil o art. 508, com a redação determinada pela Lei nº 8.950/94, unificou os prazos dos recursos de apelação, embargos infringentes, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e dos embargos de divergência como sendo de 15 dias, só havendo prazo diferenciado para o agravo de instrumento (10 dias) e para os embargos de declaração. Observa-se que o Novo Código de Processo Civil manteve, em geral, esta disposição no seu art. 1.003, §5º, e que se prevê que “excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias”.

Quanto ao prazo dos recursos da Justiça do Trabalho, estabeleceu-se na CLT também um prazo unificado, todavia este prazo é de 8 (oito) dias, somente havendo prazo diferenciado para os embargos de declaração, assim como previsto no CPC.

O segundo requisito extrínseco a ser analisado no juízo de admissibilidade é o preparo. Assevera Bueno (2014, p. 93) que “o preparo é o pagamento prévio e imediato a cargo do recorrente dos valores das custas processuais relativas ao processamento do recurso e, se for o caso, do porte de remessa e retorno dos autos”.

Prevê o art. 511 do CPC vigente, e mantido pelo art. 1.007, *caput*, do novo CPC, que “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”.

Assim, “a falta do pagamento do preparo ou da demonstração do depósito no ato da interposição dá ensejo à aplicação *ex officio* da sanção de deserção e [...] à inadmissão do recurso pelo juízo ou tribunal de origem ou [...] ao não conhecimento do recurso” (SOUZA, 2013, p. 188).

Observa-se que sobre a aplicação da pena de deserção sofreu uma importante modificação no novo Código de Processo Civil. Passou a prever o seu art. 1.007, §4º, que “o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção”.

Assim, na novel codificação processual a aplicação do pena de deserção deixa de ser automática, passando a ser necessário, antes da aplicação, a intimação da parte para realizar o recolhimento em dobro, para, caso não efetue, aí sim ser aplicada a deserção e inadmitido o recurso.

O último requisito extrínseco citado pela doutrina majoritária é a regularidade formal que, conforme preleciona Bueno (2014, p. 89), “é pressuposto multifacetário, isto é, ele trata de uma série de questões diversas que, em conjunto, viabilizam a escoceita exteriorização da manifestação de inconformismo do recorrente”.

Portanto, a regularidade formal engloba os “requisitos formais que devem ser preenchidos para que o recurso seja admitido” (NEVES, 2013, p. 639).

Assim, como exemplos de regularidade formal a doutrina cita a regra do recurso ser escrito; ser assinado; a presença de advogado devidamente investido de capacidade postulatória, com procuração válida; dentre outros requisitos específicos de cada recursos que não serão analisados neste trabalho por não ser o objeto central da pesquisa.

2.3. Pressupostos específicos dos recursos de natureza extraordinária

Por não servirem para ao mero inconformismo das partes, além desses pressupostos gerais de admissibilidade, nos recursos de natureza extraordinária os órgãos competentes para proceder com o juízo de admissibilidade procederão com a análise de requisitos específicos desses recursos.

2.3.1. Recurso Extraordinário

Como já analisado anteriormente neste trabalho de pesquisa, a função do Recurso Extraordinário é a de preservar a interpretação da Constituição Federal garantindo a inteireza de seu sistema jurídico, assegurando a validade de suas normas e a uniformidade de sua interpretação em todo o território nacional.

Por conta deste importante papel frente ao ordenamento jurídico e, também, por não servir ao mero inconformismo das partes, a Constituição Federal prevê alguns requisitos específicos para interposição do recurso extraordinário, sendo o primeiro deles que a causa seja decidida em única ou última instância.

Este requisito específico “é a regra consagrada que o Supremo Tribunal Federal somente pode tomar conhecimento de uma causa por via de recurso extraordinário, depois de esgotados todos os recursos ordinários permitidos contra as decisões dos órgãos inferiores” (LIMA, 1796, p. 222, *apud* SOUZA, 2013, p. 697).

E, realmente, a cláusula “causas decididas em única ou última instância” inicialmente sugere que, para se tornar passível de extraordinário, o provimento há de se apresentar imune a qualquer outro recurso, abstração feita ao próprio extraordinário e aos embargos de declaração.

Tal fenômeno – o esgotamento das vias de impugnação ordinárias – acontece com os provimentos de primeiro grau. A execução fiscal e ações conexas, cujo valor não supere a alçada, só comportam os embargos infringentes do

art. 34, caput, da Lei 6.830, de 22.09.1980, julgados pelo órgão judiciário de primeiro grau. Logo, interposto e julgado tal recurso, cabe o recurso extraordinário, respeitados os demais pressupostos de cabimento (v.g., a presença de questão constitucional).

E, por igual, julgado o recurso inominado (mas equivalente à apelação), previsto no art. 41 da Lei 9.099/95, de 26.09.1995, nas causas submetidas ao Juizado Especial Comum e o recurso, igualmente inominado, previsto no art. 5º da Lei 10.259 de 12.07.2001, nas causas de competência do Juizado Especial Federal, nas respectivas Turmas Recursais – todavia, órgãos judiciários de primeiro grau -, há possibilidade de recorrer para o STF. O art. 15 da Lei 10.259/2001 remete o processamento e o julgamento desse recurso extraordinário aos §§4º a 9º do art. 14 do mesmo diploma e às normas regimentais. O assunto se encontrava regulado no art. 321, §5º, I a VIII, do RISTF, na redação da Emenda Regimental n. 12, e 12.12.2003, parágrafo hoje revogado.

Enuncia essa hipótese de cabimento do recurso extraordinário a Súmula do STF, n. 640: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau na causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal” (ASSIS, 2014, p. 738-739)

Desta forma, previu a Constituição Federal que basta que a causa tenha sido decidida em única ou última instância, não se fazendo necessário que tenha sido proferida por Tribunais, como ocorre no Recurso Especial, que será analisado mais a frente.

Além disso, o art. 102, III, da Constituição Federal prevê que a causa seja decidida, isto é, “ocorrendo deliberação expressa do órgão julgante, ou seja, ao decidir a causa [...], há a afloração do tipo constitucional, tornado cabível o recurso extraordinário” (ASSIS, 2014, p. 744).

A palavra “causa” sempre recebeu interpretação ampla. É indiferente, para fins de cabimento de recurso extraordinário e recurso especial, que as decisões recorridas tenham ou não apreciado o mérito ou que elas seja, na sua origem, decisões interlocutórias (Súmula 86 do STJ) ou sentenças. Também não faz diferença, para estes fins, o conteúdo do acórdão proferido pelo Tribunal a quo. A circunstância de a decisão ter sido proferido no âmbito da “jurisdição contenciosa” ou da “jurisdição voluntária” [...] também não inibe, por si só, o cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, embora as Súmula 637 do STF (“não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município”), 733 do STF (“não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”) e 311 do STJ (“os atos do presidente do tribunal que disponham sobre o processamento e pagamento de precatórios não têm caráter jurisdicional) recusem o cabimento daqueles recursos por entenderem as decisões respectivas substancialmente administrativas (BUENO, 2014, p. 239)

Portanto, não é possível a interposição de recurso de natureza extraordinária impugnando matéria que não tenha sido analisada por juízo ou tribunal inferior, isto é, não se

viabiliza o processamento de recurso extraordinário se a matéria não estiver prequestionada. Ademais, a causa decidida deve decorrer “do julgamento no Poder Judiciário e no exercício da função jurisdicional” (SOUSA, 2013, p. 701).

Além da causa ter sido decidida (prequestionada) em única ou última instância, o recorrente prevê o art. 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que “o recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, *com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos arts. 102, III, a, b, c, e 121, § 3º, da Constituição Federal*” (grifo nosso).

Assim, há necessidade de indicação correta do permissivo constitucional para que o Recurso Extraordinário seja admitido, isto é, deverá a parte indicar em qual alínea do art. 102, inc. III, da CF está fundamentado o recurso.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, criou um último requisito para o Recurso Extraordinário dirigido ao STF. Incluiu no art. 102 o §3º o qual prevê que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei”.

Regulamentando o dispositivo constitucional a Lei 11.418/2006 incluiu no CPC/73 “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, §1º, do CPC).

Ademais, estabeleceu que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (§3º do art. 543-A do CPC).

Por estas razões ensina Souza (2013, p. 713) que “não há razão para a Corte Suprema tomar conhecimento do recurso extraordinário fundado apenas em interesse pessoal do recorrente, sem relevância para a Federação ou para os respectivos jurisdicionados em geral”.

Em análise às hipóteses de existência de repercussão geral previstas no Código de Processo Civil, a doutrina salienta que, como regra, a análise da repercussão geral é feita de forma subjetiva, pois “a apuração da relevância da questão constitucional veiculada no

recurso extraordinário depende da interpretação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal” (SOUZA, 2013, p. 716). Todavia, quanto à hipótese de repercussão geral prevista no §3º do art. 543-A do CPC a análise será objetiva.

Observa-se, ademais, que o art. 102, §3º, da Constituição Federal determina que a competência para a análise da existência da repercussão geral é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, ao contrário dos demais requisitos de admissibilidade, os quais já são apreciados na Justiça ou no Tribunal de origem, no primeiro juízo de admissibilidade, com o posterior reexame pelo Supremo Tribunal Federal, a análise da repercussão geral em si cabe apenas à Suprema Corte. A Justiça e o Tribunal de origem têm competência somente quanto ao aspecto formal da repercussão geral, apenas para a verificação do destaque e da fundamentação da preliminar de repercussão no bojo da petição recursal do extraordinário (SOUZA, 2013, p. 718)

Desta forma, quanto à análise da repercussão geral há uma exceção ao duplo juízo de admissibilidade, posto que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal emitir juízo de valor sobre ela.

Assim, preenchidos os requisitos extrínsecos, intrínsecos e os requisitos específicos do Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal conhecerá do recurso e passará a análise do mérito da questão.

2.3.2. Recurso Especial:

Analisados os requisitos específicos do recurso extraordinário, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito dos requisitos específicos do recurso especial.

O art. 105, III, da Constituição Federal tem a seguinte redação:

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.

Da análise do dispositivo constitucional é possível concluir que o recurso especial, diferentemente do recurso extraordinário, somente será cabível para combater decisões dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

À luz do texto constitucional, é lícito concluir que não cabe recurso especial contra decisão proferida por juiz de primeiro grau, até mesmo quando o decisum não é impugnável mediante recurso para o tribunal de segundo grau, como na hipótese prevista no art. 34 da Lei 6.830/1980. É que a Constituição Federal estabeleceu que o recurso especial é apto para impugnar apenas julgamento de “tribunais”, conforme se infere do inciso III do artigo 105. Daí a inadequação do recurso que tem como alvo decisum de autoria de juiz de primeiro grau. (SOUZA, 2013, p. 631)

Além disso, não basta ser apenas decisão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, há de ser em “única ou última instância”, ou seja, para que o recurso especial seja cabível faz-se necessário que ocorra o esgotamento de instâncias.

Ademais, a matéria objeto do recurso especial deve estar devidamente prequestionada, ou seja, “já tenha sido objeto de decisão prévia por tribunais inferiores, o que realça a atuação do Superior Tribunal de Justiça de mero revisor do que já foi decidido no pronunciamento judicial recorrido” (NEVES, 2013, p. 741)⁸.

Observa-se que no recurso especial não haverá a necessidade de que o recorrente demonstre a exigência de repercussão geral, pois este requisito é específico do recurso extraordinário.

Igualmente, demonstrados todos estes requisitos, além dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos presentes em todos os recursos, o Superior Tribunal de Justiça conhecerá do recurso e passará a análise do mérito.

⁸ Quanto a matéria relativa ao prequestionamento esta será melhor estudada no próximo capítulo

2.3.3. Recurso de Revista

O Recurso de Revista, que tem o objetivo de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Regionais, possui basicamente os mesmos requisitos do recurso especial dirigido ao STJ.

Hoje prevê o art. 896 da CLT que “cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho”. Todavia, até o advento da Lei 9.756/98 previa este dispositivo consolidado que cabia recurso de revista “das decisões de última instância para o Tribunal Superior do Trabalho”, assim como há no art. 105, III, da Constituição Federal.

Esta alteração legislativa foi feita, pois ensina a doutrina que para se utilizar do recurso de revista faz-se necessário que a ação trabalhista tenha sido iniciada na Vara do Trabalho, ou seja, na primeira instância. Assim, é inviável o processamento de recurso de revista cuja ação trabalhista tenha se iniciado no Tribunal Regional do Trabalho.

Portanto, será cabível o recurso de revista para impugnar as decisões de Tribunal Regional em grau de recurso ordinário.

Ademais, prevê o art. 896 da CLT, ainda, que o recurso de revista somente será utilizado para impugnar as decisões dos Tribunais Regionais em grau de recurso ordinário em dissídios individuais.

Não se incluem as ações trabalhistas em dissídios coletivos no rol de cabimento do recurso de revista porque estes processos são de competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, não havendo possibilidade de que a decisão recorrida seja de Tribunal Regional do Trabalho em grau de recurso ordinário.

A própria CLT prevê, ainda, algumas peculiaridades para interposição de recursos de revista em casos sob o procedimento sumaríssimo e em execução.

Prevê o art. 896, §9º, da CLT que o cabimento do recurso de revista em ações trabalhistas que corram sob o procedimento sumaríssimo têm seu cabimento restrito a

demonstração de que a decisão do Tribunal Regional contrarie “a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal”.

Observa-se que o enunciado de Súmula nº 442 do TST prevê ainda que “nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, a admissibilidade de recurso de revista está limitada à demonstração de violação direta à dispositivo da Constituição Federal”. Portanto, havendo mera ofensa indireta ou reflexa à norma constitucional será inviável o processamento do recurso de revista.

Ademais, conforme o entendimento jurisprudencial insculpido neste enunciado de Súmula, não se admite o recurso de revista por contrariedade à Orientação Jurisprudencial do TST, ante a ausência de previsão legal de seu cabimento.

No que toca aos processos em fase de execução de sentença, como regra não será cabível o recurso de revista, salvo por ofensa direta e literal à Constituição Federal (art. 896, §2º, da CLT).

Além desses requisitos, deverá o recorrente demonstrar todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos já analisados, além do prequestionamento que será estudado mais à frente.

3. PREQUESTIONAMENTO

Os recursos de natureza extraordinária (RE, REsp e RR) não se prestam ao mero reexame da demanda, não se tratando de um “terceiro grau de jurisdição”, mas de uma instância revisional em que se busca uniformizar o entendimento dos Tribunais do Brasil sobre alguma matéria (seja ela constitucional, seja ela infraconstitucional) e, com isso, manter a higidez do ordenamento jurídico pátrio e aumentando a segurança jurídica.

Por serem recursos que não visam a reanálise da matéria, sua devolutividade é restrita e fundamentação vinculada, limitando-se os tribunais de superposição a análise de matérias especificamente previstas em lei.

Ademais, para que não haja supressão de instâncias, este recurso deverá preencher requisitos intrínsecos e extrínsecos, demonstrando a tempestividade, o preparo, a regularidade formal, o cabimento, a legitimidade, a inexistência de fato impeditivo.

Além disso, por se tratarem de recursos de natureza extraordinária o recorrente deverá preencher ainda requisitos específicos desses recursos. No recurso extraordinário a parte deverá demonstrar que a causa tenha sido decidida em única ou última instância e que haja repercussão geral da matéria. No recurso especial o recorrente deverá, por sua vez, demonstrar que a causa encontra-se decidida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados. Já no recurso de revista a parte deverá demonstrar que a decisão impugnada tenha sido proferida em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, por um Tribunal Regional do Trabalho.

Porém, a admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária não está subordinada apenas a estes requisitos, o recorrente deverá demonstrar também que a matéria está devidamente prequestionada.

Assim como a própria ideia de recursos de natureza extraordinária, o prequestionamento teve sua origem no direito norte americano, no *judiciary act* de 1789.

Contra as decisões oriundas da Justiça Estadual, essa lei admitiu o recurso *writ of error*. A doutrina majoritária nos EUA afirma que a questão federal deva primeiramente ser suscitada e decidida no Tribunal Estadual, para posteriormente ser objeto do *writ of error*, não podendo surgir apenas nessa fase processual. (SOUZA, 2008, p. 17)

Portanto, bem como previsto no *judiciary act*, no Brasil os Tribunais de superposição somente poderão se manifestar sobre a matéria já decidida pelas Cortes inferiores, não podendo haver inovação em grau de recurso de natureza extraordinária.

O “prequestionamento”, palavra amplamente referida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça, a despeito de a Constituição Federal não empregar desde a de 1967, a fórmula destacada, deve ser entendido, para todos os fins, como sinônimo de “causa decidida”: para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem adequadamente a sua missão constitucional, de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal em todo o território brasileiro, é mister que eles julguem, em sede de recurso extraordinário e em sede de recurso especial, o que já foi decidido. É das decisões proferidas por outros órgãos jurisdicionais que decorrem, ou não, violações e contrariedades às normas federais e à jurisprudência de outros Tribunais. Sem prévia decisão, não há como estabelecer em que medida as normas federais, constitucionais ou legais, forma ou deixaram de ser violadas pelos demais componentes da estrutura judiciária nacional. (BUENO, 2014, p. 240)

Observa-se que a matéria objeto dos recursos de natureza extraordinária deve ter sido *decidida*, não bastando para que a matéria se encontre prequestionada que ela tenha somente *ventilada*. Por esse motivo, o STJ editou o enunciado de Súmula nº 320 em que se prevê que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Portanto, é mister que o objeto de recurso esteja presente no acórdão, pois conforme preleciona Bueno (2014, p. 240) “é do *acórdão* que se recorre, isto é, da reunião dos votos e opiniões do órgão colegiado, e não de cada um dos votos individualmente considerados”.

Há três concepções acerca do prequestionamento. “Primeiramente, tem-se o prequestionamento como manifestação do tribunal recorrido acerca de determinada questão jurídica” (CUNHA; DIDIER JR., 2014, p. 245).

Além disso, o prequestionamento pode ser visto “como debate anterior à decisão recorrida, hipótese em que se configura como ônus atribuído à parte. Para essa concepção, prequestionar é ato da parte, independentemente de o tribunal de origem manifestar-se ou calar-se a respeito da questão” (CUNHA; DIDIER JR., 2014, p. 246).

A terceira concepção de prequestionamento abrange uma posição eclética, na qual o prequestionamento é “o prévio debate acerca da questão federal, seguida de manifestação expressa do Tribunal a respeito” (CUNHA; DIDIER JR., 2014, p. 246).

Como se observa do próprio conceito e a própria análise do entendimento do STJ e STF de prequestionamento já referido a doutrina pátria parece adotar majoritariamente a primeira concepção, a qual o prequestionamento ocorre com a manifestação do tribunal acerca da matéria.

Esse entendimento ganhar força sobretudo na análise do prequestionamento quanto às matérias de ordem pública. Nery Jr. (2014, p. 279) ensina que “o prequestionamento é exigível mesmo quando a questão objeto do RE ou REsp seja de ordem pública”. Neste mesmo sentido o Tribunal Superior do Trabalho sedimentou seu entendimento na OJ nº 62 da SDBI-1, em que se prevê que “é necessário o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade em recurso de natureza extraordinária, ainda que se trate de incompetência absoluta”.

Portanto, o prequestionamento é o requisito de admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária o qual determina que a matéria objeto do recurso tenha sido decidida pelo tribunal *a quo*.

3.1 Espécies de prequestionamento:

A doutrina observa a existência de algumas espécies de prequestionamento: explícito, numérico, implícito e ficto.

A primeira espécie é amplamente aceita pelos Tribunais Superiores. O prequestionamento explícito ocorre quando a decisão adota tese explícita, palpável, de fácil visualização, acerca do objeto do recurso.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal firmou seu entendimento no enunciado de Súmula nº 282 em que se prevê que “é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Explica Bueno (2014, p. 241)

que “o termo “ventilada” de que se valo o enunciado deve ser entendida por *decidida* ou, para evitar indesejável repetição de palavras, *referida* ou *tratada*.”

O Superior Tribunal de Justiça, analisando a matéria, sedimentou seu entendimento no mesmo sentido. O enunciado de Súmula nº 211 do STJ prevê que é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”. Portanto, para que se interponha recurso especial necessário se faz que a matéria objeto do recurso esteja expressamente decidida pelo Tribunal *a quo* na decisão recorrida.

Prevê, também, o Tribunal Superior do Trabalho que “diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito” (Súmula 297, I, do TST).

Portanto, havendo o Tribunal adotado tese expressa a respeito da matéria objeto do recurso não há dúvida da ocorrência do prequestionamento, sendo esta espécie amplamente aceita e indicada pelos Tribunais Superiores.

Todavia, a doutrina não se limita ao prequestionamento expresso. Bueno (2014, p. 241) informa a existência do prequestionamento numérico em que “a decisão deve fazer expressa menção ao número do dispositivo Constitucional ou da lei federal tidos por ela contrariados”.

Por óbvio os Tribunais Superiores reconhecem essa espécie de prequestionamento, muito embora não seja uma exigência, pois, conforme salienta Bueno (2014, p. 241), é “mero rigosismo formal de nenhuma validade técnica”.

Importante, assim, observar a decisão do STJ, nos autos do EREsp 165.212/MS, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, onde se decidiu que “considera-se explícito o questionamento, quando o tribunal a quo, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, nem declinar os números que os identificam no Ordenamento Jurídico, enfrenta as regras neles contidas”.

Assim, basta que a decisão recorrida tenha se manifestado a respeito da questão ou tese objeto do recurso, não havendo necessidade de cite o dispositivo de lei ou da

Constituição objeto do recurso. Muito embora, caso faça isso, certamente facilitará o trabalho dos Tribunais Superiores.

Observa-se que, muito embora não tenha obrigatoriedade de que o prequestionamento seja numérico, entende o Tribunal Superior do Trabalho que “a admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tipo como violado” (Súmula 221 do TST).

A doutrina ainda traz à discussão o chamado prequestionamento implícito.

O chamado “prequestionamento implícito”, diferentemente do que se dá com o “explícito” e com o “numérico”, significa que a decisão recorrida, não obstante dizer respeito a uma “questão constitucional” ou “questão federal”, [...] não é tão clara quanto à sua conformação e aos seus limites. A expressão, amplamente consagrada na jurisprudência e nos usos e costumes do foro, quer descrever as causas em que o que foi e o que deixou de ser dito não é tão claro quanto deveria ou poderia ser. (BUENO, 2014, p. 242)

Defende Didier Jr.; Cunha (2014, p. 247) que não haveria problema com a ocorrência do prequestionamento implícito, pois “o que importa é a efetiva manifestação judicial – causa decidida”.

No entanto, os Tribunais Superiores parecem não comungar do entendimento do doutrinador. O Superior Tribunal de Justiça, no enunciado de Súmula nº 320, já citado nesse capítulo, prevê que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

No mesmo sentido a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é clara no enunciado de Súmula nº 297, I, que não aceita o prequestionamento implícito, pois sedimentou o entendimento somente ocorrerá o prequestionamento “quando na decisão impugnada haja sido adotada, *explicitamente*, tese a respeito”.

Do mesmo modo, desde a década de 1960, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou seu entendimento no sentido de que “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (Súmula 356 do STF).

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal se dá porque decisões que não são claras enquadram-se no vocábulo “*obscuridade*” previsto no art. 535, I, do Código de Processo Civil. Desta forma, não sendo clara a decisão quanto a tese, entende o Supremo Tribunal Federal que deverá a parte opor os embargos declaratórios para sanar a obscuridade.

Portanto, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem o mesmo entendimento: não sendo clara a decisão a respeito da tese/questão constitucional ou legal, deve a parte opor embargos de declaração para ver sanada a obscuridade da decisão, para que, apenas assim, esteja prequestionada a matéria.

Daqui surge a última espécie prevista pela doutrina de prequestionamento: o prequestionamento ficto.

3.2. Pquestionamento ficto e a divergência entre os Tribunais Superiores

Não se manifestando expressamente o juízo *a quo* sobre a matéria que se quer recorrer, como dito, deve a parte opor os embargos declaratórios para que se busque aclarar a decisão.

Todavia, por vezes, muito embora sejam opostos os embargos declaratórios ante a obscuridade da decisão recorrida, o juízo se mantém inerte a respeito do tema. Desta forma, tendo em vista que a parte fez tudo o que poderia fazer para sanar a obscuridade e a ausência de manifestação do juízo, a doutrina defende que a matéria estaria devidamente prequestionada, o chamado “prequestionamento ficto”.

Entretanto, os Tribunais Superiores divergem a respeito do prequestionamento ficto.

Historicamente ensina a doutrina que o STF admite o prequestionamento ficto. Preleciona Bueno (2014, p. 242) o seguinte:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já no início da década de 1960, acabou por entender que a tão só apresentação dos declaratórios com o ânimo de aclarar o que havia sido decidido, mesmo que rejeitados, era o suficiente para configurar o prequestionamento. (BUENO, 2014, p. 242)

Esse entendimento foi pacificado nos autos do RE 219.934/SP de relatoria do Ministro Octávio Gallotti. Neste caso discutia-se o prequestionamento do art. 37, II, da Constituição Federal, pois não havia o Tribunal *a quo* se manifestado explicitamente sobre a matéria.

Nessa assentada o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de Votos, ficando vencido o Ministro Marco Aurélio, fazendo uma análise a *contrario sensu* do enunciado de Súmula nº 356, o qual prevê que “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”, reconheceu que, embora a matéria não estivesse expressamente decidida, sendo opostos os embargos declaratórios, caso o Tribunal se recuse a suprir a omissão, a matéria estaria fictamente prequestionada.

Analisando a matéria, no mesmo sentido em que defende Didier Jr.; Cunha (2014, p. 248), o então Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que opostos os embargos de declaração buscando sanar a omissão do julgado “se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entende-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-lhe, de logo, interpor o recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos declaratórios e não sobre a recusa”.

Desta forma, assentou o Supremo Tribunal Federal neste julgamento que a parte, ao opor os embargos declaratórios com o ânimo de esclarecer o julgado quanto à questão objeto do recurso a parte fez o que estava a seu alcance. Assim, a matéria estaria devidamente prequestionada porque a oposição dos embargos de declaração não poderia obrigar o Tribunal *a quo* a sanar essa omissão.

Nesse mesmo sentido o Tribunal Superior do Trabalho pacificou seu entendimento com nova redação dada ao seu enunciado de Súmula nº 297, em que se prevê o seguinte:

Súmula nº 297 do TST. PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.
II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.
III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração (BRASIL, 2015).

Esse posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho firmou-se nos autos do RR - 481720-35.1998.5.02.5555 julgado pela 1ª Turma do TST, de Relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, em que se pronunciou da seguinte forma:

RECURSO DE REVISTA. PREQUESTIONAMENTO FICTO. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL 1. O prequestionamento da matéria para propiciar o conhecimento de recurso de revista, por violação de lei, conquanto idealmente buscado, não constitui exigência absoluta, bastando que a parte, mediante a interposição de embargos declaratórios, postule prestação jurisdicional suplementar visando a sanar a omissão de que padece o acórdão. O conteúdo dos embargos declaratórios revela o prequestionamento no tópico em que o Tribunal resiste, injustificadamente, à outorga de prestação jurisdicional sobre ponto relevante e pertinente da lide. Inteligência da Súmula nº 297, do TST. 2. A rejeição dos embargos declaratórios, caracterizadora de recusa do órgão julgante em suprir a omissão ali apontada pela parte, não obsta a que a questão jurídica omitida seja desde logo examinada pelo TST, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o Tribunal "a quo", sob pena de conduzir-se ao paroxismo e à verdadeira denegação de Justiça em que o Regional renitentemente negaria a tutela jurisdicional e o TST sentir-se-ia impedido de enfrentar diretamente o tema, o que poderia prolongar-se "ad infinitum". Ademais, a exigência de prestação jurisdicional exauriente, transformando-a em verdadeiro fetiche, é concessão demasiada ao formalismo, que não se compadece com a moderna administração da Justiça, em particular com os princípios da celeridade e da economia processuais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Silente o Regional sobre a acenada inviabilidade de utilização do salário mínimo como fator de indexação das obrigações, conforme preceituado no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República, a despeito de ventilada a matéria em recurso ordinário e em embargos declaratórios, tem-se por prequestionada e, sob tal premissa, julga-se o recurso de revista. 4. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional não pronunciada (CPC, art. 249, § 2º, do CPC). Recurso de revista conhecido, por violação ao art. 7º, inciso IV, da Constituição da República, e provido para afastar da condenação as diferenças salariais e reflexos decorrentes da indexação do piso salarial dos Reclamantes a 02 (dois) salários mínimos. (BRASIL, 2015⁹)

Portanto, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho historicamente tem aceitado a possibilidade a ocorrência do prequestionamento ficto, sob o fundamento de que a omissão do Tribunal *a quo* em se manifestar a respeito de matéria que deveria ter se pronunciado não pode impedir a parte de interpor o recurso para a instância extraordinária.

⁹ RR - 481720-35.1998.5.02.5555, Relator Ministro João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 22/10/2003, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/11/2003

Conforme entendimento exarado do RE 219.934/SP e do RR 481720/1998, conclusão diversa acabaria por contrariar os princípios constitucionais da celeridade e da economia processual.

Defende Didier (2014, p. 248) que esse entendimento desses dois Tribunais Superiores é mais correta, “pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalitrância no suprimento da omissão simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias”.

No entanto, embora a matéria encontrar-se pacificada no Supremo Tribunal Federal após o julgamento do RE 219.934/SP, e tendo o Tribunal Superior do Trabalho acompanhado essa tese, recentemente a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal tem adota entendimento diverso acerca do prequestionamento ficto.

Em vários julgados de Relatoria do Ministro Dias Toffoli e da Ministra Rosa Weber afastou-se esse posicionamento, limitando-se a aceitar o prequestionamento quando a decisão recorrida se manifesta de forma expressa a respeito da matéria objeto do recurso.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.11.2010. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a discussão referente à prorrogação de licença maternidade de servidora pública estadual é de natureza infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Precedentes. O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão

recorrida, a questão federal suscitada”. Agravo regimental conhecido e não provido. (BRASIL, 2015¹⁰)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual. Ausência de impugnação de todos fundamentos da decisão agravada. Óbice ao processamento do agravo. Precedentes. Súmula nº 287/STF. Prequestionamento. Ausência. Incidência da Súmula nº 282/STF. 1. Há necessidade de impugnação de todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de se inviabilizar o agravo. Súmula nº 287/STF. 2. Ante a ausência de efetiva apreciação de questão constitucional por parte do Tribunal de origem, incabível o apelo extremo. Inadmissível o prequestionamento implícito ou ficto. Precedentes. Súmula nº 282/STF. 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2015¹¹)

Assim, em sentido contrário ao precedente histórico do Supremo Tribunal Federal, a 1ª Turma tem entendido que apenas quando enfrentado de modo expreso pelo Tribunal *a quo* que a matéria se encontra prequestionada.

Esse entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal é o mesmo sentido da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a tempos pacificou seu entendimento nesse sentido.

Em 1998 o Superior Tribunal de Justiça uniformizou seu entendimento a respeito do prequestionamento ficto com a edição do enunciado de Súmula nº 211, em que se prevê ser “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”.

Antes da edição do referido enunciado o STJ expressou seu entendimento de que é lícito a parte opor embargos declaratórios para sanar a omissão do acórdão que não se manifestou sobre a matéria que deveria ter se manifestado. Todavia, a rejeição desses embargos não torna prequestionada a matéria porque, conforme consta do AgRg no Ag 67.820-SP julgado pela 1ª Turma do STJ, “a apreciação de questão não debatida, subverte o iter processual”.

¹⁰ ARE 707221 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013

¹¹ AI 763915 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 06-05-2013 PUBLIC 07-05-2013

Assim, com base nesse entendimento, concluiu o STJ que, deixando o Tribunal *a quo*, de se manifestar acerca da matéria a qual deveria ter se manifestado, opostos os devidos embargos declaratório e persistindo a omissão, deveria a parte se valor do Recurso Especial por violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil ante a nulidade por negativa de prestação jurisdicional perpetrada por aquele Tribunal que se manteve omissa.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA A LEI FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATORIOS. REJEIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, INCISO II DO CPC. SUMULAS 284/STF E 131/STJ.

É lícito a parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação a qual o acórdão recorrido quedou-se omissa, embora sobre ele devesse se pronunciar.

A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial calcado em violação aos termos do artigo 535, inciso II do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada.

A apreciação de questão não debatida, subverte o "iter" processual, ao tempo em que surpreende a parte adversa, suprimindo-lhe a prerrogativa do contraditório, e cria para a corte superior o ônus de apreciar tema inédito.

A procedência das alegações de violação ao artigo 535, II do CPC induz a nulidade do acórdão vergastado, impondo que outro seja proferido pelo tribunal "a quo", contendo a apreciação da matéria preterida. [...] (BRASIL, 2015¹²)

Este posicionamento sedimentado em 1995 continua firme no Superior Tribunal de Justiça, conforme se examina do aresto abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. ART. 128 DA LEI 8.112/1990. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

[...]

3. A alegação sobre a afronta ao art. 128 da Lei 8.112/1990, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo acórdão recorrido. Dessa forma, inobservou-se o requisito do prequestionamento sobre tal questão. Incide a Súmula 211/STJ porque, para que se tenha por atendido o requisito do prequestionamento, não basta que a Corte local dê por prequestionado o dispositivo (fl. 663, e-STJ), é indispensável também a emissão de juízo de valor sobre a matéria.

¹² AgRg no Ag 67.820/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/1995, DJ 25/09/1995, p. 31089

4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de ser inadmissível o prequestionamento ficto, ou seja, não considera prequestionada a matéria pela simples oposição de Embargos Declaratórios.

5. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-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. (BRASIL, 2015¹³)

Assim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento nesse sentido sob o fundamento de que caso se permitisse o prequestionamento ficto, sem que houvesse a manifestação expressa do Tribunal a quo a respeito da matéria objeto do recurso, estar-se-ia afrontando o princípio da instâncias recursais, uma vez que esta haveria supressão de instância, que, conforme salientou o Ministro Demócrito Reinaldo nos autos do AgRg no Ag 67.820/SP, “sua consequência concreta, constitui gravíssimo atentado contra as garantias processuais da parte, principalmente no que concerne ao direito de defesa”.

Por esse motivo, salienta o Ministro Relator do AgRg no Ag 67.820/SP que “só a integração do julgado, pela via dos embargos declaratórios, supre a omissão no exame da matéria cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ”.

Portanto, para que não ocorra uma supressão de instância e, conseqüentemente, uma afronta ao direito de defesa, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que o não acolhimento dos embargos declaratórios pelo Tribunal a quo, quando deveria se manifestar a respeito da matéria, “provoca, por si só, violação aos termos do art. 535, II do CPC, já que o aresto omitiu-se sobre ponto de exame obrigatório”, conforme voto do Ministro Relator Demócrito Reinaldo nos autos do AgRg no Ag 67.820/SP.

¹³ AgRg no REsp 1525448/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 30/06/2015

3.3. Colisão de princípios fundamentais e o novo código de processo civil (Lei 13.105/15)

Desse modo, enquanto o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho firmaram seu entendimento no sentido de que a matéria estaria devidamente prequestionada caso, devesse o Tribunal *a quo* ter se manifestado a respeito da matéria e este não se pronunciou mesmo após a oposição dos embargos declaratórios para sanar a omissão, pois caso houvesse outro entendimento haveria uma afronta aos princípios constitucionais e da economia processual, o Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência em sentido oposto, sob o fundamento de que o prequestionamento ficto importaria em supressão de instância, constituindo uma afronta ao às garantias processuais das partes, sobretudo ao direito de defesa.

Assim, essa divergência entre os Tribunais Superiores se dá porque, em uma última análise, o que há é uma colisão de princípios fundamentais.

De um lado temos os princípios da celeridade e da economia processual, de outro as garantias processuais das partes, o direito de defesa e, conforme salientado no julgamento do AgRg no Ag 67.820/SP, o princípio das instâncias recursais.

Em verdade, não há uma mera colisão de direitos fundamentais, mas uma colisão entre aspectos do mesmo direito fundamental: o devido processo legal.

O devido processo legal em seu aspecto formal, como cláusula geral que é, estabelece o modelo constitucional do processo brasileiro (DIDIER JR, 2014, p. 47). Assim, é composto pelas garantias processuais do contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo, entre outros princípios constitucionalmente previstos de forma expressa ou implícita.

Assim, um conflito entre a celeridade e economia processual e o princípio das instâncias recursais denota um conflito entre os diferentes aspectos do próprio princípio constitucional do devido processo legal assegurado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988

Canotillo, em sua obra, defende que a colisão entre direitos fundamentais ocorre por dois motivos: 1) o mesmo comportamento recebe proteção de vários direitos, liberdades ou

garantias (cruzamento de direitos fundamentais) ou; 2) determinado bem jurídico leva a acumulação de vários direitos fundamentais.

Portanto, tendo em vista que o princípio do devido processo legal leva à acumulação dos princípios da celeridade e das instâncias recursais (que veda a supressão de instâncias) ocorre aqui o segundo motivo pelo qual Canotillo defende haver uma colisão entre direitos fundamentais.

Desse modo, havendo uma inequívoca colisão entre direitos fundamentais, mais precisamente entre aspectos das garantias do devido processo legal, deve o intérprete do Direito utilizar-se da técnica da ponderação de princípios na busca da solução mais adequada à realidade.

Fazendo essa ponderação entenderam o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho que prevalece o princípio da celeridade e economia processual, enquanto que o Superior Tribunal de Justiça que deve prevalecer o princípio das instâncias recursais.

Todavia, a interpretação do direito, conforme se estuda na teoria geral do direito, não cabe apenas aos aplicadores do Direito, podendo o legislador interpretar e, por consequência, fazer a ponderação entre princípios fundamentais escolhendo aquele que deve prevalecer nos casos concretos.

Por esse motivo, o legislador na Lei nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) pacificou a celeuma existente entre os Tribunais Superiores, e, como visto, entre as turmas do Supremo Tribunal Federal. Estabeleceu a nova codificação processual civil no seu art. 1.025 o seguinte:

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.

Assim, diante a crise do judiciário existente no sistema brasileiro e do sentimento nacional de morosidade processual, o legislador realizou a ponderação entre os princípios da celeridade/economia processual e das instâncias recursais e concluiu que deveriam prevalecer os primeiros.

CONCLUSÃO

Desde a idealização dos Tribunais Superiores criaram-se barreiras à interposição de recursos para essas Cortes, isso porque elas não foram designadas para fazer uma mera reanálise de fatos e provas, mas para unificar o entendimento em âmbito nacional acerca de certas matérias.

Por esse motivo, os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores devem preencher, além dos requisitos previstos para todo e qualquer espécie recursal, alguns pressupostos de admissibilidade específicos.

Enquanto os recursos dirigidos aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho são pautados no princípio do duplo grau de jurisdição, em que a parte busca uma reanálise de toda a matéria por um colegiado que, em tese, possui mais experiência que o juiz prolator da primeira decisão, os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores possuem uma função diversa.

Não cabe a estes Tribunais exercer um terceiro grau de jurisdição. Eles possuem a função precípua de uniformizar o entendimento jurisprudencial no âmbito nacional garantindo a higidez do ordenamento jurídico pátrio.

Ante à função dos Tribunais Superiores e a ao tipo de matéria levada à sua apreciação, a própria Constituição Federal previu requisitos específicos para interposição dos recursos dirigidos à essas Cortes Superiores e um desses requisitos é que a matéria encontre-se decidida, isto é, prequestionada.

Sobre este requisito, a doutrina e a jurisprudência passaram a vislumbrar algumas formas com que a matéria objeto do recurso de natureza extraordinária se dê por prequestionada. Assim, passaram a classificar o prequestionamento como explícito, numérico, implícito e ficto.

Quanto ao prequestionamento explícito e numérico não há divergência entre os Tribunais Superiores, pois a Constituição Federal e a CLT são claras em afirmar que a matéria deve encontrar-se decidida, ou seja, a decisão recorrida deve adota expressamente tese a

respeito da matéria impugnada no recurso, muito embora não haja necessidade de que o Tribunal aponte o dispositivo de lei ou da constituição tido por violado.

No que toca ao prequestionamento implícito também não restam dúvidas, pois os Tribunais Superiores são uníssomos em afirmar que quando a matéria encontra-se apenas implicitamente prequestionada, sem manifestação expressa do Tribunal *a quo*, a parte deve opor embargos de declaração para sanar a obscuridade ou omissão do acórdão que se pretende impugnar pela via do recurso de natureza extraordinária.

Nesse ponto surge a divergência objeto de estudo desse trabalho de pesquisa, pois, por vezes, muito embora o Tribunal *a quo* deva se manifestar acerca da matéria, trazida à discussão em um recurso de natureza ordinária e reforçada por meio da oposição dos embargos declaratórios, ele nega provimento aos embargos e mantém-se silente. Surge aqui a divergência acerca do prequestionamento ficto: estaria a matéria prequestionada mesmo com a falta de manifestação do Tribunal *a quo*, muito embora ele tivesse o dever de se manifestar?

O Superior Tribunal de Justiça e, mais recentemente, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal não têm aceito o prequestionamento ficto. Todavia, o posicionamento histórico do STF e a jurisprudência unificada do Tribunal Superior do Trabalho estão sedimentados pela sua aceitação.

Aqui nasce o problema de pesquisa: quais os fatores que levam o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho divergirem acerca do prequestionamento ficto?

O Superior Tribunal de Justiça e a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmaram têm firmado seu entendimento contrário ao prequestionamento ficto sob o argumento de que entender que a matéria não decidida pelo Tribunal *a quo* encontrar-se-ia prequestionada demandaria uma supressão de instância, ou seja, haveria uma ofensa ao princípio das instâncias recursais que em última análise corresponderia a uma afronta a uma das facetas do princípio fundamental do devido processo legal.

Por sua vez, a jurisprudência sedimentada no Tribunal Superior do Trabalho pelo enunciado de Súmula 297 e no Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do RE 219.934/SP é no sentido de que a oposição dos embargos declaratórios seria suficiente para

que a matéria estivesse prequestionada. Essa conclusão se deu, primeiramente, com a oposição dos embargos declaratórios nada mais poderia ser exigido à parte e, por fim, pois entendimento diverso levaria a uma ofensa aos princípios da celeridade e economia processual, que em última análise também correspondem a uma ofensa ao devido processo legal.

Dessa forma, divergem esses Tribunais Superiores acerca da aplicabilidade do prequestionamento ficto porque há, em verdade, um conflito entre princípios fundamentais, mais precisamente, um conflito entre facetas ou subprincípios do mesmo princípio constitucional: o devido processo legal.

Sabendo-se que não há princípios absolutos ou superiores, solucionam-se os conflitos de princípios por meio da ponderação entre princípios. Isto é, o aplicado analisa o caso concreto e decide qual dos princípios fundamentais deve prevalecer.

Ocorre que, neste caso, os Tribunais Superiores fizeram a ponderação entre os princípios buscando solucionar o conflito, todavia, chegaram a soluções diversas, criando um impasse e, conseqüentemente, uma insegurança jurídica que ocasiona inegável abalo na higidez do sistema processual.

Atento a esse impasse o legislador, ao criar o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), utilizou-se da técnica da ponderação entre princípios e solucionou o impasse existente entre os Tribunais Superiores acerca do prequestionamento ficto. Assim, dispôs no art. 1.025 do novo Código de Processo Civil que “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”.

Assim, o legislador, por intermédio da ponderação, demonstrou que a sociedade tem o interesse de que seus processos sejam mais céleres e menos formalistas, buscando a solução mais ágil dos litígios, demonstrando um rompimento com o sistema processual vigente na sistemática processual iniciada em 1973.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 6. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 958.333/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2007, DJ 25/02/2008, p. 384. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701297325&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em julho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1525448/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 30/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº Ag 67.820/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/1995, DJ 25/09/1995, p. 31089.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1186694/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 17/08/2010. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000503810&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em julho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 165.212/MS; Relator Ministro Humberto Gomes de Barros; Corte Especial; Embargante Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; Embargada Elza Pelisto da Silva; julgado em 17/12/1999, DJ 28/02/2000, p. 29).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 320. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=320&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em agosto de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 211. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27211%27>>. Acesso em agosto de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 356. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=356.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acessado em agosto de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 282. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=282.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acessado em agosto de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 763915, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 06-05-2013 PUBLIC 07-05-2013.

_____. Supremo Tribunal Federal . Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 707221, Relator(a) Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 219934, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2004, DJ 26-11-2004 PP-00006 EMENT VOL-02174-03 PP-00436 RT v. 94, n. 835, 2005, p. 151-155 RTJ VOL 00192-02 PP-00722.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Do CNT ao TST**. Compilação: Americo J. P. Mesquita. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 1975. Título da capa: Tribunal Superior do Trabalho: ontem, hoje.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 481720-35.1998.5.02.5555, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 22/10/2003, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/11/2003.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 297. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-297>. Acesso em agosto de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 221. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-221>. Acesso em agosto de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 62 da SDBI-1. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_061.htm#TEMA62>. Acessado em agosto de 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito Processual do Trabalho**. Tomo II. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CORREIA, Henrique; SANTOS, Éliassom Miessa dos. **Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST: comentadas e organizadas por assunto**. 3. Ed. Salvador: JusPodvim, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. Vol 3. Salvador: JusPodvim, 2014.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. **Novo CPC: já a reforma da reforma?** Disponível em <<http://jota.info/novo-cpc-ja-a-reforma-da-reforma>>. Acesso em julho de 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Salvador: JusPodvim, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5. Ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013 (Série IDP).

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. **O prequestionamento no recurso especial**. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2008

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2ª ed. reform. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.