



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ALBERG BANDEIRA DE OLIVEIRA

ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO
PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS ESPECIAL E
EXTRAORDINÁRIO

SOUSA - PB
2005

ALBERG BANDEIRA DE OLIVEIRA

ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO
PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS ESPECIAL E
EXTRAORDINÁRIO

Monografia apresentada a
Coordenação de Pós-Graduação do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
da Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil.

Orientadora: Professora Ma. Francilene Lucena Mélo.

SOUSA - PB
2005

ALBERG BANDEIRA DE OLIVEIRA

ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS
DO PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS ESPECIAL
E EXTRAORDINÁRIO

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADORA

MEMBRO

Alberg B. Bandeira de Oliveira

MEMBRO

SOUSA-PB
JUNHO/2005

AOS MEUS PAIS, ANTÔNIO DE OLIVEIRA
CALADO E MARIA DE LOURDES BANDEIRA
DE OLIVEIRA PELA FORÇA QUE TÊM ME
DADO DESDE O PRINCÍPIO DOS MEUS
ESTUDOS.

PRIMEIRAMENTE AGRADEÇO AO TODO PODEROSO CRIADOR DO CÉU E DA TERRA, POR MAIS ESSA CONQUISTA. DEPOIS A MINHA ORIENTADORA, MESTRE FRANCILENE LUCENA MELO QUE APESAR DO ESCASSO TEMPO QUE POSSUI, ANTE AS SUAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS E PESSOAIS, TOLEROU COM A PACIÊNCIA QUE LHE É PECULIAR AS DÚVIDAS POR MIM SUSCITADAS.

A PROFESSORA MALBA MAÍZE ALVES DE FRANÇA, QUE DISPENSOU PARTE DO SEU PRECIOSO TEMPO PARA CORREÇÃO GRAMATICAL E ORTOGRÁFICA DESTE TRABALHO.

FINALMENTE A TODOS OS MESTRES E ALUNOS DO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CCJS-UFCG.

RESUMO

O tema escolhido neste trabalho monográfico, versa sobre alguns aspectos controvertidos do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário, sendo esse importante instituto um mecanismo essencial para o alcance dos direitos fundamentais nos Tribunais Superiores, porquanto constitui para a maioria da doutrina e jurisprudência requisito de admissibilidade para o conhecimento, processamento e julgamentos dos recursos excepcionais nos Tribunais Superiores, bem assim, sem a sua caracterização não há como haver julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário. O referido instituto vem causando inúmeras divergências tanto em sede jurisprudencial como doutrinária. Tanto é assim, que as Súmulas 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça são para a maioria da doutrina pátria divergentes em termos essenciais. Ademais, o denominado prequestionamento implícito é aceito no STJ, enquanto não recebe a guarida do STF. Por outro norte, há controvérsias, inclusive, no que pertine à própria natureza jurídica do instituto, onde para a corrente majoritária da literatura jurídica ele tem natureza de requisito de admissibilidade para o conhecimento e julgamento dos recursos especial e extraordinário, ao passo que, para uma corrente minoritária da nossa doutrina o mesmo tem natureza apenas de configuração da questão federal e constitucional nos órgão prolores da decisão recorrida, em face do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, de sorte que, o instituto do prequestionamento tem causado consideráveis polêmicas, a ponto de existir doutrinador que questione até a sua constitucionalidade. Deste modo, vale deixar registrado que o tema em disceptação despertará interesse no mais catedrático dos juriconsultos, até o mais sublime dos acadêmicos de direito. O objetivo precípua desse trabalho, portanto, é demonstrar a importância do instituto do prequestionamento como requisito fundamental para a admissibilidade do conhecimento dos recursos excepcionais pelos tribunais superiores, tendo como finalidade o exercício do mister de todos aqueles que labutam na seara jurídica, o que nos permite dizer que esse trabalho monográfico, longe de ousar em esgotar o tema, sugere um estudo mais aprofundado, quiçá em tese de dissertação de mestrado. Para sua elaboração nos valem da análise da doutrina, leis e jurisprudência, acerca do tema, através de um estudo compilatório.

Palavras-chave: Recursos. Prequestionamento.

RESUMEN

El tema escogido en este monográfico de trabajo, enciende algún controvertidos de los aspectos del prequestionamiento en los recursos especiales y extraordinarios y es ese instituto importante un mecanismo esencial para el alcance de los derechos fundamentales a los Tribunales Superiores, el porquanto constituye para la mayoría de la doctrina y requisito de jurisprudencia de admisibilidad para el conocimiento, proceso y juicios de los recursos excepcionales en los Tribunales Superiores, bien así, sin su caracterización no hay como allí siendo juicio de los Recursos Especiales y Extraordinarios. Sin embargo, se lo refirió el instituto viene y causa divergencias innumerables tanto en jurisprudencial de sed como doutrinária. Tanto está así, ese Súmulas 356 del Tribunal Federal Supremo y 211 del Tribunal saludable Superior de Justicia para la mayoría del divergentes de patria de doctrina en términos esenciales. Ademais, lo denominó el prequestionamiento implícito se acepta en STJ mientras no recibe el cubil de STF. Para otro norte, hay controversias, además de, en el uno ese pertenece a la propia naturaleza jurídica del instituto, donde para la mayoría actual de la literatura jurídica enfatizada él el instituto tiene naturaleza de requisito de admisibilidad para el conocimiento y juicio de los recursos especiales y extraordinarios, al paso que, para una corriente minoritaria de nuestra doctrina el mismo sólo tiene naturaleza de configuración del federal y constitucional sujétenos el prolores del órgano de la carrera encima de la decisión, en cara del dispositivo del principio y del efecto devolutivo, afortunado que, el instituto del prequestionamiento ha estado causando polémicas considerables, al punto de doutrinador que cuestiona hasta su constitucionalidade para existir, esta manera, merece la pena salir registró que el tema en disceptação se despertará a interés en el más profesor del jurisconsultos, hasta el más sublime de los académicos correctos. Por consiguiente, el precípulo objetivo de ese trabajo es demostrar la importancia del instituto del prequestionamiento como requisito fundamental para la admisibilidad del conocimiento de los recursos excepcionales por los tribunales superiores, tiende como propósito el ejercicio de la ocupación de todos esos ese labour en el seara jurídico, lo que permite decirnos que que el monográfico de trabajo modesto, lejos de atreverse agotando el tema, hace pensar en un estudio ahondado, quizá en tesis del mestrado. Destarte que aventurar en estudiar y investigar el instituto del prequestionamiento, con certeza, nos logrará la razón con relación la importancia indispensable de algunos de sus aspectos que ha estado generando polémica suficiente y controversia en el mundo jurídico.

Las Palabras Codifican: Recursos. Prequestionamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 VISÃO GERAL DOS RECURSOS	11
1.1 CONCEITO	11
1.2 HISTÓRICO DO INSTITUTO	14
1.3 NATUREZA JURÍDICA	16
1.4 RECURSO ESPECIAL	17
1.5 RECURSO EXTRAORDINÁRIO	19
CAPÍTULO 2 VISÃO GERAL DO PREQUESTIONAMENTO	24
2.1 CONCEITO	24
2.2 HISTÓRICO DO INSTITUTO	25
2.3 NATUREZA JURÍDICA	33
CAPÍTULO 3 ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO	40
3.1 CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA: O PREQUESTIONAMENTO É EFETUADO PELAS PARTES OU PELO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO RECORRIDA?	40
3.2 MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO PARA A PARTE SUSCITAR A MATÉRIA OBJETO DA QUESTÃO FEDERAL OU CONSTITUCIONAL TIDAS POR VIOLADAS	45
3.3 OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS PREQUESTIONADORES	47
3.4 AS SÚMULAS 282 E 356 DO STF E 211 DO STJ: PONTOS DIVERGENTES	55
3.5 O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. DIVERGÊNCIAS ENTRE O STJ E O STF QUANTO À SUA ADMISSIBILIDADE	64
3.6 OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO RETIDOS E O PREQUESTIONAMENTO	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

INTRODUÇÃO

O tema escolhido nesta monografia jurídica tem como escopo a necessidade prática de aperfeiçoar nossa modesta atuação como advogado no cotidiano forense, peculiarmente no que pertine ao mister de interpor recursos junto aos Tribunais Superiores.

O instituto do prequestionamento, para a grande maioria dos doutrinadores pátrios, constitui requisito indispensável para o conhecimento, pelos Tribunais Superiores, dos recursos especial e extraordinário, sendo pressuposto de admissibilidade a sua ocorrência.

Inquestionavelmente, é grande o número dos Recursos Especial e Extraordinário que sequer são conhecidos, devido à ausência e/ou a deficiência do prequestionamento, o que implica dizer que o mau uso da técnica processual pertinente ao prequestionamento representa óbice ao direito das partes que pretendem levar seus propósitos ao julgamento dos Tribunais Superiores.

Contudo, o tema em comento é por demais complexo, a começar pela sua própria natureza jurídica, bem assim, a questão de saber quem realmente efetua o prequestionamento, se o órgão julgador ou as partes, seguida do momento processual oportuno para sua ocorrência.

Como um dos pontos principais do tema escolhido, tem-se o que concerne à divergência existente entre as súmulas 211 do STJ e 356 do STF que, se estudadas do ponto de vista prático, apresentam entre si verdadeira discrepância. Nesse sentido, ousou tecer críticas a súmula 211 do STJ, porquanto entendo representar um empecilho injustificável à subida do apelo excepcional, tornando ainda mais burocrático e confuso o nosso sistema processual referente aos recursos.

Por outro lado, há também contundentes divergências entre a admissibilidade do prequestionamento implícito, porquanto o Colendo Superior Tribunal de Justiça admite a sua configuração como requisito de admissibilidade para o conhecimento do recurso especial, enquanto o Egrégio Supremo Tribunal Federal não admite a sua existência.

Outra questão prática de relevante interesse processual é a que diz respeito à interposição dos Recursos Especial e Extraordinário retidos, devido à complexidade em saber o momento processual oportuno para a configuração do prequestionamento.

O presente trabalho foi desenvolvido em três tópicos, a saber: o primeiro refere-se à visão geral dos recursos, o segundo compreende a visão geral do prequestionamento, e o terceiro denominamos de alguns aspectos controvertidos do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário, a propósito, esse último é o título do nosso trabalho monográfico.

No mais, o tema é palpitante e desperta singular interesse desde os mais familiarizados com a boa técnica processual, até o estudioso do direito que não milita nas lides forenses, devido a matéria ser por demais útil aos que pretendem fazer do direito processual cível uma inesgotável meta de aprimoramento profissional e intelectual.

CAPÍTULO 1 VISÃO GERAL DOS RECURSOS

1. CONCEITO

Recurso é o direito subjetivo público que as partes dispõem para conseguir, perante a mesma autoridade judiciária ou de escala hierarquicamente superior, a reforma, invalidação, revisão ou correção das decisões que lhe são desfavoráveis, proferidas em processos vivos, porquanto, segundo Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 578) “no direito brasileiro, decisões proferidas em processos findos são impugnáveis por meio de ações impugnativas autônomas, que são a ação rescisória, a ação anulatória e o mandado de segurança, este último em casos excepcionalíssimos”.

Em consonância com as palavras do professor supra citado, os recursos só podem ser interpostos das decisões proferidas em processos ainda em tramitação, pois, caso o processo venha a transitar em julgado, não cabe à parte manejar qualquer recurso, e sim, as ações impugnativas, tais como ação rescisória e mandado de segurança.

De fato, em direito processual civil, a palavra recurso em seu sentido estrito, conforme Gabriel Rezende Filho (*Apud in* THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 501), significa “o meio ou poder de provocar o reexame de uma decisão pela mesma autoridade judiciária, ou por outra, hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação”, ou apenas a sua invalidação.

Importante, transcrever a precisa conceituação de recurso proveniente da lavra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira (1993, p 289), que assim delimita o tema:

Por recurso se entende o pedido de reexame de uma decisão não transitada em julgado, quer para reformar essa, quer para invalidá-la ou até mesmo integrá-la ou corrigi-la.

Nesse contexto, podemos afirmar que é da natureza do homem não se conformar com uma decisão que lhe é desfavorável. Sendo assim, nasce da própria condição psicológica do homem a sua irresignação com situações que lhe são adversas. Nesse prisma, é sublime citar as palavras do ilustre Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves (*Apud in BOMFIM*, 1992, p. 13), que assim assevera:

É da natureza do homem não se conformar com um único julgamento. Dessa irresistível tendência psicológica e da falibilidade das decisões humanas resultaram os recursos judiciais. Eles, no entanto, têm, necessariamente, de ser limitados. Para proteger o direito das partes é suficiente o duplo grau de jurisdição.

Com essa pequena introdução, poço afirmar que as partes que tenham seus direitos negados, no todo ou em parte, pela Tutela Jurisdicional do Estado, têm o direito subjetivo público de manejar os recursos cabíveis para o caso concreto, utilizando todos os mecanismos existentes em nosso sistema processual civil para atingir a sua pretensão jurídica.

Nesse passo, discordo do entendimento do ilustre ministro supra referendado, quando afirma que para proteger o direito das partes basta o duplo grau de jurisdição, porquanto entendo que as partes podem e devem usar de todos os instrumentos processuais que estão a seu dispor para satisfazer suas pretensões, desde que, esses expedientes não sejam vedados por lei, nem constituam mero artifício procrastinatório para ludibriar a Justiça e a parte adversa. Com isso, se o direito das partes não for tutelado em 2ª instância, devem elas procurar o pálio protetor dos tribunais superiores, quando preenchidos os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Assim, nas palavras do Professor Barbosa Moreira (*Apud THEODORO JÚNIOR*, 2003, p. 502), “o recurso caracteriza-se como meio idôneo a ensejar o reexame da decisão dentro do mesmo processo em que foi proferida, antes da formação da coisa julgada”.

Por sua vez, Nelson Nery Júnior (1999, p. 960) informa sobre os princípios fundamentais dos recursos que:

Todo e qualquer recurso interposto com base no CPC deve obedecer aos princípios fundamentais que informam a teoria geral dos recursos: do duplo grau

de jurisdição, da taxatividade, da singularidade, da fungibilidade, e da proibição da *reformatio in pejus* (Nery, *Recursos*, 30 ss).

Por duplo grau de jurisdição entende-se a possibilidade de impugnar-se as decisões judiciais, postulando o seu reexame pelo mesmo órgão Julgador ou por outro de hierarquia superior, enquanto o princípio da taxatividade significa, segundo o processualista acima frisado (1999, p. 960), o seguinte:

O princípio da taxatividade decorre do CPC art. 496, que se utiliza da expressão “*São cabíveis os seguintes recursos*”, de forma a indicar que a regra geral do sistema recursal brasileiro é o da taxatividade dos recursos. Isto quer significar que os recursos são enumerados pelo CPC e outras leis processuais em *numerus clausus*, vale dizer, em rol exaustivo. Somente é recurso os meios impugnativos assim denominados e regulados na lei processual. Não são recursos a correção parcial (v. coment. CPC 496, a remessa necessária (CPC 475) e o pedido de reconsideração (v. coment. CPC 522).

Pelo princípio da singularidade ou unicidade para cada decisão judicial corresponde um tipo de recurso, nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 585) “contra uma decisão só deve caber um recurso ou, pelo ao menos, um por vez.”. Entretanto, adverte, o supracitado autor que, “quando, de uma decisão, podem caber recurso extraordinário e recurso especial, ambos devem ser interpostos concomitantemente, sob pena de preclusão”. Como se vê, essa é a única exceção ao princípio da singularidade.

Já o princípio da fungibilidade consiste no fato de que, prescrevendo a lei uma espécie de recurso para determinada decisão e se a parte interpõe outro, torna-se esse, inadmissível, frente ao princípio da fungibilidade, máxime tratando-se de erro comum, como é o caso da parte, para impugnar uma decisão interlocutória manejar recurso de apelação.

O denominado princípio da proibição do *reformatio in peius* não se encontra previsto de forma expressa no nosso direito positivo. Contudo, tem extrema relevância, devido a ser princípio norteador de elevado senso de justiça. Porquanto, consiste no fato de que o órgão revisor não poderá piorar a situação do recorrente, quando não haja recurso da parte adversa nesse sentido, ou seja, se apenas uma parte recorre do julgado, o órgão julgador não pode agravar a situação do direito objeto do recurso, sob pena de infringir o princípio do *reformatio in peius*.

A professora Gisele Heloísa Cunha (1993, p. 72) relata que o princípio do *reformatio in peius* “está estritamente vinculado a outro preceito fundamental

do processo civil: o princípio dispositivo(ou princípio da voluntariedade), segundo o qual os indivíduos têm a faculdade de apresentar ou não sua lide em juízo(arts. 2º e 262 do CPC)”.

Nesse horizonte, relevante mencionar o entendimento da ilustre autora (1993, p. 72) supra referida sobre o princípio dispositivo nos seguintes termos:

O princípio dispositivo desdobra-se nos seguintes subprincípios: a fixação do objeto litigioso(arts. 128 e 460), disso resultando a necessidade de que exista verdadeira “congruência” entre o que se pede e o que se decide, e o dever do juiz de decidir sempre voltado às provas trazidas aos autos pelas partes, o que a doutrina denomina “persuasão racional” ou livre convencimento motivado. Essa situação é normalmente transposta para a fase recursal: a parte se quiser, recorre, total ou parcialmente, da decisão que lhe é desfavorável. Já não se pode dizer o mesmo a respeito das decisões previstas no art. 475, uma vez que o duplo grau é obrigatório, não dependendo da vontade da parte a interposição do recurso.

Em breves comentários, podê-se esboçar o conceito de recurso no direito processual civil brasileiro, com supedâneo nas opiniões dos processualistas supracitados, entendendo, deste modo, que para o objeto deste trabalho monográfico, as definições explanadas são o bastante para um embasamento teórico.

2. HISTÓRICO DO INSTITUTO

Como direito público subjetivo do vencido de provocar o reexame da sentença, o recurso, em Roma, surgiu com a *appellatio*, no período da *cognitio extraordinária*. Ao tempo das *legis actionis*, as decisões eram irrecorríveis, tanto no cível como no criminal. Neste apenas se admitia a *provocatio*, que consistia na convocação dos comícios populares para pedir clemência.

Igualmente irrecorrível continuaram as decisões no regime formulário, o que se justificava com considerar que o contrato judiciário, que se estabelecia pela *litiscontestatio*, obrigava as partes ao que fosse decidido. Todavia, já se conhecia meios de ataque ao julgado. Tratando-se de sentença iníqua, ou nula, o vencido podia acionar o juiz, que a proferira, para pedir-lhe indenização pelo dano que lhe causara.

Pela *restitutio in integrum*, que era meio extraordinário de provocar a jurisdição, o vencido podia pleitear a devolução das coisas ao estado anterior, quando houvesse sido levado por coação a aceitar o decidido, ou quando a sentença houvesse sido proferida sob coação, ou, ainda, quando se fundasse em falsa prova. Da *intercessio* se valiam magistrados superiores para opor-se a atos de magistrados inferiores, ou de igual categoria, bem como os tribunais do povo contra atos de qualquer magistrado.

No regime formulário o *iudex*, ou *arbiter*, era um particular, designado pelo pretor ou escolhido pelas partes. Mas no regime da *cognitio extraordinaria*, no império, o *iudex* já era um funcionário do Estado e, pois, delegado da soberania imperial. Surgiu, então, a *appellatio*, recurso interposto da decisão do juiz para o Imperador, autoridade superior a daquele, e, assim, com poder de reexaminar e reformar as suas decisões. Instituído estava o duplo grau de jurisdição. Juiz do recurso era o Imperador. A princípio, ele próprio exercia essa função, mas, com o tempo, esta foi delegada a funcionários de elevada categoria. No tempo de Cícero, o Senado também funcionava com o órgão jurisdicional de segundo grau. Ao lado da *appellatio*, não demorou, instituiu-se a *supplicatio*, recurso a interpor-se das decisões inapeláveis.

Com a queda de Roma e domínio dos bárbaros, manifestou-se nos primeiros tempos a influência do procedimento germânico. As sentenças eram proferidas pelas assembléias populares, presididas pelos condes, e, pela autoridade de que provinham, irrecorríveis.

Continuaram sendo irrecorríveis no sistema feudal, pois acima do senhor feudal, que era o juiz, nenhuma autoridade existia. E, mesmo quando se consentiam recursos, eram praticamente inúteis, senão perigosos aos recorrentes que se dispunham a enfrentar o prestígio e a força dos prolores das decisões. Todavia, no século XII, o direito canônico instituiu os recursos nos moldes romanos, e, por sua influência, submetidos aos senhores feudais aos imperadores, generalizou-se à recorribilidade das sentenças.

Ocorreu, então, fenômeno inverso. Criaram-se juízes proprietários dos cargos, e esses, praticamente, se transformaram em proprietários da função judiciária. A irrecorribilidade das sentenças se substituiu à recorribilidade da generalidade das decisões, até de simples despachos, multiplicando-se os graus de jurisdição e, em consequência, os recursos.

O sistema propiciava aos juízes o crescimento de suas rendas. Desmereceu-se a justiça, tornada objeto de comércio durante largos séculos. A reação

contra a venalidade da justiça tomou corpo nos fins do século XVIII. Na Assembléia Constituinte Francesa debateu-se vivamente o assunto, chegando-se mesmo a surgir à supressão dos recursos. Predominou, todavia, a idéia de mantê-los, subordinando-os ao sistema do *duplo grau de jurisdição*, que se estendeu às legislações dos povos contemporâneos.

Deste modo, traçamos um compêndio de forma sistematizada da origem histórica dos recursos. Sendo demonstrado, que desde os primórdios da civilização ocidental, foi da natureza intrínseca do homem não se conformar com um único julgamento. E mais, ante um julgamento desfavorável foi sempre peculiar a alma humana sucumbir para outros graus de jurisdição buscando reverter uma situação que lhes foi adversa.

3. NATUREZA JURÍDICA

Pertine relatar, conforme o Professor Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 585), que os recursos tem natureza jurídica de mera “extensão do próprio direito de ação”. Nesse sentido, afirma o renomado processualista, que:

A atividade de interpor um recurso, como, regra, a atividade das partes no processo, consiste num ônus, como por exemplo o ato de contestar ou de impugnar, especificamente, cada um dos fatos deduzidos na inicial. O que caracteriza o ônus, e o diferencia de figuras como a obrigação ou o dever, é que, quando a atividade, a que corresponde o ônus, é desempenhada, quem, de regra, com isso se beneficia é a própria parte que pratica o ônus, e não aquela que se encontra no outro pólo da relação jurídica, como acontece com a obrigação. Quando a parte se omite, entretanto, normalmente as conseqüências negativas decorrentes dessa omissão voltar-se-ão exatamente contra aquele que se omitiu.

Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 502), por sua vez, tece o seguinte comentário:

Discute-se a propósito da natureza jurídica do recurso, chegando alguns a qualificá-lo de uma ação distinta e autônoma em relação àquela em que se vinha exercitando o processo.

A corrente dominante, no entanto, prefere conceituar o poder de recorrer como simples aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação exercido no processo.

A segunda hipótese transcrita pelo autor acima frisado, em nosso modesto entendimento, é a que melhor define a natureza jurídica dos recursos, porquanto é a mais abrangente.

4. RECURSO ESPECIAL

É uma das modalidades dos recursos excepcionais, introduzido em nossa legislação pátria, com o advento da Carta Magna de 1988, quando da criação do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Prevê a Constituição Federal no seu artigo 105, III, que compete ao Superior Tribunal de Justiça 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 válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Por força do estatuído na Carta Política de 1988, a competência, que antes pertencia ao Supremo Tribunal Federal, passou a ser da alçada do recém criado Superior Tribunal de Justiça, nos casos previstos no dispositivo supra referendado.

Vê-se, assim, que a tutela da lei federal agora cabe à Superior Corte de Justiça, descentralizando a competência que antes era do Supremo Tribunal Federal.

A finalidade do recurso especial, que antes era tarefa do recurso extraordinário, é a manutenção da autoridade e *unidade* da lei federal, tendo em vista que na federação existem vários organismos judiciários encarregados de aplicar o direito positivo ao caso concreto no que pertine às normas provenientes da União.

Assim como o recurso extraordinário é um mecanismo processual do denominado controle de constitucionalidade, o recurso especial visa à interação da aplicabilidade da lei federal, fazendo com que em todo o país exista coerência das decisões judiciais com o ordenamento jurídico federal.

Importante realçar alguns aspectos do sistema processual concernente ao recurso especial. Dentre eles, podemos citar o que impede o conhecimento do recurso especial das decisões do juiz singular ou das Turmas dos Juizados Especiais, só o admitindo das decisões dos tribunais estaduais e regionais.

Outra questão relevante diz respeito ao fato do recurso especial não se prestar para exame aprofundado de provas, ou reexame de fatos, o que se busca *na via estreita* do recurso especial é apenas fazer valer a lei federal quando esta for contrariada ou negada a sua aplicabilidade. Nesse sentido, necessário se faz transcrever a cátedra do ilustre Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 568) que assim discorre:

Daí que não basta o inconformismo da parte sucumbente para forçar o reexame do julgamento de tribunal local pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial. Dito remédio de impugnação processual só terá cabimento dentro de uma função política, qual seja a de resolver uma *questão federal* controvertida. Através dele não se suscitam nem se resolvem nem questões de fato nem questões de direito local.

Entretanto, é preciso fazer uma distinção entre a verificação da ocorrência do fato e o exame dos efeitos jurídicos do fato certo ou incontestado. Saber se ocorreu ou não, ou como ocorreu certo fato, é matéria própria da análise da prova, é o que tecnicamente se denomina *questão de fato*, que não se inclui no âmbito do recurso especial. Quando, porém, a controvérsia gira, não em torno da ocorrência do fato, mas da atribuição dos efeitos jurídicos que lhe correspondem, a questão é *de direito*, e, portanto, pode ser debatida no especial.

Nos termos do apontamento supra descrito, da lavra do renomado processualista, posso deduzir que simples questões de fatos buscando obter provas não ensejam recurso especial. No entanto, o exame de fatos já previamente constituídos que serviram para embasar determinada decisão será objeto de recurso especial, posto que, uma coisa é a averiguação de fatos no sentido de fazer valer um determinado direito, e outra diametralmente oposta, é a ocorrência de determinados fatos que poderão se encaixar ou não no âmbito da norma. É o que a professora Teresa Arruda Alvim Wambier denomina de “subsunção”, e é exatamente a subsunção que faz a diferença, diga-se, tênue, da “questão

de fato para questão de direito”. Nesse rumo, veja a destacada exposição sobre o tema em comento discorrido, brilhantemente pela professora (2002, p. 514) acima citada:

O tema tratado neste artigo torna oportuno que se façam algumas observações sobre a distinção *questão de fato e de direito*, para que possamos identificar na *subsunção* (encaixe dos fatos sob a norma) uma questão de direito. Trata-se de tema difícil. Embora seja discutível que se possa fazer distinção absoluta entre questões de fato e questão de direito, é possível pensar-se em questões *predominantemente* fáticas e *predominantemente* jurídicas.

Resumindo grosseiramente o parâmetro que nos parece adequado para estabelecer esta distinção, que tem extrema utilidade prática, asseveramos que é o *foco sobre o qual deve recair a atenção do órgão julgador* que deve determinar se se trata de questão de fato ou de direito.

Ocorre, todavia, que há casos em que a atenção do órgão julgador não se fixa nem no aspecto fático do fenômeno jurídico, nem no aspecto normativo (jurídico, no sentido estrito), mas justamente no instante em que ambos se *encontram*: a *subsunção*.

A subsunção, como dissemos antes, é expressão que está sendo utilizada por nós neste trabalho tanto para significar subsunção propriamente dita, em sentido clássico, quanto para expressar o momento do “encaixe” dos fatos na *solução normativa* encontrada no sistema, a partir da lei, da jurisprudência, da doutrina (e dos princípios incorporados tanto na lei, da jurisprudência, da doutrina (e dos princípios incorporados tanto na lei quanto na jurisprudência e tratados na doutrina).

Denota-se, pelo estudo da matéria concernente ao recurso especial, que muito ainda se tem para dissecar sobre seus principais aspectos, no entanto, o restante do assunto tem íntima ligação com o tema principal deste trabalho monográfico, a saber, o prequestionamento. Desta forma, reservo-me para discorrer sobre os demais temas no tópico específico denominado “Alguns Aspectos Controvertidos do Prequestionamento”.

5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Estabelece a Carta Política de 1988, no seu artigo 102 inciso III, que os casos de cabimento do recurso extraordinário, são os seguintes:

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.

Pela dicção do dispositivo constitucional supracitado, o recurso extraordinário serve como efetivo instrumento de garantia da aplicabilidade da Constituição Federal. Fazendo assim o denominado controle de constitucionalidade das leis e atos normativos Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

Esse controle de constitucionalidade é feito por via de exceção, vale dizer, todo e qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo nos autos do processo sob sua jurisdição; é o controle difuso de constitucionalidade que se procede no Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário nos casos previstos no dispositivo constitucional supra referendado.

José Afonso da Silva (2001, p. 557/558) descreve esse sistema de controle de constitucionalidade nos seguintes termos:

O Brasil seguiu o sistema norte americano, evoluindo para um sistema peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (Arts. 102, I, a, e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal a matéria constitucional. Isso não o converte em corte constitucional. Primeiro porque, não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser no tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o módulo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais no caso concreto, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade.

É certo que o art. 102 diz que a ele compete, *precipualemente, a guarda da constituição*. Mas não será fácil conciliar uma função típica de guarda dos valores constitucionais (pois, guarda a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância (base do critério de controle difuso, quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inciso III do art. 102, que o mantém como tribunal de julgamento do caso concreto que sempre conduz a preferência à pela decisão da lide, e não pelos valores da constituição, como nossa história comprova, não será, note-se bem, por culpa do colendo tribunal se não vier a realizasse plenamente como guardião da constituição, mas do sistema que esta própria manteve, praticamente sem alteração, salvo a inconstitucionalidade por omissão e a ampliação da legitimação

para a ação direta de inconstitucionalidade reduzir a competência do STF a matéria constitucional não constitui mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.

É de bom timbre, deixar expresso que, diferentemente do recurso especial, pode-se interpor recurso extraordinário de decisão que não seja proferida por Tribunal, permitindo-se a interposição do recurso extraordinário das decisões proferidas, por exemplo, por juízes das turmas recursais dos juizados especiais, das decisões irrecorríveis da justiça do trabalho, assim como, no caso dos embargos infringentes da lei nº 6.830/80, caso esteja presente um dos permissivos constitucionais.

O Professor Vicente Greco Filho (2003, p. 339/340) é bastante elucidativo no tocante a esse ponto, veja o seu posicionamento:

O art. 102, III, da Constituição não mais exige que a decisão recorrida, para fins de recurso extraordinário, tenha sido proferida por tribunal. Basta que tenha sido a única ou última instância, de modo que caberá o recurso no caso dos embargos infringentes da lei nº 6.830, de 1980, bem como nas decisões irrecorríveis da Justiça do Trabalho, se presente um dos permissivos constitucionais. Nesse caso, não caberá o recurso especial, mas se admite o recurso extraordinário diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Entrementes, todos os demais requisitos de admissibilidade obrigatórios do recurso especial deverão estar presentes no recurso extraordinário, a guisa de exemplo, o esgotamento dos recursos ordinários. Os fundamentos devem ser de matéria exclusivamente de direito, a questão deve ser exclusivamente relativa a Constituição Federal, e, principalmente, o tema principal do nosso trabalho monográfico, o prequestionamento.

Assim, como no recurso especial exige-se o percurso de todos os caminhos instrumentais para se conseguir êxito no ato da interposição do recurso extraordinário, posto que, se tratando de atos procedimentais da modalidade dos recursos excepcionais é compreensível que para sua admissibilidade e cabimento, se adote um grau mais apurado de rigor técnico processual, situação que exige estrita atenção aos pressupostos legais e constitucionais para sua admissibilidade.

Ilustrativa e pertinente é a dicção do citado Professor Vicente Greco Filho (2003, p. 339/340), que explica, de forma singela e precisa, a linha a ser trilhada para o cabimento e admissibilidade deste recurso:

Quanto aos pressupostos relativos aos permissivos constitucionais, são previstas três hipóteses:

a) Se a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal. “Contrariar dispositivo da Constituição” significa que a decisão deve afrontar norma constitucional expressamente apontada. A referência genérica de ofensa à constituição não legitima o recurso. É certo que o §2º do art. 5º consagra o princípio de que o rol de direitos não é taxativo, guardando um grau de generalidade ou amplitude, mas, se se desejar usar esse dispositivo como ensejador do extraordinário, deve haver expressa referência a ele e também qual o princípio constitucional que ele agasalha, por exemplo, o princípio federativo, o da autonomia dos poderes, o dos valores da pessoa etc. Não é admissível, ainda, a alegação de inconstitucionalidade indireta, ou seja, a inconstitucionalidade por violação do princípio da legalidade(art.5º,II), porque teria havido violação a lei federal, estadual ou municipal. A violação da Constituição deve ser direta para permitir o recurso extremo.

b) Se a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Trata-se de um caso de negativa de vigência da lei federal, mediante a declaração de sua inconstitucionalidade, porque o tribunal ou juízo recorrido, ao afastar a aplicação de lei federal por inconstitucional, evidentemente deixa de aplicá-la.

c) Se a decisão julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. Ao firmar a validade de ato ou governo local contrariado em face da Constituição Federal, a decisão estará afastando a aplicação da Constituição, podendo, portanto, ser inconstitucional, daí o cabimento do extraordinário.

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e o procedimento é o mesmo do recurso especial, nos termos dos arts. 541 e s.

Quanto a esse último aspecto, referente aos efeitos do recebimento do recurso extraordinário, é bem verdade que o mesmo não comporta efeito suspensivo, no entanto, tem sido comum na praxe forense que existindo a presença do *fumus boni juris e do periculum in mora*, tem-se atribuído efeito suspensivo, tanto no recurso extraordinário, como no recurso especial, através da interposição de medida cautelar inominada e desde que existente a possibilidade da decisão recorrida vir a causar lesão de difícil ou impossível reparação.

Neste compasso, tem-se admitido a cautelar inominada no Supremo Tribunal Federal para lograr efeito suspensivo ao recurso extraordinário e no Superior Tribunal de Justiça ao para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial. Veja algumas decisões de ambas as Cortes:

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA – QUESTÃO DE ORDEM – Ocorrência, no caso, dos alegados *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão da cautelar requerida. Questão de ordem que se resolve no sentido de se deferir a cautelar para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário em causa. (STF – PETCQO 2378 – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 06.09.2001 – p. 00008)

MEDIDA CAUTELAR – RECURSO ESPECIAL – SECURITIZAÇÃO – ARREMATAÇÃO – Medida cautelar deferida para dar efeito suspensivo a recurso especial de decisão que considerou a securitização prevista na Lei 9.138/95 uma simples faculdade do banco credor e autorizou a arrematação do bem do devedor. Julgamento que contraria os precedentes das duas Turmas da Segunda Seção e poderá causar dano grave aos executados, ora requerentes. (STJ – MC 2600 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 18.09.2000 – p. 00129)

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – PERCENTUAL DO FATURAMENTO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – NÃO CONHECIMENTO – RECURSO ESPECIAL – MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO – DEFERIMENTO DE LIMINAR – AGRAVO REGIMENTAL – CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA – FUNDAMENTOS INABALADOS – IMPROVIMENTO – Deferida a liminar, nos autos de medida cautelar, se persistem inabalados os fundamentos que reconheceram presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não há como dar provimento a agravo regimental, para reformar o decisum impugnado. Agravo improvido. (STJ – AGRMC 3411 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 25.06.2001 – p. 00103)¹

Por fim, como os demais assuntos do recurso extraordinário têm ampla afinidade com o tema principal desta monografia, a saber, alguns aspectos controvertidos do prequestionamento no recurso especial e extraordinário, discorrerei com maior amplitude no seu respectivo tópico.

¹ Decisões extraídas do repertório de jurisprudência da Revista Jurídica *Síntese Publicações*, CD RON Série JS164-44 Nov/Dez de 2003.

CAPÍTULO 2 VISÃO GERAL DO PREQUESTIONAMENTO

1. CONCEITO

O prequestionamento é conceituado, de acordo com a visão acerca da sua configuração, porquanto existem teses divergentes no âmbito da doutrina e da jurisprudência, entendendo alguns doutrinadores com base no posicionamento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que o prequestionamento seria a suscitação prévia da questão federal ou constitucional pelas partes, a fim de que o órgão julgador se manifeste explicitamente sobre a violação ou não dos dispositivos tidos como afrontados na decisão recorrida.

Já uma outra corrente, essa majoritária, entende que o prequestionamento não consiste na mera suscitação da questão federal ou constitucional previamente pelas partes, mas seria o prequestionamento a manifestação da questão federal ou constitucional pelo órgão julgador, ou seja, haveria prequestionamento quando o órgão prolator da decisão recorrida decidisse a despeito da violação ou não da questão federal ou constitucional tida por infringida.

Esse segundo conceito tem como parâmetro a Súmula 211 do Egrégio STJ, e os posicionamentos da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que agasalham a Súmula 282 do referido Pretório Excelso.

Nesse momento, não caberia uma melhor análise das Súmulas supra citadas, vez que nos tópicos adiante irei discorrer com maior profundidade sobre os enunciados provenientes do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, as Súmulas nº 282 e 356, e do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a Súmula nº 211, ficando para esse tópico apenas rápidas pinceladas sobre o conceito de prequestionamento.

José Miguel Garcia Medina (2002, p. 09), entende o prequestionamento como sendo:

A atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo tendente a provocar a manifestação do órgão julgador(juiz ou Tribunal) acerca da questão

constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.

Não obstante esse considerável entendimento, a tese majoritária como já anteriormente dito, é a que conceitua o prequestionamento como sendo a manifestação do órgão jurisdicional recorrido acerca da questão constitucional ou federal tida por violada. Nesse sentido, eis o posicionamento de Bruno Matos e Silva (2003, p. 04):

... prequestionamento é a efetiva apreciação de uma questão por parte do órgão julgador. Assim, se o órgão julgador apreciou uma determinada questão, há prequestionamento: a matéria foi apreciada pelo órgão julgador. Como se pode notar, para essa corrente o prequestionamento decorre de um ato do julgador e não da parte, embora a atuação do julgador seja, na maior parte dos casos, decorrente de um pedido da parte.

Em suma, o prequestionamento pode ser definido nas duas concepções acima referendadas, ou seja, para a primeira corrente o prequestionamento é a suscitação prévia da questão federal ou constitucional efetuada pelas partes a fim de que o órgão julgador se manifeste acerca dessa possível violação aos dispositivos federais ou constitucionais tidos por afrontados, com o fito de se preencher os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário; ao passo que, para a segunda corrente doutrinária, o prequestionamento é a manifestação do órgão julgador sobre a violação da questão federal ou constitucional que servirá de requisito de admissibilidade para o conhecimento e julgamento do recurso especial e extraordinário pelos Tribunais Superiores.

2. HISTÓRICO DO INSTITUTO

A origem do prequestionamento confunde-se com a própria gênese dos Recursos Excepcionais *lato senso* direcionados a Suprema Corte, vale dizer, do

Recurso Extraordinário, porquanto como é cediço, o Recurso Especial no molde atual foi introduzido em nossa sistemática processual cível a partir da Constituição Federal de 1988 com a criação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

O Recurso Extraordinário, do Sistema Brasileiro, foi criado à semelhança do *Writ of error* norte-americano.

No Brasil, proclamada a República, dando-se ao Estado a forma federativa, em situação análoga ficavam as leis federais, na sua aplicação pelos tribunais locais, onde se decidiam definitivamente as causas, sendo necessário, em defesa da unidade e autoridade daquelas, se instituisse um instrumento semelhante ao criado pelo *judiciary act*. Assim, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal e lhe conferiu a competência, dentre outras, de conhecer e decidir de *recurso* especial, ainda inominado, idêntico àquele instituto norte-americano. O parágrafo único do art.9º, nºII, desse Decreto, copiando o *Judiciary act*, rezava:

Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos Tribunais e Juízes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contrária á validade de um tratado ou convenção, á aplicabilidade de uma lei do Congresso Nacional, finalmente á 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 á constituição, aos tratados e ás leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou do ato;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária á validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou da cláusula.

A constituição de 24 de fevereiro de 1891 manteve o recurso recém-criado, dando-lhe ao assento legal outra redação, pela qual, sem reduzir-lhe o campo de incidência, perdeu a letra c. dispunha a Constituição, art.59,§1º:

“Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recursos para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis impugnadas.

Nova redação, alterando e fundindo os arts.59 e 60 num só, deu ao assento legal a reforma constitucional de 6 de outubro de 1926, conforme a qual se dispunha:

Da sentenças das justiças dos Estados em últimas instâncias haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da constituição e a decisão do Tribunal lhe negar aplicação;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis impugnadas;

c) quando dois ou mais Tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos Tribunais referidos ou pelo Procurador Geral da República;

d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.

A constituição de 16 de julho de 1934, que instituía a unidade do direito processual para todo o país, ampliava o campo do recurso às causas as causas decididas em única instância pelas justiças locais e lhe introduzia outras modificações. Dispunha o art. 76, nº2, III:

A Corte Suprema compete julgar, 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 federal;

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 de lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal Federal”.

Copiando esse texto, com pequenas alterações de redação, rezava a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, art.101,III:

Ao Supremo Tribunal Federal, compete julgar em Recurso Extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra a letra 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 Federal, 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 leis federais e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.

A constituição de 18 de setembro de 1946, art.101,III, introduziu pequenas modificações no texto anterior, de certa alargando o campo do recurso extraordinário. Dispunha a Constituição Federal:

Ao Supremo Tribunal Federal, compete julgar em Recurso Extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo da Constituição ou á letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação á lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou da lei federal e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida à interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Tribunal Federal.

Com o mesmo âmbito foi o recurso extraordinário disciplinado pela Constituição de 24 de janeiro de 1967, cujo art.114, III, exarava competir ao Supremo Tribunal Federal, “julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes, quando a decisão recorrida:

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

Mas aí, no art.115, parágrafo único, alínea c, já se conferia a esse tribunal competência para estabelecer, no seu Regimento Interno, “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”.

Transformações de monta se operaram por intermédio da Emenda Constitucional nº1, de 17 de setembro de 1969, conforme a qual foi suprimida a admissibilidade de recursos extraordinários contra decisões de juizes singulares, mas mantida contra decisões, em única ou última instância, proferidas por tribunais. Reproduzindo o mais o inciso III do art.114 da Constituição de 1967, exarava essa Emenda, art.119, III, competir ao Supremo Tribunal Federal “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 de 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;ou
- d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Mas, reduzindo o campo do recurso extraordinário e alargando os poderes do Supremo Tribunal Federal, acrescentou-se ao art.119,III, o parágrafo único, nestes termos: “As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário”.

Outrossim, manteve a Emenda Constitucional nº 01, art.120, alínea c, a competência do Tribunal de estabelecer no Regimento Interno, “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”.

No exercício do seu poder normativo de indicar as causas a que se referia o inciso III, alíneas a e d, do art.119 da Constituição, atendendo à natureza, espécie ou valor pecuniário das mesmas, já em seu regimento interno, em vigor desde 15 de outubro de 1970, art.308, o Supremo Tribunal Federal tornava inadmissível o recurso extraordinário para um certo e determinado número de causas, “salvo nos casos de ofensa à Constituição ou discrepância manifesta da jurisprudência predominante” no Tribunal. Ainda no exercício daquele poder e no de estabelecer norma de processo de recurso, pela Emenda Regimental nº3, de 12 de junho de 1975, alterando a redação do referido art.308 do seu Regimento Interno, restringiu ainda mais o campo do recurso extraordinário com exigir, para a admissibilidade deste, em certas e determinadas causas, cujo rol aumentado, o requisito da relevância da questão federal suscitada.

Ademais a Emenda Constitucional nº7, de 13 de abril de 1997, conquanto mantendo intacto o *caput* do art. 119, III, da Constituição conforme a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, na redação de seus parágrafos, além de confirmar as aludidas emendas regimentais feitas pelo Supremo Tribunal Federal, deu a este competência que lhe permitirá dilatar o campo das restrições á admissibilidade do recurso extraordinário. Assim se redigiu o §1º, do art.119 da Constituição “As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. E o §3º, alínea c, dispõe que o Regimento Interno estabelecerá “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal”.

Por último, a recém – promulgada Constituição, de 5 de outubro de 1988, ao alterar a estrutura dos órgãos jurisdicionais, estabeleceu significativas modificações na competência recursal do Supremo Tribunal Federal, registrando sensível

redução dos casos de admissibilidade do recurso extraordinário. A propósito, dispõe o art.102, III, que á Suprema Corte compete “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.

Desse modo, não mais caberá o recurso extraordinário, consoante o dispositivo constitucional nuper- citado, das decisões que: a) negar vigência a tratado ou lei federal(art.119, III, a, segunda parte, da Const. Federal de 24-1-1967, com a Emenda Const. nº 1, de 17-10-1969); b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal(art.119, III, c, *in fine*, da Const. Federal de 1967, com a Emenda nº1/69) e c) “ der a lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”(art.119, III, d, *in fine*, da Const. Federal de 1967, com a Emenda nº1/69). Aliás, segundo o estatuído no novo texto Constitucional, art.105,III. Alíneas *a, b* e *c*, tais, causas quando decididas em , em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, serão julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em grau de recurso especial. Trata-se, como se pode observar, de uma nova modalidade de recurso de natureza extraordinária(ver.nº832)².

Nos termos desta exposição histórica, percebe-se no seu enfoque o seguinte: da Constituição Federal de 1891 até a de 1937 havia disposição constitucional expressa a despeito da exigência do questionamento prévio da questão federal ou constitucional que daria margem ao conhecimento do recurso extraordinário. No entanto, a partir da Constituição Federal de 1946 o legislador optou por não mais inserir textualmente nas Cartas Magnas as expressões “questionar ou questionado”, situação que gerou bastante controvérsia tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, porquanto há quem defenda a tese, segundo a qual, como o legislador constituinte não mais fez inserir no corpo da lei maior a exigência expressa do prequestionamento, como requisito de admissibilidade para

² In SANTOS, Moacyr Amaral. 1993; Págs.157/163.

o conhecimento dos recursos excepcionais, estaria deste modo dispensada a sua exigibilidade.

De fato, esta questão tornou-se bastante polêmica com o advento da retro mencionada Constituição Federal de 1946, uma vez que não fazia menção expressa a figura do prequestionamento, consoante assevera a doutrina do Professor José Miguel Garcia Medina (Ibidem. p. 287), que de forma coerente traça uma abordagem da questão sob comento nos seguintes termos:

O prequestionamento foi previsto já no primeiro diploma constitucional que cuidou do recurso extraordinário. O art. 59, inc III, da Constituição de 1891, determinava o cabimento do recurso “quando se *questionar* sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a *decisão do tribunal dos estados for contra ela*”(grifou-se). De acordo com a letra do mencionado preceito constitucional, era perceptível a existência de dois momentos distintos: 1º) questiona-se sobre a validade de tratado ou lei federal; 2º) a decisão recorrida é contrária à validade de tratado ou lei federal. As Constituições que se seguiram traziam as mesmas regras, o que só veio a ser modificado a partir da Carta Política de 1946³ ...

... A exemplo do que ocorria com o *writ of error* do direito norte-americano, 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 elas. Incorporou, assim, o texto constitucional, concepção corrente no direito norte – americano e no direito argentino, embora nesses países o recurso extraordinário não constasse nas respectivas Constituições...

Vale mencionar ainda, que a Constituição Federal de 1967, sequer fazia menção à expressão “questionar”, permanecendo no silêncio quanto a sua expressa configuração. Nesse sentido, ilustrativa são as palavras do Professor supra referendado (Ibidem. P. 294/295), que assim afirma:

A Constituição Federal de 1967, como já mencionado, foi além da modificação introduzida pela Constituição Federal de 146, deixando de mencionar o verbo ‘questionar’ também na hipótese até então remanescente, qual seja, a relativa à validade da lei federal em face da Constituição. Permaneceu, deste modo, ante o silêncio da Constituição Federal de 1967 a respeito, o entendimento jurisprudencial no sentido da necessidade do prequestionamento das partes.

³ In Op. Cit. P.201.

Destarte, como se vê dos momentos históricos acima frisados, a exigência expressa do prequestionamento contida no bojo do texto constitucional, existiu até o advento da Carta Política de 1946, quando a partir de então, não mais foi inserido no âmbito normativo das Constituições posteriores a exigência expressa e literal do prequestionamento, o mesmo se diga, com a Constituição de 1988 que, não faz menção expressa da necessidade do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, motivo que tem dado ênfase a muitas controvérsias, peculiarmente quanto a sua constitucionalidade.

Contudo, sempre foi corrente maciça ou quase absoluta de nossa jurisprudência, a indispensabilidade do prequestionamento como *conditio sine qua nom* para admissão e conhecimento dos Recursos Excepcionais, sendo, deste modo, repelida a sua inconstitucionalidade.

3. NATUREZA JURÍDICA

Segundo a maioria dominante da doutrina e jurisprudência, a natureza jurídica do prequestionamento pode ser definida como um requisito de admissibilidade para o cabimento e processamento dos recursos especial e extraordinário. Aliás, esse é o entendimento do Professor Alfredo Buzaid (*Apud* MEDINA, 2002, p. 305), que assim expôs: “O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário. Sendo que o mesmo não ocorre na decisão recorrida, mas antes, em decorrência da atividade das partes”..

Sobre esse argumento desenvolvido pelo Professor Buzaid, comenta José Miguel Garcia Medina (*Ibidem*. p. 306) o seguinte:

Chega-se a afirmar, dentro desta concepção, que, não havendo, na letra da Constituição, determinação no sentido da necessidade do prequestionamento, este estaria implicitamente previsto pela mesma. Daí entender-se se tratar de “requisito jurisprudencial” para a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, imposto pela Súmula do Supremo Tribunal Federal. Tal entendimento não deve prevalecer por dois consideráveis motivos: “Primeiro, porque, sequer norma infraconstitucional pode criar óbices à admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial, quanto mais a jurisprudência, mesmo que consolidada em súmulas; em segundo lugar, porque não há, na Constituição

Federal, expressa ou implicitamente, referência ao questionamento prévio, pelas partes, perante a instância inferior.

Realmente, conforme já espelhado no tópico anterior, a vigente Constituição não previu em qualquer dispositivo, a menção expressa do prequestionamento. Ao contrário, diferentemente das Cartas Magnas de 1891, 1934 e 1937, a Constituição de 1988 silenciou quanto à exigência da ocorrência do prequestionamento para lograr êxito a admissibilidade dos recursos excepcionais.

Por outro norte, se a Norma Ápice, como principal fonte criadora e inovadora do mundo jurídico, não previu a necessidade de configuração do prequestionamento como pressuposto para a admissão dos Recursos Excepcionais, e, como sequer existe norma infraconstitucional, vale dizer, processual, que trate sobre essa exigência, entendemos não ter fundamento lógico à jurisprudência, apesar de sumulada, inovar no mundo jurídico aquilo que a lei maior não criou.

Nesse sentido, o supra citado Professor entende que o prequestionamento não tem natureza jurídica de pressuposto de admissibilidade para o conhecimento e processamento dos recursos excepcionais, porquanto o prequestionamento é algo pertinente à instância ordinária onde a questão federal e constitucional é posta e debatida, sendo mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, vejamos mais uma vez a cátedra do autor retro citado (Op. Cit. P.310):

Dai porque o prequestionamento, a nosso ver, apesar de ser tido pela maioria da doutrina e da jurisprudência como um requisito cuja presença é exigida para admissibilidade do recurso especial e extraordinário, chegando a ser entendido como um 'requisito jurisprudencial' para o cabimento de tais recursos, é, na verdade, mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, analisados *retro*, em relação ao recurso que provoca a manifestação do Tribunal *a quo*, a cerca da questão federal ou constitucional. Discordamos, neste passo, do entendimento doutrinário e jurisprudencial que concebe o prequestionamento como um requisito decorrente da natureza extraordinária dos recursos extraordinário e especial. O fundamento da exigência do prequestionamento, a rigor, *data venia*, não decorre da natureza dos recursos extraordinário e especial. O prequestionamento, na verdade, é algo pertinente à instância ordinária, onde o tema constitucional ou federal deverá ser agitado. A necessidade da presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida, requisitos examinados nos itens precedentes, é que dão aos recursos extraordinário e especial a característica de extraordinário.

De acordo com o magistério deste autor, o prequestionamento configura-se quando a questão objeto dos recursos extraordinário e especial tenha sido analisada e debatida na instância ordinária e não como um requisito de admissibilidade dos frisados recursos.

No mesmo sentido, é o entendimento do Professor Nelson Nery Júnior:

Muito se tem dito a respeito do prequestionamento das questões constitucional e federal para a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, respectivamente. Ora considerado como requisito de admissibilidade daqueles recursos excepcionais, que teria sido imposto pela jurisprudência, ora como exigência natural dos recursos extraordinário e especial, o prequestionamento ainda é compreendido como sendo mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito dispositivo⁴.

Note-se, contudo, que esse seu posicionamento é minoritário, pois, como o próprio autor reconhece, é praticamente pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a natureza jurídica do prequestionamento é realmente de pressuposto de admissibilidade dos recursos excepcionais.

A doutrina majoritária que abraça esse entendimento sustenta que, inobstante a Constituição Federal de 1988 não conter texto expresso a despeito do questionamento prévio, ela faz menção expressa a “causas decididas”, tendo esse termo, o mesmo significado que questionar, questionado, enfim, prequestionamento.

Registre-se, conforme nos relata Rodolfo de Camargo Mancuso (1996, p. 80) que esse entendimento repousa há muito tempo no nosso Pretório Excelso, porquanto foi o Ex-Min. do STF Orozimbo Nonato que identificou a expressão “causa decidia” com o questionamento prévio, vejamos:

Tomando dos sulcos traçados por Pontes de Miranda, dou à palavra *causa* do texto constitucional sobre recurso extraordinário sentido amplo de *questão*, de *controvérsia*. Desde que em qualquer fase do processo, ainda no decurso da lide, manifeste a justiça local sobre debate suscitado pelas partes sua palavra

⁴ Consoante o texto, Ainda sobre o prequestionamento - Os Embargos de Declaração prequestionadores. *In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às decisões judiciais*. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2001; P.855.

derradeira, e a questão por ela resolvida se não possa reanimar ao depois, e se a decisão entra em testilhas com outras, também definitivas, ou se trinque das hipóteses previstas no art. 101, n. III, da Constituição, cabe recurso extraordinário.

Aliás, esse é o raciocínio do ilustre Professor Bruno Mattos e Silva (Op. Cit. p. 6), que assim assevera:

A constituição Federal diz no art. 102, III, e no art. 105, III, que serão objeto de recursos extraordinário e de recurso especial “causas decididas”. A interpretação que vem sendo dada à expressão *causa* é no sentido de significação idêntica a expressão *questão*. Por essa razão, decisões que apreciam questões interlocutórias – que não são causas, dentro da doutrina do direito processual- poderão ser objeto de recursos extraordinário e especial...

Assim, entende o citado autor com arrimo no posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Mário da Silva Veloso que “ o prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário”⁵.

Nesse mesmo horizonte, tanto o Colendo Superior Tribunal de Justiça, como o Egrégio Supremo Tribunal Federal têm se manifestado pela tese, segundo a qual, o prequestionamento constitui requisito de admissibilidade do recurso especial e extraordinário.

Para melhor expor a matéria, colacionamos alguns julgados da Corte Superior de Justiça:

105014675 – DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356) – AGRAVO – 1. No Recurso Extraordinário, a recorrente, com base no art. 102, III, “a”, da C.F., alegou que o aresto recorrido violou o disposto no parágrafo 4º e o inciso I do art. 195 da mesma Carta Magna. 2. Tais temas constitucionais, todavia, não foram objeto de consideração no acórdão recorrido, razão pela qual, ausente, assim, o requisito do prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356 do STF). 3. Na verdade, não conseguiu a agravante demonstrar o desacerto da decisão que, na instância de origem, o indeferiu, nem o da ora agravada, que a manteve. 4. E é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, nessa espécie de Recurso, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 5. Agravo improvido. (STF – RE-AgR 198453 –

⁵ Ibidem.

DF – 1ª T. – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 14.11.2002 – p. 00031)JCF.102 JCF.102.III.A JCF.195 JCF.195.4.I

116005715 – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULAS Nº 282 E 356/STF – REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE – JUNTADA PREVISTA NO ART. 526 DO CPC – FACULTATIVIDADE – I. Não prequestionados diversos dispositivos da lei instrumental civil constantes no inconformismo, a admissibilidade do recurso especial, no particular, encontra óbice nas Súmulas nº 282 e 356 do STF. II. O procedimento previsto no art. 526 do CPC representa uma faculdade para o agravante, pois só a ele interessa seu cumprimento, por propiciar o juízo de retratação exercitável no primeiro grau de jurisdição (art. 529), e sua falta não constitui motivo legal para o desconhecimento do agravo de instrumento. III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ – RESP 396557 – PR – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 10.06.2002)JCPC.526

116005715 – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULAS Nº 282 E 356/STF – REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE – JUNTADA PREVISTA NO ART. 526 DO CPC – FACULTATIVIDADE – I. Não prequestionados diversos dispositivos da lei instrumental civil constantes no inconformismo, a admissibilidade do recurso especial, no particular, encontra óbice nas Súmulas nº 282 e 356 do STF. II. O procedimento previsto no art. 526 do CPC representa uma faculdade para o agravante, pois só a ele interessa seu cumprimento, por propiciar o juízo de retratação exercitável no primeiro grau de jurisdição (art. 529), e sua falta não constitui motivo legal para o desconhecimento do agravo de instrumento. III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ – RESP 396557 – PR – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 10.06.2002).⁶

É de se mencionar que para alguns autores o prequestionamento, além de representar um requisito processual, constitui um verdadeiro requisito constitucional de admissibilidade recursal, nesse diapasão, citamos o Professor e mestre em direito Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz. Vejamos o seu entendimento:

Pode-se incluir, ainda, no rol dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, o requisito constitucional do prequestionamento (pressuposto específico de recursos extremos), por estar ligado ao modo de exercer o direito de recorrer. Não é por outra razão que Nelson Nery Junior,¹¹ ao comentar o art. 541 do CPC, entende que para preencher o requisito da regularidade formal, 'o recorrente deve interpor o RE ou o REsp obedecendo os requisitos mencionados na CF e na

⁶ Os arestos jurisprudenciais supra citados foram extraídos da Revista Jurídica Síntese publicações. CD RON; Série 25164-43; Setembro/outubro de 2003.

norma ora analisada. Faltando um dos requisitos estabelecidos na CF e na norma sob comentário, o recurso não poderá ser conhecido⁷..

Vale destacar, que esse entendimento com as devidas *vênias* não tem fundamento técnico, nem muito menos legal, pois, como já bastante referendado no tópico referente ao histórico deste instituto, o prequestionamento desde a constitucional de 1946 não encontra previsão expressa no texto constitucional, sendo mera criação jurisprudencial. Deste modo, não se deve admitir que o mesmo constitua requisito constitucional de admissibilidade dos recursos excepcionais, mesmo se analisado como termo análogo à “causas decididas”.

Entrementes, como já frisado, o entendimento que vem prevalecendo tanto em sede doutrinária como jurisprudencial é o que outorga ao prequestionamento a natureza jurídica de requisito de admissibilidade para o conhecimento e processamento dos recursos extraordinário e especial. Contudo, não podemos olvidar que a exigência do prequestionamento de forma excessiva e com injustificável rigor por alguns Tribunais, seja pelo órgão *a quo* ou *a de quem*, consiste na verdade, em um meio de enxaguar o grande número de processos que sufocam as nossas cortes superiores, o que representa quando menos violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Aliás, esse é o entendimento de Rodolfo M. V. Pamplona Filho, que sobre o tema pondera:

Na jurisprudência brasileira, os Tribunais Superiores, notadamente a instância extraordinária do Supremo Tribunal Federal, sufocados pelo número crescente de recursos a ele dirigidos, começaram a exigir o pré-questionamento do ponto de vista do Direito Federal violado, para admissão e prosseguimento do recurso respectivo.

Note-se, portanto, que os recursos para os Tribunais Superiores, que tem hipóteses de cabimento mais restritas do que os recursos ordinários *lato sensu*, passaram a ter o pré-questionamento como pré-requisito de admissibilidade

⁷ In PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *Pressupostos de Admissibilidade Recursal*. Publicada no Juris Síntese nº 42 ; JUL/AGO de 2003).

justamente para frear a "*fúria recursal*", fenômeno patológico decorrente da louvável busca pela segurança jurídica e pelo devido processo legal⁸.

Assim, independentemente de qual seja a natureza jurídica do prequestionamento, vale dizer, requisito de admissibilidade para o conhecimento dos recursos excepcionais ou como um momento em que as instâncias ordinárias debate a questão federal ou constitucional postas ao seu crivo, forçoso afirmar, que o seu trato de forma excessiva e com extremo rigor, implica em desvirtuar a sua natureza precípua, qual seja, a de propiciar através do emprego da melhor técnica processual, o direito subjetivo público de todo cidadão poder bater as portas do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça, este último, diga-se, que se auto intitula o tribunal da cidadania, no sentido de fazer valer o seu direito sem os excessos de rigores meramente formais.

⁸ *In* Pamplona Filho, Rodolfo M. V, Artigo Publicado na *Internet* no site *jus navigandi*, edição nº 51,(10.2001)-elaborado(06.2001).www.jus.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=917.

CAPÍTULO 3 ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.

1. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA. O PREQUESTIONAMENTO É EFETUADO PELAS PARTES OU PELO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO RECORRIDA?

Tema de relevante monta e controvérsia é o que diz respeito a saber se o prequestionamento é efetuado pelas partes ou pelo órgão julgador da matéria objeto dos recursos. Assim, logo no intróito deste tema, importante deixar catalogado que existe divergências discrepantes em sede doutrinária sobre essa questão.

A doutrina pautada no magistério do Professor Bruno Mattos e Silva (Op. Cit. p. 4), pontifica o seguinte:

O prequestionamento, portanto, é decorrente do ato do órgão julgador ao apreciar questões. Questão suscitada e não apreciada não há matéria prequestionada, de acordo com essa orientação.

Como se vê, para o doutrinador supra referendado, o prequestionamento constitui ato efetuado pelo órgão julgador e não pelas partes, e, nesse norte, sustenta seu posicionamento com base nas decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça, peculiarmente nas lições do ilustre Ministro, Eduardo Ribeiro (Ibidem, p. 5):

Note-se que não se alude a ter sido ou não tratada a questão anteriormente por alguma das partes. Em relação ao ponto omissis falta prequestionamento, haja ou não sido exposta à discussão, que está em perfeita consonância com o que vimos explanando, quanto ao conteúdo desse pressuposto de admissibilidade. Seria insustentável a afirmação de que existiria o prequestionamento, desde que ventilada a matéria no debate processual, ainda que nada se houve decidido.

Posição radicalmente oposta é a do Professor José Miguel Garcia Medina (Op. Cit. p. 316), sustentando a tese, segundo a qual, o prequestionamento é matéria efetuada pelas partes, ficando o órgão julgador apenas na mera posição de apreciador da questão federal ou constitucional objeto do recurso, vejamos o seu entendimento:

Prequestionamento, como se viu, decorre de manifestação das partes, manifestação esta que deve ocorrer perante o órgão judicante para que este se manifeste sobre a questão constitucional ou federal, determinando o cabimento do recurso extraordinário ou especial em relação a tal pronunciamento.

Deste modo, para o doutrinador acima citado, o prequestionamento é ato efetuado pelas partes e não pelo órgão judicante, sendo função deste último, pelo princípio dispositivo, apenas se manifestar sobre a matéria, situação que não configura prequestionamento, uma vez que este ocorre anteriormente quando a parte suscita a matéria para sua efetiva apreciação jurisdicional.

Nessa esteira é sublime citarmos mais uma vez a cátedra do Professor José Miguel Garcia Medina (Op. Cit. p. 317), nos seguintes termos:

Podem as partes, perante a instância ordinária, levantar determinada questão constitucional ou federal, prequestionando-a, portanto. Mesmo assim, contudo, o juiz ou Tribunal pode não conhecer da referida questão, mantendo-se omisso. Nesse caso, por não existir questão constitucional ou federal na decisão recorrida, não cabem recurso extraordinário ou especial, apesar de ter havido prequestionamento, mas podem as partes lançar mão dos embargos de declaração, com o fito de provocar o órgão prolator da decisão embargada para que este supra a omissão. O prequestionamento, contudo, terá ocorrido antes do pronunciamento da decisão, apesar de omissa. Tanto é assim que, se não tivesse havido prequestionamento nas razões e contra-razões de recurso apresentadas pelas partes, não poderia o órgão julgador manifestar-se acerca da matéria, salvo nas hipóteses determinadas em lei. O prequestionamento não ocorre nos embargos de declaração, já que estes têm outra finalidade, distintas da do prequestionamento.

Desta feita, entende o frisado Professor, que se a matéria fosse prequestionada pelo órgão julgador e tão somente suscitada pelas partes, esta estaria

desincumbida de provocar previamente a manifestação do órgão julgador, esperando apenas, que a matéria fosse enfrentada na decisão recorrida, caso esse julgado fosse omissivo a parte manejava embargos declaratórios afim de que o órgão julgante se manifestasse expressamente sobre a questão federal ou constitucional suscitada, no entanto, para que surja o debate da questão federal ou constitucional é mister que a parte suscite, ou seja, prequestione a matéria a fim de que a mesma seja debatida na decisão proferida pelo órgão julgante.

Destarte, mais uma vez é sublime a lição do ilustre Professor (Op. Cit. p. 311) exposta no seguinte sentido:

Não se confundem, pois, o prequestionamento realizados pelas partes com a questão federal ou constitucional, pois estas, conquanto não tenham sido objeto de prequestionamento, poderão ter sido objeto da decisão de única ou última instância, o que será suficiente para a admissibilidade do recurso especial ou do recurso extraordinário, conforme o caso.

Este entendimento é bastante divergente do adotado pelo Professor Arruda Alvim (1995, p. 328), na verdade é diametralmente o seu oposto. Assim, forçoso citarmos o posicionamento do retro citado processualista nos seguintes termos:

É certo que não se deve confundir prequestionamento com imprescindível postulação pela parte, a respeito de uma dada questão federal, como já se acentou. A questão, conquanto não haja acórdão, e, portanto, para fins de ser recorrida, existe dado equivalente ao prequestionamento, como já se consignou. Para ocorrer prequestionamento afigura-se-nos suficiente que a questão federal seja identificável do teor do acórdão (nesse sentido, entendendo que devem aí comparecer os pressupostos constitucionais, assemelhados aos do recurso extraordinário, v, decisão do STJ, In Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em vigor, 1990, 20ª ed., p.990, nota ao art.254:a); especialmente quanto ao prequestionamento, tem decidido o STJ, similarmente ao que fazia o STF, pela sua exigência.

Esse posicionamento é abraçado pelo professor Bruno Mattos E Silva, e tem relevante interferência na questão da natureza jurídica, já bastante discutida no tópico anterior, porquanto, se a posição majoritária da doutrina e jurisprudência defende a tese segundo a qual o prequestionamento representa requisito de admissibilidade para o

conhecimento dos recursos especial e extraordinário, como admitir os referidos recursos quando a questão federal ou constitucional tenha sido enfrentada na decisão de única ou última instância, apesar de não ter sido suscitadas pelas partes, ou seja, se não foram previamente questionadas, mas o órgão julgante debateu, cabem recursos extraordinário e especial, o que implica dizer que, nesse caso, o prequestionamento não constitui requisito de admissibilidade para o conhecimento e processamento dos recursos excepcionais.

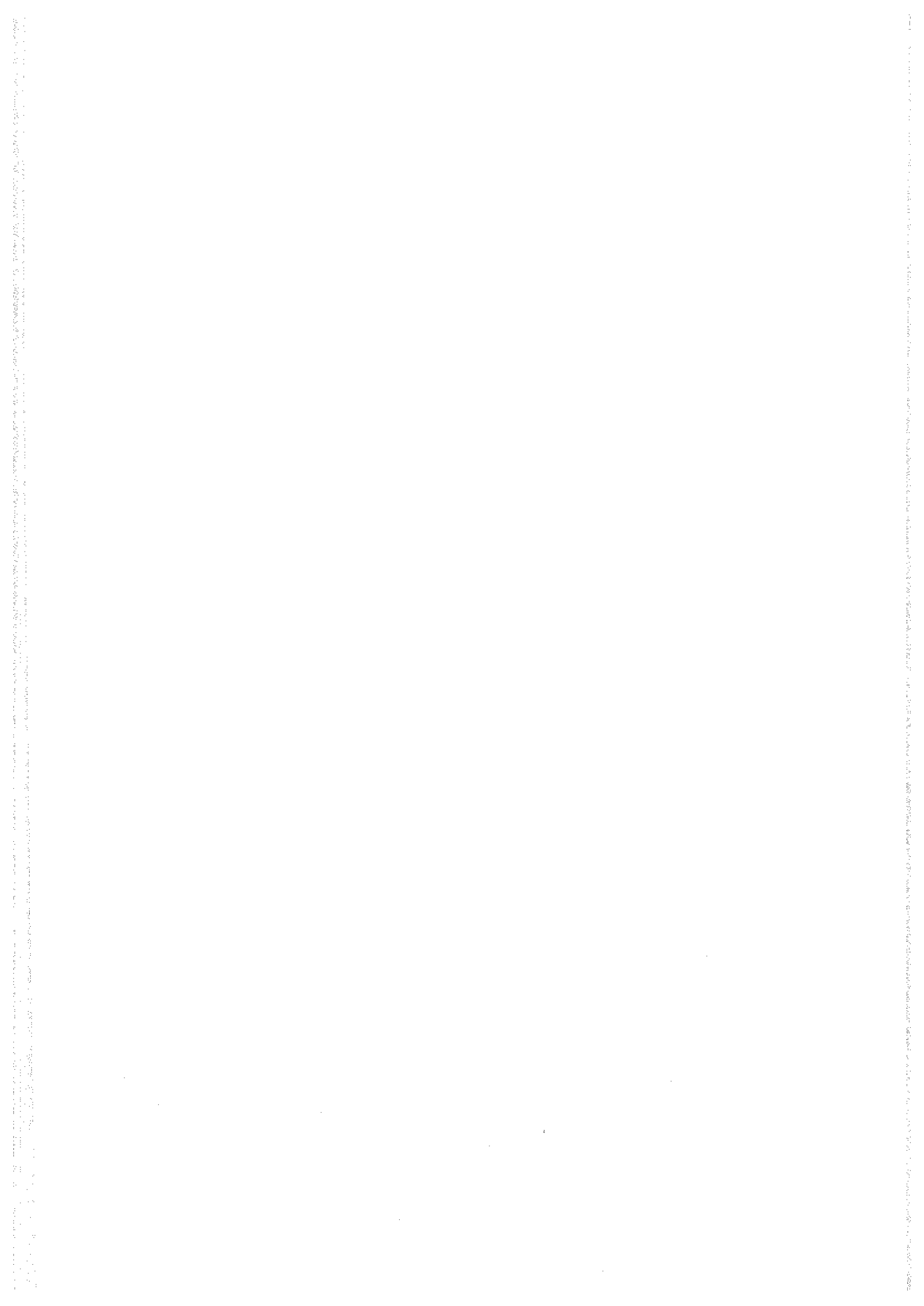
Deste modo, as duas teses conflitantes no sentido de saber se o prequestionamento é efetuado pelas partes ou pelo órgão julgador, tem íntima ligação com a questão da natureza jurídica deste instituto.

É que, se é admissível o conhecimento dos recursos especial e extraordinário mesmo sem que a matéria tenha sido previamente suscitada pelas partes, quando a mesma for debatida e enfrentada pelo órgão julgante, é óbvio que não se pode entender o prequestionamento como efetuado apenas pelas partes, mormente se considerarmos a natureza jurídica do prequestionamento como sendo requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Assim, deverão se filiar os que abraçam a tese de ser o prequestionamento sempre efetuado pelas partes na corrente que entendem não ser o prequestionamento requisito de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários frente à possibilidade deste se dá quando a questão federal e constitucional surge na seara do órgão julgador independentemente da suscitação das partes.

O caso posto ao nosso crivo é por demais controvertido, porquanto nem mesmo se admitirmos a ocorrência do prequestionamento com a conjugação destas duas situações, ou seja, quando suscitadas pelas partes e apreciada e debatida pelo órgão julgador recorrido tem-se unanimidade. Nesse sentido, copiamos outra vez a opinião do Professor José Miguel Garcia Medina (Op. Cit. p. 206), cujo conteúdo abaixo transcrevo:

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 a lei federal. Nesse sentido, não há qualquer censura a súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe ser inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Daí ter-se desenvolvido o entendimento de que: 1º) a parte deve obrigatoriamente provocar o surgimento da questão (a questão federal deverá ter sido suscitada); 2º) a decisão recorrida deve ter manifestado entendimento expreso 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, se pela decisão recorrida ou através da conjugação dos dois momentos. Daí a diversidade de posições doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas retro.

Todavia, na tentativa de dirimir essa controvérsia, sustentam alguns autores que o prequestionamento, realmente só ocorre de fato, quando apreciada e debatida pelo tribunal *a quo*, sendo a suscitação prévia das partes, uma condição indireta da configuração do prequestionamento, mas jamais o prequestionamento propriamente dito.

Esse último entendimento é citado pelo Professor José Theophilo Fleury⁹, cujo compêndio passamos a expor:

Prequestionamento não significa, assim, o mero questionamento prévio pelas partes de questões federais e constitucionais para futura interposição de recursos especial e extraordinário, mas, sim, o próprio questionamento (decisão) pelo acórdão recorrido, sobre as questões invocadas. A prévia invocação da questão jurídica pelas partes é essencial para que o Tribunal sobre ela decida, no entanto, não é suficiente para caracterizar o prequestionamento, este, aferível na decisão recorrida...

O questionamento propriamente dito, insista-se, é o questionamento prévio ao recurso especial ou extraordinário, pelo acórdão do tribunal *a quo*, sobre a questão federal ou constitucional que se entende contrariada ou cuja vigência tenha sido negada. A invocação prévia de questão jurídica pela parte é condição para que o Tribunal possa se manifestar sobre ela, e, daí, decorrer o prequestionamento da questão, para futura interposição de recurso especial ou extraordinário. Assim, a invocação prévia pelas partes é necessária, mas não suficiente para que haja o prequestionamento(a não ser que se trate de questão conhecida de ofício, apreciada em primeira mão, no acórdão recorrido)..

Para uma compreensão mais apurada do objeto deste tópico, essa última orientação se encaixa com mais precisão para dirimir essa questão tão controvertida, porquanto é a que mais facilmente podemos argumentar no que tange, a saber, quem realmente de fato prequestiona a matéria? Se as partes ou o órgão julgador, pois, com base na doutrina acima citada, o prequestionamento é efetuado pelo órgão julgador prolator do acórdão recorrido, sendo apenas suscitada pelas partes.

No entanto, surge uma outra questão, quando a violação à norma federal ou constitucional ocorre apenas no momento da prolação do acórdão recorrido,

⁹ (Conforme o texto, Do prequestionamento nos Recursos Especial e Extraordinário - SÚMULA 356/STF X SÚMULA 211/STJ In ALVIM, EDUARDO PELEGRINE DE ARRUDA, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. Págs. 435/436.

situação essa, em que a parte não obteve a oportunidade prévia de prequestionar a matéria, ou melhor dizendo, de suscitar a matéria para fins de prequestionamento. Nesses casos, a súmula nº 356 do STF¹⁰ nos permite afirmar que a parte poderá suscitar a matéria através da interposição dos chamados embargos declaratórios prequestionadores, todavia, deixaremos para tratar desta última questão com maior profundidade no tópico a seguir referente aos Embargos Declaratórios Prequestionadores.

Em suma o que temos de concreto sobre o tema objeto deste tópico, é que não existe consenso na doutrina no que pertine em saber se o prequestionamento é efetuado pelo órgão julgador ou pelas partes ou ainda por ambos, havendo, isso sim, divergências, como podemos observar nas posições doutrinárias dos Professores José Miguel Garcia Medina, Arruda Alvim, Bruno Mattos e Silva e José Theophilo Fleury, sendo que, a doutrina dos três últimos doutrinadores, é diametralmente oposta ao do primeiro, restando apenas reconhecermos que essa matéria ainda será objeto de bastante discussão e especulação doutrinária até que se atinja um denominador comum.

2. DO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO PARA A PARTE SUSCITAR A MATÉRIA, OBJETO DA QUESTÃO FEDERAL OU CONSTITUCIONAL TIDAS POR VIOLADAS

Questão de relevante monta na prática forense é a que diz respeito ao momento adequado para a parte suscitar a matéria a fim de que o órgão julgador se manifeste sobre a questão federal ou constitucional, objeto da lide.

Partindo do pressuposto de que o prequestionamento configura-se como requisito de admissibilidade para o conhecimento e processamento dos recursos excepcionais, mister agora estudarmos qual o momento processual oportuno para que a matéria seja suscitada, a fim de que os tribunais se manifestem sobre a violação da lei federal ou da Constituição Federal.

De ante mão, vale mencionar que existe controvérsia doutrinária sobre esse tópico, uma vez que para alguns autores a questão deve ser suscitada logo na

¹⁰ 356 - O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. (D. Proc. Civ.; STF.)

petição inicial ou na contestação, enquanto para outros o momento oportuno para o seu aparecimento é em sede das razões ou contra razões do recurso a ser manejado.

O já citado Professor Bruno Matos e Silva (Op. Cit. p. 7/10) nos fornece uma importante lição de conteúdo prático a despeito do tema em epígrafe, vejamos:

Há, portanto, momentos oportunos para suscitar questões. A primeira oportunidade de suscitar uma ou mais questões, para o autor de um processo judicial, é por ocasião do ajuizamento da ação, por meio da petição inicial. Para o réu é por ocasião da contestação.

Note-se que os contornos da lide serão traçados pelo conteúdo dessas peças. Evidente que, ao longo do processo, outras questões podem surgir.

Tanto autor e réu podem suscitar questões, por ocasião da interposição do recurso de apelação, que serão levadas ao conhecimento do tribunal, tenham sido ou não apreciadas pela sentença, desde que pertinentes à lide.

Vejamos o que diz o Código de Processo Civil:

"Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais."

"Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas." (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

De acordo com esses dispositivos, as questões levantadas na petição inicial deverão ser apreciadas pelo tribunal, tenham sido acolhidas, rejeitadas ou mesmo não apreciadas pela sentença.

O mesmo se diga no tocante à contestação: todas as questões suscitadas na contestação ("matéria impugnada") deverão ser apreciadas ou reapreciadas pelo tribunal.

Não é difícil concluir, portanto, que o prequestionamento começa na petição inicial e na contestação. Toda a matéria levantada no processo perante o primeiro grau de jurisdição é levada ao conhecimento do tribunal pela apelação, exceção feita às questões incidentais que tenha precluído por ausência de agravo ou de reiteração na apelação...

O entendimento do Professor supra referendado, apesar de respeitável, não esgota as situações práticas sobre o tema, vez que, como já bastante dito, a violação à norma federal ou constitucional pode 'surgir no momento da prolação do acórdão e nesse caso, houve matéria nova, não prevista pelas partes, vez que a questão federal ou constitucional patenteou-se de forma inesperada, sendo, pois, impossível à suscitação prévia da matéria para fins de prequestionamento.

O que se tem admitido neste caso é a interposição de embargos declaratórios com o fito de suscitar a matéria para que o Tribunal se manifeste expressamente sobre a violação da lei federal ou da Carta Magna, o que impende dizer, que nem sempre será possível suscitar matéria logo no ato de interposição da petição inicial ou da contestação, ou mesmo em sede de razões do recurso ou das contra-razões.

Desta feita, concordamos em parte com o entendimento do Professor acima frisado quando o mesmo entende que o momento processual adequado para a suscitação da matéria a ser prequestionada é o da propositura da peça inicial ou da contestação, bem assim das razões e contra-razões do recurso, mas entendemos que por força da situação em que a violação da norma federal ou constitucional possa aparecer no corpo do acórdão recorrido, é de se somar uma outra oportunidade de suscitar a matéria para fins de prequestionamento, e esse momento reside exatamente com a interposição dos embargos de declaração prequestionadores.

3. OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS PREQUESTIONADORES

De acordo com o que vimos nos tópicos anteriores, constituindo o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade para o conhecimento e julgamento do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal e do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça, necessário se faz que, em primeiro lugar, a parte tenha suscitado a questão constitucional ou federal tida como violada, e em segundo, que o órgão prolator do julgado recorrido tenha se manifestado, ou seja, decidido a questão ventilada, caso não ocorra esse requisito, o qual denomina-se de prequestionamento, não haverá possibilidade técnica processual do STF e STJ conhecerem dos frisados recursos.

Entretanto, existe uma situação excepcional na qual a questão federal ou constitucional violada surge no momento da prolação do acórdão, ou seja, dentro do corpo do acórdão recorrido, nesse caso peculiar, só há um caminho a ser trilhado pelo recorrente, qual seja, a interposição de Embargos Declaratórios com fins de prequestionar a matéria para tornar admissível o conhecimento e julgamento dos recursos excepcionais pelos tribunais superiores, isso é o que se depreende da Súmula nº 356 do STF, cujo enunciado transcrevo a abaixo:

356 - O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. (D. Proc. Civ.; STF.)

Consoante esse entendimento sumulado, no momento em que a decisão foi omissa sobre a questão constitucional ou federal apontada como violada, ou quando essa violação surja no ato da prolação do acórdão, vale dizer, no bojo da decisão recorrida, a parte deve manejar os embargos declaratórios com fins de prequestionamento, para alcançar a extensão dos Tribunais Superiores, no sentido de fazer com que essa decisão possa ser apreciada por via dos Recursos Extraordinário e Especial.

Restando a parte inerte, sem a interposição da frisada providência, não logrará êxito, caso venha de logo a manejar os recursos excepcionais, exatamente pela ausência do prequestionamento.

Portanto, tem o instituto processual cível dos embargos declaratórios, além da finalidade contida no artigo 535, incisos I e II do CPC, qual seja, a de sanar eventuais obscuridades, omissões e contradições, a de suscitar a matéria para fins de prequestionamento, quando a violação a lei federal ou a constituição surja no próprio contexto da decisão recorrida.

No que pertine ao estudo em cotejo, o que realmente nos interessa é apenas a segunda hipótese prevista, qual seja, a interposição dos Embargos de Declaração para fins unicamente de prequestionar a matéria no sentido de levar a questão constitucional ou federal a ser apreciadas pelas Cortes Superiores.

Desta feita, tendo os Embargos Declaratórios essa relevante importância, através do qual faz surgir à figura do prequestionamento quando a decisão for

omissa ou tenha surgido no corpo do acórdão recorrido, é sem dúvida um instrumento processual relevante para subida dos recursos excepcionais ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

A despeito desse tema, importante é a lição do Professor Eurico Barbosa Filho, cuja exposição colaciono abaixo:

Resolvida a questão da exigibilidade do prequestionamento, como solucionar a questão quando ela não é debatida e decidida pelos Tribunais mesmo quando devidamente chamados a se manifestarem? Como solução, o STF enunciou a Súmula nº 356, assim redigida:

"O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de RE, por faltar o prequestionamento".

Não ocorrendo à análise requerida em sede de embargos declaratórios, e mantida a decisão pelo Tribunal, "por seus próprios e jurídicos fundamentos", deve ser interposto recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça por ofensa à lei federal (CPC, art. 535, II), conforme precedentes daquele Tribunal (REsp 74.137 - RS - 1ª T. - DJU 03.06.1996 e AgRg-AI 108.482 - RS - DJU 29.10.1996).

No sentido de demonstrar a relevância quanto à necessidade de ver a questão decidida nos Tribunais locais, e dar proteção a esse instituto, mesmo quando necessária sua reiteração, o STJ enunciou a Súmula nº 98:

"Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

O pretório excelso tem como condição sine qua non para apreciação do RE o debate e decisão prévios pelo órgão colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema, entendendo que a simples interposição de embargos declaratórios, sem expressa decisão, não resulta em prequestionamento, cabendo à parte suscitar a nulidade do julgado, através do instrumento apropriado (STF - AgRg-AI 214.774-7 - DF - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 16.04.1999)."¹¹

Com a possibilidade dos embargos declaratórios serem utilizados tanto para suprimir obscuridade, omissão ou contradição, como para provocar o prequestionamento da matéria quando a violação da lei federal ou de dispositivo constitucional apareça no âmbito do próprio julgado, é que se tem levantado a tese de que os Embargos de Declaração hoje possui duas categorias distintas: Os embargos de declaração "esclarecedores" e os embargos de declaração "prequestionadores", nesse horizonte, citamos a sempre autorizada lição do Professor José Miguel Garcia Medina (Op. Cit. p. 335/336), nos seguintes termos:

¹¹In FILHO, Eurico Barbosa. *Embargos de Declaração e Prequestionamento* -(Extraída da Revista Jurídica Júris Síntese, setembro/outubro de 2003 e Publicada na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 05 - MAI-JUN/2000, pág. 57).

Diante dessa exigência, surgiu, na doutrina, o entendimento de que existiriam, atualmente, duas categorias de embargos de declaração: os embargos de declaração “esclarecedores” e os embargos de declaração “prequestionadores”. É o que entende Antônio Carlos Amaral Leão: “O nosso CPC fala somente em Embargos Declaratórios, mas verificamos uma colocação que reputo bem apropriada, feita por ilustre advogado paulista, o E. Dr. Samuel Monteiro, que este entende que se podem conceituar os embargos Declaratórios em duas espécies: esclarecedores e prequestionadores. Aqueles que se propõem a esclarecer dúvidas, obscuridades ou contradições são os Embargos Declaratórios, ou esclarecedores, e os que visam abordar questões federais ou constitucionais que o acórdão não ventilou são os Embargos Prequestionadores, que são interpostos com o fim específico de transpor os óbices das Súmulas 282 e 356 STF para viabilizar o RE.

Destarte, a questão que se tem discutido sobre os embargos declaratórios prequestionadores, reside no fato de saber se com a sua interposição basta para a configuração do prequestionamento e, portanto, aberta, restou a via para os Recursos excepcionais, independentemente da manifestação do Órgão Julgador, ou do contrário, se se torna necessário que a questão federal ou constitucional objeto dos Embargos Declaratórios prequestionadores tenha sido enfrentada (discutida) no acórdão que julgou os referidos embargos.

Nesse ponto, igualmente existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial, porquanto para alguns autores a interposição dos embargos declaratórios por si só já é o suficiente para a configuração do prequestionamento, sendo indiferente sequer que o órgão julgador conheça dos referidos embargos. Nesse sentido, é o entendimento do Professor José Guilherme Vilela, vejamos:

Por outro lado, se a omissão do acórdão recorrido persistir depois dos embargos declaratórios – o que é comum, dada a notória má vontade dos juizes para com tais embargos – reputa-se satisfeito o requisito do prequestionamento...” (in Recurso Extraordinário, RePro 41/142)¹²

¹² APUD Salgado, Gustavo Vaz. *o prequestionamento e embargos declaratórios*. artigo publicado na Internet pela revista jurídica virtual Jus Navigandi, site <http://www1.jus.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=917>).

Registre-se, contudo, que esse entendimento, segundo o qual, a simples interposição dos Embargos de Declaração seja suficiente para a configuração do prequestionamento, não obstante o silêncio do órgão julgador, encontra fortes opiniões divergentes, como por exemplo, a percepção catedrática de Bruno Mattos e Silva (Op. Cit. p. 21), que apesar de extensa, vale pela importante referência do tema nela contido:

De acordo com a orientação jurisprudencial pacífica no âmbito do STJ, além da efetiva oposição dos embargos de declaração, o tribunal de apelação deverá, efetivamente, apreciar a questão suscitada, para que fique configurada a existência de prequestionamento e, assim, seja aberta a via processual do recurso especial.

É o que dispõe a Súmula nº 211 do STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal 'quo'".

Não basta, portanto, de acordo com a orientação sumulada do STJ, que a parte tenha oposto embargos de declaração para caracterização do prequestionamento: é preciso que o tribunal tenha apreciado a questão.

Os últimos argumentos traçados pelo autor do texto supra referendado, demonstram com nitidez a controvérsia sobre a matéria, objeto deste tópico, posto que para a grande maioria da doutrina pátria que se espelha nas decisões do Egrégio STJ que deram ênfase a SÚMULA nº 211, se interpostos os embargos declaratórios para fins de prequestionar a matéria e mantendo-se o acórdão embargado inerte sobre a questão federal ou constitucional suscitada como violada, não houve prequestionamento, enquanto para outras correntes doutrinárias, diga-se, de um menor número de adeptos, que tiveram como substrato jurídico a SÚMULA nº 356 do Colendo STF, o simples fato da interposição dos Embargos de Declaração já é o bastante para caracterização do prequestionamento.

Em nosso modesto entendimento, com a interposição dos embargos declaratórios e restando o acórdão embargado omissivo no que tange a questão federal ou constitucional apontada como violada, houve o prequestionamento, conseqüência disto, aberta, restou a via de admissibilidade dos Recursos Excepcionais.

Aliás, esse nosso argumento tem inúmeros adeptos, sendo defendido inclusive pelo renomado processualista Alfredo Buzaid (*Apud* MEDINA, 2002. p.334), que ainda sob a égide da constituição anterior, assim proclamava:

Através dos embargos declaratórios se prequestiona no Tribunal de origem a questão federal, a qual fica, portanto, ventilada, *independentemente da solução dada*. O princípio dominante é, pois, que o recurso extraordinário deve versar sobre questão que foi oportunamente *suscitada e defendida* nas instâncias ordinárias.

De acordo com a notória dissertação do experiente Ex- ministro do Supremo Tribunal Federal Alfredo Buzaid, interpostos os embargos declaratórios prequestionada restou a matéria, estando apto o caminho do recurso especial ou extraordinário, independentemente da solução dada aos embargos declaratórios pelo tribunal *a quo*.

Necessário frisar, da existência de mais uma situação referente à necessidade de interposição dos embargos declaratórios, a saber: Se na situação acima referida à matéria foi previamente suscitada, entretanto o acórdão recorrido não se manifestou expressamente sobre a questão federal ou constitucional violada, deve a parte interpor os embargos declaratórios com o fito de que o órgão julgador se manifeste sobre a matéria, vale dizer, prequestione a matéria, enquanto existe uma outra situação, pela qual, a violação à norma federal ou constitucional surge no âmbito do acórdão recorrido, ou seja, só apareceu no ato da própria decisão que julgou o recurso de origem, implicando dizer, que a interposição dos embargos declaratórios para que o órgão julgador se manifeste sobre a violação à lei federal ou à constituição é *Conditio sine qua non* para a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial sob pena do seu não conhecimento, devido à ausência da configuração do prequestionamento.

Destarte, cumpre destacar que a interposição dos embargos declaratórios no caso da omissão do órgão julgador sobre a questão constitucional ou federal omitida no julgado recorrido, constitui expediente processual indispensável para subida dos recursos excepcionais, mormente no que pertine ao recurso extraordinário, uma vez que, pelo ao menos, a 1ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal tem se mostrado bem mais flexível quanto ao preenchimento do requisito do prequestionamento quando interpostos os Embargos de Declaração com a finalidade de prequestionar a matéria

constitucional, do que o Colendo Superior Tribunal de Justiça no que concerne à questão federal.

Assim, tratando-se de violação a dispositivo constitucional quando o julgado *a quo* for omissivo, para alcançar sucesso no que tange a subida do Recurso Extraordinário ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, basta à interposição dos Embargos Declaratórios com o fito de prequestionar a matéria, consoante leciona o Professor Humberto Theodoro Junior (2003, p. 562), vejamos seu posicionamento:

Quanto à questão constitucional não pode ela ser suscitada originariamente no próprio recurso extraordinário. O apelo extremo só será admissível se o tema nele versado tiver sido objeto de debate e apreciação na instância originária. Por isso, se a decisão impugnada tiver sido omissiva a seu respeito ou se a pretensa ofensa à constituição tiver origem em posicionamento do órgão julgador adotado pela vez primeira no próprio julgado recorrido, deverá a parte, antes de interpor o recurso extraordinário, provocar o pronunciamento sobre a questão constitucional por meio de embargos de declaração.

No mesmo diapasão, escreve Nelson Nery Júnior (1999, p. 857), o seguinte:

Se a matéria que o recorrente quer ver redecidida pelo STF ou STJ não se encontrar “dentro” do acórdão, sua tarefa é inseri-la dentro do acórdão, o que pode acontecer, por exemplo, pela interposição dos embargos de declaração.

Ressalte-se que, para a configuração do prequestionamento pela interposição dos Embargos Declaratórios quando a decisão for omissiva, é necessário que a questão tenha sido previamente suscitada, porquanto não pode ser ela apreciada pela primeira vez no em sede dos referidos embargos de declaração, consoante o já citado Nelson Nery Júnior (1999, p. 858), que assim preleciona:

Em suma, a competência recursal do STF e do STJ quanto aos recursos extraordinário e especial significa que só podem redecidir matérias anteriormente decididas pelas instâncias ordinárias. Não podem, pela primeira vez, decidir

matéria constitucional ou federal, em sede de recurso extraordinário ou de recurso especial.

Questão relevante também surge quando a matéria a ser prequestionada é de ordem pública, posto que o juiz ou tribunal deve conhecê-las de ofício, a luz do que determina os artigos 267§3º e 301 §4º do CPC, todavia, no que pertine aos recursos extraordinário e especial essa máxima sofre restrição, pois, mesmo sendo matéria de ordem pública, o órgão prolator da decisão recorrida só pode conhecer e dar provimento aos embargos declaratórios prequestionadores quando a decisão for omissa, se a matéria tiver sido suscitada previamente, por força do que dispõe a Constituição Federal. Nesse sentido é sublime transcrevê-lo mais uma vez a cátedra do Professor Nelson Nery Júnior (1999, p. 858) que assim expõe:

A exigência é constitucional, de modo que a lei ordinária(CPC e leis federais extravagantes) não pode dispensá-las. Assim, quando o CPC 267§ 3º e 301§4º, ao tratarem das questões de ordem, determinarem que o juiz ou tribunal deve conhecê-las *ex officio*, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, devemos entender grau “ordinário” de jurisdição, pois só assim a interpretação dessas normas do CPC estará conforme a constituição(*verfassungsmässige Auslegung des Gesetzes*).

Por essa razão não se pode levar ao conhecimento do STF e do STJ matérias de ordem pública pela primeira vez, isto é, se não constarem expressamente do acórdão ou decisão, vale dizer, se não estiverem “dentro” do ato judicial que se quer impugnar. Caso o juízo ou tribunal de origem não se tenha pronunciado sobre matérias de ordem pública, não terá “decidido” essa matéria, sendo inadmissíveis RE e Resp sobre questão não decidida.

Veja que os embargos declaratórios como mecanismo prequestionador da questão constitucional tida por violada, serve de instrumento indispensável para lograr a parte o cabimento do recurso extraordinário, bastando para tanto que a matéria tenha sido omitida no bojo da decisão recorrida, situação diversa ocorre quando a decisão omitida refere-se a uma violação à norma federal, porquanto, se a despeito da interposição dos embargos declaratórios o órgão julgador permanecer omissa, para o STJ a luz da súmula 211 não houve o prequestionamento, devendo a parte manejar recurso especial por violação ao artigo 535 II do CPC, conforme veremos no tópico adiante que trata da controvérsia das súmulas 356 do STF e 211 do STJ.

Controvérsias à parte, mas desde logo, o que temos verificado tanto no âmbito da doutrina como em sede jurisprudencial é que os tribunais superiores abarrotados de processos e com descrédito na opinião pública frente a sua reconhecida morosidade¹³, têm dificultado o máximo à subida do apelo extremo, peculiarmente no que pertine a questão de violação a lei federal, tanto é assim que a súmula 211 constitui verdadeiro empecilho ao conhecimento e julgamento do recurso especial, consoante será estudado no tópico específico.

4. AS SÚMULAS 211 DO STJ E 282 E 356 DO STF. PONTOS DIVERGENTES

A interpretação dos Tribunais Superiores a despeito do prequestionamento tem culminado na edição de várias Súmulas, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como na jurisdição do Colendo Superior Tribunal de Justiça, deste modo, editaram-se as SÚMULAS 282 e 356 do STF e 211 do STJ, para uma melhor compreensão e análise do tão polêmico e controvertido instituto do prequestionamento.

Registre-se, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça e as demais Cortes de nosso País, vêm seguindo estritamente as SÚMULAS provenientes do Supremo Tribunal Federal, referente ao prequestionamento, entretantes, com o advento da SÚMULA 211 o STJ passou a divergir substancialmente do STF. Vale dizer, da súmula 356, consoante assevera o Professor Cassio Scarpinella Bueno, vejamos a sua abalizada opinião:

O Superior Tribunal de Justiça que, até então, não tinha deixado de seguir a risca todo o entendimento cristalizado naquele Tribunal referente aos requisitos *formais* para cabimento do recurso extraordinário em sentido amplo, deu início a uma interpretação diferenciada das Súmulas 282 e 356 do STF, no que se refere à configuração do prequestionamento.¹⁴

¹³ O argumento deste parágrafo teve como supedâneo pesquisa realizada pelo instituto Toledo a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal - publicada no Jornal Folha de São Paulo no dia 10/11/2003 e extraído do site www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u55272.shtml, no dia 26/12/2003.

¹⁴ In BUENO, Cássio Scarpinella. *Súmulas 288, 282 E 356 do STF: Uma visão crítica de sua (Re)Interpretação mais recente pelos Tribunais Superiores*. (coordenadores) NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às decisões judiciais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pág.172.

Deste modo, é inegável a divergência apresentada com a edição da SÚMULA 211 do STJ, vez que diverge essencialmente da SÚMULA 356 do STF, conforme restará demonstrado no decorrer deste tópico.

Para uma melhor abordagem do objeto deste tópico, mister logo de início, colacionarmos as súmulas retro mencionadas, a começar pelas Súmulas 282 e 356 do STF, vejamos o que diz esses enunciados:

282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. (D.C.; D. Proc. Civ.; STF.)

356 - O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. (D. Proc. Civ.; STF.)

De forma divergente sumulou o Egrégio STJ:

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

Pela análise das súmulas em destaque, percebemos - pelo ao menos no que diz respeito à configuração do prequestionamento explícito - que há divergência nítida no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e o entendimento centenário do Supremo Tribunal Federal.

Segundo se depreende da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, quando o órgão prolator da decisão recorrida não se manifestar expressamente sobre a questão constitucional suscitada, deve a parte interpor embargos declaratórios a fim de que a referida omissão seja suprida para que seja atendido o requisito do prequestionamento, no entanto, caso o acórdão que julgou os Embargos mantenha-se omissis, restou caracterizado

o prequestionamento independentemente da sorte dos referidos embargos, vale dizer, quer os mesmos seja acolhido ou rejeitados.

A despeito deste entendimento, colacionamos o magistério do Professor Rodrigo da Cunha Lima Freire, que assim escreve:

É curioso notar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal vem assumindo posição mais liberal quanto a este tema, admitindo o prequestionamento ficto, vale dizer, para o STF bastará à oposição de embargos de declaração para configurar o requisito do prequestionamento, independentemente da decisão que o tribunal *a quo* venha a adotar. Por outras palavras: a parte poderá interpor recurso extraordinário quanto à matéria principal, mesmo que o tribunal de origem continue omissa diante da oposição de embargos de declaração. Aplica-se, aqui, o disposto na Súmula 356¹⁵.

Pelo entendimento do ilustre Professor acima transcrito, e isso, denota-se nitidamente em suas sóbrias palavras, para o STF, configura-se o prequestionamento com a interposição dos embargos declaratórios, independentemente de se constar no corpo do acórdão embargado a questão constitucional apontada como violada. No entanto, torna-se imprescindível que a matéria tenha sido previamente suscitada pela parte. Nesse norte, se faz oportuno colacionarmos a singular decisão do Ministro Sepúlveda Pertence que abaixo passamos a colacionar:

5018698 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Os embargos declaratórios só suprem a falta de prequestionamento quando a decisão embargada tenha sido efetivamente omissa a respeito da questão antes suscitada. (STF – AGRAG 246630 – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 26.10.2001 – p. 00035)

5018015 – I – RE – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – Ao atribuir implicitamente aos embargos declaratórios o condão de suprir a falta de prequestionamento, a Súmula 356 pressupõe que a decisão embargada tenha sido omissa a respeito, não cabendo falar em omissão se, como ocorre na espécie no que tange à alegação de cerceamento de defesa, a matéria não houver sido posta anteriormente ao exame do tribunal a quo. II – INDENIZAÇÃO – Quantum fixado em múltiplo de salários mínimos: impossibilidade. É firme o

¹⁵ In LIMA, Rodrigo da Cunha. *Pquestionamento implícito em recurso especial: Posição divergente no STJ. (Coordenadores)*. NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às decisões judiciais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pág. 172.

entendimento do STF no sentido de que a fixação de indenização em múltiplos de salários mínimos ofende o disposto no art. 7º, IV, da Constituição. (STF – RE – 205455 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 06.04.2001 – p. 00101)JCF.7 JCF.7.IV).¹⁶

Como se vê, tem aplicado o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, estritamente o comando da Súmula 356, consoante restou claro nas decisões supra referendadas, situação que no nosso singelo posicionamento merece aplausos.

Entrementes, o Superior Tribunal de Justiça ao editar a SÚMULA 211 divergiu explicitamente da Súmula 356 supra referida, porquanto entendeu a Corte Superior de Justiça que para a configuração do prequestionamento não basta a mera interposição dos embargos de declaração quando a decisão embargada, a despeito desta interposição, mantém-se omissa, ou seja, não se manifesta explicitamente sobre a matéria suscitada, mesmo quando manejados os embargos declaratórios para fins de obter o prequestionamento.

In adverso, segundo a Súmula 211 do STJ, quando interpostos Embargos declaratórios e a decisão embargada mantêm-se omissa, deve a parte manejar Recurso Especial alegando nulidade do acórdão pela ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, afim de que, o STJ conheça e dê provimento ao Resp. para que outra decisão seja prolatada pelo tribunal *a quo*, desta feita, com a manifestação expressa a despeito da norma federal tida por violada.

Importante ressaltar, que nesse caso, o recurso especial deve ser interposto pela violação à lei federal diversa da matéria principal, ou seja, não mais cabe a parte referir-se ao dispositivo federal antes apontado como violado, e que o tribunal não se manifestou despeito desta possível violação, deve agora, apontar violação ao artigo 535, II, do CPC.

Neste diapasão, é importante transcrevermos a opinião do já citado Professor Cassio Scarpinella Bueno, em artigo publicado na Internet no *site Jus Navigandi*, cuja exposição, a propósito intitulada, “quem tem medo do prequestionamento”, muito bem define a problemática do tema:

¹⁶ Ambos os julgados da lavra do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence foram extraídos da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003.

De acordo com essa Súmula do STJ, não basta para exigência do prequestionamento que da matéria objeto do recurso especial a cujo respeito o acórdão recorrido foi omissa tenha a parte interposto embargos de declaração. Há necessidade de que os embargos sejam providos e que o tribunal a quo se manifeste precisamente sobre a questão federal que será objeto do apelo à instância especial.

Assim, caso haja efetivamente a omissão a respeito da questão federal no acórdão recorrido e sejam rejeitados os embargos de declaração, deve a parte, em seu recurso especial, arguir a nulidade do acórdão, em razão de ser ele *infra petita* ou omissa e incompleto quanto à sua fundamentação, não podendo discutir no recurso especial a questão a respeito da qual alega ter havido omissão.¹⁷

Destarte, é totalmente divergente a forma de se chegar ao prequestionamento, quando a questão suscitada como violada é matéria referente à lei federal, porquanto o STJ adota como juízo de admissibilidade dos recursos especiais entendimento dissonante do que tem previsto o STF.

Registre-se, por oportuno, que essa exigência prevista pela Súmula 211 do STJ, no sentido da interposição do recurso especial com fundamentado no artigo 535, II, do CPC, quando o tribunal de origem permanece omissa a despeito da questão suscitada nos embargos declaratórios, foi adotada recentemente, basta dizer que o próprio STJ nos primórdios dos seus julgados, adotava a mesma tese esposada na Súmula 356, do STF, qual seja: com a interposição dos embargos declaratórios provocando a manifestação expressa do órgão julgador da questão federal tida por violada, e caso, o referido julgado permaneça omissa, houve a ocorrência do prequestionamento, consoante nos informa o Professor José Theophifo Fleury (Op. Cit. p. 413), com a seguinte ilustração:

Diversos eram os julgados existentes em que se entendia suficiente, para fins de prequestionamento – nos casos em que o Tribunal *a quo* não se ocupa das questões federais e ou constitucionais invocadas, prévia e oportunamente, pelas partes – , a simples oposição de embargos de declaração, nos termos da Súmula 356, não importando, pois, o acolhimento ou não destes embargos, para fins de apreciar as questões omissas no acórdão recorrido, sendo, pois, os embargos suficientes para configurar o prequestionamento dos dispositivos legais e/ou constitucionais tidos por afrontados.

Para os que assim, entendiam, a oposição de embargos de declaração era essencial para fins de que ficasse constando, claramente, quais os dispositivos de lei ou da Constituição que se entendia terem sido violados pela Corte Estadual ou Federal. Esse, pois, o entendimento que se emprestava à Súmula 356.

¹⁷In BUENO, Cássio Scarpinela, *Quem tem medo do prequestionamento*. Artigo publicado na Internet pela revista jurídica virtual Jus Navigandi, site <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>

Essa também a orientação que veio a ser adotada, preliminar e predominantemente, no Superior Tribunal de Justiça, quando de sua criação, apesar das divergências existentes em suas turmas.

Confira, pois, o posicionamento do Min. Antônio de Pádua Ribeiro quando da criação do STJ:

‘Sendo o assunto controvertido, penso que os advogados, antes de manifestarem o recurso especial, deverão examinar cuidadosamente se a questão federal que pretendem suscitar foi, ou não, objeto de expressa apreciação através de embargos declaratórios. Interpostos estes, ainda que o Tribunal insista em não apreciar a referida questão, aberta estará à via do recurso especial.

Realmente, no início da criação do STJ e bem antes do advento da Súmula 211 a jurisprudência daquela Corte entendia em consonância com a Súmula 356 do STF, que a simples oposição dos embargos declaratórios quando a decisão fosse omissa, serviria de requisito por demais satisfatório para caracterização do prequestionamento.

A propósito da tese discorrida neste último parágrafo, vejamos alguns julgados que muito bem evidenciam a matéria, inclusive alguns julgados recentes do STJ, mesmo com a plena vigência da Súmula 211:

116032403 – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS – INCIDÊNCIA DOS – Enunciados nº 282 e 356/STF. Fundamento inatado pelo Recurso Especial. Aplicação do enunciado nº 283/STJ. Ação de revisão. Nota de crédito industrial. Capitalização de juros. Possibilidade. Aplicação do Decreto Lei nº 413/69 e do enunciado nº 93/STJ. I – Não cabe a interposição de Recurso Especial acerca de temas negligenciados pela corte a quo, e acerca dos quais não houve oposição de embargos declaratórios. II – É legal a estipulação de capitalização mensal de juros em notas de crédito industrial, tendo em vista ser aplicável ao caso a Súmula 93/STJ e legislação específica, definida pelo Decreto Lei nº 413/69. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AGA 481654 – MG – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 12.08.2003 – p. 00222)

116028502 – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA – APRECIÇÃO DE LEI LOCAL – SÚMULA 280/STF – I – Não se conhece do Recurso Especial quanto à questão que não foi especificamente enfrentada pelo e. Tribunal a quo, dada a ausência do necessário prequestionamento. Necessidade de se opor embargos declaratórios para prequestionar a matéria. (Súmulas 282 e 356/STF). II – A violação a dispositivo constitucional não podem ser objeto de Recurso Especial porquanto matéria própria de apelo extraordinário para a Augusta Corte. III – Impossibilidade de se conhecer de Recurso Especial se, apesar de alicerçado em suposta violação a dispositivo infraconstitucional, o exame da controvérsia exige a apreciação de Lei local. (Súmula 280/STF). Agravo regimental desprovido.

(STJ – AGA 482317 – PI – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 23.06.2003 – p. 00422)¹⁸

Importante consignar, que pela dicção das decisões supra referendadas, diga-se, recentemente julgadas, ainda permanece para alguns Ministros do STJ, a orientação jurisprudencial proveniente da Súmula 356 do STF, observe ainda, que o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, citado no retro frisado trecho doutrinário do Professor José Theophifo Fleury, e relator do acórdão AGA 481654 –MG, publicado no DJU em 12.08.2003 – p. 00222. Ainda persiste no seu posicionamento expendido no início da Criação da Corte Superior de Justiça, no sentido de que a oposição dos embargos declaratórios basta para a configuração do prequestionamento, independentemente do tribunal *a quo* se manifestar a respeito da matéria objeto dos embargos.

Apenas a guisa de esclarecimento, torna-se pertinente explicar, que os posicionamentos dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Carlos Velloso que antes sustentavam a tese extraída da Súmula 356 do STF, no sentido da configuração do prequestionamento se verificar com a interposição dos embargos declaratórios independentemente da apreciação por parte do acórdão embargado da matéria nela suscitada, foi ao longo dos anos substancialmente modificada, passando então os referidos Ministros a abraçarem o enunciado da Súmula 211 do STJ, consoante explica o já bastante citado Professor José Theophifo Fleury (Op. Cit. p. 425) nos seguintes termos:

Ousamos discordar, assim, das ilustres opiniões de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Carlos Velloso, no sentido de que bastaria o debate acerca do tema jurídico pelas partes para se ter como configurado o prequestionamento inafastável para fins de interposição de recursos especial e extraordinário, levando-se em conta uma apreciação implícita, pelo acórdão recorrido, sobre os temas agitados nos recursos interpostos na instância ordinária. Por óbvio que se trata de opiniões voltadas ao amplo acesso ao judiciário; contudo, conflitam com a própria natureza destes recursos extraordinários. Na verdade, esse entendimento acabou sendo abandonado por estes próprios ministros, ante o predomínio, na jurisprudência, de uma orientação intermediária, que foi por eles adotada.

¹⁸ Ambos os julgados foram extraídos da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003.

Na verdade, as divergências jurisprudenciais não se limitam no âmbito do STJ, porquanto no próprio Supremo Tribunal Federal existe consideráveis disparidades entre o que tem decidido a sua primeira Turma e a segunda, vez que enquanto a 1ª Turma segue estritamente o comando da Súmula 356, através dos julgados relatados pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, a 2ª agasalha o comando extraído da Súmula 282 que exprime exatamente o que estar contido na Súmula 211 do STJ, a citar, os acórdãos abaixo colacionados da lavra do Ministro Marcos Aurélio Melo:

5002950 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – JUÍZO PRIMEIRO DE ADMISSIBILIDADE – ATUAÇÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PERSISTÊNCIA DA OMISSÃO – 1. Estando o recurso extraordinário alicerçado na alínea a do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, ou seja, na transgressão a preceito da Carta, impossível e retirar do Juízo primeiro de admissibilidade o exame cabível. 2. O prequestionamento consubstancia pressuposto de recorribilidade dos recursos extraordinários (lato senso) e faz-se necessário para que seja possível proceder-se a cotejo para dizer-se do enquadramento no permissivo legal. Configura-se quando a matéria veiculada no recurso foi objeto de debate e decisão prévios, ou seja, conste do acórdão que se pretende ver reformado a adoção de entendimento explícito sobre o tema jurígeno empolgado. A persistência do vício de procedimento, em que pese a interposição dos embargos declaratórios, abre margem a irresignação consideradas as normas constitucionais relativas ao devido processo legal, sendo impróprio pretender-se apreciação da matéria de fundo quando não ocorreu, pelo órgão competente, a entrega da prestação jurisdicional. (STF – AGRAG 156.619 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 19.05.1995).¹⁹

Mister relatar, que a presente decisão se assemelha *Ipsis verbis* com as provenientes do Egrégio STJ, onde porta as mesmas exigências contidas na Súmula 211, no sentido de que o julgado da matéria objeto do acórdão sendo omissivo no que tange à questão federal ou constitucional tidas como violadas e com a interposição dos embargos declaratórios, ainda permaneça a omissão, deverá a parte manejar recurso extraordinário com fundamento na violação ao devido processo legal e não mais com supedâneo na matéria de fundo objeto da lide. Vejamos o acórdão abaixo transcrito, da lavra do eminente Ministro retro citado, que muito expõe sobre a matéria:

¹⁹ Acórdão extraído da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003.

5011999 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PERSISTÊNCIA DA OMISSÃO – Diz-se pré-questionada determinada matéria quando o Órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. Verificada a omissão, incumbe a parte protocolar embargos declaratórios, no que consubstanciam verdadeiro ônus processual. A persistência do Órgão julgador no erro de proceder desafia a veiculação, no extraordinário, não da matéria sobre a qual não chegou a haver a emissão de juízo, mas da transgressão ao devido processo legal com o pedido de declaração de nulidade do provimento. Impossível é atribuir aos declaratórios efeito que eles não tem, ou seja, de, pelo simples conteúdo, revelarem o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e a decisão prévios do tema. (STF – AGRRE 172.097 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 12.05.1995).²⁰

Deste modo, o que temos visto em sede de prequestionamento é um verdadeiro descompasso entre o entendimento de uma e outra das Turmas dos Tribunais Superiores, o que em regra, mantém os advogados de forma insegura no momento de atizar os recursos excepcionais, porquanto não se sabe para qual Turma irá ser distribuído os referidos recursos, e sendo assim, paira uma instabilidade jurídica no meio da militância jurídica, onde o que se vê, na realidade, é uma limitação excessiva do acesso a Tutela Jurisdicional do Estado, consoante será melhor analisado no tópico específico, concernente a uma visão crítica da interpretação dada as Súmulas 211 do STJ e 282 do STF por algumas das Turmas dos Tribunais Superiores.

Por fim, é de bom alvitre deixar catalogado, que o próprio Superior Tribunal de Justiça admite e reconhece a divergência entre a Súmula 211 por essa corte editada e a Súmula 356 do STF, pelo ao menos, isso é o que se pode auferir nos julgados abaixo colacionados:

116032632 – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – ADMISSIBILIDADE – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA 282/STF) – 1. O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios, quando a questão havia sido devolvida ao Tribunal a quo por ocasião do julgamento do apelo, mesmo que o Tribunal se recuse a suprir a omissão. 2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do prequestionamento

²⁰ Acórdão extraído da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003.

é satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. 3. Recusando-se a Corte de Segundo Grau a deliberar sobre o dispositivo infraconstitucional supostamente violado, apesar de interpostos os declaratórios, o Recurso Especial deve ser formulado mediante alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, sob pena de incidir nas disposições da Súmula 211/STJ. 4. Agravo improvido. (STJ – AGRESP 468187 – SP – Relª Min. Eliana Calmon – DJU 04.08.2003 – p. 00272)²¹

Indubitavelmente, o que podemos extrair do presente tópico, é que ainda não existe consenso no que tange a uma uniformidade de posicionamento a despeito do prequestionamento nos nossos tribunais superiores, tanto é assim, que ao sumular suas decisões ambas as Cortes Superiores divergem substancialmente quando da configuração do prequestionamento, sendo relevante a disparidade dos seus fundamentos técnico – jurídicos.

5. O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. DIVERGÊNCIAS ENTRE O STJ E O STF QUANTO A SUA ADMISSIBILIDADE

Consoante restou dissertado nos tópicos anteriores, o prequestionamento configura-se, para a maioria da doutrina e jurisprudência, quando a matéria federal ou constitucional tiver sido suscitada pela parte e apreciada(debatida) no juízo *a quo* a despeito da violação à lei federal ou a contrariedade à Constituição Federal.

No entanto, há corrente jurisprudencial no sentido da admissibilidade da configuração do “prequestionamento implícito”, quando a parte não obstante ter suscitado a matéria, o órgão julgador mantém-se omissos sobre a violação à lei federal ou a dispositivo constitucional, desta feita, com a oposição dos embargos de declaração a fim de que o Tribunal se manifeste explicitamente a despeito da questão federal ou constitucional suscitada, restou preenchido o requisito de admissibilidade para o efetivo conhecimento dos recursos especiais e constitucionais, vale dizer, a matéria restou prequestionada de modo implícito.

²¹ Acórdão extraído da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003

Sendo assim, estamos dispostos a traçar de forma singela e objetiva o denominado prequestionamento implícito com todas os seus nuances, dizendo desde já, que esta modalidade de prequestionamento acomoda diversas teses a despeito da sua configuração, havendo inclusive forte corrente doutrinária e jurisprudencial que nega a sua caracterização. Nesse passo, veremos as posições pós e contra a sua materialização como pressuposto de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Para fins didáticos, necessário se faz mencionar que os Tribunais Superiores têm admitido duas espécies de prequestionamento implícito. A primeira corrente tem entendido que ocorre o prequestionamento implícito quando o tribunal não se manifesta a despeito da matéria suscitada pela parte, deste modo, e para esta corrente jurisprudencial, ocorreu o prequestionamento implícito, porquanto apesar do tribunal de origem ter se mantido omissos a despeito da questão federal ou constitucional suscitada, e se a parte manejou os embargos declaratórios para tal fim, ou seja, para que o órgão julgador se manifestasse explicitamente, teria ocorrido o prequestionamento implícito.

Para essa segunda corrente jurisprudencial, há o prequestionamento implícito quando o órgão julgador aprecia a questão federal ou constitucional suscitada pela parte, entretanto, não se manifesta explicitamente sobre o dispositivo violado, ou seja, não faz referência numérica ao dispositivo tido por afrontado.

É de bom termo, consignar que para boa parte da doutrina brasileira o prequestionamento implícito na verdade só se caracteriza nesta segunda situação, qual seja, quando o tribunal de origem aprecia a matéria suscitada sem explicitar o número do dispositivo tido por violado. Nesse sentido, citamos a cátedra do ilustre Professor Rodrigo da Cunha Lima Freire (Op. Cit. p. 975/976), que a despeito do tema pondera:

Para aqueles que defendem a tese de que o prequestionamento caracteriza-se apenas pelo fato da matéria federal controvertida ter sido suscitada pela parte no juízo *a quo*, o prequestionamento implícito dar-se-ia na hipótese desta matéria não ser apreciada explicitamente pelo tribunal de origem.

Tal posição, todavia, encontra-se em absoluto descompasso com a atual Constituição Federal brasileira, como já demonstramos anteriormente.

A nosso ver, há prequestionamento *implícito* quando o tribunal de origem não menciona *explicitamente* o texto ou a referência numérica ao dispositivo legal tido como afrontado, apesar de se pronunciar *explicitamente* sobre a questão federal controvertida

Por sua vez, o Professor José Miguel Garcia Medina (Op. Cit. p. 319/320), assim expõe:

Há, na doutrina e na jurisprudência, pelo ao menos duas concepções acerca do que se deva considerar prequestionamento implícito e explícito: Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada, e prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida.

Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta á discussão no primeiro grau mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão.

Deste modo, consoante assentado na doutrina dos Professores supra mencionados, existe duas concepções do que seja prequestionamento implícito, enquanto uma entende que a matéria encontra-se prequestionada implicitamente quando a tese jurídica é relatada no acórdão, entretanto, não há exposição explícita deste acórdão sobre a norma jurídica tida por violada, enquanto para outra concepção, configura-se o prequestionamento de forma implícita quando a questão foi posta, diga-se, suscitada pela parte, mas não foi mencionada no acórdão que apesar disso a recusa implicitamente.

Há que se dizer, contudo, em relação à segunda forma de prequestionamento exposta pelo Professor José Miguel Garcia Medina que para sua configuração, mesmo que de forma implícita, necessário se faz a interposição pela parte dos embargos de declaração a fim de que o acórdão se manifeste explicitamente, situação que, caso o referido acórdão permaneça omissa, houve a configuração do prequestionamento implícito. Nesse sentido, é o que tem entendido Edson Rocha Bomfim (1992, p. 40/41), com sua vasta experiência prática oriunda de vários anos como assessor de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, assim relata:

O sugerido critério uniforme, ainda não adotado com unanimidade no superior Tribunal de Justiça, consiste na obrigatória observância da regra estabelecida pela Súmula n.356, do Supremo Tribunal Federal, e não, apenas, na aceitabilidade excepcional do prequestionamento implícito, resultante da comprovação, nos recursos ordinários, da matéria submetida à apreciação do tribunal de origem. Poderá, portanto, ser configurado o prequestionamento de modo implícito, e mesmo excepcional, através da complementação da motivação

da decisão do tribunal *a quo* dada à apreciação dos embargos de declaração, inclusive para rejeitá-los.

Importante registrarmos as palavras da Ministra Eliana Calmon a despeito da admissibilidade da configuração do prequestionamento implícito no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, vejamos a sua exposição:

Convém que se esclareça, antes de nos adentrarmos ao tema proposto, ou seja, a competência do STJ em matéria tributária, que exige o recurso especial, além do prequestionamento explícito ou implícito, até mesmo em sede de embargos de declaração (Súmula 98), que a discussão se faça unicamente no asoalho jurídico das teses que se contrapõem, vedado o reexame de prova (Súmula 07/STJ) e a revisão de cláusula contratual (Súmula 05)".²²

Seguindo a mesma trilha dá sua colega de Corte de Justiça, o Ministro Athos Gusmão Carneio, expõe com a maestria que lhe é peculiar, a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o prequestionamento implícito, vejamos:

Para o Min. COSTA LEITE (palestra proferida na OAB/SP e publicada no jornal "Estado de São Paulo", ed. de 26.09.1989), "a exigência do prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição". Afastou, no entanto, certos "exageros ou formalismos", admitindo o prequestionamento implícito, dispensando a indicação expressa do artigo de lei violado e dispensado ainda a necessidade de interposição de embargos declaratórios, "para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido.

O Min. PÁDUA RIBEIRO, igualmente do STJ, manteve a exigência do prequestionamento, que considerou ajustada inclusive ao princípio da eventualidade; admite todavia o prequestionamento implícito em certos casos, como v. g. quanto "a questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição". Sublinha que nos embargos declaratórios não poderá o recorrente suscitar questão nova, mas apenas questão já anteriormente suscitada e sobre a qual, não obstante, o acórdão tenha sido omisso."²³

²² In CALMON, Eliana. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. artigo extraído da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003, e publicada na revista de estudos tributários nº 16- Nov- Dez/2002 pág.5).

²³ In CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do recurso especial e seus pressupostos de admissibilidade*, artigo extraído da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003, Publicada na RJ nº 210-Abr/1995 pág.80).

Relate-se, por ser de suma importância, a título de pesquisa, que o posicionamento doutrinário a favor da admissibilidade do prequestionamento implícito, como pressuposto de admissibilidade dos recursos excepcionais não é unânime, existindo quem discorde veementemente da sua possibilidade de existência, nessa corrente, encontram-se vários doutrinadores, a citar, o Professor Palhares Morais Reis, que assim defende sua assertiva:

“O prequestionamento não pode estar subentendido ou implícito. Deve, sempre, ser expresso e apresentado no momento da apelação, das contra-razões, do recurso adesivo, enfim, do recurso para a 2ª Instância). É o momento único, salvo raríssimas exceções, que o STF admite que ele surja.”²⁴

Portanto, apesar de não haver unanimidade em nossa doutrina e Jurisprudência, tem-se em regra, admitido o conhecimento dos recursos excepcionais, peculiarmente do Recurso Especial, quando ocorra o prequestionamento implícito. Para tanto, vejamos algumas decisões sobre a admissibilidade do Recurso Especial quando configurado o prequestionamento implícito:

116030988 – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – USUCAPIÃO – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – MATÉRIA PROBATÓRIA – I – Examinadas as matérias pelo acórdão recorrido, ainda que não citando especificamente o dispositivo legal, tem-se o prequestionamento implícito. Contudo, as nulidades ali argüidas foram todas corretamente afastadas pela sentença e pelo acórdão recorrido. II. – A lide foi decidida com base na prova dos autos, de cujo exame se entendeu comprovado que os autores possuem a área usucapienda de forma mansa, pacífica e ininterrupta por mais de 20 anos. A modificação desse resultado só seria possível mediante o reexame da matéria fático-probatória, incabível na via do Recurso Especial (Súmula 07/STJ). III. – Agravo regimental desprovido. (STJ – AGA 490314 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 30.06.2003 – p. 00248)

16153590 – PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – OFENSA AO ART. 535, DO CPC, REPELIDA – MEDIDA CAUTELAR – LIBERAÇÃO DE MERCADORIA IMPORTADA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIANTE CAUÇÃO – COMPATIBILIDADE – REVELIA – IRRELEVÂNCIA – 1. Tendo a matéria controvertida sido debatida e apreciada, irrelevante não haver constado do acórdão recorrido os dispositivos tidos como violados. 2. Inexistindo no julgado impugnado obscuridade, contradição ou omissão, não há que se falar em ofensa

²⁴ In REIS, Palhares Morais, artigo extraído da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003, e Publicada na RJ nº 248-Junh/1998 pág.11).

ao art. 535, do CPC. 3. A procedência do pedido no processo cautelar não é incompatível com a exigência de caução, que, por sua vez, não é inconciliável com a ausência de contestação. 4. Recurso conhecido e não provido. (STJ – RESP . 358228 – SP – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 29.04.2002)

16144664 – PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – DEPÓSITO EFETUADO APÓS A EXTINÇÃO DO PROCESSO – ESTORNO DO VALOR DEPOSITADO – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – 1 – Havendo o chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp nº 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP), como é a hipótese dos autos, afasta-se a aplicabilidade da Súmula 356/STF para conhecer do recurso pela alínea "a", do permissivo constitucional. 2 – Não há que se falar em estorno do valor depositado, mesmo após a extinção do processo de execução, se a dívida já havia sido apurada em benefício dos exequêntes e já se aguardava o cumprimento do requisitório. O precatório deve ser cumprido em sua totalidade e a execução só se encerra após o último pagamento efetuado. 3 – Recurso conhecido, porém desprovido. (STJ – REsp – 36948 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezini – DJU 29.10.2001 – p. 00233)²⁵

Consigne-se que, apesar da grande maioria dos julgados do STJ se pautarem pela admissibilidade do prequestionamento implícito, o Colendo Supremo Tribunal Federal firmou entendimento maciço no sentido de que o prequestionamento só configura-se de forma explícita e com a expressa menção dos dispositivos constitucionais tidos por violados, vejamos esses julgados:

105017337 – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – 1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 2. Se o acórdão recorrido, para decidir o mérito da questão objeto do extraordinário, não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido. (STF – RE-AgR 363681 – MG – Rel. Min. Mauricio Corrêa – DJU 23.05.2003 – p. 00038) (Ementas no mesmo sentido)

105016319 – RECURSO DE AGRAVO – CUMULATIVA INTERPOSIÇÃO DE DOIS (2) RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO, FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS – INADMISSIBILIDADE – OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS – NÃO-CONHECIMENTO DO SEGUNDO RECURSO – EXAME DO PRIMEIRO RECURSO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DA

²⁵ Os acórdãos supra colacionados foram extraídos da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003.

MATÉRIA CONSTITUCIONAL – RECURSO IMPROVIDO – O PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE OU DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS – O princípio da unirecorribilidade, ressalvadas as hipóteses legais, impede a cumulativa interposição, contra o mesmo ato decisório, de mais de um recurso. O desrespeito ao postulado da singularidade dos recursos torna insuscetível de conhecimento o segundo recurso, quando interposto contra a mesma decisão. Doutrina. INADMISSIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. – A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário. Precedentes. (STF – RE-AgR 344528 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 04.10.2002 – p. 00130) (Ementas no mesmo sentido)

5000495 – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – IMPOSSIBILIDADE – O prequestionamento do tema constitucional capaz de viabilizar a instância extraordinária há de ser explícito e a violação ao preceito constitucional há de ser direta e frontal. Precedentes. (STF – AGRAG 150.791 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Paulo Brossard- DJU 01.09.1995)²⁶

Veja quão grande e polêmico é o tema objeto deste trabalho monográfico, pois, em todas as suas dimensões apresenta-se controvérsias, máxime ao tratarmos do denominado prequestionamento implícito, onde segundo as decisões supra referendadas existe divergência explícita a despeito da sua efetiva admissibilidade, sendo a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido da sua admissão, ao passo que, a nossa Corte Constitucional não o admite. Nesse prisma, passamos a transcrever as lúcidas palavras do Professor André F. Gomma de Azevedo, com o seguinte posicionamento:

Contudo, as definições dadas a estas classificações diferem de um tribunal para outro. Ou seja, enquanto o STF entende ser o prequestionamento implícito aquele no qual a questão constitucional não esteja propriamente contida no acórdão, mas apenas envolvida indiretamente.

Já o STJ entende ser implícito o prequestionamento quando o tema haja sido debatido, sem referência explícita a dispositivo legal, no tribunal local, isto é, entende implícito quando a matéria tiver sido objeto de discussão, tornando-se res controversa, sem que o dispositivo legal concernente à matéria controversa haja sido explanado. Conseqüentemente, entende o mesmo tribunal, por sua maioria de ministros, ser explícito o prequestionamento que contenha o dispositivo legal pertinente expresso formalmente.²⁷

²⁶ Os acórdão supra colacionados foram extraídos da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003

²⁷ In AZEVEDO André F. Gomma de, Do Prequestionamento (II) – Prequestionamento, artigo extraído da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003, e publicado na RJ nº 233 – Mar/1997, pág.140).

De qualquer forma, é sempre importante o recorrente está atento quando da interposição dos recursos excepcionais, mormente se abraça à tese do prequestionamento implícito, pois, dependendo para onde será endereçado o recurso, vale mencionar, se para o STJ ou STF, é que terá o recorrente sucesso ou não na sua batalha processual, razão pela qual deve permanecer pesquisando diuturnamente as decisões provenientes dos nossos Tribunais Superiores, mesmo porque, não é de se admirar, ante tantas disparidades que posteriormente venham uma destas cortes mudarem seus posicionamentos no que tange ao prequestionamento implícito.

Sendo assim, encerramos este tópico demonstrando de forma objetiva o instituto do prequestionamento implícito e o seu âmbito de admissibilidade no Superior Tribunal de Justiça, bem como, a sua não admissão no Supremo Tribunal Federal, registrando aqui, mais uma vez, a extensão e complexidade deste importante instituto processual, conquanto, se por um lado está repleto de divergências tanto em sede doutrina como jurisprudencial, por outro norte, provoca curiosidade e fascinação a todos aqueles que pretende conhecer com maior profundidade o seu conteúdo.

6. OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO RETIDOS E O PREQUESTIONAMENTO

Com o advento da lei nº 9756/98 inseriu-se no artigo 542 do CPC um parágrafo 3º estipulando o regime de retenção dos recursos extraordinário e especial quando interpostos contra decisão interlocutória, que segundo o artigo 162 do Código de Processo Civil aquela pela qual o juiz decide questão incidental sem por término ao processo.

Registre-se, segundo a boa doutrina, que o legislador pátrio ao inserir em nosso ordenamento jurídico esse tipo de mecanismo recursal, não teve outro escopo a não ser reduzir de imediato a grande quantidade dos recursos especial e extraordinário, manejados para impugnar as decisões interlocutórias quando ainda tramita no tribunal de origem a ação principal que deu origem à decisão vergastada.

Com muita propriedade assevera o ilustre Ministro do STJ Sálvio de Figueiredo Teixeira, a despeito do tema em comento:

Um dos pontos altos da nova lei, por outro lado, reside no § 3º que foi acrescentado ao art. 542 do Código. Com efeito, introduziram-se nesse parágrafo as figuras dos recursos extraordinário e especial retidos, para evitar que processos, nos quais ainda não proferida decisão final nas instâncias ordinárias, subam uma ou mais vezes ao STF e/ou ao STJ para a definição de questões concernentes as decisões interlocutórias, a saber, decisões que no curso do processo resolvem questões incidentes (CPC, art. 162 - § 2º).²⁸

Nessa mesma dimensão também preleciona Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, nos seguintes termos:

“A finalidade da norma, que estabeleceu o regime retido dos recursos extraordinário e especial, foi o de evitar o acesso imediato destes quando interpostos contra decisão interlocutória proferida em processo de cognição e cautelar, fazendo com que fiquem retidos nos autos, na expectativa de restarem prejudicados com o desenvolver do procedimento, ou serem analisados juntamente com o recurso interposto contra a decisão final, na hipótese de se não tornarem prejudicados.”²⁹

De fato, não foi outra a intenção do legislador pátrio a não ser reduzir consideravelmente o acúmulo de recursos nos Tribunais Superiores quando interpostos de decisões interlocutórias.

No dizer do autor supra citado (Op. Cit. 459):

“A decisão interlocutória a que se refere o §3º do artigo 542 do Código de Processo Civil, é o pronunciamento de Tribunal proferido em sede de agravo, de instrumento ou inominado (também conhecido como “regimental”). O recurso de agravo retido não se enquadra nessa disciplina de retenção, visto que é apreciado como preliminar no julgamento do recurso de apelação”.

²⁸ In TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Código de Processo Civil - A Lei 9.756/98 e suas inovações, artigo extraído da Revista Jurídica Síntese Publicações, CD RON Série 25164-43 Setembro/outubro de 2003, e Publicada no Juris Síntese nº 19 - SET/OUT de 1999).

²⁹ In OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *O interesse em recorrer nos recursos extraordinário e especial retidos, instituídos pela lei nº 9756/98.* (Coordenadores) NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às decisões judiciais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, Pág. 457.

Assim, para impugnar decisões interlocutórias nos tribunais proferida em agravo de instrumento caberá recurso especial para o STJ e Recurso Extraordinário para o STF na modalidade de retenção, devendo a parte para preencher o principal requisito de admissibilidade destes recursos prequestionar a matéria, deste modo, iremos discorrer neste tópico nos termos adiante esposados, a cerca do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário retidos nos autos.

Segundo constata-se em nossa modesta dissertação até o momento redigida, para a configuração do prequestionamento necessário faz-se que o órgão prolator do acórdão se manifeste explicitamente sobre a matéria suscitada pelas partes, ou caso venha à questão federal ou constitucional a surgir no corpo do acórdão recorrido, a parte deverá manejar embargos declaratórios a fim de que seja prequestionada a matéria, objeto da decisão enfrentada. Logo, percebe-se que para a configuração do prequestionamento quando esse não surja dentro do acórdão recorrido, necessário se faz que a parte suscite previamente a matéria no momento das razões ou contra-razões do recurso interposto, a fim de que o tribunal se manifeste a respeito da questão federal ou constitucional tida por violada.

Nesse ínterim, necessário se faz uma reflexão sobre o prequestionamento da matéria em sede de recursos extraordinário e especial quando interpostos das decisões interlocutórias os quais deverão ficar retidos nos autos até a decisão final da causa, desta feita, desponta a grande temática, qual seja: Como se configura o prequestionamento em sede de recursos especial e extraordinário retidos? Essa é nossa grande questão a ser resolvida no âmbito deste tópico.

Em primeiro turno, resta consignar que é amplamente possível a interposição tanto do Recurso Especial como do Extraordinário em sede de agravo de instrumento, a teor do que esclarece a Súmula nº 86 do STJ, vejamos esse enunciado:

86 - Cabe Recurso Especial contra acórdão proferido no julgamento de Agravo de Instrumento.

Portanto, interposto o agravo de instrumento e sendo esse julgado improvido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cabe recurso especial quando houver violação a norma federal ou a decisão prolatada lograr a lei federal interpretação divergente da que tenha dado outro tribunal sobre a mesma matéria, bem como, Recurso Extraordinário quando no corpo do acórdão proferido em Agravo de Instrumento houver contrariedade a dispositivo constitucional.

Para tanto, imprescindível se faz a configuração do prequestionamento a fim de que a matéria seja apreciada pelo órgão julgador da decisão agravada. Nesse passo, cabe a questão ténue. Qual o momento propício para suscitar a matéria a fim de que seja prequestionada? Deve a parte suscitar essa matéria nas razões do Agravo de Instrumento interposto, a não ser que a questão federal ou constitucional tida por violada surja no corpo da decisão do Agravo de Instrumento.

Entende-se deste modo, tendo como parâmetro o procedimento concernente ao manejo dos recursos especial e extraordinário, que se a oportunidade para parte suscitar a matéria é na fase das razões e contra-razões de apelação, de igual maneira, também é na fase das razões do agravo de instrumento a situação propícia para a parte suscitar a questão federal ou constitucional apontada como violada, exatamente por ter os recursos especial e extraordinário retidos a mesma natureza quanto aos seus pressupostos de admissibilidade dos recursos excepcionais de forma comum.

Comentando o tema, no mesmo entendimento do parágrafo supra, é o posicionamento do Professor J. E. Carrera Alvim, que assim delimita:

(...) Os recursos extraordinário e especial são mantidos com a mesma fisionomia, quanto a sua admissibilidade, mas, uma vez interposto, ficará *retido* nos autos, e só será processado se à parte o reiterar, no prazo para interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra razões(art. 542,§ 3º).³⁰

Por outro norte, torna-se pertinente ainda questionar se com a interposição do Recurso Especial ou Extraordinário retidos, sendo inclusive a matéria suscitada nas razões do agravo de instrumento, ainda seria necessário interpor novamente

³⁰ In ALVIM, J. E. Carrera. *Recursos Extraordinário e Especial na Reforma Processual*. (Coordenadores) ALVIM, Eduardo Pelegrine de Arruda, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. Págs. 435/436

os recursos excepcionais quando do momento da interposição do recurso da decisão final ou simplesmente ratificá-los.

Em nosso modesto entendimento não há necessidade de interposição de novo recurso uma vez ser o bastante a sua reiteração, consoante se depreende do próprio texto do artigo 542 § 3º do Código de Processo Civil com redação dada pela lei nº 9.756/98, *Ex vi* assim delimita esse dispositivo:

CPC Art. 542

§ 3º. O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998, DOU 18.12.1998)

Aliás, para uma melhor compreensão da nossa assertiva vale transcrever a primorosa opinião do ilustre Professor José Miguel Garcia Medina (Op. Cit. p. 185) cujo compêndio passamos a expor:

(...)Os recursos extraordinário e especial ficam retidos nos autos do agravo de instrumento, e estes, em princípio, ficam apensados aos autos da causa, ou são remetidos de imediato ao órgão *ad quem*, a espera de uma futura e eventual 'reiteração', como aduz o §3º do art. 542 do CPC.

Se essa reiteração tiver que ser realizada *nos autos nos quais estiverem os recursos extraordinário ou especial retidos*, entendemos que basta, para que se considere preenchido o requisito ora analisado, que a parte simplesmente requeira o julgamento do recurso até então retido. Entendemos que o simples requerimento é suficiente, pois o recurso em questão já estará retido nos autos. Nesse sentido esse requerimento teria a finalidade de *ratificar o recurso interposto*, que será processado a partir de então.

Outra questão por demais controvertida, refere-se ao fato de saber se para requerer a reiteração do recurso especial ou extraordinário retidos, torna-se obrigatória à interposição dos recursos especial ou extraordinário da decisão final para que seja admitido os frisados recursos excepcionais por retenção. Entendemos que a resposta deve ser dada no sentido da não obrigatoriedade da interposição dos recursos especial e extraordinário da decisão final para o conhecimento e processamento dos recursos especial

e extraordinário retidos, porquanto o artigo supra frisado refere-se aos termos reiterar e não a novo processamento dos recursos referidos.

Comungando com nossa tese é o posicionamento do Professor supra referendado, embora admita a existência de entendimentos no sentido contrário, inclusive, de renomados processualistas, a citar, o Professor Vicente Greco Filho, vejamos, mais uma vez, esse seu compêndio:

Note-se que não é necessário interpor recurso contra a decisão final, para se reiterar o recurso retido. Basta que, no prazo do recurso cabível contra decisão a decisão final, a parte requeira o julgamento do recurso retido.

Há que se registrar, porém, que a questão não é pacífica na doutrina. Com efeito, para Vicente Greco Filho, o recurso (extraordinário ou especial) retido somente será conhecido se for o "principal". Exige-se, diante disto, para o autor, a interposição de recurso extraordinário ou especial contra a decisão final. Para nós, salvo melhor juízo, e data máxima venia, da opinião do ilustre processualista, basta, como vimos afirmando, a simples reiteração, independentemente de apresentação de outro recurso extraordinário ou especial contra a decisão final. Como já expusemos nos itens precedentes, tal solução seria inconstitucional, pois não pode norma infraconstitucional criar requisitos para os recursos extraordinário ou especial, pois tais requisitos estão expressos na Constituição Federal.

Em suma, o que temos de concreto neste tópico é que, quanto ao prequestionamento da matéria objeto dos recursos especial ou extraordinário, entendemos que a mesma deve ser suscitada logo no momento da interposição do Agravo de Instrumento, mesmo porque, se o objeto dos recursos especial ou extraordinário retidos é, indiscutivelmente, uma decisão interlocutória incidental, essa matéria deve ser suscitada com as razões do Agravo de Instrumento, afim de que, seja prequestionada a matéria pelo órgão prolator da decisão agravada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho monográfico teve como escopo efetuar uma pesquisa acerca de um tema por demais controvertido no mundo jurídico, o prequestionamento, onde, de acordo com a minha exposição no corpo desta monografia, fruto de pesquisa na doutrina e jurisprudência, tive a oportunidade de tratar do assunto de forma objetiva, sem, contudo, ousar em inovar a matéria já tão estudada e dissecada pelos estudiosos do direito processual civil.

Na elaboração desta monografia, tracei um esquema sistematizado, dividindo-o em três tópicos, começando por uma visão geral dos recursos, abordando o histórico deste instituto, conceito e sua natureza jurídica, dando peculiar ênfase aos recursos especial e extraordinário. Em seguida busquei discorrer sobre a visão geral do prequestionamento, onde, no mesmo sentido, teci alguns apontamentos sobre seu conceito, natureza jurídica e histórico. No último tópico, expus o tema do nosso estudo propriamente dito, a saber, “alguns aspectos controvertidos do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário”, traçando os principais aspectos, os quais os entendo ser os mais controvertidos na doutrina e jurisprudência.

Durante o percurso do nosso trabalho, observamos que o prequestionamento é um dos temas jurídicos mais controvertidos e divergentes, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, por isso mesmo desperta nos estudiosos do direito um esforço concentrado em averiguar na pesquisa científica a sua configuração, a sua importância e principalmente, a sua finalidade como requisito de admissibilidade para o conhecimento e processamento dos recursos excepcionais.

Da análise oriunda da doutrina e jurisprudência, extrai uma concepção do instituto do prequestionamento como sendo um requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, sem o qual, não há possibilidade dos Tribunais Superiores conhecerem, processarem e julgarem o mérito destes recursos.

Esbocei também, não só para fins didáticos, mas principalmente para a utilização na prática forense, que o prequestionamento configura-se quando a questão federal ou constitucional for previamente suscitada pela parte e analisada, debatida e apreciada pelo órgão julgador do recurso interposto. Vale dizer, quando a matéria é

suscitada pelas partes, comumente, nas razões ou contra razões do recurso; e, julgada no acórdão recorrido, ou seja, no acórdão dos tribunais de 2ª instância.

Sendo assim, só ocorre o prequestionamento quando o tribunal de origem se manifesta explícita, ou implicitamente, sobre as questões federais ou constitucionais, tidas por violadas.

Ainda tenho que o instituto do prequestionamento tem gerado nos tribunais superiores consideráveis divergências, a começar da sua própria configuração, porquanto para a Primeira Turma do STF, com base na Súmula 356, o prequestionamento se dá quando a parte suscita a matéria previamente, e em caso de omissão do acórdão prolator da decisão recorrida, basta que a parte maneje embargos de declaração, para que esteja satisfeito o requisito do prequestionamento. Enquanto isso, para a Segunda Turma do Pretório Excelso, tendo como supedâneo a Súmula 282, em caso de omissão do tribunal *a quo* não basta a oposição dos embargos declaratórios para que a matéria tenha sido considerada como prequestionada, é necessário que o órgão prolator da decisão embargada se manifeste explicitamente sobre o dispositivo constitucional tido por contrariado.

No que pertine ao Superior Tribunal de Justiça, este tem entendido, com base na Súmula 211, que o prequestionamento só se configura quando a matéria já foi debatida, discutida e analisada pelo tribunal de origem, não bastando a interposição de embargos declaratórios quando a decisão for omissa para caracterizar o prequestionamento. Razão pela qual, caso o órgão julgador da decisão embargada mantenha-se omissa, não obstante a interposição dos embargos declaratórios, necessário se faz que a parte maneje recurso especial não mais atacando a violação da lei federal anteriormente suscitada, mas, desta feita, alegando a violação ao artigo 535 II do CPC, pelo fato do tribunal de origem ter violado esse dispositivo, quando não supriu a omissão tida por existente.

A propósito da constitucionalidade deste instituto, verificamos que não obstante a Constituição Federal de 1988 não o exigir expressamente, como requisito de admissibilidade para o conhecimento e julgamentos dos recursos excepcionais, como fizeram outras constituições de outrora, é consenso doutrinário e jurisprudencial que o referido instituto encontra agasalho constitucional, entretanto a sua demasiada exigência, com excessivo rigor técnico, fere, a nosso ver, o princípio constitucional do acesso a justiça e inafastabilidade da tutela jurisdicional, tema esse a ser tratado com maior profundidade em futura dissertação de mestrado.

Com esses argumentos, concluímos nosso trabalho, afirmando que o tema do prequestionamento, apesar das divergências, não tem consenso doutrinário ou jurisprudencial, motivo pelo qual ainda irá despertar muito interesse na comunidade jurídica para que seja aprofundado o seu estudo e resolvidos seus pontos divergentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARRUDA, Alvim. *Direito Processual Civil*. Vol. 3. Coleção Estudos e Pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVIM, Eduardo Pelegrine de Arruda, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOMFIM, Edson Rocha. *Recurso Especial. Prequestionamento. Interpretação Razoável. Valoração Jurídica da Prova*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

CUNHA, Gisele Heloisa. *Embargos Infringentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: 19. Ed. Malheiros, 2001.

FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: 16.ed. Saraiva, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às decisões judiciais. Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAMPLONA Filho, Rodolfo M. V. *Embargos de declaração e pré-questionamento*. On-Line. Disponível em: site jus navigandi, www.jus.com.br/doutrina/lista.asp?assunto.15/11/2003.

Revista Consulex. Brasília: Consulex, nº 97, 31 de Janeiro de 2001.

Revista Consulex. Brasília: Consulex, nº 99, 28 de Fevereiro de 2001.

Revista Consulex. Brasília: Consulex, nº 113, 30 de Setembro de 2001.

Revista Jurídica Síntese Publicações. Porto Alegre. Síntese. CD RON Série JS164-43 Set/out de 2003.

Revista Jurídica Síntese Publicações. Porto Alegre. CD RON Série JS164-44 Nov/Dez de 2003.

SALGADO, Gustavo Vaz. *o prequestionamento e embargos declaratórios*. Jus Navigandi, site <http://www1.jus.com.br/doutrina/lista.asp?assunto.20/12/2003>.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Bruno matos E. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 40 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 40 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz E. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.