



STF parece confirmar o abandono da ideia do ‘prequestionamento ficto’

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 omissis 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 o 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.

Date Created

24/06/2015