

**STF parece confirmar o abandono da ideia inerente ao
“prequestionamento ficto”, na contramão de seus precedentes
e, assim, da ancoragem teórica do NCPC**

MARCELO PICHIOLI DA SILVEIRA

Pós-graduando em Processo Civil pela UCAM/RJ

Graduado em Direito pela UEM/PR

Assessor de Juiz de Direito

LÚCIO DELFINO

Pós-doutor em Direito (UNISINOS). Doutor em Direito (PUC-SP). Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual* (RBDPro). Advogado

No informativo de jurisprudência 788, divulgado pelo Supremo Tribunal Federal, há a menção de julgado da 2ª Turma que confirmou o juízo negativo de conhecimento de recurso extraordinário porque este é “é inadmissível quando interposto após decisão monocrática proferida pelo relator, haja vista não esgotada a prestação jurisdicional pelo tribunal de origem”^[1]. Este primeiro fundamento não causa maior surpresa, até porque o inciso III do art. 102 da Constituição Federal assevera que o cabimento do RE se restringe às causas efetivamente *decididas* em única ou última instância.

O problema é que, se nos aprofundarmos no estudo do referido julgado, veremos uma possível alteração de jurisprudência do STF que, a nosso ver, não parece ser bem vinda em tempos *vacatio legis* do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Na hipótese, uma turma recursal de algum juizado especial cível negou provimento ao assim chamado “recurso *inominado*” interposto pelo réu daquele processo. Como se sabe, da decisão da turma recursal, *nenhuma tutela recursal ordinária* é cabível, com exceção dos embargos de declaração que poderão, assim, sofrer manejo com o intuito de prequestionamento da matéria que se quer levar ao Supremo via recurso extraordinário.

Houve julgamento monocrático deste recurso, o qual desafiaria, por sua vez, agravo regimental. Por isso, o RE deixou de ser conhecido (foi o *motivo determinante* a falta do dito recurso “ordinário”).

No entanto, há dados do referido informativo de jurisprudência que são relevantes e merecem maior estudo. Se houvesse o agravo regimental, seria bem plausível que o recorrente poderia, a partir daí, interpor o recurso extraordinário, porque o STF sempre admitiu o “*prequestionamento ficto*”, suavizando, claramente, a austeridade literal do enunciado constante de sua Súmula nº 356 (“o ponto *omisso*”

da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”). Entretanto, o STF deixou de admitir o RE também mencionando o fundamento de que os dispositivos constitucionais indicados como violados careceram “do necessário prequestionamento” (é o que consta do Informativo nº 788 – “[...] asseverou [o Min. Dias Toffoli], ainda, não se admitir recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais indicados como violados carecessem do necessário prequestionamento”).

Veja que muito recentemente nossa Corte Constitucional vinha sinalizando que não mais aceitaria o prequestionamento meramente ficto[2], algo que foi percebido, ainda em novembro de 2013, pelo professor José Miguel Garcia Medina[3]. Ocorre que a mudança se afasta de uma tendência que era muito bem vista pela doutrina processual de um modo geral. Não é sem razão, aliás, que o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 1.025, dispõe 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.

Segundo pensamos, essa mudança de entendimento que acabamos de relatar (STF deixando de admitir o prequestionamento ficto) — mencionada, de relance, no julgado aqui apreciado — não é bem vinda, ainda mais se se considerar a sistemática dos juizados especiais cíveis: nas turmas recursais não é possível interpor recurso especial para alegar violação ao art. 535, inciso II, do CPC/1973.

Gostaríamos de destacar, porém, dois pontos de vista que, talvez, expliquem de forma mais precisa os motivos de essa mudança de entendimento não soar muito bem. Ambos se entrelaçam harmonicamente: i) devemos considerar, como visto acima, que o CPC/2015 admite, expressamente, o prequestionamento ficto, a denotar a influência do STF na elaboração legislativa do NCPC; e ii) a necessidade de se respeitar os precedentes, sem quebrar, abruptamente, a expectativa que eles geram para as partes.

Não se defende, aqui, que um sistema sério de precedentes deve ser “engessado”. Ao contrário: os precedentes abarcam institutos próprios que lidam com o direito no tempo (*distinguishing*[4] e *overruling*[5], por exemplo), pautados por uma baliza dogmática inteiramente destinada ao estudo da *ratio decidendi*[6]. Ocorre que essa mudança de ares pelo Supremo não se coaduna com um futuro breve. Se dos precedentes esperamos um respeito ao conteúdo jurídico da isonomia (= casos iguais merecem o mesmo julgamento), é certo que todos aqueles

que interpuseram recurso extraordinário pautados pela possibilidade de o prequestionamento ser só ficto (e essa foi a trilha do Supremo, por décadas!) foram, digamos assim, “pegos de surpresa”.

Espera-se do Supremo um entendimento que, por ele mesmo, está sendo quebrado. E em março de 2016, quando o NCPC começará a lograr seus efeitos, tudo mudará novamente: o STF terá que admitir recursos extraordinários pautados pelo prequestionamento apenas ficto. Ademais, overruling não significa instabilidade (neste caso: legal e jurisprudencial).

Esta é uma excelente oportunidade para pensarmos em questões de direito temporal: não faz sentido pensar que alguém se depare com o entendimento “B” porque seu processo demorou mais que os processos “X”, “Y” e “Z”, que tiveram a “sorte” de lidarem com um entendimento “A”, consolidado por anos e abandonado de forma abrupta. Também devemos (re)pensar o *overruling* no Brasil. Repetimos, em conclusão, o que dissemos no parágrafo acima: *overruling não significa instabilidade.*

[1] AgRg no RE com Agravo nº 868.922/SP. Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 02.06.2015.

[2] Exemplos: STF, AgRg no RE com Agravo nº 678.139, relatado pela Min. Rosa Weber (1ª Turma), j. 06.08.2013 e EDcl no RE nº 661.521, relatado pelo Min. Luiz Fux (1ª Turma), j. 17.04.2012.

[3] MEDINA, José Miguel Garcia. Câmara deve rever ‘prequestionamento ficto no CPC’. *Consultor Jurídico*, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-04/processo-camara-rever-prequestionamento-ficto-cpc>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

[4] “Distinguishing is what judges do when they make a distinction between one case and another” (DUSBURRY. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 113).

[5] Pelo *overruling*, a decisão que, digamos assim, “predomina” (que cria um precedente vinculante) perde sua força obrigatória em abstrato (vide TJONG TJIN; TEUBEN, Karlijn. *A Regra do Precedente na Europa*, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law*, working paper 2008/4, Tilburg University, jun. 2008).

[6] Cf. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da Silveira. *A influência da Corte Europeia de Direitos Humanos no Reino Unido: um diálogo pelos precedentes obrigatórios*. Disponível em: <http://eeas.europa.eu/delegations/brazil/press_corner/all_news/news/2014/20140415_01_pt.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-24/stf-parece-confirmar-abandono-ideia-prequestionamento-ficto>>