

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
CURSO DE DIREITO

LAILA LACERDA DE SÁ

DA EXIGIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO PARA INTERPOSIÇÃO DOS
RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Fortaleza
2008

LAILA LACERDA DE SÁ

DA EXIGIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO PARA INTERPOSIÇÃO DOS
RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Juvêncio Vasconcelos Viana.

Fortaleza-Ceará
2008

LAILA LACERDA DE SÁ

DA EXIGIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO PARA INTERPOSIÇÃO DOS
RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Monografia apresentada ao
Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará
(UFC), como requisito parcial
para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Alexandre Rodrigues de Albuquerque
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Daniel Gomes de Miranda
Universidade Federal do Ceará – UFC

Senhor, fazei-me instrumento de vossa paz.
Onde houver ódio, que eu leve o amor;
Onde houver ofensa, que eu leve o perdão;
Onde houver discórdia, que eu leve a união;
Onde houver dúvida, que eu leve a fé.
(Oração de São Francisco de Assis)

AGRADECIMENTOS

A Deus, acaento dos meus dias.

Ao meu pai, Matias, ávido pela sabedoria e decência, e a minha mãe, Graça, resoluto na ética e disciplina, que, mesmo à distância, souberam repassar tão bem tais virtudes.

Ao William, meu bem querer, pelo incentivo constante, amor e carinho.

A Aline, Annádia, Cristiane, Débora Parente, Débora Nobre, Patrícia Oliveira e Roberta que tornaram a minha jornada acadêmica tão mais serena.

Aos poucos e preciosos mestres da Centenária Faculdade de Direito da UFC, em particular, meu orientador.

RESUMO

Da exigibilidade do prequestionamento como viabilizador do acesso recursal às instâncias extraordinárias. Busca primordialmente estabelecer uma contextualização histórica da sua exigência no direito comparado e sua evolução no direito pátrio. Em seguida, busca um paralelo entre diversas orientações jurisprudenciais e doutrinárias acerca da constitucionalidade e da natureza jurídica do prequestionamento. Apresenta um balanço entre as concepções, diametralmente opostas em relação aos embargos de declaração prequestionadores, oriundas dos Tribunais Superiores. Imiscui-se, alfim, na necessidade de prévio questionamento nas questões de ordem pública. Todavia, antes de adentrar na essência do objeto do estudo em apresentação, faz-se um passeio sobre os pontos relevantes concernentes aos recursos especial e extraordinário, realizando uma abordagem histórica para, em seguida, proceder-se a uma explanação sintética acerca de suas previsões legais.

Palavras-chave: Recurso especial e extraordinário. Prequestionamento. Constituição Federal. Exigibilidade.

ABSTRACT

Of the exigibilidade of the prequestionamento like viabilizador of the access recursal to the extraordinary persistence. Search primordialmente to establish a historical contextualização of his demand in the compared right and his evolution in the native right. Next, it looks for a parallel between several directions jurisprudenciais and doutrinárias about the constitucionalidade and the legal nature of the prequestionamento. He presents a swinging between the conceptions diametrically opposed regarding the prequestioning embargoes of declaration, originating from the Superior Courts. It interferes, in the necessity of prior questionamento in the points of public order. However, before entering in the essence of the object of the study in presentation, a walk is done on the relevant points concerning the special and extraordinary resources, carrying out a historical approach, next, to proceed to a synthetic explanation about his legal foresight.

Key Words: Special and extraordinary resources. Federal constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O FEDERALISMO, O SURGIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA.....	11
2 A CRISE NO SUPREMO, O DESMEMBRAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O SURGIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.....	16
3 REPERCUSSÃO GERAL E PREQUESTIONAMENTO.....	19
4 RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL: CARACTERÍSTICAS COMUNS.....	22
4.1 Esgotamento das Instâncias Ordinárias.....	22
4.2 Descabimento para Correção da Injustiça da Decisão Recorrida.....	24
4.3 Descabimento para Mera Revisão de Matéria de Fato.....	25
5 PREQUESTIONAMENTO.....	27
5.1 Enfoque Histórico e sua Evolução no Direito Brasileiro.....	28
5.2 Da Constitucionalidade do Prequestionamento.....	31
5.3 Natureza Jurídica.....	35
5.4 Momento em que Ocorre o Prequestionamento.....	37
5.5 Os Embargos de Declaração Prequestionadores.....	42
5.6 O Prequestionamento nas Questões de Ordem Pública.....	48
5.7 Prequestionamento Implícito e Explícito na Jurisprudência dos Tribunais Superiores.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

No Brasil, em 1891, o legislador constituinte inseriu, no corpo normativo da primeira Constituição da República, a necessidade do prequestionamento para possibilitar a interposição do extraordinário ao dispor que *o recurso é cabível quando se **questionar** sobre a validade ou a aplicação de tratados e lei federal e a decisão do tribunal dos Estados for contra ela*. A necessidade do prequestionamento justificava-se com o propósito de evitar a supressão de instância e a transmutação da Corte Constitucional em instância ordinária.

As Constituições seguintes previram a mesma regra. A Carta Política de 1946 inovou ao suprimir o termo 'questionar', sendo copiada por todas as que se seguiram.

A supressão do vocábulo 'questionar', somando-se à ausência de regulamentação legal do instituto, atribuiu aos estudiosos da ciência do Direito, a responsabilidade de consigná-lo e estabelecer sua exata amplitude. Ocorre que tamanha liberdade abriu margem ao surgimento de diversos conceitos acerca do que seria, efetivamente, prévio questionamento da matéria.

No que tange às controvérsias acima citadas, há manifestações jurisprudenciais exaradas no sentido de que há prequestionamento quando o órgão julgador haja adotado entendimento a respeito da matéria. Em outra vertente, há decisões que revelam o prequestionamento como manifestação da parte na instância anterior. Encontra-se, ademais, a posição eclética, em que se somam as duas tendências acima.

Os intensos debates travados entre os Tribunais Superiores em torno do momento em que ocorre o prequestionamento desencadeiam uma dificuldade em se estabelecer a forma que se reveste o objeto deste estudo. Seria ele um requisito de admissibilidade daqueles recursos excepcionais? Ou sequer teria autonomia?

A despeito de tais opiniões, há uma parcela - mínima, ressalte-se - de

processualistas cíveis que vociferam pela inconstitucionalidade da exigência do prequestionamento para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

A proposta do presente estudo é, portanto, apresentar instituto do prequestionamento, imiscuindo-se em suas raízes históricas, buscando extraírem-se as razões de mais de um século de exigência desse instituto do processo civil, estabelecendo-se um paralelo entre diversas orientações jurisprudenciais e doutrinárias acerca do objeto do trabalho a fim de se buscar uma homogeneidade de entendimento. Por isso, uma ampla bibliografia abrangendo-o, além da farta colação jurisprudencial, fazem parte da construção deste trabalho monográfico.

Todavia, antes de adentrar na essência do objeto do estudo em apresentação, far-se-á um passeio sobre os pontos relevantes no que concerne aos recursos especial e extraordinário, realizando uma abordagem histórica para, em seguida, proceder-se a uma explanação sintética acerca de suas previsões legais.

1 O FEDERALISMO, O SURGIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA.

O federalismo possui como nascedouro a Constituição norte-americana de 1787.

A forma de governo federalista caracteriza-se pela união de coletividades autônomas que possuem autonomia quanto ao exercício de capacidade normativa de matérias reservadas à sua competência.

É ínsito ao regime federalista a composição de dois círculos concêntricos, União e Estados-membros, cada qual atuando harmonicamente, cingindo-se a proferir ordens abstratas consoante a competência que lhes é conferida pela Constituição Federal.

O legislador constituinte de 1891 – seguido por todas as outras constituintes que se seguiram – faz-se necessário realçar, inovou o sistema federativo brasileiro, faz-se necessário realçar, inovou, ampliando-o ao elevar o Distrito Federal e os Municípios à categoria de entidades a gozarem de autonomia legislativa, administrativa e financeira.

De tal maneira, há em nossa Carta Magna, três ordens de autoridade, e não de duas, como é normal no Estado Federal, à semelhança da federação instituída no âmbito do governo norte-americano: ordem total (União), ordens regionais (Estados-membros e Distrito Federal), ordens locais (Municípios e Distrito Federal).

A existência de diversas faixas autônomas de competência e atuação, gerando atribuições específicas, agravada, outrossim, pela possibilidade de os Estados-Membros e DF instituírem e organizarem seu sistema de justiça, favorecem a emergência de inúmeras áreas de transgressão do direito federal. Nessas circunstâncias, seria praticamente impossível a manutenção da uniformidade de entendimento e aplicação do direito federal e constitucional perante os juízes e

tribunais estaduais.

Surgiu, portanto, a necessidade de se fixar os lindes de atuação das unidades políticas, instituindo remédio eficaz para debelar os excessos, os transbordamentos das unidades federativas menores.

Por tratar-se de desequilíbrio próprio das federações, o legislador brasileiro buscou a solução na origem do sistema federativo - o governo norte-americano - pautando-se no *writ of error* a criação de um recurso que teria a mesma finalidade.

A Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789, criou o recurso *writ of error*, pelo qual a parte poderia recorrer das decisões das Justiças Estaduais à Corte Suprema quando se questionaria acerca da:

Validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito ou privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face de tal Constituição, tratado, lei ou ato.

À semelhança, o Governo, em 11.10.1890, após pouco mais de um ano da proclamação da República federativa, expediu o Decreto 848 que possuía o fim precípuo de organizar a justiça federal, instituindo o Supremo Tribunal Federal e trazendo a lume recurso nos moldes do *writ of error*:

Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas em última Instância pelos tribunais e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União, qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e às leis federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal ou de cláusula de um tratado ou convenção seja aposta em questão e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito, privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.

Mesmo o leitor mais açodado, percebe que o decreto, inaugurador do Supremo Tribunal Federal e instituidor do recurso extraordinário, se apresenta como cópia quase fiel das disposições estadunidenses relativas ao *writ of error*.

À semelhança do sistema federativo brasileiro, a República Federativa Argentina adotou a mesma sistemática do *writ of error*, pois a existência de diversas unidades federativas e, como consequência, a aplicação diversificada do direito federal pelos respectivos juízes poderiam determinar tantos entendimentos quantas fossem as Cortes que os emitissem. Daí a necessidade de um instituto que permitisse o controle de uma interpretação uniforme acerca do direito federal.¹

O recurso extraordinário surgiu, portanto, com o escopo de salvaguardar a inteireza positiva e a autoridade da Constituição e das leis federais.

Empós a expedição do decreto, diferentemente do que ocorreu na Argentina e nos Estados Unidos, o recurso extraordinário foi elevado à categoria de norma constitucional, na medida em que a primeira Constituição da República de 1891, em seu artigo art. 59, inciso III, determinava o cabimento do recurso extraordinário à necessidade de se “questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos Estados for contra ela”.

Ressalte-se que à época da expedição, pelo Governo provisório, do decreto 848 e da promulgação da Constituição de 1981, o recurso era inominado, vindo, somente a receber essa denominação no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 33, parágrafo 4 e artigo 99. A doutrina acolheu a denominação legal, sendo largamente empregada e difundida, o que determinou a consolidação do termo até hoje utilizada.

A Constituição de 1934, a seu turno, assim se expressava:

1

FROCHAM, Manuel Ibanez. **Los recursos em el proceso civil**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1943 *apud* MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.110.

Art. 76 – À Corte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

A referida Constituição inovou ao assimilar a denominação “extraordinário” propugnada pelos estudiosos da época, consignando o que antes era apenas uma sugestão doutrinária e jurisprudencial, previsto apenas no regimento interno da Suprema Corte, sem valor legal.

Demais disso, a Carta Magna vertente trouxe, em suas disposições, a possibilidade de interpor-se o recurso extraordinário em caso de violação a literal disposição de lei federal ou tratado, fazendo cair por terra o entendimento, até então, sufragado pelo STF de que o recurso em questão caberia, tão-somente, na hipótese de inaplicabilidade de lei federal.²

A Constituição de 1937 pouco inovou na redação do artigo regulador das hipóteses de cabimento do recurso excepcional.

A Carta Política de 1946, de outra banda, trouxe à baila substanciais modificações, conforme do dispositivo constitucional, a seguir transcrito:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última

2

SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1963, pág. 36/37.

instância por outros Tribunais ou Juízes:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
- d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Garcia Medina arremata, com maestria, as providenciais alterações advindas da Constituição de 1947:

Destaque-se que nas constituições anteriores não havia menção expressa acerca da possibilidade de interposição do recurso extraordinário quando a decisão recorrida fosse contrária ao dispositivo constitucional. Mesmo assim, contudo, entendia-se que tal competência estava implicitamente presente, mesmo que não mencionada diretamente pela Carta Magna. Com a modificação, o entendimento doutrinário restou consolidado na Constituição Federal.³

A análise comparativa do quadro do recurso extraordinário nas Constituições revela que as modificações apenas o aperfeiçoaram, na linha das variações doutrinárias. Todavia as finalidades do recurso, quais sejam a “sua meta jus unitária e uniformizadora da jurisprudência”⁴ e a preservação da inteireza da norma federal e constitucional, não foram suplantadas pelos legisladores constituintes.

3

Op. cit. p. 122

4A FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro. **Recurso especial: questão de fato/question de direito**. Porto-Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 14.

2 A CRISE NO SUPREMO, O DESMEMBRAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O SURGIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Conforme anteriormente consignado, o recurso extraordinário buscou as mesmas bases do *writ of error* norte-americano, perquirindo as premissas finalísticas do recurso alienígena, qual seja, a manutenção da uniformidade da lei federal, velando para que esta seja interpretada de maneira uníssona por qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer Estado da federação.

A federação brasileira, malgrado inspirada nos moldes do governo federativo dos Estados Unidos, incorporou características distintas do modelo originário, como, à guisa de exemplo, a competência legislativa, de ampla envergadura, conferida, reiteradamente pelas Constituições que se seguiram ao longo do século passado, aos Estados-membros e Distrito Federal, fato que desencadeou uma proliferação de leis de viés estadual.

A elaboração de leis estaduais em ampla proporção ensejou reiteradas afrontas à legislação federal e constitucional, desembocando em um encilhamento de recursos extraordinários, dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, com o condão de exercer o controle legislativo.

A utilização em larga escala do recurso infra, agravada pela demora no implemento de providências legais de modo que a Corte não soçobrasse em face do volume gigantesco de recursos que a ela subiam, tornou crônica a moléstia, passando a ser referida como a “Crise no Supremo”.

Apenas a título de informação, em 1891 deu entrada no STF o recurso extraordinário n. 1; em 1904, a média anual deu em 26; em 1960, ano em que o STF mudou-se para Brasília, foram julgados 5.946 (cinco mil, novecentos e quarenta e seis) recursos extraordinários. No final de 1988, perfazia-se, ao total, um número aproximadamente de 120.000 (cento e vinte mil) recursos extraordinários que foram protocolados na Corte Maior.⁵

5

PENNA, Carlos Robichez. **O recurso extraordinário e a crise do Supremo Tribunal Federal**. Revista da

Na medida em que o número de recursos extraordinários avolumava-se e abarrotavam o Supremo Tribunal Federal, não faltaram engenhos e criação de engenhos na tentativa de barrarem o excesso de recursos, aliviando a sobrecarga de trabalho e solucionarem a crise que se instalava.

Dentre essas figuras, pode-se citar a instituição do requisito da arguição de relevância⁶ da matéria objeto do recurso; outra técnica adotada a fim filtrar o excesso de recursos foi a de criar óbices via regimento interno do Tribunal; o aumento do número de Ministros - em 1966, o ato institucional n. 2 elevou esse número para dezesseis, vindo a ser novamente reduzido dois anos depois, mantendo-se um total de 11 ministros até a presente data.⁷

Nesse sentido, recentemente, o maior dos exemplos: em 08 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, a mais ampla transformação sofrida pela Carta Política atual, quando, atendendo aos reclames dos juristas e seguindo a esteira das reflexões, emanadas dos ministros do STF, acerca da função sistêmica e de uniformização hermenêutica conferida ao Pretório Excelso, trouxe à baile um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral das questões constitucionais.

Isto porque as causas que a Suprema Corte Nacional recebe que são recursos extraordinários há interesses individuais em tablado, e muitas vezes, interesses estreitos demais para ocupar tanto o Tribunal.

Nesse contexto em específico, o Constituinte-Reformador de 2004 entendeu que a utilização adequada do instrumento recursal e da atividade

Associação dos procuradores do Município de São Paulo, n.8, p. 21, 1985 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e especial**. 4ª edição. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 43.

6 O Regimento Interno do STF, em seu artigo 327, parágrafo 1º, definia a relevância da questão federal como aquela que “pelos reflexos na ordem jurídica e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

7 Critica José Afonso da Silva, com veemência, a tentativa de solucionar a crise com o aumento do número de ministros: “Por mais que se tenha cercado o grande Tribunal de homens do mais alto quilate intelectual e cultura, do mais profundo conhecimento notável saber jurídico, seria pretender deles um saber jurídico enciclopédico e, ainda mais, uma finura genial de intelecção dos valores do Direito, para que pudesse o Tribunal desincumbir-se de sua missão, com justiça e rapidez?”. (SILVA, José Afonso da. *Do Recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1963, p. 447).

tribunalícia impunham que o Pretório Excelso somente analisasse, agora, o mérito de recursos extraordinários que guardem algum vulto e influência para o Ordenamento inteiro.⁸

Todavia, a tentativa que mais se aproxima do nosso trabalho foi a reforma, pelo legislador constituinte originário de 1988, da organização judiciária, bem como da ordem recursal, compreendendo, respectivamente, na instituição do Superior Tribunal de Justiça e de seu recurso especial, por meio do desmembramento das funções do recurso extraordinário originário.

O STJ foi imbuído da função de instância federal sobre a matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, aliviando a sobrecarga da Corte Máxima.

Rodolfo de Camargo Mancuso enumera alguns pontos que constituíram a idéia-mãe na criação do STJ:

a) um Tribunal Superior, na linha da Justiça-comum, de última instância a nível de direito federal não-constitucional; b) é lícito inferir que se desejava evitar qualquer *capitis diminutio* em relação ao STF, que seria mantido como Corte Constitucional.⁹

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, as funções, outrora pertencentes ao recurso extraordinário anterior à Constituição de 1988, foram distribuídas entre o recurso extraordinário – agora com nova roupagem – e o recém-criado recurso especial, conforme se infere da atual Carta Política:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

8

Ver tópico adiante

9 *Op. cit.* p.57

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.

Com pertinência, vale transcrever os ensinamentos de Athos Gusmão Carneiro:

Com a promulgação da vigente Constituição Federal, o recurso extraordinário previsto no sistema constitucional anterior foi desdobrado em recurso extraordinário *stricto sensu* – RE e recurso especial – Resp, aquele destinado precipuamente à tutela das normas constitucionais e com julgamento pelo Supremo Tribunal Federal(CF, art. 102, inciso III); este, o recurso especial, voltado à tutela da lei(ou tratado) federal, com julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça(CF, art. 105, inciso III)¹⁰.

Vê-se, portanto, que atualmente o recurso extraordinário busca velar pelo cumprimento das normas constitucionais, ao passo que o recurso especial assegura a validade do direito federal, garantindo a observância da hierarquia das leis infraconstitucionais.

10

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial**. In STJ: Dez anos a serviço da Justiça. Brasília, 1999, v.6, p.171 *apud* SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de; SOUZA, Letícia Barbosa Lima de. **Recursos extraordinário e especial: reflexos da Emenda Constitucional nº 45/2004**. Porto Alegre: Ed. Núria Fabris, 2008, p. 23.

3. REPERCURSSÃO GERAL E PREQUESTIONAMENTO:

Previamente, colha-se a noção de que repercussão geral é uma exigência ao recorrente que se vale do Recurso Extraordinário – o último instrumento de irresignação na ritualística brasileira – direcionado ao Supremo Tribunal Federal, a partir de um processo em que interesses subjetivos das partes se discutem.

Inserido no terceiro parágrafo do artigo 102 da Constituição Federal, emergiu com a proposta de reduzir a demasia de recursos extraordinários que desaguavam no STF, muitos dos quais versando sobre controvérsia debatida como irrelevante para a coletividade.

Os contextos pontuais, em que as partes litigantes ‘percebiam’ ataques à Carta Política e recorriam à Suprema Corte, pouco e pouco, foram perdendo a nota de extraordinariedade, tornando-se cada vez mais comuns, desembocando, assim, na realidade de que todo processo existente num juízo brasileiro poderia desaguar no STF, bastando que o patrono jurídico da causa desejasse. E a perífrase ‘Supremo Tribunal Federal’ fora perdendo sentido, na ordem jurídico-processual, pois deveria traduzir o caráter excepcional dos recursos que se conhecessem e se julgassem por aquela alta corte.

André Ramos Tavares critica severamente o fenômeno:

O volume excessivo de trabalho do Supremo Tribunal Federal sempre foi foco de atenção e preocupação por parte dos estudiosos e, particularmente no Congresso Nacional, têm rendido recentes e constantes propostas de reformas, todas com o objetivo de reduzir-lhe a carga de atividade a patamares considerados sensatos e saudáveis. No Brasil pré-reforma pode-se verificar que o Superior Tribunal Militar julgava um número de processos próprio de um Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Federal era constrangido (juridicamente) a julgar um número de causas compatível apenas com um tribunal comum de cassação/revisão. As prioridades estavam (e provavelmente ainda continuarão, em boa medida) nitidamente invertidas: uma Justiça (militar) que leva a um indesejável corporativismo, e um Tribunal Constitucional em tempo parcial, acumulando a tarefa de tribunal comum de última instância (e por vezes até instância comum originária para causas não-constitucionais).¹¹

11TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: MÉTODO, 2005, p. 209.

A repercussão geral, nessa toada, assoma-se na tentativa de resgatar o autêntico ofício da Suprema Corte.

A repercussão geral contempla, pois, o dever de iniciar a transformação do Supremo Tribunal, permitindo que o Tribunal julgue somente causas de relevo, e, prontamente, legitimando-o a decisões mais abstratas, ainda que em processos meramente subjetivos, o que servirá para decidir um bloco de causas ao mesmo tempo.

À semelhança, o questionamento prévio das questões constitucionais assinala uma ordem jurídica a assegurar a nota de excepcionalidade da Corte Máxima, viabilizando-se o acesso, tão-somente, quando a *quaestio juris* tenha sido efetivamente decidida pela instância *a quo*. Preta-se, portanto a permitir que o Supremo Tribunal Federal apenas seja instado a dar a ‘palavra final’ em torno questão constitucional controversa, circunstância que só ocorre quando o tribunal recorrido manifesta-se efetivamente. O prequestionamento veio evitar a supressão de instância.

A repercussão geral e prequestionamento da questão constitucional aproximam-se, posto que se prestam a combater a transmutação do STF em uma espécie de “quarta instância” nos processos judiciais. Emergem com a perspectiva de evitar que o sodalício atue como um Tribunal Constitucional em tempo parcial, acumulando a tarefa de tribunal comum de última instância (e por vezes até instância comum originária para causas não-constitucionais).

Inserem-se a repercussão geral e o prequestionamento como técnicas processuais que conspiram para a compatibilização vertical das decisões judiciais e a racionalização da atividade judiciária

4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL: CARACTERÍSTICAS COMUNS

No sistema recursal brasileiro, os recursos podem ser classificados em recursos de natureza ordinária e extraordinária.

De um modo geral, os recursos comuns possuem o condão de atender ao interesse da parte sucumbente. Apresentam-se, segundo definição lançada pelo magistral Barbosa Moreira, como “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração judicial que se impugna”.

Os recursos excepcionais caracterizam-se como recursos de fundamentação vinculada e neste âmbito incluem-se os recursos especial e extraordinário. Urge trazer à colação o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

O recurso extraordinário e o recurso especial são institutos de direito processual constitucional. Essas duas modalidades extraordinárias de impugnação recursal possuem domínios temáticos próprios que lhes foram constitucionalmente reservados. Reservou-se, ao recurso extraordinário, em sua precípua função jurídico-processual, a defesa da norma constitucional, cabendo, ao Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, a guarda e a proteção da intangibilidade da ordem jurídica formalmente positivada na Constituição da República. O recurso especial, por sua vez, está vocacionado, no campo de sua específica atuação temática, à tutela do direito objetivo infraconstitucional da União. A sua apreciação jurisdicional compete ao Superior Tribunal de Justiça, que detém, *ope constitutionis*, a qualidade de guardião do direito federal comum.¹²

4.1 Esgotamento das Instâncias Ordinárias

A decisão impugnada mediante quaisquer dos recursos deverá ser, conforme se depreende da leitura da Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as **causas decididas** em única

¹²
STF, 1ª Turma. AI-AgR 162245/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.08.1994.

ou última instância, quando a decisão recorrida:

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:

Grifo nosso

Nesta exegese, a expressão “causa decidida” deve ser compreendida como aquela decidida em única ou última instância por qualquer juízo ou Tribunal, como decisão final, não importando tratar-se de decisões emanadas no processo de conhecimento, execução ou cautelar.

Assim nos assegura Athos de Gusmão Carneiro:

O conceito de causa, quer em tema de recurso extraordinário *stricto sensu*, como de recurso especial, é o mais amplo: abrange a totalidade dos processos em que tenha sido proferida decisão jurisdicional.¹³

Para manejo dos recursos excepcionais, assim, faz-se imprescindível que o julgado impugnado tenha esgotado todas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única(originária).

Consignando orientação retro aventada, o Supremo Tribunal Federal aprovou a súmula 281, cujo teor se segue: é inadmissível recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Desta feita, os Tribunais Superiores não se prestam ao exame de matéria que não tenha sido alvo de todos os recursos ordinários cabíveis. A decisão combatida há de ser definitiva, sem possibilidade de alteração nas instâncias ordinárias.

4.2 Descabimento para a Correção de Injustiça da Decisão Recorrida

13

Op. cit. p. 56

Observa Rodolfo de Camargo Mancuso:

Dizer que o recurso extraordinário e o especial não se destinam precipuamente à revisão de decisões injustas é afirmação que *prima facie* pode chocar, mas que é compreensível, dentro do sistema. Assim como o STF não é simplesmente mais um Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura mais uma possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional que permite ao STF dar cumprimento àquela sua função. Naturalmente, ao fazê-lo, a Corte também provê sobre o direito subjetivo individual acenado pelo recorrente; todavia, cremos que esse é um efeito 'indireto' ou 'reflexo' do provimento do recurso, já que - repetimos - a finalidade precípua é o asseguramento da 'inteireza positiva' do direito constitucional, na expressiva locução de Pontes de Miranda.¹⁴

De modo que os recursos de tipo excepcional apresentam uma conotação bifronte: o recorrente, ao acenar com uma violação, pelo julgado recorrido, de um seu direito assegurado constitucionalmente ou por Lei Federal, permite ao Tribunal que, em provendo o recurso, resolva a situação jurídica individual, ao tempo em que preserva a integridade da ordem jurídica; vistos sob o ângulo do Tribunal, tais recursos permitem à Corte que desempenhe aquela sua alta missão e o fazendo, acabe resolvendo a situação jurídica individual. Todavia, entre essas duas acepções, parece-nos que a segunda é a que corresponde mais de perto à finalidade dos recursos de tipo excepcional.

E assim, assiste razão a José Afonso da Silva, quando afirma:

O Recurso Extraordinário, entretanto, não visa fazer justiça subjetiva, justiça às partes, a não ser indiretamente, tanto que não tem cabimento por motivo de sentença injusta; é certo que a parte, ao servir-se dele, quer ver reformada a decisão desfavorável, e nisto está o seu caráter eminentemente processual; e o Supremo Tribunal, ao julgá-lo, exerce função jurisdicional, mas com finalidade diversa dos outros órgãos jurisdicionais.¹⁵

Por outras palavras, a simples situação de sucumbência, de prejuízo, que basta ao exercício dos recursos comuns, não é suficiente para embasar os de índole excepcional, que ainda requerem necessariamente a existência de uma questão constitucional, ou federal, conforme se trate do extraordinário ou do especial,

14

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e especial**. 4ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 82.

15 *Op. cit.* p. 105

respectivamente.

Nessa linha de pensamento, ambos os recursos excepcionais se prestam à consecução de seu objetivo político-constitucional, indiferente às injustiças que as partes, porventura, venham a sofrer por intermédio da sentença. No máximo, o que se admite é que, ao solucionar a questão constitucional ou federal, a pretensão do litigante acabe por ser reconhecida, mas esse não se coaduna com o objetivo precípuo dos recursos extraordinário e especial.

4.3 Descabimento para Mera Revisão de Matéria de Fato

Conforme se depreende do capítulo anterior, nos recursos de natureza ordinária prevalece o interesse individual dos litigantes, ao passo que, nos recursos em estudo, predomina o interesse maior da legalidade. Não se pode desvincular, portanto, da ilação de que os Tribunais, aos quais são dirigidos os recursos excepcionais, não procedem a um novo julgamento da causa, mas apenas voltam-se à manutenção da ordem federal e constitucional.

As atividades do STF e do STJ não vão além da solução da *quaestio juris* posta pelas partes, sob pena de serem o STF e o STJ convertidos em instância comum.

Com providencial pertinência, Rodolfo Mancuso nos apresenta tal vedação da seguinte forma:

Um dos motivos porque se tem os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais, reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (v.g., a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se Ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.¹⁶

16
Op. cit. p. 87

Os recursos especial e extraordinário, por se tratarem de recursos pertencentes à classe dos excepcionais, possuem cognição restrita aos lindes da matéria jurídica, porquanto se presume que a matéria de fato tenha sido dirimida pelas instâncias ordinárias.

Nessa senda, ambos os recursos não são aptos a rever os fundamentos da sentença/acórdão enquanto se tratar de fatos, pois assim os recursos viriam a criar uma terceira instância, aceitam, portanto a versão dos fatos dada pelo juízo *a quo*.

Roberto Rosas leciona nessa esteira:

O exame do recurso especial deve limitar-se à matéria jurídica. A razão dessa diretriz deriva da natureza excepcional desta postulação, deixando-se às instâncias inferiores o amplo exame da prova. Objetiva-se, assim, impedir que as Cortes superiores entrem em limites destinados a outros graus. Em verdade, as postulações são apreciadas amplamente em primeiro grau, e vão, paulatinamente, sendo restringidas para evitar a abertura em outros graus. Acertadamente, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal abominaram a abertura da prova ao reexame pela Corte Maior. Entretanto, tal orientação propiciou a restrição do recurso extraordinário, e por qualquer referência à prova, não conhece do recurso.¹⁷

17 ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. 10ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 303 *apud* SOUZA, Daniel Barbosa L. F. Corrêa de; SOUZA, Letícia Barbosa Lima de. **Recursos extraordinário e especial: reflexos da emenda constitucional nº 45/2004**. Porto Alegre: ed. Núria Fabris, 2008, p. 61.

5. PREQUESTIONAMENTO

O recurso extraordinário constitui via recursal que objetiva assegurar, incidentalmente, a supremacia da Constituição Federal, eventualmente atingida pela decisão recorrida, em qualquer das hipóteses constantes das alíneas do inciso III, do art. 102 da Carta Magna.

Pelo recurso especial, busca-se a prevalência positiva da lei federal ou de tratado; a autoridade ou superioridade hierárquica da lei federal, face à lei ou ato de governo local (Estados, DF e Municípios) e a uniformidade interpretativa da lei federal.

O acesso recursal às cortes competentes para processar e julgar os recursos especial e extraordinário, no entanto, pressupõe, além do atendimento a outros requisitos estabelecidos constitucionalmente, que a instância de origem tenha examinado a questão federal ou constitucional, respectivamente.

A doutrina costumeiramente assinala três finalidades ínsitas ao prequestionamento:

- a) Evitar a supressão da instância, de tal modo que nenhum Juiz ou Tribunal deixe de analisar a questão, até o envio dos autos ao Tribunal Superior, conforme, aliás, orienta o STF, através da Súmula 281;
- b) Manter a ordem constitucional, das instâncias no sistema jurídico brasileiro, segundo a ordem de juízes e Tribunais;
- c) Evitar a surpresa da parte contrária, na medida em que poderia desconhecer aquele, a matéria analisada em grau de recurso especial ou extraordinário, na hipótese de ausência do prequestionamento.¹⁸

O objeto do presente estudo, portanto, se apresenta como um imperativo de ordem prática no sistema recursal brasileiro, inibindo o manejo equivocado dos recursos excepcionais, bem como pregando com que cumpram a função precípua, qual seja a proteção do interesse maior da legalidade.

18
NÓBREGA, Gilson Roberto. **Prequestionamento – Aspectos fundamentais**. Encontrado em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/17/43/1743/>

5.1 Enfoque Histórico e sua Evolução no Direito Brasileiro

O prequestionamento teve a sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Essa lei criou o recurso *writ of error*, por meio do qual a parte poderia recorrer das decisões das Justiças Estaduais à Corte Suprema quando se questionaria a *validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito ou privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face de tal Constituição, tratado, lei ou ato.*

Cooley, jurista norte americano, apresenta, de modo claro, a posição da doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos, ao ensinar que o *writ of error* só é admitido pela Corte Suprema caso “*conste nos autos, ou expressamente ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no Tribunal do Estado e aí foi rejeitada.*”¹⁹

A doutrina prevalecente nos Estados Unidos perfilha o entendimento de que a admissibilidade do recurso na Corte Máxima depende de que a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Não basta, portanto, alegá-la no *writ of error*. É forçosa a presença, nos autos, expressamente ou por manifestação clara, das questões que se quer combater pelo recurso processual alienígena.

O direito argentino igualmente seguiu a tendência pioneira acima. Segundo Miguel Garcia Medina:

Também naquele país a lei que instituiu o recurso extraordinário se refere expressamente à existência da questão federal controvertida, em regra decorrente de controvérsia surgida entre as partes. Alude-se, no caso, ao planteamiento del caso constitucional o federal, figura correspondente ao

¹⁹Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 109, p. 209, em acórdão relatado por Alfredo Buzaid.

prequestionamento realizado pelas partes.²⁰

Continua para concluir que:

Desse modo, para a doutrina argentina, é requisito para o cabimento do recurso extraordinário a existência de uma questão federal ou constitucional, introduzida oportunamente perante as instâncias inferiores.²¹

No Brasil, o primeiro momento da exigência do prequestionamento no ordenamento jurídico ocorreu na primeira Constituição da República, em 1891. O art. 59, inciso III, do referido texto constitucional, determinava o cabimento do recurso extraordinário²² à necessidade de se *questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos Estados for contra ela*. A concepção, corrente no direito norte-americano e no direito argentino e lá introduzida por meio de lei, foi incorporada, na ordem jurídica brasileira, com o *status* de norma constitucional.

O preceito constitucional mencionado foi praticamente repetido nas Constituições de 1934 e 1937. Preceituavam caber recurso extraordinário quando o *decisum* fosse contrário à lei federal sobre cuja aplicação se havia questionado.

Seguindo a ordem constitucional vigente à época, o Supremo Tribunal Federal, em 16.12.1963, decidiu editar os enunciados das súmulas 282 e 356: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “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”, respectivamente.

20

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 288.

21 MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 288.

22 Com o advento da Constituição de 1988, o Recurso Extraordinário previsto nas Cartas anteriores se desdobrou no Recurso Extraordinário *stricto sensu* (RE) e no Recurso Especial (REsp); o primeiro diz respeito ao direito constitucional, e o segundo ao direito infraconstitucional. Surgiu o Superior Tribunal de Justiça, que passou a ser competente para o processamento e julgamento do Recurso Especial.

A Constituição de 1946, por sua vez, rompeu com o modelo do preceito constitucional instituidor do prequestionamento, que vinha sendo seguido pelas Constituições anteriores, suprimindo o vocábulo “questionar” quando tratou de uma das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, mas o manteve em relação à outra, vejamos:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

A Constituição vigente ao ano de 1967, foi mais além, omitindo qualquer referência à necessidade de se questionar matéria a fim de se possibilitar a admissibilidade do recurso interposto perante corte recursal competente, a seguir:

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal;
- d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seguiu a tendência da Constituição de 1967, optando pela supressão absoluta do vocábulo “questionar” ao listar as hipóteses de cabimento do recurso especial e do extraordinário. Desse modo, no lugar da expressão “questionar”, utilizada na introdução do recurso extraordinário, passou-se, gradativamente, a utilizar os termos “contrariar” e “contestar”, para as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial.

5.2 Da Constitucionalidade do Prequestionamento

Conforme explicitado retro, diversamente do direito alienígena, a exigibilidade do prequestionamento ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional.

Enquanto instituto previsto nas Constituições anteriores, o tema não era perpetrado por grandes controvérsias. Entretanto, a supressão do termo 'questionar', a partir da Constituição de 1946, originou a celeuma acerca da constitucionalidade da exigência do prequestionamento.

Ainda na vigência da Carta Magna de 1946, alguns estudiosos, vinculando a exigência do prequestionamento à existência do termo **questionar**, passaram a vociferar pela inconstitucionalidade do objeto do presente estudo. Assim, desaparecida a base constitucional do prequestionamento, resta questionar o assento legal de tal exigência.

Pontes de Miranda deu-se conta da modificação do texto, com a supressão do verbo "questionar" e, ao comentá-lo advertiu argutamente:

O Supremo Tribunal Federal deixou-se levar, algumas vezes, pela superficial análise de alguns juristas e juizes que não atenderam ao que acima escrevemos. Mas a Constituição de 1967 atendeu à nossa crítica e retirou qualquer alusão a controvérsia: o que se exige é apenas ter havido, na decisão recorrida, enunciado de inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Não se fala de se ter questionado, nem se questionar.²³

À época, o renomado constitucionalista José Afonso da Silva, em obra escrita sob o pálio da Constituição de 1967, advertiu que:

A atual Carta Magna, contudo, eliminou a cláusula "sobre cuja aplicação se haja questionado". Por isso prossegue - hoje, não se exige prequestionamento sobre aplicação da lei federal, para interpor-se o remédio constitucional; basta que a decisão a tenha vulnerado; Significa, pois, que não importa ser a lei malferida a invocada, mas qualquer uma existente na ordem jurídica-positiva estatal; do mesmo modo, pouco importa que a lei aplicada seja a invocada ou outra qualquer, desde que dominadora da espécie, eliminada estará a legitimidade do remédio extremo constitucional. O dispositivo não visa proteger, em princípio, o direito

23

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**, II/263, nº34.

subjetivo das partes, mas a inteireza da ordem jurídica objetiva. Ora, a aplicação de uma norma qualquer, desde que pertinente, satisfaz aquela exigência de certeza e segurança que o remédio, no caso, postula. Ao contrário, dará motivo ao remédio iuris constitucional, se qualquer norma jurídico-objetiva for vulnerada, ainda que não a invocada pela parte. Mas, nesse caso, necessário há de ser que a ofensa à lei traga prejuízo à parte, para que se legitime o seu interesse em recorrer, pois não existe entre nós, como em outras legislações, a interposição do Recurso no interesse exclusivo da Lei.²⁴

Os eminentes processualistas manifestaram-se, portanto, no sentido da desnecessidade de prequestionamento, em virtude de a referida Constituição Federal não ter mencionado a palavra questionar. O silêncio constitucional desoneraria o recorrente da demonstração do prequestionamento.

Já sob a égide da Constituição Cidadã, o Ministro Carlos Velloso chegou a reconhecer, à época em que ilustrava como integrante do Superior Tribunal de Justiça, que:

O prequestionamento, sob o pálio da Constituição de 1988, não terá vez, ao que penso. É que o constituinte de 1988 quis alargar o raio de ação do recurso especial. Ademais, de regra, o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal.²⁵

Alcides de Mendonça Lima, um dos que questionam a exigência do prequestionamento para a análise meritória dos recursos especial e extraordinário, aduz que:

Em nenhum dispositivo de Código ou lei esparsa aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou conhecimento do recurso especial ou do extraordinário, ainda quem ambos sejam fundados. (...) Tal orientação é tanto mais grave, porque afasta o julgamento final até de matéria constitucional, prevalecendo, assim, o vício grave.²⁶

Atualmente, segundo os que perfilham o entendimento acima esposado, o legislador constitucional originário de 1988 optou por criar os recursos extraordinários *lato sensu*, delineando as hipóteses de cabimento e requisitos. As normas reguladoras da competência recursal do Supremo Tribunal Federal e do

24

SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1963, pág. 198-199.

25 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Supremo Tribunal de Justiça na Constituição de 1988**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, vol. 638, pp. 25-26.

26 LIMA, Alcides de Mendonça. **Pquestionamento**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, junho de 1993, v.692, p. 197.

Superior Tribunal de Justiça foram encobertas, portanto, pela rigidez constitucional e, como tal, não poderiam ser ampliadas pela legislação infraconstitucional, sequer pela jurisprudência. Aqueles que erguem altas vozes contra a necessidade de se prequestionar o objeto da demanda, atribuem, unicamente, à jurisprudência dos Tribunais superiores a eventual exigibilidade de tão combatido instituto e, ante a ausência de permissivo constitucional, acusam-nos de usurpação judicial.

Nesta mesma linha discorre José Miguel Garcia Medina em minucioso estudo acerca do prequestionamento:

Se sequer norma infraconstitucional pode criar óbices à admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial, quanto mais a jurisprudência, mesmo que solidificada em súmulas; não há, na Constituição Federal, expressa ou implicitamente, referência ao questionamento prévio, pelas partes, perante a instância inferior.²⁷

O prequestionamento, conforme propugnam esses estudiosos, funciona como válvula de escape dos Tribunais Superiores, que se valem dele para deixar de julgar o mérito dos recursos em diversas oportunidades.

Em outra vertente, há na ordem posta uma gama de doutrinadores e juriconsultos que propugnam pela necessidade de que a instância recorrida tenha examinado a questão federal ou constitucional, a depender da espécie do recurso excepcional manejado.

Este entendimento, não obstante a omissão constitucional, tem prevalecido nas manifestações tribunalícias e nos posicionamentos doutrinários, sob o fundamento de que a natureza extraordinária de ambos os recursos exigem o questionamento prévio da matéria impugnada. A necessidade estaria, dessa forma, de forma implícita, presente na Constituição Federal de 1988.

A jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal é farta e remansosa neste sentido:

27

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 306.

Insiste o agravante em que, não havendo, a partir da Constituição de 1967, referência no texto constitucional ao requisito do prequestionamento, esta exigência não pode ser óbice ao recurso extraordinário e ao recurso de revista, sob pena de ofensa aos artigos 102, III e 111, parágrafo 3º, da Lei Fundamental.

Ora, o fato de não estar explícito na Constituição, não afeta a exigibilidade do prequestionamento como pressuposto do recurso extraordinário. Antiga e firme jurisprudência desta Corte o reputa da própria natureza do recurso extraordinário. Ao julgá-lo, o Tribunal não se converte em terceiro grau de jurisdição, mas se detém no exame do acórdão recorrido e verifica se nele a regra de direito recebeu boa ou má aplicação. Daí a necessidade de que no julgamento impugnado se tenha discutido a questão constitucional posta no extraordinário.²⁸

Eduardo Ribeiro de Oliveira, quando ainda integrava o Superior Tribunal de Justiça, apresentou-nos a razão pela qual o prequestionamento seria exigido pela Constituição Federal de 1988:

Forçoso reconhecer que a exigência do prequestionamento não é pacífica na doutrina. Há respeitáveis opiniões num e noutro sentido. Não me parece correto, contudo, negar-lhe legitimidade apenas porque o texto constitucional, a partir de 1946, deixou de contemplá-la expressamente. O equívoco fundamental está em que a exigência de prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importado o silêncio da Constituição.²⁹

Nelson Nery Jr., com a argúcia e maestria que lhes é inerente, após lançar ao leitor farta argumentação, conclui que:

Muito embora a CF vigente não mais se refira à expressão questionar, como o fizeram, em sua maioria, as CF revogadas, o tema se encontra no sistema constitucional brasileiro. O prequestionamento não foi criado pela Súmula do Pretório Excelso (STF 282 e 356), nossa Corte Suprema apenas explicitou o texto constitucional, interpretando-o. Quer dizer, o Supremo Tribunal Federal interpretou o sentido da expressão 'causas decididas', constante no texto constitucional.³⁰

5.3 Natureza Jurídica

A inquietude que ronda o objeto do presente estudo rompe as fronteiras

28

AI 140.623/AgR.

29 **Recurso Especial: admissibilidade e procedimento.** In: Recursos no Superior Tribunal de Justiça, p.192.

30 NERY JR., Nelson. **Ainda sobre o prequestionamento - embargos de declaração prequestionadores.** In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. São Paulo: RT, 2001, p.92.

da discussão acerca da constitucionalidade da exigência do prévio questionamento e esbarra na tentativa de se estabelecer a exatidão da natureza jurídica do instituto.

Na introdução deste trabalho, antecipa-se ao leitor a existência de inúmeras controvérsias a ladear o prequestionamento.

As correntes que vigem na tentativa de se estabelecer a natureza jurídica do prequestionamento, apesar de sempre possuírem uma secção com um maior número de adeptos, devem merecer uma grande atenção, haja vista respeitáveis processualistas cíveis, por mais das vezes, defenderem a posição antagônica à majoritária. Encontra-se aí a razão pela qual se analisará com esmero os argumentos difundidos pela posição minoritária.

A maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que o prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário. É certo que caso a questão que não venha a ser prequestionada, os recursos excepcionais não deverão ser apreciados pelo STJ ou pelo STF.

Em importante julgado, que se tornou uma referência ao entendimento trilhado pela Suprema Corte, o então Ministro Alfredo Buzaid, tendo em análise a necessidade do questionamento anterior ao manejo do recurso excepcional, enfrentou a questão relativa à forma que se revestiria o prequestionamento, consignando que se trata de pressuposto formal de admissibilidade dos recursos ao dispor que “o princípio dominante é, pois, que o recurso extraordinário deve versar sobre questão que foi oportunamente suscitada e decidida nas instâncias ordinárias.”³¹

Na visão abalizada de Nelson Nery Jr. - malgrado trilhar a corrente que defende a constitucionalidade do instituto - o prequestionamento não possui autonomia e, como tal, desconstituiria a possibilidade de o questionamento prévio apresentar-se como instituto próprio do direito processual. A ausência de autonomia

31

STF, Pleno. Embargos no recurso extraordinário nº 96.802. Acórdão relatado por Alfredo Buzaid. DJ 04.11.1983.

desabonaria, por conseguinte, qualquer tentativa de se estabelecer a natureza jurídica do prequestionamento na ordem processual-constitucional vigente.

Interessante transcrever as lições acima delineadas:

O prequestionamento não é um fim em si mesmo, tampouco instituto que tenha autonomia e subsistência próprias. É apenas um dos meios para chegar-se ao requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais (extraordinário e especial), que é do cabimento do recurso. Criou-se, portanto, um falso problema no direito processual civil, discutindo-se o “termo”, prequestionamento, ora quanto a seu aspecto semântico, ora quanto à sua menção expressa ou não no texto constitucional.³²

Nelson Nery vai mais além afirmando que “o *prequestionamento* é apenas um meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a **decidir** a questão federal ou constitucional que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ”;³³ seria apenas um meio para a caracterização do cabimento do recurso, este sim um pressuposto intrínseco de admissibilidade. Explica-se: a Constituição Federal dispõe que o STF e STJ são competentes para o julgamento do recurso extraordinário e especial quando as matérias enumeradas são decididas em única ou última instância. Teria, no sentir de Nelson Nery Jr, o prequestionamento o condão de levar ao conhecimento do órgão *a quo* a questão constitucional ou federal a fim de que fosse decidida. Sob tal perspectiva, o prequestionamento não é essencial para a interposição do recurso extraordinário e especial, desde que a questão federal ou constitucional surja no acórdão recorrido.

Ressalte-se que a voz de Nelson Nery Jr. é solitária e única na doutrina brasileira, não sendo encontrado qualquer outro estudioso que a respalde.

5.4 Momento em que Ocorre o Prequestionamento

A dificuldade em se estabelecer uma homogeneidade das questões a respeito do prequestionamento se agrava na medida em que as divergências

32

NERY JR., Nelson. **Ainda sobre o prequestionamento - embargos de declaração prequestionadores**. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. São Paulo: RT, 2001, p.92.

33 *Op. cit.* p. 85

extrapolam o álea da constitucionalidade da exigência do instituto, bem como da forma com que ele se apresenta no mundo do Direito.

Os tribunais superiores e a doutrina mais abalizada sobre o tema apresentam-nos três concepções acerca do momento em que entendem encontrar-se suprida a exigência do questionamento prévio da questão federal ou constitucional.

A falta de regulamentação legal do instituto atribuiu, aos estudiosos da ciência do Direito, a responsabilidade de consigná-lo e estabelecer sua exata amplitude. Ocorre que tamanha liberdade abriu margem ao surgimento de diversos conceitos acerca do que seria, efetivamente, prévio questionamento da matéria.

Vigora, assim, nas decisões tribunalícias e na doutrina brasileira três teorias a ladear o entendimento do momento em que se poderá dar por prequestionado a matéria do mérito recursal: há manifestações jurisprudenciais exaradas no sentido de que há prequestionamento quando o órgão julgador haja adotado entendimento a respeito da matéria; quando a decisão impugnada tenha ventilado a questão constitucional ou federal suscitada. Para esse entendimento, pois, preenche-se o prequestionamento com o exame, na decisão recorrida, da questão federal ou constitucional que se quer ver analisada pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Em outra vertente, há na jurisprudência decisões prolatadas que revelam o prequestionamento como manifestação da parte na instância anterior. Encontra-se, ademais, a posição eclética, em que se somam as duas tendências acima.

Vejamos cada uma delas.

A primeira concepção apresenta a idéia de que se encontra sanada a necessidade de questionamento prévio quando a decisão recorrida efetivamente decidir sobre a matéria posta em juízo.

Faz-se mister, portanto, o pronunciamento do tribunal *a quo* acerca do

tema de direito federal ou constitucional. Omissa a decisão judicial na resolução do tema suscitado, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária.

Caso o provimento se apresente omissivo, a remansosa jurisprudência admite a interposição de embargos declaratórios a fim de instar o órgão prolator a fazer menção ao ponto de interesse do recorrente e que fora objeto da discussão, abrindo-se as portas da instância extraordinária.³⁴

Perfilham o entendimento acima esboçado parcela considerável da doutrina e jurisprudência pátrias.

Athos Gusmão Carneiro, encabeçando a teoria apresentada, magistra que:

Para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida explicitamente (ainda que não imprescindível a expressa menção ao artigo de lei).³⁵

Insta consignar que o voto vencido não poderá ser utilizado como parâmetro para considerar-se preenchido a exigência do questionamento preliminar com o escopo de possibilitar-se a admissibilidade dos recursos.

Dessarte, para efeito da configuração de prequestionamento, a apreciação da questão deve ter sido feita pelo voto condutor do acórdão. Não basta que a questão federal ou constitucional tenha apenas sido sugerida em algum momento do julgamento, deve a questão ser razão de decidir do acórdão.

A jurisprudência é cristalizada e pacífica nesse sentido:

34

Os denominados embargos de declaração prequestionadores serão objeto de análise em tópico oportuno, uma vez que se afigura um tema que possui significantes aspectos a serem abordados.

35 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coords. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 107.

O prequestionamento pressupõe a adoção de tese pelo órgão prolator da decisão atacada. Há de ter origem em manifestação explícita do colegiado sobre o jurígeno veiculado no recurso. A análise contida unicamente em voto vencido mostra-se irrelevante. O silêncio da maioria não é passível de ser afastado pelo fato de o dissidente haver esgrimido o tema, isto na declaração de voto juntada aos autos. Entendimento diverso implica a consagração do prequestionamento implícito, presumindo-se refutada a matéria de defesa.³⁶

O conteúdo do voto vencido, quando veicule tema de caráter exclusivamente infraconstitucional, não se reveste de eficácia jurídico-processual necessária à configuração do requisito essencial do prequestionamento.³⁷

Em outro segmento, a matéria é tida por prequestionada com o simples debate da questão no curso do processo. Mesmo que a decisão final seja omissa na apreciação do ponto objeto da contenda, a matéria poderá ser considerada prequestionada.

Essa seara doutrinária e jurisprudencial vislumbra o prequestionamento como um ato decorrente das partes; considera tão-somente suprido o requisito de admissibilidade dos recursos com a manifestação ou provocação das partes anterior à decisão recorrida.

A questão federal ou constitucional, por conseguinte, deve ser oportunamente suscitada e defendida nas instâncias inferiores sob pena de obstaculizar-se o acesso à via recursal.

Há, outrossim, ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que exaram decisões no sentido reunir as duas tendências acima delineadas, considerando o prequestionamento como debate prévio acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito.

Essa terceira secção jurisprudencial é rara de manifestar-se, mas não intolerável.

36

STF. RE 313739 Rel. Marco Aurélio de Melo.

37 STF. AI-AgR 145651. Rel. Celso de Mello.

A razão do entendimento vacilante quanto ao momento da ocorrência do questionamento da matéria é explicado com maestria por José M. Garcia Medina, em sua primorosa obra a respeito do tema em estudo:

A constituição Federal de 1891 mencionava que o recurso extraordinário seria cabível quando se questionasse sobre a validade ou aplicação de tratados ou leis federais, e a decisão dos tribunais dos Estados fosse contra ela.

É fácil perceber que, de acordo com a determinação constante da referida Constituição, havia duas situações distintas: em primeiro plano surge a questão constitucional ou federal; depois, a decisão recorrida é exarada contrariamente à Constituição ou à lei federal (...) Daí ter-se desenvolvido o entendimento de que: 1º) a parte deve obrigatoriamente provocar o surgimento da questão; 2º) a questão recorrida deve ter manifestado entendimento expresso a respeito (a decisão recorrida deve ventilar a questão federal). Não se definiu, contudo, em qual dos dois momentos ocorre o prequestionamento: se pela provocação das partes ou se pela decisão recorrida ou pela conjugação dos dois momentos. Daí a diversidade de posições doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas retro.³⁸

O leitor mais atento já deve ter-se apercebido de que até o presente momento o presente estudo esquivou-se de apresentar o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça no que tange ao momento em que entendem ocorrido o questionar do direito federal ou constitucional, informação esta de extrema relevância, porquanto são eles os tribunais a exercerem o juízo de valor acerca da perfectibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Com efeito, realizando pesquisa jurisprudencial, o estudioso deparar-se-á com julgados, provenientes do Superior Tribunal de Justiça, a seguirem as três linhas de pensamento acima esboçadas, com maior enfoque, é certo, na tendência de considerar-se prequestionada a matéria tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida.

Situação não menos diferente ocorre nas decisões emanadas da nossa Corte Suprema, havendo, portanto, uma forte tendência no sentido de que para fins de prequestionamento, não se considera suficiente que a matéria tenha sido

38

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 206

suscitada pelas partes, mas sim que a respeito tenha havido debate no acórdão recorrido.

Entretanto, não obstante considerável parcela dos doutos ministros do Tribunal Supremo posicionarem-se no sentido perfilhar a corrente em destaque, venho, com a devida vênua, apresentar a incongruência entre o posicionamento majoritário esboçado pelos magistrados e o entendimento sumulado do STF acerca dos embargos de declaração prequestionadores.

Permita-se a realização de uma digressão a fim de situar o leitor acerca do ponto incongruente.

O Supremo Tribunal Federal editou a seguinte súmula sob a numeração 356: o ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

A dicção da referida súmula nos remete a idéia de que, para o cabimento dos recursos extraordinários, faz-se necessário que a matéria federal ou constitucional que se quer levar à instância máxima tenha sido julgada.

Ocorre que se o tribunal prolator da decisão impugnada não se manifesta, a parte que quer interpor o recurso especial ou extraordinário deve se valer do expediente dos embargos de declaração com fundamento na omissão.

À primeira vista, o posicionamento sumulado encontra-se em consonância com reiteradas decisões oriundas das turmas recursais e do pleno e que seguem a corrente segunda a qual a exigência do prequestionamento encontra-se suprida no bojo da decisão impugnada.

Todavia, o STF já se manifestou no desiderato de que a mera interposição dos embargos declaratórios, a fim de forçar o tribunal *a quo* a manifestar-se sobre a matéria de direito federal ou constitucional, preenche a

necessidade de prequestionamento, possibilitando-se o alcance do recurso especial ou extraordinário às instâncias extraordinárias, não obstante a decisão permanecer omissa quanto à questão atacada.

A omissão da instância ordinária não impedirá o acesso à via recursal pela parte a manejar o recurso extraordinário, fato que nos revela a possibilidade de dar-se por questionada a matéria apenas por meio de manifestação da parte.

Diante de tal evidência, errôneo é considerar o Supremo Tribunal Federal como adepto da corrente que considera perfecibilizado o requisito de admissibilidade quando o tribunal recorrido haja apreciado e analisado a *questio jûris*.

Mais coerente seria que a Suprema Corte passasse a considerar a possibilidade de utilizar a teoria mista da ocorrência do prequestionamento, pois o Direito apresenta-se como um agrupamento de normas e princípios que devem ser interpretados de forma que seus preceitos sejam integrados e aplicados de forma harmônica e sistemática, no que pese ser ordenamento jurídico uno e indivisível.

5.5 Os Embargos de Declaração Prequestionadores

Conforme se infere do tópico precedente, para que haja um juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial, a decisão impugnada deverá reportar-se à questão constitucional ou infraconstitucional. Caso o acórdão seja omissa, incabível será o manejo do recurso extraordinário e/ou especial.³⁹

39

Sobre a necessidade de debate das partes anteriormente à decisão, Eduardo Ribeiro, então ministro do STJ admoesta que “prequestionamento só pode equivaler ao conteúdo da decisão que se pretende recorrer, independentemente do debate travado entre as partes antes de seu proferimento”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002, p. 03. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>). José Miguel Garcia Medina, em outra banda, aduz que “consoante tantas vezes já afirmado no presente estudo, os embargos de declaração não podem ter finalidade de prequestionar. O prequestionamento deverá ter ocorrido nas razões ou contra-razões de apelação ou agravo, por exemplo, para que a questão constitucional ou federal possa ser apreciada pelo tribunal local. Nesse caso, não havendo manifestação pela instância local, cabível será a interposição dos embargos de declaração, com a finalidade de se possibilitar a supressão da omissão. O prequestionamento, a rigor, já deverá ter ocorrido, pois, caso contrário, sequer caberá embargos de declaração, pois não haverá omissão para sanar”. (MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 379). Nelson Nery Jr. assinala que “se a parte esqueceu-se de levantar qualquer matéria dispositiva durante a fase recursal, não pode, pela primeira vez, fundando-se na omissão, querer argüi-la em embargos de declaração com

A lógica de tal conclusão decorre do fato de que:

recorre-se do conteúdo positivo da decisão, assim compreendida o acolhimento ou rejeição dos fundamentos, das alegações e das teses trazidas pelas parte desde a propositura da ação. (...) O que não se decidiu não pode ser objeto de recurso justamente pela mitigação do efeito devolutivo dos recursos extraordinário e especial, limitados pela cláusula constitucional de causa decidida.⁴⁰

Ante a possibilidade de a decisão furtar-se de decidir sobre as questões, o Supremo Tribunal Federal, assim como o Superior Tribunal de Justiça aprovaram e editaram as súmulas 356 e 211, respectivamente, a ditarem o procedimento a que as partes devem se valer com o propósito de sanar a omissão e legitimar o acesso à instância extraordinária ou especial.

A transcrição dos enunciados destas súmulas é necessária:

Súmula 356: "O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

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

Os embargos declaratórios prequestionadores se prestam, nesse caso, a suprir uma omissão do tribunal "a quo", que deveria ter se pronunciado expressamente sobre uma questão federal ou constitucional violada, e não o fez. Se o acórdão recorrido tiver enfrentado o tema federal e/ou constitucional em seu conteúdo e a respeito deles emitido juízo de julgamento, cabe o recurso especial e/ou extraordinário. Caso a referida decisão mantenha-se omissa quanto ao à abordagem da *quaestio juris*, deve a parte suscitar a omissão em embargos declaratórios com o fito de prequestioná-la.

Enquanto diante de decisões que ventilassem a matéria constitucional ou

fins de prequestionamento. Estes são inadmissíveis, porque o acórdão não terá incorrido em nenhuma omissão, porquanto a matéria, de direito dispositivo, não foi argüida anteriormente". (NERY JR., Nelson. **Ainda sobre o prequestionamento - embargos de declaração prequestionadores**. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. São Paulo: RT, 2001, p. 90).

40 BUENO, Cássio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002, p. 10. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>.

federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça mantinham-se uníssonas. Todavia, surgido a possibilidade de manejo dos embargos de declaração, o entendimento das referidas cortes superiores começou a se mostrar discordantes.

A orientação, portanto, dada às súmulas em comento são radicalmente diversas.

Procurar-se-á estabelecer um paralelo entre os dois posicionamentos divergentes.

Interpretando a súmula 356, sedimentou-se, no seio do Supremo Tribunal Federal, secção jurisprudencial que entende que, interpostos os embargos declaratórios, cabível será o recurso extraordinário, independente do resultado do julgamento dos embargos, se acolhidos (e conseqüentemente suprida a omissão) ou não.⁴¹

Uma vez opostos os embargos de declaração com fins prequestionadores, ainda que a Corte de origem não emita juízo sobre o tema proposto em seu bojo, seja por não conhecimento ou não provimento, resta cabível a interposição dos recursos de natureza extraordinária, eis que suprido o requisito do prequestionamento. Ocorre, aqui, o denominado prequestionamento ficto.

Sustentam que, se houve a interposição dos embargos de declaração e, apesar disso, a instância recorrida persevera na omissão, nada mais se pode exigir do recorrente, que teria utilizado todos os meios legais capazes de provocar o julgamento da questão.

Com a devida vênia, o enunciado da súmula 356 nos remete a idéia de que o recurso extraordinário não pode ser recebido *in casu* de a decisão não decidir a questão constitucional. Se o STF 356 afirma ser inadmissível o recurso extraordinário quanto ao ponto omissis, a respeito do qual não foram interpostos

41
Ver tópico anterior

embargos de declaração, é porque o tribunal deveria pronunciar-se sobre o referido ponto omissivo.

Admitir a interposição do recurso extraordinário com base, tão-somente, em questão ventilada nos embargos é ir, portanto, de encontro ao que disciplina a redação da súmula emanada do próprio tribunal. Nos termos do que vem preconizado pelo STF 356, os embargos têm de culminar na supressão da omissão.

Nelson Nery Jr., com a profícua argúcia, critica, com veemência, a posição, emanada do Supremo Tribunal Federal, de considerar suprido o requisito constitucionalmente imposto para a admissibilidade dos recursos extraordinários, mesmo na hipótese de os embargos serem não-recebidos ou rejeitados:

De outra parte, parece-nos não haver agido com acerto o Pretório Excelso, ao considerar prequestionada matéria que, a despeito da interposição de embargos de declaração prequestionadores, não foi decidida de forma efetiva pelo tribunal de origem.

Falta, pois, essa coda ao verbete 356 oriundo do STF, que poderia ter uma redação assim sugerida: o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, ou quando opostos persistir a omissão, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento⁴²

A despeito das críticas colacionadas ao presente trabalho, é possível encontrar na doutrina pátria defensores da posição, materializada pelo STF, em torno da súmula 356, por considerá-la em maior consonância com a realização dos princípios da instrumentalidade, celeridade e economicidade do processo.

Sobre a necessidade de um enfoque mais enfático na instrumentalidade do processo, transcreve-se a augusta lição de Cândido Dinamarco:

Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro. (...). O

42

NERY JR., Nelson. **Ainda sobre o prequestionamento - embargos de declaração prequestionadores**. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. São Paulo: RT, 2001, p.92.

que importa acima de tudo, como ficou dito, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado "processualismo" (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) – e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.

(...).

O processualista contemporâneo e atualizado vai deixando as posturas puramente técnicas e dogmáticas, que desempenharam seu relevantíssimo papel a partir da fundação da ciência do processo na segunda metade do século passado e durante a primeira deste. Tal foi a fase da autonomia do direito processual, que superou os males do sincretismo multi-secular, mas que agora já cumpriu seu ciclo de vida. Não se trata de renegar as finas conquistas teóricas desse período que durou cerca de um século, mas de canalizá-las a um pensamento crítico e inconformista, capaz de transformar os rumos da aplicação desse instrumento. Propõe-se, em outras palavras, a duplicidade de perspectivas, para encarar o sistema processual a partir de ângulos externos (seus escopos), sem prejuízo da introspecção do sistema.⁴³

Interpretando a súmula 211, o Superior Tribunal de Justiça consignou a hipótese de serem perfeitamente cabíveis os embargos declaratórios prequestionadores a fim de sanar omissão quanto à questão federal ou constitucional invocada.

Nesta hipótese, não sendo provido o recurso especial pelo STJ, os autos devem retornar ao tribunal "a quo", para que aprecie os embargos de declaração, para que aí sim, ocorra o cabimento do recurso excepcional que se quer interpor.

Entretanto, o STJ aventa - e aqui diverge do entendimento exarado pela Suprema Corte - que caso o tribunal "*a quo*" venha a rejeitar ou negar provimento aos embargos, surge, nesta última decisão, negativa de vigência ao artigo 535 do Código de Processo Civil, podendo a parte interpor recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a".

Assim, opostos embargos de declaração perante o Tribunal recorrido, não havendo manifestação deste sobre o tema, cabe à parte, em seu recurso especial, suscitar uma preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, com

43

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 309/310.

fundamento no artigo 535 do Código de Processo Civil.

Verifica-se, assim, que, ao contrário do que parte da doutrina tem entendido, o interessado, nesta hipótese, não pode manejar diretamente o recurso excepcional originário, afinal, insiste-se, a questão federal ou constitucional não foi efetivamente decidida.

Alguns arestos colacionados demonstram esse posicionamento:

assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que, ao rejeitar os embargos declaratórios – opostos para o fim de sanar omissão no julgamento do recurso sobre o direito do ex-combatente à pensão especial -, persistindo o Tribunal a quo na falha, deve a parte interpor recurso especial alegando violação ao art. 535 do CPC, e não insistir na violação aos dispositivos relacionados ao *meritum causae*. II – O v. acórdão recorrido decidiu pela inacumulabilidade da pensão especial com benefício previdenciário tendo em vista a ressalva contida no art. 53 do ADCT. Não se conhece do recurso especial, nessa parte, pois o exame dessa matéria ensejaria, necessariamente, a interpretação de matéria de índole constitucional. III – Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados. IV – A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial. Recurso especial não conhecido.⁴⁴

A orientação retro aventada é o que melhor se coaduna com a redação da súmulas 211 e 356, as quais exigem não somente o manuseio dos embargos declaratórios com efeito de prequestionamento, mas também que a matéria infraconstitucional seja apreciada e decidida no acórdão proferido na instância local.

A orientação do STJ em torno da súmula 211, propugnam alguns estudiosos, tende a transformar STJ e STF em Cortes de Cassação (as quais se limitam a anular o *decisum* e remeter os autos de volta ao órgão julgador de origem, para que este se pronuncie sobre o mérito), o que não pode ocorrer, pois os Tribunais pátrios devem anular o acórdão e julgar o mérito.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nilson Vital Naves, em palestra proferida na ocasião do bicentenário do Código Civil Francês no STJ, explica bem a

44

STJ: 5ª Turma. REsp 236362, Rel. Min. Félix Fischer, DJU 08.03.2000.

diversidade dos sistemas:

Semelhantemente ao que acontece conosco, a Corte tem a missão de zelar pela fiel observância da lei. Ela não toma conhecimento dos fatos do processo; apenas conhece da alegação de violação do direito pela jurisdição inferior. Caso conclua não ter havido tal violação, confirma a decisão que foi objeto do recurso. No caso contrário, agora diferentemente de nós, não substitui com sentença sua aquela julgada irregular (*juge les jugements et non les affaires*), mas a "quebra", ou a anula (*casser*, em francês), e reenvia o julgamento à outra jurisdição do mesmo nível da jurisdição do tribunal cuja sentença foi "quebrada", ou anulada (*il y a aura cassation – cest-à-dire annulation*). Como é sabido, nós, quando conhecemos do recurso, julgamos de logo a causa, aplicando o direito à espécie ("No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie", art. 257 do Regimento do Superior Tribunal).⁴⁵

Na mesma linha, pondera o Prof. Luis Fernando Balieiro:

Isto porque pode o Juiz entender, pessoalmente e dentro do âmbito de sua liberdade jurisdicional, que o decisum não é passível de complementação, embora o seja; exigir-se do embargante a interposição de recurso especial por violação às disposições do art. 535, II do CPC, aguardando-se a decisão deste para só aí interpor novo recurso especial ou extraordinário, é afrontar a exigência social da célere prestação da tutela jurisdicional.⁴⁶

5.5 O Prequestionamento nas Questões de Ordem Pública

Não se pode deixar de abordar, sob pena de desabonar a qualidade do presente estudo, da necessidade, ou não, de ter-se prequestionada matérias que se revelam como exceções e objeções processuais.

As exceções processuais ou substanciais afiguram-se como matérias sobre as quais o magistrado só pode conhecer após oportuna provocação das partes, jamais *ex-officio*. Tratam-se das nulidades relativas, em relação as quais os interessados devem argüi-las no primeiro momento em que lhes couber falar nos autos, sob pena de incidir a preclusão temporal, não mais podendo o juiz apreciá-las.

45

(endereço eletrônico: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/845/1/Bicenten%C3%A1rio_do_%C3%B3digo_Civil.pdf)

46 LODI, Luis Fernando Balieiro. **Dos embargos declaratórios prequestionadores**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 449.

Já as objeções, de ordem processual ou meritória, apresentam-se, no mundo jurídico como matérias que devem ser conhecidas, pelo juiz, independente de provocação das partes, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. São matérias de ordem pública - nulidades absolutas, ausência de condições da ação e pressupostos processuais - sobre as quais não se opera qualquer forma de preclusão, seja ela lógica, consumativa ou temporal, nos termos do artigo 267, parágrafo 3º, do diploma processualista cível:

Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

§ 3º - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

A razão pela qual as questões de índole pública podem ser argüidas e devem analisadas em qualquer fase do processo, reside no fato de que a violação de tais dispositivos ferem toda uma coletividade, o próprio interesse do Estado.

Todavia, o conhecimento, em qualquer grau de jurisdição, pelo magistrado, inclusive ex-officio, das objeções processuais ou substanciais, deve limitar-se às instâncias ordinárias, não se fazendo valer tal medida no âmbito dos tribunais superiores, que são órgãos excepcionais por excelência.

“Para o juízo de primeiro grau, o conhecimento de ofício é possível até a prolação da sentença. O tribunal não fica impedido de conhecer dessas matérias ainda quem só em apelação sejam ventiladas”⁴⁷, assim arremata Antônio Cláudio da Costa Machado em seu ensaio sobre o código de processo civil.

Com efeito, as questões de ordem pública somente devem ser analisadas pelo juízo de primeiro grau até a prolação da sentença. Em relação aos tribunais de segundo grau, a apelação devolve ao tribunal ad quem a oportunidade de verificar o preenchimento, não obstante o juízo ter-se quedado inerte na apreciação das

47

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. São Paulo: Ed. Manole, 2006, p. 593.

questões.

Tal situação não se apresenta nos recursos excepcionais, pois a ausência do efeito translativo, ínsito aos recursos de natureza ordinária, impede que os tribunais superiores examinem, *ex officio*, questões de ordem pública.

O efeito devolutivo dos recursos especial e extraordinário, por sua vez, se restringe aos pontos prequestionados relativos às matérias de ordem constitucional ou federal que se façam presentes na decisão recorrida. Fora disso, descabida a tentativa de destrancar as portas para a instância especial e/ou extraordinária.

E é partindo desta concepção que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina publicista mais abalizada condicionam o manejo dos recursos especial e extraordinário ao prequestionamento da matéria, aí englobadas, inclusive, as de ordem pública.

Desse modo, se a decisão não se manifesta acerca da questão constitucional ou federal que se quer analisada pelo STF ou STJ, respectivamente, de nada adianta ao recorrente debater questão não abordada pela corte *a quo*, **ainda que se trate de objeção, seja ela de índole substancial ou processual.**

Como são matérias de ordem pública, podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser de ofício pelo juiz ou tribunal. Entenda-se por qualquer grau de jurisdição os da instância ordinária primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instâncias extraordinárias dos recursos especial e extraordinário. Assim, não se pode alegar, pela primeira vez, as matérias como objeto do RE ou do Resp, já que se exige que a questão tenha sido efetivamente decidida, circunstância impropriamente denominada de prequestionamento, para a admissibilidade desses recursos excepcionais.⁴⁸

Insta trazer à colação alguns julgamentos que demonstram o posicionamento dos tribunais que compõem a instância extraordinária do judiciário brasileiro:

48

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 437.

Processo Civil. Agravo Regimental em agravo de instrumento. Alegação de incompetência absoluta. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282. I - A questão constitucional impugnada no recurso extraordinário não foi objeto de apreciação do acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 282 do STF. II - Matéria de ordem pública não afasta a necessidade do prequestionamento da questão. III - Agravo regimental improvido.⁴⁹

Ausência de prequestionamento. Questão não discutida na instância ordinária. I - Não tendo a Corte a quo se manifestado acerca do tema discutido no especial (decisão extra-petita), mas tão-somente em relação ao próprio mérito, e não tendo o Estado se valido dos embargos declaratórios, carece o apelo extremo do necessário prequestionamento. III - Agravo desprovido⁵⁰

Caso a Corte local esquive-se de conhecer e decidir acerca das questões em que prevaleça o interesse do Estado em detrimento do particular, o interessado, na interposição dos recursos especial e extraordinário, deve se utilizar, consoante amplamente esmiuçado em capítulo anterior, dos embargos de declaração.

Com efeito, a decisão é omissa e faz-se mister que o órgão recorrido se pronuncie acerca dos preceitos de ordem pública que não foram objeto de apreciação, devendo o recorrente lançar mão, portanto, dos embargos de declaração prequestionadores com efeito de prequestionamento.

Aqui, igualmente, se aplica o entendimento divergente entre STF e STJ acerca dos efeitos dos embargos de declaração prequestionadores: o Pretório Excelso considera prequestionada a questão, sobre a qual fora interpostos embargos de declaração, ainda que a Corte local não se manifeste sobre a matéria, ao passo que a corrente, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, prevê que a instância local deve se manifestar efetivamente sobre o objeto dos embargos, sob pena de não se perfectibilizar o pressuposto de utilização do recurso especial por violação do artigo 535 do diploma processual civil.

Por tal razão, sob qualquer prisma que se analise a questão, não cabe recurso especial ou recurso extraordinário em relação a questões não decididas, mesmo que se trate de matéria de ordem pública que, por força da lei, deva ser reconhecida ex officio. A omissão da decisão, assim, apesar de ensejar contrariedade à lei, é suscetível de correção através de embargos de declaração, o que impede se considere a decisão omissa como decisão definitiva.⁵¹

49 STF, 1ª Turma. AI-AgR 633188 / MG; Relator: Min. Ricardo Lewandowski; j. 02/10/2007.

50 STJ, 5ª Turma. AGA 408461/SP; Rel. José Arnaldo da Fonseca, j. 09/04/2002.

Não se vislumbra razão para relacionar a exigência de prequestionamento, em casos de matérias de matiz pública, com injustiça ou falta de efetividade do processo. Deve-se sempre ter em mente que o manejo dos recursos especial e extraordinário deve curvar-se aos seus requisitos autorizadores trazidos à baila pela Carta Magna vigente, padecendo do vício de inconstitucionalidade quaisquer tentativas de burla de tais pressupostos de admissibilidade. Demais disso, tais recursos de natureza excepcional prestam-se precipuamente à guarda da inteireza e uniformidade da legislação infraconstitucional e constitucional e não à colhida do direito subjetivo das partes, razão pela qual não se deve falar em injustiça. Caso o recorrente, quando da análise da *quaestio juris*, venha a ter sua pretensão julgada procedente, tal efeito é meramente secundário, não importando no objetivo dos recursos especial e extraordinário.

5.6 Prequestionamento Implícito e Explícito na Jurisprudência dos Tribunais Superiores

Denomina-se prequestionamento explícito, quando as questões postas, pelos litigantes, nos recursos especial e extraordinário, foram debatidas, e sobre elas o Tribunal tenha emitido expresse juízo. Aqueles que perfilham tal corrente de pensamento aduzem que o prequestionamento só se revela quando há menção expressa, no *decisum* combatido, do dispositivo legal tido por infringido, não obstante haja sido mencionada a tese jurídica, ou seja, a análise da questão à luz do ordenamento jurídico.

Nelson Nery Jr. posiciona-se contrariamente ao prequestionamento explícito, o qual, conforme se verá a seguir, vem sendo refutada cotidianamente pelos Tribunais:

Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É

EDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 345.

suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida.⁵²

O ilustre processualista não é voz solitária na doutrina brasileira a condenar o rigorismo exacerbado que se criou em torno do conceito de prequestionamento, pois:

evidentemente que a contrariedade a texto da Constituição ou de lei federal, quando clara e inequivocadamente evidenciada na decisão local, inclusive com menção do dispositivo normativo, é mais fácil de ser constatada e, por idênticas razões, a ocorrência do prequestionamento (...) em outras situações (...) será necessária uma leitura mais atenta do acórdão, das razões e das contra-razões para identificar que ele tratou, de uma forma mais ou menos direta, da tese levantada pela parte e, nestas condições, também a causa estará decidida e, portanto, prequestionada, para fins de recurso especial ou extraordinário.⁵³

Em outra vertente, resta claro que o prequestionamento implícito é aquele cuja *questio juris* se encontra apreciada e decidida na sentença ou acórdão, furtando-se, todavia, o Tribunal de fazer expressa referência expressa à norma legal tida por violada.

O adjetivo "implícito" significa justamente que, embora tenha se discutido o ponto controvertido em confronto com as prescrições genéricas do ordenamento, o acórdão guerreado não fez menção expressa ao artigo de lei que contém a informação com base na qual se decidiu.

Tal idéia baseia-se no conceito de que as normas jurídicas são proposições que emanam de enunciados prescritivos (os artigos de lei), não havendo necessidade de transcrever ou enunciar os tais artigos, já que a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que a ninguém é lícito alegar o desconhecimento da lei, muito mais o órgão jurisdicional incumbido de sua homogeneização.⁵⁴

Desde que haja possibilidade de se aferir que a questão federal ou constitucional foi razoavelmente marcada nas instâncias ordinárias, parcela considerável da doutrina e jurisprudência pátrias acredita ser o bastante para a satisfação da exigência do prequestionamento.

52

NERY JR., Nelson. **Ainda sobre o prequestionamento - embargos de declaração prequestionadores**. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. Coords. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson. São Paulo: Ed. RT, 2001, p.88.

53 BUENO, Cássio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002, p. 16. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>.

54

LIPPEL, Rodrigo. **O prequestionamento e a jurisprudência recente do STJ e do STF**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 5, jan. 2007, p. 103-107. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

As qualificadoras 'explícita' e 'implícita', a ladear o prequestionamento, emergiram a partir de entendimentos que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram acerca do prequestionamento, e que, num primeiro momento, distanciaram os dois órgãos, no que tange ao tema. Perdura até a presente data, a atribuição, de forma genérica, do "prequestionamento explícito" ao STF e do "prequestionamento implícito" ao STJ.

Tal ilação, todavia, não mais corresponde à realidade das duas Cortes, haja vista estarem uniformizando seu entendimento, adotando o chamado prequestionamento implícito.

Transcrevo dois julgados emanados recentemente do Superior Tribunal de Justiça que atestam a tendência acima delineada:

1. Na linha do entendimento desta Corte, para preenchimento do requisito do prequestionamento é necessário que as matérias trazidas ao exame do Superior Tribunal de Justiça tenham sido efetivamente apreciadas pelo acórdão recorrido, não havendo falar na necessidade de expressa menção aos dispositivos legais tidos por violados. 2. É pacífico neste Tribunal que o auxílio suplementar foi transformado em auxílio-acidente pela Lei nº 8.213/91, de incidência imediata, fazendo jus os segurados aos efeitos dessa transformação, de caráter mais benéfico. 3. Agravo regimental improvido.⁵⁵

1. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução a esta Corte de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Hipótese em que, malgrado o acórdão recorrido não tenha feito expressa indicação ao art. 1.046, § 1º, do CPC, a tese jurídica defendida pelos recorrentes – possibilidade de oposição de embargos de terceiro possuidor de imóvel constrito com base em "contrato particular de permuta e cessão de direitos" foi abordada no acórdão recorrido. 2. omissis. 3. omissis. 4. Recurso especial conhecido e provido.⁵⁶

No colendo Supremo Tribunal Federal, a transformação do entendimento pode ser representada pelo contraste entre duas decisões relatadas pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, distantes entre si pelo lapso de um ano. Em setembro de 2005, a Primeira Turma do STF rechaçou o prequestionamento implícito, em voto da lavra do citado ministro, nos seguintes termos:

55 STJ, 6ª Turma. AgRg no REsp 365.079/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, j. 18.11.2004.

56

STJ, 5ª Turma. REsp 551.076/RS, Rel. Ministro Arnaldo Estves Lima, j. 22.08.2006.

EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: alegada violação dos artigos 5º, LV; 37, caput, XIII; 39; 61, § 1º, II, a e b; da Constituição - fundamento do RE - não discutida pelo acórdão recorrido, nem objeto de embargos de declaração, não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado "prequestionamento implícito" (Súmulas 282 e 356) ⁵⁷

Já em setembro de 2006, o mesmo órgão julgador, em decisão da lavra do mesmo relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, modificou totalmente seu entendimento, aderindo à tese do prequestionamento implícito e rechaçando o prequestionamento explícito, como segue:

1. Recurso extraordinário: descabimento: ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional tido por violado (CF, art. 5º, XXXVI), não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado "prequestionamento implícito" (Súmula 282). 2. Recurso extraordinário e prequestionamento. O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha. ⁵⁸

57 STF, 1ª Turma. AI-AgR 508418/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.09.2005, DJ 14.10.2005.

58 STF, 1ª Turma. AI-AgR 585604/RS; Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05.09.2006, DJ 29-09-2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa dispôs-se a enfrentar temática atual e pouco abordada, não apenas num nível de Graduação, mas mesmo entre os doutrinadores do Direito Constitucional. Investigou-se, em linhas gerais, e sem pretensão de englobar todas as facetas da matéria, o requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, nomeado prquestionamento.

Preocupou-se em rechaçar as altas vozes que se erguiam a favor da inconstitucionalidade do instituto em análise, as quais se utilizam da ausência do termo 'questionar' na Constituição Federal como substrato argumentativo.

O prequestionamento surgiu com o fim-maior de possibilitar às Cortes Superiores uma atuação tão-somente em torno das questões federais ou constitucionais exaustivamente debatidas na corte local, para só então, persistindo divergência em torno da aplicação da lei infra ou constitucional, ensejar o pronunciamento excepcional do STJ ou STF. Evita-se, por conseguinte, a supressão de instância.

Embora tenha ocorrido a supressão do termo 'questionar' no texto constitucional, deve-se ter em mente que a natureza excepcional do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal persiste, e como tal, merecem guarida tantos quanto forem os institutos que objetivem a guarda da extraordinariedade.

Tal linha de pensamento pode ser estendida à repercussão geral da questão constitucional, posto que, antes mesmo da inovação perpetrada pelo Constituinte-Reformador de 2004, os próprios ministros da Corte Constitucional, em várias decisões, já se inclinavam a interpretar as causas pontuais com contornos mais objetivos, permitindo em seus votos a reflexão sobre aquela função sistêmica e de uniformização hermenêutica que o Direito brasileiro conferiu à Alta Corte.

A denominada 1ª fase da Reforma do Judiciário, portanto, não fosse um pacote de mudanças legislativas e administrativas, talvez adviesse com a gradual mudança de ideologia dos operadores do Direito, pois não se mais admitiria provocação do Sodalício Magno em torno de limites meramente subjetivos da causa.

Repise-se, por oportuno, que a previsão explícita da necessidade de questionamento prévio, na Constituição Federal, sedimentaria o entendimento da constitucionalidade do instituto e tornando menos instável a prática forense.

O presente trabalho monográfico, norteado pela construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pauta-se, ademais, pelo entendimento que considera ocorrido o prequestionamento quando a decisão recorrida **decidir** acerca da matéria posta em tablado.

A necessidade do questionamento prévio apresenta-se, conforme acima explicitado, de modo a prevenir que nenhum juiz ou tribunal deixe de analisar a questão federal ou constitucional, até o envio dos autos ao STJ ou STF. Nesse desiderato, a prevenção à supressão de instância ocorre na decisão recorrida e não no debate prévio das partes, como pretendem alguns juristas.

No que tange às posições diametralmente opostas, emanadas do STJ e do STF, acerca dos embargos de declaração prequestionadores, mais coerente e harmônico apresenta-se o entendimento oriundo do STJ, posto que seja a que melhor se coaduna com a redação das súmulas 211/STJ e 356/STF - as quais exigem não somente o manuseio dos embargos declaratórios, mas também que a matéria infraconstitucional e constitucional seja apreciada e decidida no acórdão proferido na instância local.

Alfim, registre-se: ante à omissão legislativa de se delinear as nuances do prequestionamento, apenas o cotidiano forense (doutrina, jurisprudência e proximidade do requisito com profissionais e jurisdicionados) poderá atribuir contornos definitivos ao antigo instituto.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002, p. 10. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>.

DA FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro. **Recurso especial: questão de fato/questão de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

DA SILVA, José Afonso. **Do Recurso Extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1963;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Prequestionamento**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, junho de 1993, v.692;

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. São Paulo: Ed. Manole, 2006;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e especial**. 4ª edição. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1996;

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**: outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002;

MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. **Do recurso extraordinário**: conceituação, pressupostos e casuísmo. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1969.

NERY JR., Nelson. **Ainda sobre o prequestionamento** - embargos de declaração prequestionadores. *In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: RT, 2001;

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais;

Revista do Superior Tribunal de Justiça, volume. 109, página 209, em acórdão relatado por Alfredo Buzaid;

SOUZA, Daniel Barbosa L. F. Corrêa de; SOUZA, Leticia Barbosa Lima de. **Recursos extraordinário e especial: reflexos da emenda constitucional nº 45/2004.** Porto Alegre: ed. Núria Fabris, 2008;

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Supremo Tribunal de Justiça na Constituição de 1988.** São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, vol. 638.