



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FATOR DE PRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO PROVOCADO POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

João Ramos Netto

Rio de Janeiro
2017

JOÃO RAMOS NETTO

A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FATOR DE PRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO PROVOCADO POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FATOR DE PRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO PROVOCADO POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

João Ramos Netto

Bacharel em direito pelo Centro
Universitário Moacyr Sreder Bastos.
Advogado.

Resumo – O objetivo principal deste trabalho consiste na análise dos efeitos prejudiciais ensejados pela fundamentação incompleta de uma decisão judicial, sobretudo em relação ao prequestionamento necessário aos recursos especial e extraordinário. Conforme será demonstrado com análise da lei, doutrina e jurisprudência, o atual cenário de fundamentação das decisões judiciais obriga a parte recorrente a provocar o prequestionamento por meio de embargos de declaração, o que causa morosidade e insegurança jurídica recursal. Assim, será analisada a viabilidade de as decisões judiciais mencionarem de forma expressa o dispositivo legal ou constitucional aplicável ao caso concreto, com vista a tornar dispensável a provocação do prequestionamento pela parte recorrente. Destarte, se os magistrados colocarem expressamente nas decisões judiciais os dispositivos legais ou constitucionais aplicáveis ao caso, haverá desnecessidade de interposição de embargos de declaração com fim de prequestionamento, o que trará maior segurança jurídica ao recorrente.

Palavras-chave – Fundamentação. Prequestionamento. Provocação

Sumário – Introdução. 1. Da necessidade de observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil 2. A completa fundamentação da decisão judicial como fator de segurança jurídica ao recorrente. 3. A necessidade do prequestionamento nos recursos extremos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil como requisito de afastamento da imprescindibilidade de interposição de embargos de declaração com fim de prequestionar a matéria federal ou constitucional supostamente violada pelo Tribunal de origem. Busca-se elucidar que fundamentações de decisões judiciais detentoras dos pressupostos do artigo 489 do Código de Processo Civil já tornarão prequestionada a matéria federal ou constitucional incidente na demanda, contribuindo para a duração razoável do processo prevista no artigo 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, bem como para a segurança jurídica do recorrente.

Para esse fim, serão aventadas as posições jurisprudenciais e doutrinárias concernentes ao tema, com fito de discutir a função do prequestionamento, a necessidade deste no ordenamento jurídico recursal, bem como a presença dos requisitos insculpidos na decisão recorrida capazes de afastar a provocação daquele por meio de embargos de declaração.

O prequestionamento como requisito específico de admissibilidade dos apelos extraordinários dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal só passou a ser previsto expressamente no ordenamento jurídico pátrio, após a Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Civil de 2015, conforme artigo 1.025 do vigente diploma adjetivo civil. Entretanto, a jurisprudência dos tribunais superiores já o admitia na vigência do revogado Código de Processo Civil de 1973. Nessa esteira, considera-se prequestionada a matéria se o acórdão recorrido ventilar expressamente a questão federal ou constitucional objeto do recurso, sob pena de inadmissibilidade deste pelos tribunais superiores. Se o tribunal de origem não apreciar a questão federal ou constitucional, o recorrente se vê compelido a interpor embargos de declaração com vista a suprir a omissão no acórdão combalido, porquanto não o fazendo, não terá conhecido seu recurso pelos tribunais superiores.

O artigo 489 do código de processo civil trouxe requisitos imprescindíveis às fundamentações das decisões judiciais, de modo que a observância deles incorrerá na desnecessidade de provocação do prequestionamento por meio de embargos de declaração. O problema é que, ainda hoje, muitas das decisões judiciais não observam ditos requisitos, trazendo morosidade ao processo e insegurança jurídica ao recorrente, pelo que a presente pesquisa buscará demonstrar a necessidade de observância a tais pressupostos legais.

Inicia-se o primeiro capítulo com a demonstração de que a observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil dispensará a imprescindibilidade de interpor embargos de declaração para prequestionar a matéria federal ou constitucional supostamente violada.

No segundo capítulo será demonstrada que a observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil trará segurança jurídica ao recorrente no que tange à admissibilidade de seus recursos pelos tribunais superiores.

Já no terceiro capítulo será elucidado que o prequestionamento é absolutamente necessário, mesmo diante da máxima do *iura novit curiae*.

A pesquisa se desenvolverá pelo método hipotético dedutivo, eis que o pesquisador apontará diversas hipóteses, que acredita serem aptas a analisar o objeto da pesquisa, colimado na adoção ou rejeição delas por meio de argumentos.

A abordagem do objeto da pesquisa se fará por meio de legislação, doutrina e jurisprudência, e, portanto, de forma qualitativa, com fim de demonstrar a tese esposada.

1. DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo do advento do artigo 1.025 do código de processo civil de 2015¹, já firmavam entendimento no sentido de que os recursos extraordinários e especiais que lhe fossem dirigidos, respectivamente, necessitavam do requisito do prequestionamento, ou seja, o enfrentamento expresso, pelos tribunais de origem, da questão constitucional ou federal supostamente violada, dando azo, inclusive, ao enunciado n.º 356 da súmula do STF², e verbete n.º 211 do repertório sumular do STJ³. Dessa forma, conforme vaticina Araken de Assis⁴, o requisito do prequestionamento passou a ser considerado pressuposto de admissibilidade dos apelos extremos. Assim, se o tribunal de origem não se manifestar de forma expressa acerca da questão constitucional ou federal alegadamente infringida, a parte vencida, para interpor recurso extremo vocacionado às cortes superiores, necessita opor embargos de declaração com fim de prequestionamento, pleiteando à câmara ou turma que proferiu o acórdão (ou juiz de direito na hipótese do artigo 34 da lei 6.830/80⁵), que supra a omissão, e, dessa forma, torne a matéria prequestionada.

O código de processo civil de 2015⁶, com o escopo de uniformizar o caráter eskorreito das decisões judiciais, sobretudo sentenças e acórdãos, trouxe, em seu artigo 489, §1.º, requisitos negativos, ou seja, aqueles diametralmente vedados na fundamentação dos decisórios judiciais, sob pena de estes não se inquinarem fundamentados. Alexandre Freitas Câmara⁷ aduz que, diante da ordem constitucional vigente, esses requisitos negativos sempre foram obrigatórios, de modo que encerram um roteiro mínimo para a fundamentação; mas,

¹BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 356*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=356.NUME.%20NAO%20FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 211*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁴ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 645.

⁵BRASIL. *Lei n. 6.830, de 22 de set. de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

⁶BRASIL. op.cit., nota 1.

⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 276.

diante do seu frequente descumprimento em muitos julgados, dito dispositivo legal se qualifica profícuo.

O problema é que, mesmo diante do advento do artigo 489, §1.º, do Código de Processo Civil⁸, muitas decisões judiciais permanecem a não observá-lo, gerando, ainda, a necessidade de o recorrente interpor embargos de declaração com fim de prequestionar a matéria constitucional ou federal objeto de não enfrentamento expresso, tornando inócuo, pois, o novel dispositivo legal em tela. O Superior Tribunal de Justiça⁹, mesmo após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, proferiu decisão no sentido de que o dispositivo legal ora ventilado não acarretou necessidade de modificação das decisões judiciais; interpretação que traduz claro esvaziamento da norma legal.

Em razão de a necessidade do prequestionamento decorrer implicitamente da atual Carta Política Republicana, os tribunais superiores possuem interpretações diferentes acerca de sua observância. Kele Serafin¹⁰ explica a diferença entre prequestionamento implícito e explícito no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores. Para o Superior Tribunal de Justiça, prequestionamento implícito é aquele em que a decisão recorrida, embora não mencione expressamente o texto legal violado, enfrenta a matéria albergada por ele, o que, para aludida corte de justiça, é suficiente à admissibilidade do recurso especial. Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, somente se admite o prequestionamento explícito, o qual, conforme entendimento deste tribunal constitucional, possui o mesmo sentido do conceito de prequestionamento implícito para o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, não necessita de menção literal aos dispositivos legais ou constitucionais violados.

O artigo 1.025 do Código de Processo Civil¹¹ reforçou o prequestionamento implícito, considerando prequestionada a matéria invocada nos embargos de declaração, ainda que estes sejam inadmitidos ou rejeitados. Entretanto, mesmo com a edificação desse dispositivo legal, o reconhecimento da observância do prequestionamento ainda se aloca na esfera de extrema subjetividade dos julgadores integrantes dos tribunais de superposição, porquanto fica ao arbítrio deles vislumbrar a existência de enfrentamento, pelo tribunal de origem, da matéria

⁸BRASIL. op.cit., nota 1.

⁹_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no MS 21315/DF*. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora TRF 3.ª Região) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61426619&num_registro=201402570569&data=20160615&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁰SERAFIN, Kele. *O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário*. Disponível em: <<https://keleserafin.jusbrasil.com.br/artigos/260402083/o-prequestionamento-nos-recursos-especial-e-extraordinario>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹¹BRASIL. op.cit., nota 1.

constitucional ou federal supostamente violada, de modo que, ante a volumosa quantidade de processos que sobem às instâncias superiores, os filtros de admissibilidade tendem a se tornar mais rígidos, e a subjetividade dos julgadores mais tendente à inadmissibilidade dos apelos extremos.

Para evitar a submissão do prequestionamento à análise subjetiva dos tribunais superiores, é essencial que as decisões judiciais em sentido amplo (sentenças e acórdãos) proferidas pelo tribunal de origem se manifestem expressamente sobre a questão constitucional ou federal invocada pela parte, ou seja, aportar em citada decisão, de forma literal, o dispositivo legal ou constitucional invocado pela parte, acrescentando argumentos interpretativos sobre eles. Consoante de ampla sabença, o texto legal é a moldura da atividade interpretativa, de forma que é essencial sua menção, na esteira do ordenamento positivo brasileiro, no qual a norma legal ainda é fonte primária do direito, conforme artigo 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹².

A indicação da norma legal nas decisões, aliada aos argumentos jurídicos valorativos, cumpre os requisitos apregoados pelo artigo 489, §1.º, do Código de Processo Civil¹³, trazendo, assim, desnecessidade da interposição de embargos de declaração para prequestionar as questões constitucionais ou federais supostamente infringidas, porquanto já explicitamente debatido e julgado no acórdão ou sentença. Nesse norte, pode-se afirmar que o cumprimento satisfatório ao citado dispositivo legal constante da Lei Adjetiva Civil extinguirá a imprescindibilidade da interposição de embargos de declaração com fim de prequestionamento, o que contribuirá tanto para a base argumentativa do recurso (porquanto o recurso se baseia justamente na possibilidade de reforma da substância da fundamentação judicial), quanto para a celeridade processual, eis que ao revés de quase um ano para resposta do embargado e dia para julgamento dos embargos de declaração, o tribunal de origem já direcionaria o recurso extraordinário e especial ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, o que contribuiria, pois, à observância do mandamento constitucional da duração razoável do processo (art. 5.º, inciso LXXVIII da CRFB/88¹⁴). Vale dizer que o poder judiciário deve sempre buscar mecanismos para demover a morosidade, sob pena de tornar inócua, na esfera da vida do jurisdicionado, a almejada decisão judicial.

¹²BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

¹³BRASIL. op.cit., nota 1.

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

2. A COMPLETA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO FATOR DE SEGURANÇA JURÍDICA AO RECORRENTE

A segurança jurídica, conforme lição de Nelson Nery Junior¹⁵, assume tamanha relevância no cenário jurídico brasileiro que, na hipótese de conflito entre a justiça da sentença e a segurança das relações sociais e jurídicas, o sistema constitucional brasileiro opta pelo valor segurança, em sacrifício à justiça.

A segurança jurídica, pois, atua em todos os institutos do processo civil, o que abarca, obviamente, o sistema recursal. A parte que maneja o recurso apropriado para buscar a reforma da decisão contrária aos seus interesses, o faz ancorada em regras legais e jurisprudenciais moldadoras, principalmente, da admissibilidade do pleito recursal. Assim, atenta contra a segurança jurídica recursal, decisões que inadmitem o recurso com base em inovações inexistentes até então no cenário jurídico.

Não somente a decisão que inadmite o recurso com base em inovações contribui para a insegurança jurídica, mas também ofende a segurança jurídica aquela decisão recorrida carente de completa fundamentação. Nessa linha, o artigo 489, §1.º, inciso I do Código de Processo Civil¹⁶ elucida que não será conferida qualidade de fundamentada à decisão judicial em sentido amplo (sentença, decisão interlocutória ou acórdão) que se limitar a reproduzir texto normativo sem indicação da relação deste com a causa decidida.

Depreende-se que o Código de Processo Civil exige que todas as decisões judiciais mencionem o texto normativo balizador da matéria objeto do julgamento. Logo, se o julgador manifesta seu convencimento sem mencionar a norma legal específica do caso, inexistirá decisão fundamentada. Conforme vaticina Nelson Nery Junior¹⁷: “Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira.” Dessa forma, as razões de direito abrangem a necessidade de aporte do texto legal pertinente.

Em relação aos recursos especial e extraordinário dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente, a menção ao texto legal na decisão recorrida assume especial importância em relação à segurança jurídica no prequestionamento.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹⁶ BRASIL. op.cit., nota 1.

¹⁷ NERY JUNIOR, op.cit., p. 291.

Na hipótese de a decisão judicial combatida por meio dos recursos extremos for omissa quanto ao texto legal afeto ao caso, a segurança jurídica recursal restará bastante prejudicada, porquanto o recorrente deverá opor embargos de declaração com fito de prequestionamento, no afã de que o tribunal de origem supra a omissão e, por conseguinte, se manifeste expressamente sobre a norma constitucional ou infraconstitucional pertinente.

A segurança jurídica recursal, pois, não é suficientemente cumprida em caso de permanecer dúvida sobre a existência ou não de manifestação atinente ao texto legal supostamente violado, porquanto o cumprimento do requisito específico de admissibilidade consistente no prequestionamento se submeterá à discricionariedade do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁸ advoga a necessidade de o tribunal de origem emitir juízo de valor acerca do dispositivo legal supostamente violado, de modo que se não o fizer, não há se falar nem mesmo em prequestionamento implícito. Logo, a decisão judicial alheia aos requisitos do Código de Processo Civil obstará o pleno exercício do direito à ampla defesa pelas partes.

Apesar da atenção dada à segurança recursal pelo legislador da lei 13.105/2015 (art. 1.025)¹⁹, considerando prequestionados os elementos invocados pelo recorrente nos embargos de declaração, ainda que o acórdão o inadmita ou rejeite; a parte que maneja o recurso especial ou extraordinária se vê compelida a interpor em 5 (cinco) dias embargos de declaração em razão de o acórdão recorrido apresentar omissão acerca da matéria legal ou constitucional afeta ao caso. Assim, em verdade, a admissibilidade dos recursos extremos permanece na dependência de provocação da parte, quando isso poderia ser evitado se houvesse, na decisão objeto da irrisignação, expressa menção ao texto legal ou constitucional regulador da lide em concreto.

A razoável duração do processo restou erigida a norma de cunho constitucional pela Emenda Constitucional n.º 45/2004²⁰, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, os meios que garantam celeridade na tramitação dos processos.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 985845/SP*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=72889778&tipo=51&nreg=201602471811&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170626&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

¹⁹BRASIL. op.cit., nota 1.

²⁰BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 45/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituiacao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1>. Acesso em: 07 de set. 2017.

A ausência de menção expressa ao dispositivo legal ou constitucional no acórdão recorrido contribui sobremaneira para a inobservância do direito à razoável duração do processo. Segundo Rodolfo Hartmann²¹, o processo se qualifica o instrumento da jurisdição. Nessa linha, o processo deve entregar ao jurisdicionado o direito vindicado de forma célere, sob pena de tornar inócuo o provimento quando do trânsito em julgado.

A necessidade de a parte recorrente interpor embargos de declaração com intuito de prequestionar a matéria infraconstitucional ou constitucional não enfrentadas na decisão recorrida contribui para a morosidade judicial. Ao contrário do que parece, não é a parte recorrente que provoca a lentidão do processo, mas sim o provimento judicial omissivo.

A Constituição Federal, no art. 5.º, inciso LV²², trouxe à lume o direito fundamental à ampla defesa. Nessa linha, é direito do jurisdicionado esgotar os meios recursais previstos em lei. Esse esgotamento dos meios recursais não traduz meramente a necessidade de o pleito recursal adentrar no tribunal *ad quem*, mas sim a efetiva apreciação da peça de irresignação por parte deste, o que cimenta o denominado contraditório efetivo.

Diante dos direitos fundamentais à ampla defesa e à razoável duração do processo, cabe ao poder judiciário o dever de primar pela celeridade processual com a conjugação destes direitos amalgamados pelo texto constitucional.

Depreende-se, pois, que a indicação expressa, na decisão recorrida, do texto infraconstitucional ou constitucional vinculado ao caso contribuirá diametralmente para cumprimento da celeridade processual, porquanto a parte que deseja recorrer não precisará interpor embargos de declaração com âmago de prequestionar, o que poupará meses de paralisação do processo. Ademais, geralmente o tribunal de origem, ao julgar aludidos embargos de declaração, não os acolhe²³. Logo, ditos embargos de declaração só servem para cumprir o requisito formal do prequestionamento, porquanto nem mesmo com a sua interposição, o tribunal de origem expressa a norma legal ou constitucional objeto da lide.

Nota-se, assim, que a expressa manifestação, na decisão recorrida, do texto constitucional ou infraconstitucional regulador do caso trará segurança jurídica recursal.

²¹HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. até 27 de janeiro de 2016 – Niterói: Impetus, 2016, p. 94.

²²BRASIL. op.cit., nota 14.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n.º 0020036-13.2009.8.19.0206. Relator: Relator: Desembargador Lúcio Durante. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500140545>>. Acesso em: 07 set. 2017.

3. A NECESSIDADE DO PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXTREMOS

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, na esteira dos artigos 102, inciso III e 105, inciso III da Constituição Federal²⁴, são exclusivamente competentes para o julgamento dos recursos especial e extraordinário, respectivamente.

Ao outorgar aos tribunais superiores a função de conhecer dos recursos extremos, o legislador constituinte previu a importância nacional das matérias instrumentalizadas processualmente por meio destes. Logo, somente as mais elevadas cortes do país possuem o aparato necessário ao julgamento do recurso especial e extraordinário.

Por concentrarem os apelos extremos advindos de todos os tribunais do país, não haveria viabilidade de as citadas cortes superiores suportarem o insustentável volume de pleitos de irrisignação, e, por conseguinte, julgá-los de forma acurada.

O Superior Tribunal de Justiça²⁵ e o Supremo Tribunal Federal²⁶, assim, criaram enunciados de súmulas no sentido de que as matérias infraconstitucionais e constitucionais devem ser analisadas pelas sentenças ou acórdãos dos tribunais de origem, sob pena de ausência de requisito específico de admissibilidade recursal, qual seja, o prequestionamento. Conforme escólio de Araken de Assis²⁷, o prequestionamento consiste na necessidade de que na decisão do tribunal de origem haja expressa e motivada menção à questão jurídica em baila, preferencialmente com indicação do dispositivo da lei federal, e, obviamente, da questão constitucional reguladores da matéria de fundo.

Nota-se, pois, que a razão de criação do prequestionamento foi a possibilidade de melhor apreciação das matérias relevantes por parte dos tribunais superiores, assim como a análise direcionada objetivamente à questão unicamente de direito submetida ao crivo dos citados tribunais de superposição. Evita-se, assim, que as cortes superiores tenham de procurar as questões federais e constitucionais que constituem o ponto de irrisignação da parte recorrente. Se o prequestionamento não existisse, além da excessiva demora no julgamento dos recursos extremos, provavelmente a análise não seria de forma completa, porquanto nem sempre o tribunal superior focaria na questão desejada pela parte recorrente.

²⁴BRASIL. op.cit., nota 14.

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 211*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 356*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁷ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 826.

Na esteira do ensinamento de Alexandre Câmara²⁸, vigora no direito brasileiro o sistema da taxatividade recursal, ou seja, somente são considerados recursos aqueles expressamente previsto em lei. Destarte, a parte que intente recorrer ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal com vista a discutir questões unicamente de direito infraconstitucional e constitucional, somente poderá fazê-lo por meio de recurso especial e extraordinário.

Não seria viável que os tribunais superiores procurassem os pontos insculpidos na lei federal e na Constituição Federal afetos ao caso submetido à sua análise, uma vez que as causas edificadas por essas espécies recursais se qualificam de alta complexidade, de modo que uma avaliação acurada exige a eleição prévia daquilo que encerra o ponto nevrálgico do inconformismo do recorrente.

O prequestionamento assumiu tanta importância no ordenamento recursal brasileiro, que o novo Código de Processo Civil²⁹, ao contrário do anterior, trouxe de forma expressa no art. 1.025, a necessidade de prévio debate e julgamento, pelo tribunal de origem, das questões de lei federal e constitucional aplicáveis ao caso sob testilha.

Com efeito, o prequestionamento contribui sobremaneira para a celeridade processual, porquanto a indicação anterior dos dispositivos violados faz com o tribunal superior julgue a matéria muito mais rapidamente do que o faria. Logo, o prequestionamento contribui para o princípio da duração razoável do processo do art. 5.º, inciso LXXVIII da Carta Política Republicana³⁰. Nesse norte, um julgamento célere ajuda a coibir a perda do interesse do direito buscado pela parte em razão de um édito tardio.

Além de celeridade, o prequestionamento permite efetivamente a possibilidade de cumprimento do contraditório, o qual, conforme lição de Rodolfo Hartmann³¹, não consiste tão somente no direito de ser ouvido, mas também na prerrogativa inafastável de vivenciar a consideração efetiva de suas manifestações para o convencimento do julgador, ou seja, de vislumbrar no caso concreto a aferição de suas alegações, e não só o direito de se manifestar de forma vazia no processo. Nessa toada, o prequestionamento possibilita que os tribunais superiores, ao analisarem o recurso, debrucem-se de forme acurada na alegação do recorrente.

²⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 490.

²⁹BRASIL. op.cit., nota 1.

³⁰BRASIL. op.cit., nota 14.

³¹HARTMANN, op.cit., p. 17.

É, pois, imprescindível a existência do prequestionamento dos recursos especiais e extraordinários dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal de Justiça, respectivamente. Todavia, essa necessidade do prequestionamento não denota a obrigatoriedade de a parte recorrente provocar o tribunal de origem por meio de embargos de declaração, sob pena de tornar sem sentido a celeridade e acuidade pretendidos pelo instituto do prequestionamento, haja vista a demora para a juntada e julgamento dos embargos de declaração.

Ao Tribunal de origem, assim, diante de uma interpretação sistemática dos princípios do contraditório e da celeridade processual, incumbe o dever de alocar na fundamentação da decisão, os dispositivos infraconstitucionais e constitucionais afetos ao caso, o que resultaria na presença do prequestionamento sem necessidade de provocação pela parte recorrente.

Verifica-se na prática cotidiana, porém, inobservância desse dever por parte dos tribunais de origem, incorrendo em grave insegurança jurídica aos recorrentes, uma vez que, mesmo com a interposição de embargos de declaração com fim de prequestionamento, os tribunais superiores, em muitas ocasiões, entendem inexistente o requisito do prequestionamento³².

Extrai-se, pois, que a decisão fundamentada de forma parca contribui de forma voraz para o esvaziamento do instituto do prequestionamento, além de vergastar o princípio do contraditório, porquanto força o tribunal superior a rejeitar o recurso extremo de forma liminar, ante a inobservância do prequestionamento.

Não é culpa da parte recorrente a inobservância do requisito do prequestionamento, mas sim da decisão do tribunal de origem, que não menciona de forma expressa a norma infraconstitucional e constitucional aplicável ao caso, ceifando de forma inapelável a possibilidade de efetiva apreciação da matéria de fundo dos recursos extremos.

Apesar da existência do princípio do *iura novit curiae* (o juiz conhece a lei), o prequestionamento é necessário à análise da questão de direito levada aos tribunais superiores, uma vez que o conhecimento da lei não obriga os tribunais de superposição a procurá-la diante da omissão (provocada pela decisão incompleta do tribunal de origem) no caso concreto. O artigo 1.025, do Código de Processo Civil³³ adveio justamente para assegurar à parte recorrente segurança jurídica.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1519664/RS*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75523180&num_registro=201401488166&data=20170922&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em: 24 set. 2017.

³³BRASIL. *op.cit.*, nota 1.

CONCLUSÃO

As decisões judiciais, na esteira do art. 489, §1.º do Código de Processo Civil, devem estar investidas de uma completa fundamentação. Não basta, pois, mera narrativa dos fatos invocados pelas partes, mas, sobretudo, subsunção deles à norma aplicável.

A fundamentação parca de uma decisão judicial contribui, assim, para extrema dificuldade de a parte interpor um recurso, porquanto os argumentos de irresignação buscam demonstrar dissonância da sentença ou acórdão com o direito aplicável. Dessa forma, nos casos em que a decisão judicial não se qualifica fundamentada de forma curada, é até difícil demonstrar eventuais erros jurídicos ao órgão revisor.

A extrema dificuldade trazida pela fundamentação esmorecida substancialmente também gera efeitos no prequestionamento da questão federal ou constitucional necessária ao conhecimento do pleito recursal nos tribunais superiores. Ao verificar a falta de indicação ou aferição do dispositivo aplicável ao caso concreto, a parte necessita interpor embargos de declaração como fim de que o tribunal de origem supra dita omissão. Vale dizer que o prazo dos embargos de declaração é de 5 (cinco) dias, conforme regra do art. 1.023 do Código de Processo Civil. Logo, em verdade, a parte dispõe de tão somente cinco dias para provocar o prequestionamento, o que traduz até mesmo ofensa ao postulado da ampla defesa.

Importante trazer à baila que a provocação do prequestionamento pela parte recorrente não lhe assegura o conhecimento do recurso pelo tribunal superior, porquanto em muitas ocasiões, mesmo com a provocação, o tribunal de origem se manifesta no sentido de que inexistente omissão, quando esta, em verdade, é flagrante. Destarte, diante da permanência da omissão, o tribunal superior entende inexistir prequestionamento, o que enseja a não apreciação da matéria de fundo pretendida pelo recorrente.

Diante do atual quadro, que infelizmente não foi alterado com o advento do art. 1.025 do Código de Processo Civil, é imprescindível que os tribunais de origem mencionem o dispositivo legal ou constitucional em suas decisões, sob pena de manter o quadro de insegurança jurídica recursal vigente. Nunca é perdulário lembrar que o ordenamento jurídico atual ainda privilegia a ampla defesa e o efetivo contraditório, de modo que a criação de filtros (ainda que em decorrência de omissão na decisão judicial) com vista à inadmissibilidade recursal fere aludidos princípios de índole constitucional. O processo também é meio de garantia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 276.

BRASIL, SERAFIN, Kele. *O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário*. Disponível em: <<https://keleserafin.jusbrasil.com.br/artigos/260402083/o-prequestionamento-nos-recursos-especial-e-extraordinario>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. até 27 de janeiro de 2016 – Niterói, RJ: Impetus, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_a2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. *Lei n. 6.830, de 22 de set. de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. *Emenda Constitucional n.º 45/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 356*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=356.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 211*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no MS n.º 21315/DF*. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora TRF 3.ª Região) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61426619&num_registro=201402570569&data=20160615&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 985845/SP*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=72889778&tipo=51&nreg=201602471811&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170626&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n.º 0020036-13.2009.8.19.0206*. Relator: Relator: Desembargador Lúcio Durante. Disponível em:<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500140545>>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1519664/RS*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75523180&num_registro=201401488166&data=20170922&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em: 24 set. 2017.