

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIA REJANE DELGADO NUNES DE ALENCAR

**DO PREQUESTIONAMENTO COMO EXIGÊNCIA
PARA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS:
PREQUESTIONAMENTO FICTO COMO ELEMENTO VIABILIZADOR
DA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA**

Recife, 2014

MARIA REJANE DELGADO NUNES DE ALENCAR

**DO PREQUESTIONAMENTO COMO EXIGÊNCIA
PARA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS:
PREQUESTIONAMENTO FICTO COMO ELEMENTO VIABILIZADOR
DA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof. Ms. Alessandra Macedo Asfora

Recife, 2014

Alencar, M. R. D. N.

Do prequestionamento como exigência para admissibilidade dos recursos excepcionais: prequestionamento ficto como elemento viabilizador da efetividade da justiça. Maria Rejane Delgado Nunes de Alencar. Recife: O Autor, 2014.

74 folhas.

Orientador (a): Profª Alessandra Macedo Asfora

Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Trabalho de conclusão de curso, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Pquestionamento Ficto 3. Divergência 4. Efetividade da Jurisdição 5. Acesso à Justiça 6. Economia e Celebriedade Processuais.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2014 – 254

AUTORA: **Maria Rejane Delgado Nunes de Alencar**

**TÍTULO: DO PREQUESTIONAMENTO COMO EXIGÊNCIA PARA
ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS: PREQUESTIONAMENTO
FICTO COMO ELEMENTO VIABILIZADOR DA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA**

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, julgou o trabalho nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____

Prof. _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 15 de maio de 2014.

Para **Cecília, Antônio e Marina.**
Sempre.

AGRADECIMENTOS

Aos colegas, que se tornaram amigos, e professores que fizeram valer a pena esses anos passados em sala de aula.

A Karla Cecília Delgado Nunes e Sousa, amiga e prima, que me ajudou a descortinar o mistério das regras da ABNT, que eram para mim, até então, espaço insondável.

A Alessandra Macedo Asfora, a nossa querida Alê, orientadora do presente trabalho, pela atenção e por se dispor a ser a presença amiga que me manteve no rumo escolhido.

Ao meu esposo, pela compreensão.

A Deus, por tudo.

A GENTE AINDA NÃO SABIA

A gente ainda não sabia que a Terra era redonda.
E pensava-se que nalgum lugar, muito longe,
deveria haver num velho poste uma tabuleta qualquer
__uma tabuleta meio torta
e onde se lia, em letras rústicas: FIM DO MUNDO.
Ah! depois nos ensinaram que o mundo não tem fim
e não havia remédio senão irmos andando às tontas
como formigas na casca de uma laranja.
Como era possível, como era possível, meu Deus,
viver naquela confusão?
Foi por isso que estabelecemos uma porção de fins de
mundo...

Mario Quintana, em A vaca e o hipogrifo

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a exigência do Prequestionamento como condição de admissibilidade dos recursos excepcionais, defendendo que a modalidade do Prequestionamento Ficto, pelo qual a matéria ventilada em sede de embargos de declaração, ainda que não conhecidos ou desprovidos, é considerada devidamente prequestionada para efeito de conhecimento do recurso extraordinário, é a que melhor atende aos ditames constitucionais relativos à segurança jurídica, à celeridade processual e à efetividade da prestação jurisdicional, de acordo com as garantias insculpidas art. 5º, LIV, LV e LXXXVIII da atual Constituição Federal. Almeja, ainda, estabelecer os motivos da divergência entre os entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, que até o ano de 2013 adotava pacificamente o Prequestionamento na modalidade ficta, e pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, de forma unânime, requer que os declaratórios sejam providos ou, ao menos, que seja indicado no recurso especial o art. 535 do Código de Processo Penal como o dispositivo legal violado. Para compreender a desarmonia no entendimento dos Tribunais superiores, e a recente alteração de rumo pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, faz-se breve incursão pelas raízes históricas do recurso extraordinário, distinguindo as diferentes significações da expressão prequestionamento, para estabelecer, em seguida, as espécies de Prequestionamento consagradas pela doutrina e jurisprudência. Na sequência, examinam-se os precedentes da Súmula 356/STF e da Súmula 211/STJ, para, ao final, justificar o Prequestionamento Ficto como o modelo desse fenômeno processual que mais atende aos princípios da celeridade e da economicidade processuais, garantindo mais facilmente o acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional. A metodologia utilizada constituiu-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial conjugada com o estudo da constituição e da legislação processual em vigor.

Palavras-chave: prequestionamento ficto; divergência; efetividade da jurisdição; acesso à justiça; economia e celeridade processuais.

ABSTRACT

The following work intends to analyse the requirement of pre-questioning as requisite of admissibility in extraordinary appeals, advocating that "fictitious prequestionment", through which the matter ventilated in "embargos de declaração", even when they are not provided, is considered prequestioned for the finality of opposing the extraordinary appeal, is the one that better suits the constitutional rulings on legal security, speed of the procedure and effectiveness of the jurisdictional provision, according to the guarantees described on art. 5º, LIV, LV and LXXXVIII of the current Constitution. It also intends to establish the reasons of the divergence among the understanding of the Supreme Court, which pacifically adopted prequestionment in its fictitious model until 2013, and that of the Superior Tribunal de Justiça, which, unanimously, requires that the "embargos declaratórios" be provided or, at least, that it is indicated on the special appeal art. 535 from the Penal Procedure Code as the legal instrument violated. To understand the desarmy on the understanding of the Superior Courts, and the Primeira Turma of the Supreme Court's recent change of thinking, it's necessary to briefly analyse the historical roots of the extraordinary appeal, distinguishing the different meanings of the expression "prequestionment", to establish, on the following, the species of prequestionment consecrated by doctrine and jurisprudence. In sequence, we analyse the precedents of súmulas 356/STF and 211/STJ, in order to justify fictitious prequestionment as a model of the processual phenomenon which better meets the principles of celerity and processual economicity, assuring an easier access to justice and to effectiveness of the jurisdictional provision. The methodology used consisted on bibliographical and jurisprudencial research along with the study of the Constitution and of the processual legislation in force.

Keywords: prequestionamento ficto; divergence; effectiveness of the jurisdictional provision; access to justice; processual economicity and celerity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ORIGENS DO INSTITUTO DO PRESQUESTIONAMENTO.....	11
1.1 Breve digressão sobre os recursos excepcionais	11
1.2 O prequestionamento nas Constituições brasileiras	18
2 SIGNIFICAÇÕES DA EXPRESSÃO PREQUESTIONAMENTO.....	25
2.1 Prequestionamento como matéria previamente arguida pelas partes	26
2.2 Prequestionamento como causa decidida	32
2.3 Prequestionamento como o binômio ‘provocação’ versus ‘enfrentamento do tema’	37
3. ESPÉCIES DE PREQUESTIONAMENTO RECONHECIDAS PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	39
3.1 Prequestionamento implícito	39
3.2 Prequestionamento explícito	42
3.3 Prequestionamento ficto	43
3.4 Prequestionamento duplo	46
4 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ.....	47
4.1 Enunciados de Súmula nº 282 e nº 356 do Supremo Tribunal Federal e Enunciado de Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça	47
4.2 Efetivação dos princípios da celeridade e economia processuais através do prequestionamento ficto, assegurando ao jurisdicionado o acesso à justiça	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Para aqueles que, como advogados ou servidores do Poder Judiciário, precisam entrar em contato com as especificidades do recurso extraordinário, *stricto sensu* considerado, e especial, respectivamente da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, são reservadas muitas agruras, dada a própria condição de excepcionalidade desses recursos.

Dentre os pontos mais polêmicos debatidos pela doutrina e pela jurisprudência, a exigência do Prequestionamento desponta como a dificuldade mais suscetível a impedir o conhecimento dos recursos excepcionais, os quais trazem na sua natureza jurídica a condição de recursos de fundamentação vinculada e, portanto, restritivos a questão de direito analisada pelos Tribunais Regionais ou Estaduais.

O presente trabalho pretende, pois, abordar o Prequestionamento como condição de admissibilidade dos recursos extremos, no intuito de defender que, dentre as diversas modalidades estudadas pela doutrina e aplicadas pela jurisprudência pátria, o Prequestionamento Ficto é a espécie que melhor atende aos princípios constitucionais da economia e da celeridade processuais, concretizando o acesso à justiça pela uniformidade da questão constitucional e do direito federal em menor tempo, dando, por esse motivo, maior efetividade à jurisdição.

Para cumprir o desiderato que se impôs, reserva-se o primeiro capítulo desta monografia à realização de breve esboço histórico sobre os recursos extraordinários, *lato sensu* considerados, delineando o instituto jurídico do Prequestionamento nas diversas Constituições brasileiras.

No segundo capítulo, procura-se tratar dos múltiplos conceitos da expressão prequestionamento, a qual é empregada em sentidos diversos pela doutrina e jurisprudência como sendo a matéria previamente arguida pelas partes, como a causa decidida e, ainda, como a necessidade conjugada de provocação da parte e enfrentamento do *quaestio iuris* pela instância *a quo*.

O terceiro capítulo será destinado à análise de quatro diferentes modalidades do prequestionamento, quais sejam, explícito, implícito, ficto e duplo que surgiram a partir das ideias divergentes sobre o fenômeno processual objeto do presente trabalho.

O quarto capítulo examina o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto à aceitação do Prequestionamento Ficto como condição de cabimento dos recursos derradeiros. Por esse motivo será examinado o verbete nº 356 da Súmula Predominante do Supremo Tribunal Federal, cotejando-o com o enunciado nº 211 da Súmula Predominante do Superior Tribunal de Justiça, bem como será analisada a interpretação a *contrario sensu* do verbete nº 356/STF e as recentes alterações surgidas na jurisprudência da Corte Suprema no que respeita ao acolhimento da tese do prequestionamento na modalidade ficta.

Ainda no último capítulo defender-se-á o Prequestionamento Ficto como elemento viabilizador dos recursos excepcionais, por favorecer a uniformização da interpretação da lei federal e da ordem constitucional por meio de caminho mais ágil e menos oneroso às partes e à jurisdição, respondendo positivamente, portanto, aos reclamos da sociedade por uma justiça mais célere e justa.

1 ORIGENS DO INSTITUTO DO PRESQUESTIONAMENTO

1.1 Breve digressão sobre os recursos excepcionais

Sendo o prequestionamento fenômeno processual vinculado intrinsecamente à admissibilidade dos recursos excepcionais, haja vista que os outros recursos, ditos ordinários ou comuns, não o exigem, e de outra banda, considerando que é ele, o prequestionamento, o maior óbice à admissibilidade dos recursos destinados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, necessário se faz para o desiderato do presente trabalho a análise da *ratio* do recurso extraordinário e do recurso especial, revisitando para isso suas origens, a fim de que se tenha a real compreensão do papel do prequestionamento ficto como modalidade que viabiliza a efetivação da justiça, sem, que tal opção, comprometa os ditames alocados nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, é de se dizer, inicialmente, que a natural insatisfação da parte sucumbente em um processo judicial, aliada ao interesse de ordem pública de que as decisões judiciais sejam proferidas com correção e imparcialidade, são as principais justificativas da existência dos recursos de uma forma geral. Some-se, então, a tais argumentos a necessidade de uniformização da aplicação do direito constitucional e do direito federal, que em um país de dimensões continentais como o Brasil assume grande relevância devido à possibilidade concreta de aplicação desigual de tais direitos, haja vista a diversidade de fontes legislativas, e tem-se aí a validação da existência da competência recursal do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ, por meio dos recursos extraordinário, *stricto sensu*, e especial, respectivamente.

Diferentemente dos ditos recursos comuns, os quais são os meios adequados à tutela do interesse do litigante, os recursos excepcionais apenas mediatamente têm como objetivo a proteção do direito da parte sucumbente. É que esses são direcionados à garantia da ordem jurídica, sujeita a ser agredida, *v.g.*, pela criação de lei local incompatível com o direito federal e a própria Constituição, ou mesmo que um Tribunal Regional ou Estadual interprete-os em desacordo com o seu texto e querer legislativo.

Destarte, é o direito objetivo que é tutelado pelos recursos extraordinários, em sentido amplo, de forma a garantir a concretização do regime federativo, opção política adotada pelo

Brasil e que pode ser vulnerado pela inobservância da padronização da matéria constitucional ou infraconstitucional.

Historicamente, tem-se que o recurso extraordinário brasileiro teve como modelo o *writ of error* norteamericano, que possibilitava que das decisões dos Tribunais estaduais se interpusesse recurso à Suprema Corte quando se questionasse a validade de lei federal ou de tratado ou quando o ato judicial violasse a Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos. Posteriormente foi acrescentada a relevância da questão federal, que no Brasil somente foi adotada com a instauração do filtro da repercussão geral através da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O *writ of error* surgiu através da Lei Judiciária (*Judiciary Act*), em 1789, eis que, igualmente à nossa organização política, os Estados Unidos da América optaram pelo regime federativo, de maneira que justificável a adaptação do modelo recursal daquela nação, ainda que as características da federação sejam diferentes nos dois países, posto que nos EUA os Estados-membros tem maior amplitude da competência legislativa, enquanto que no Brasil essa competência é limitada a determinadas matérias. A título de acréscimo, diga-se que também a Argentina utilizou-se do modelo norteamericano para a implementação do seu recurso extraordinário, graças, também à escolha daquela Estado pelo modelo federativo.

Com efeito, criado através do Dec. 848/1890 e incorporado à Constituição Federal de 1891, o recurso extraordinário teve a sua criação vinculada ao escopo de tornar una a aplicação do direito federal a toda federação, missão essa transferida ao Superior Tribunal de Justiça pela Carta constitucional vigente, competindo atualmente ao Supremo Tribunal Federal a padronização do direito constitucional.

O recurso extraordinário, bipartido após a instauração da nova ordem constitucional em especial e extraordinário, *stricto sensu*, de competência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente, possuem requisitos de admissibilidade próprios que não se confundem com aqueles exigidos para a interposição dos recursos comuns.

A exigência diferenciada justifica-se pela natureza peculiar dos recursos dirigidos às Cortes superiores, que não se prestam ao reexame da matéria controvertida por simples inconformismo da parte vencida na demanda judicial, mas antes, como observado anteriormente, encontra sua razão de ser na forma federativa de governo estabelecida pelo legislador constitucional, consoante previsão dos arts. 1º e 18º da Constituição Federal de 1988 e na

consequente necessidade de uniformização do direito constitucional e infraconstitucional como forma de se manter íntegro o federalismo.

Comentado essa particularidade dos recursos extraordinários, também chamados de recursos de sobreposição, Athos Gusmão Carneiro assim se posiciona:

O recurso extraordinário, no direito ‘brasileiro’, - prossegue – sempre foi manifestado como *recurso propriamente dito* (interposto, portanto, no *mesmo* processo) e fundado *imediatamente* no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição da Constituição e da lei federal; apenas *mediatamente* visa a tutela do interesse do litigante. Tem, pois, um caráter político, como bem observou Enrique Vescovi (*Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamerica*, Buenos Aires, Depalma, 1988).

O interesse privado do litigante funciona, então, mais como móvel e estímulo para a interposição do recurso extremo, cuja admissão, todavia, liga-se à existência de uma *questão federal* constitucional ou infraconstitucional, à defesa da ordem jurídica no plano do direito federal, assegurando-lhe, como referiu Pontes de Miranda, a ‘*inteireza positiva*’, a ‘*autoridade*’, a ‘*validade*’ e a ‘*uniformidade de interpretação*’.¹

Como se sabe, a Carta Política de 1988, conforme o disposto no seu art. 102, inovando a ordem jurídica precedente, elevou o Supremo Tribunal Federal ao posto de intérprete maior da ordem constitucional.

Dentre as competências atribuídas à Corte Suprema, no que interessa para o presente trabalho, destaca-se a que lhe foi conferida para julgar, através do recurso extraordinário, causas em que a decisão recorrida (i) contrariar dispositivo da Constituição; (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e (iv) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. As possibilidades supracitadas constituem as hipóteses de cabimento do recurso extraordinários, encartadas nas alíneas do inc. III, do artigo 105 da CF/88.

Verificando, entretanto, o número reduzido de componentes daquela Corte - apenas onze ministros - e da quase impossibilidade de julgamento da enorme quantidade de processos distribuídos anualmente ao Supremo Tribunal Federal, que tinha anteriormente à nova ordem constitucional o objetivo de uniformizar a aplicação tanto das normas constitucionais quanto às de direito federal em todo o território brasileiro, o legislador constitucional de 1988 entendeu por bem criar um Tribunal exclusivo para zelar pela matéria infraconstitucional e, com isso,

¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.3.

desafogar os ministros do STJ da carga de trabalho excessiva que pudesse comprometer a sua missão de zelar pela higidez das normas constitucionais. Viviam-se, então, os dias da "Crise do Supremo", como ficou conhecido esse período em que a Corte Constitucional não conseguia responder em tempo hábil às demandas que lá chegavam.

A solução encontrada para fazer frente a essa crise foi a estratégica concepção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, consolidada no art. 105 da Carta Maior, para velar pela integridade da matéria infraconstitucional, conferindo-lhe a incumbência de dar a devida interpretação da legislação federal, possibilitando, assim, ao STF o êxito no seu encargo de fazer cumprir as regras contidas na Constituição Federal.

A implementação de tal estratégia trouxe o consequente desmembramento do antigo recurso extraordinário - que compreendia o julgamento tanto da questão constitucional quanto da federal - em extraordinário, *stricto sensu*, de competência da Corte Suprema, e especial, cuja competência recaiu sobre a Corte Especial. Essa separação, segundo o pensar do constituinte de 1988, permitiria a unificação em toda a federação do direito federal e da ordem constitucional em tempo mais rápido, atendendo-se, pois, aos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual.

A competência do STF, no que tange ao recurso extraordinário, como se pode verificar da leitura do art. 102, III, "a", "b", "c" e "d", da atual Constituição, passou a ser restrita à apreciação da sintonia das decisões judiciais ao texto constitucional nas hipóteses retrotranscritas.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu, no art. 102, §3º, da CF/1988, o imperativo da cláusula da repercussão geral ao recurso extraordinário, sendo necessário, atualmente, que o recorrente demonstre a relevância do tema discutido no recurso interposto, o qual, para que possa ser admitido para julgamento, deverá transcender o interesse das partes envolvidas no caso concreto. A ausência da referida cláusula, reveladora da relevância econômica, jurídica e social da matéria, acarretará em juízo negativo de admissibilidade, não sendo, portanto, passível o exame do mérito recursal. Diga-se, porque importante, que o STF somente poderá recusar o recurso, por entender ausente a relevância da causa, pela manifestação de dois terços dos membros.

A nova exigência se configura com mais uma estratégia para resguardar a missão constitucional do Supremo Tribunal Federal no sentido de reduzir a quantidade de processos que

lhes são distribuídos anualmente, com o intuito de concentrar esforços no julgamento de recursos que irão repercutir em ações similares ajuizadas por todo o país.

A estratégia anterior, configurada na criação do Superior Tribunal de Justiça, como já frisado, teve origem na necessidade de retirar parte da competência do Supremo para que esse realizasse sua missão de preservar o querer constitucional e efetivar a tutela dos direitos e garantias individuais, trazendo como consequência a concretização da justiça pela entrega da prestação jurisdicional em tempo mais reduzido do que aquele que seria possível esperar se o Supremo Tribunal Federal continuasse a concentrar o exame das matérias constitucional e infraconstitucional.

Assim, quando a decisão proferida em única ou última instância contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal, validar ato de governo local contestado em face de lei federal, ou quando der interpretação à lei de forma diferente da de outro tribunal, terá lugar a interposição do recurso especial, consoante se verifica da leitura do art. 105, III "a", "b" e "c", da CF/88.

Saliente-se que cabe aos tribunais locais a realização do juízo de prelibação, ou seja, o exame de admissibilidade prévio dos recursos excepcionais, assim entendidos o extraordinário e o especial. Nesse primeiro juízo, que, evidentemente, não vincula o juízo posterior do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os quais são os únicos competentes para o exercício do juízo de mérito, será aferido se os requisitos de admissibilidade foram efetivamente preenchidos pelo recorrente, uma vez que a ausência de qualquer um deles implica na inadmissibilidade dos recursos porventura interpostos.

Para que sejam conhecidos, tanto o recurso especial, quanto o extraordinário, devem demonstrar o fato e o direito, os motivos do seu cabimento e as razões pelas quais se requer a reforma da decisão hostilizada, obedecendo, portanto, ao comando do art. 541 do Código de Processo Civil.

Não é demais recordar que o direito de recorrer da parte sucumbente submete-se ao preenchimento dos requisitos ou pressupostos recursais, os quais, por sua vez, segundo os magistérios abalizados de Barbosa Moreira² e Araken de Assis³ dividem-se em intrínsecos e extrínsecos.

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.262-263.

Os primeiros dizem respeito à própria decisão objurgada, pelo que a necessidade de exame do cabimento do recurso, da legitimação para recorrer, do interesse recursal e da inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Os extrínsecos, por sua vez, referem-se ao modo como o recurso pode ser exercitado, ou seja, não estão relacionados à decisão que se pretende combater, mas sim a fatos a ela posteriores, compreendendo nessa ótica a tempestividade, a regularidade formal e o preparo recursal.

Esses são, basicamente, os pressupostos genéricos de admissibilidade de todo e qualquer recurso. Entretanto, como se sabe, a exigência de fundamentação vinculada dos chamados recursos de sobreposição traduz-se na alocação de pressupostos específicos para a sua interposição. Tais pressupostos são compartilhados por ambos os recursos extraordinários, *lato sensu* considerados, uma vez que possuem a mesma natureza jurídica.

Dentre as controvérsias surgidas sobre esses pressupostos recursais específicos ou sobre condições particulares para a admissibilidade dos recursos excepcionais, destaca-se aquela relacionada ao prequestionamento da questão jurídica que se quer levar ao exame dos Tribunais superiores.

Inicia-se, então, a discussão sobre a natureza desse fenômeno processual e se ele estaria previsto no ordenamento jurídico nacional. Tal discussão se assoma de grande relevo eis que, quando em juízo preliminar se reconhece ausente, o prequestionamento se constitui em verdadeiro óbice à admissibilidade dos recursos de fundamentação vinculada.

Não é raro encontrar a concepção de que o prequestionamento seria um requisito especial de admissibilidade recursal, em que pese sua inexistência no texto constitucional a respaldar tal opinião. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência espelham entendimentos dissonantes sobre a problemática gerando angústia nos operadores do direito. Na ausência de texto legal a referendar a exigência, o que se tem são enunciados de Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, representados pelas de nº 282 e 356/ STF e 211/STJ, que assim tratam do instituto processual em apreço:

³ ASSIS, Araken de. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.295.

Súmula 282

É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356

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

Súmula 211

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

Alexandre Freitas Câmara, entendendo que o instituto discutido encontra-se implícito na Carta de 1988, assim se manifesta sobre a natureza jurídica do prequestionamento nos recursos excepcionais:

...estão eles sujeitos **a um requisito específico de admissibilidade, que é o prequestionamento** (da questão federal, no caso do recurso especial; da questão constitucional, no caso do recurso extraordinário). A ausência deste requisito (como, aliás, a ausência de qualquer requisito de admissibilidade dos recursos), levará a um juízo negativo de admissibilidade, impedindo-se, assim, a realização do juízo de mérito (grifei).⁴

Discordando dessa doutrina, Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha, que adotam outra concepção doutrinária sobre esse fenômeno, assim escrevem:

Não é o prequestionamento um requisito especial de admissibilidade dos recursos extraordinários. Bem assevera Nelson Nery Jr.: 'Talvez a conceituação do prequestionamento como requisito imposto pela jurisprudência tenha nascido porque a expressão vem mencionada em dois verbetes da Súmula do STF (STF 282 e 356). Evidentemente a jurisprudência, ainda que do Pretório Excelso, não poderia criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial, tarefa conferida exclusivamente à Constituição Federal'. Trata-se, na verdade, de etapa no exame de cabimento dos recursos extraordinários. É passo na verificação da incidência do suporte fático hipotético do recurso extraordinário no suporte fático concreto; é, sobretudo, exame da tipicidade do texto constitucional (sem grifos no original).⁵

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005, p. 132-133.

⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. V.3. 9. ed. Salvador: Editora Bahia: Jus Podivm., 2011, p. 261.

Com o fito de demonstrar mais nitidamente a falta de consenso entre os doutrinadores sobre essa problemática, que desemboca na jurisprudência dos órgãos judiciais de cúpula, veja-se com Nelson Nery Júnior se posiciona:

1. O prequestionamento é apenas um meio para instalar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do REsp;
2. **O prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais;**
3. **O verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do REsp é o cabimento**, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente "decididas" pelas instâncias ordinárias (CF 102 III e 105 III) grifei; [...]⁶

Araken de Assis, igualmente entendendo que o prequestionamento é matéria pertinente ao cabimento dos recursos de superposição, doutrina que:

O cabimento do recurso extraordinário se encontra fixado nas quatro letras (a, b, c e d) do art. 102, III, da CF/1988, na redação da EC 45, de 08.12.2004, que acrescentou ao rol a letra d. A essas hipóteses explícitas se acrescentam quatro condições gerais. Todas revestem os casos expressos do inciso, e, nos termos explicados, defluem do texto constitucional, a saber: (a) o esgotamento das vias recursais ordinárias; (b) o prequestionamento da questão constitucional no ato impugnado; (c) a ofensa direta ao texto constitucional; e (d) a repercussão geral da(s) questão(ões) constitucional(is) discutida(s) no recurso.⁷

Com o escopo de melhor compreender a natureza desse fenômeno processual, importante observar historicamente a sua localização na legislação pátria, o que requer traçar um rápido delineamento de sua trilha no nosso ordenamento jurídico, como será feito no próximo item.

1.2 O prequestionamento nas Constituições brasileiras

O estudo sobre o prequestionamento - com a interessante situação ora vivenciada pelo comportamento dissonante dos nossos tribunais superiores, especialmente, sobre a modalidade do

⁶ JÚNIOR, Nelson Nery. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2001. v. 4. p.856.

⁷ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p.693-694.

prequestionamento ficto - nos leva à incursão pelo aspecto histórico do instituto, examinando como esse fenômeno processual foi tratado pelas diversas Cartas Constitucionais do Brasil, a fim de identificar o seu surgimento e sua caminhada no âmbito jurídico, de forma que nos permita concluir a sua origem e se o seu fundamento de existência tem base constitucional ou seria apenas uma criação da jurisprudência pátria.

Revisitando dados históricos, descobre-se que esse fenômeno processual, surgido ao mesmo tempo que o recurso extraordinário, consoante observado no item precedente, tem origem no direito positivo dos Estados Unidos da América, é contemporâneo ao início da República brasileira, já que a Constituição de 1891, que inaugurou o regime republicano pelo rompimento com a ordem imperial, já determinava expressamente a necessidade de questionamento prévio da matéria que se pretendia levar a julgamento pela via do recurso extraordinário.

Para melhor esclarecimento, observe-se a redação das alíneas "a" e "b", do inc. III, do artigo 59 da Constituição de 1891, abaixo transcrito:

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

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

b) quando se contestar a validade de leis 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 (sem grifos no original).

Da leitura do dispositivo acima mencionado, depreende-se que para a interposição do recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal o recorrente precisava cumprir, simultaneamente, dupla exigência: questionar a validade ou a aplicação de tratados e de leis federais no tribunal estadual e demonstrar que a decisão do Tribunal tivesse sido prolatada em desconformidade com a validade do tratado ou da lei federal tratado no recurso direcionado ao STF.

Com a Constituição de 1934 passou-se a possibilitar o exercício do recurso extraordinário também na hipótese em que a decisão judicial contrariasse literal disposição de tratado ou lei federal, além da hipótese já consolidada na Carta Política anterior, de atacar pelo recurso a inaplicabilidade de lei federal. A exigência de que a matéria federal tivesse sido prequestionada foi mantida.

Veja-se como, nesse particular, determinava o texto da Carta de 1934:

Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

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

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

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

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

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

Prosseguindo no estudo, verifica-se que a Constituição de 1937 não trouxe nenhuma alteração respeitadamente ao prévio debate na instância ordinária, exigindo expressamente que a questão federal que se pretendia levar ao conhecimento da Corte Constitucional fosse questionada antes da interposição do recurso extraordinário, consoante se observa da redação do artigo abaixo reproduzido:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

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

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 da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

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

Parágrafo único - Nos casos do nº II, nº 2, letra b, poderá o recurso também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.

A polêmica em torno do instituto começou quando da promulgação da Carta de 1946 que, a par de explicitar que também o direito constitucional seria alvo de exame pelo Supremo Tribunal Federal, o que de resto já se entendia possível conquanto não houvesse menção explícita dessa hipótese no texto das Cartas anteriores, não ressaltou especificamente a imprescindibilidade do prequestionamento quando da primeira hipótese de cabimento do recurso derradeiro, ou seja, quando a decisão judicial contrariasse texto da Constituição, do tratado ou da

lei federal. Registre-se que o vocábulo “questionar” foi mantido na hipótese de cabimento encartada na letra “b”, do inciso III, do art. 101, do texto da Lei Maior, *in verbis*:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

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

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

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

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

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal (sem grifos no original).

A Constituição de 1967, juntamente com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, outorgadas durante o regime militar, mesmo a despeito da ausência de consenso sobre a imprescindibilidade do prequestionamento em decorrência da omissão da exigência no texto constitucional, não se preocupou em esclarecer tal questão, deixando passar a oportunidade e dando fôlego a polêmica.

Assim restou redigido o dispositivo constitucional atinente ao cabimento do recurso extraordinário:

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

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

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

Alfredo Buzaid, à época Ministro do Supremo Tribunal Federal, interpretou no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 96.802-4, que a ausência de menção explícita ao prequestionamento no bojo da Constituição Federal de 1967 se deveria ao fato de ter aquela Carta conferido à Corte Suprema, através do seu Regimento Interno,

determinação para processar e julgar os feitos de sua competência originária ou recursal, conforme o disposto no parágrafo único, *c*, do art. 115, da CF/1967.⁸

Pois bem. Excetuando-se a instauração do Superior Tribunal de Justiça, com a consequente divisão de competências entre esse Tribunal e o Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal de 1988 nada fez, no âmbito dos recursos constitucionais, para afastar a névoa sobre a necessidade do prequestionamento sobre a lei federal ou a matéria constitucional a ser tratada nos recursos especial e extraordinário, nessa ordem.

Abaixo, para melhor compreensão, transcrição dos dispositivos constitucionais concernentes ao assunto ora estudado:

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

(...)

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

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

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Vê-se, portanto, que mais uma vez o legislador da nova ordem constitucional deixou de se manifestar expressamente sobre a indispensabilidade de prévia discussão alusiva à questão federal ou constitucional a ser levada aos Tribunais de cúpula, dando margens para a proliferação de novas discussões respeitadamente ao tema.

As polêmicas que surgem por tal motivo não se atêm ao âmbito doutrinário, desde que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm posicionamentos

⁸ Art 115 - O Supremo Tribunal Federal funcionará em Plenário ou dividido em Turmas.
Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá:

omissis

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso;

omissis

contrapostos sobre se a interposição dos embargos de declaração, com o fito de prequestionamento da matéria, caso esta não tenha sido ventilada na decisão hostilizada, supre por si só a exigência do prequestionamento, o que faz com que os profissionais do direito, por cautela e insegurança, optem pela interposição de sucessivos recursos aclaratórios a fim de evitar que o seu recurso tenha juízo de admissibilidade negativo pela ausência de prequestionamento.

Destarte, e resumidamente, no cenário descortinado após a Carta Política de 1946, e, principalmente, com a Constituição de 1967, em que restaram suprimidas as expressões “questionado” e “questionar” nas possibilidades de cabimento do recurso extraordinário, irrompeu-se toda sorte de argumentações que, escapando das discussões doutrinárias, adentrou a jurisprudência nacional no sentido da sua pertinência e, até mesmo, perquirindo a constitucionalidade de tal instituto jurídico.

A partir desse momento, as opiniões jurídicas se dividiram em prol e contra a conservação do instituto processual em exame, seja como elemento do cabimento dos recursos excepcionais, seja como pressuposto de sua admissibilidade, chegando alguns, a exemplo de Guilherme Caldas da Cunha a afirmar que o prequestionamento não teria base constitucional: "A exigência do prequestionamento da questão federal, para ensejar o cabimento do recurso especial, imprimida pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça, é hoje, inconstitucional"⁹.

Rebatendo tal posicionamento, José Miguel Garcia Medina esclarece que possível inconstitucionalidade estaria adstrita a exigências advindas de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais diversificados, asseverando que: “Apesar de não previsto na Carta Magna, a exigência do prequestionamento encontra-se em consonância com os preceitos constitucionais que erigem o recurso extraordinário e o recurso especial”¹⁰.

Mais adiante, indica o que considera uma das exigências indevidas:

Não se quer dizer, com isso, que a exigência do prequestionamento seja inconstitucional, senão que apenas a sua imposição irrestrita leva a algumas hipóteses inconstitucionais,

⁹ CUNHA, Guilherme Caldas da. **Controle constitucional do cabimento do recurso especial**, Revista dos Tribunais, v.704, p.38.

¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 287.

como a exigência de prequestionamento mesmo que a decisão recorrida tenha se manifestado expressamente acerca da matéria. (grifos nossos)¹¹

Provavelmente, no intuito de dissipar o nevoeiro que a ausência expressa da exigência do prequestionamento no texto constitucional provoca entre os operadores de direito, e diante das inúmeras controvérsias que certamente surgiriam quanto à impossibilidade de, legalmente, acrescentar requisitos de admissibilidade aos recursos constitucionais, pois, relembre-se, os recursos de sobreposição são os únicos recursos cíveis que o legislador, em todas as Cartas Políticas brasileiras, entendeu por bem inserir no texto constitucional, o projeto do novo Código de Processo Civil, art. 1.038 da versão ora em discussão na Câmara dos Deputados, abrange, ainda que indiretamente, a questão tratada, o que pode trazer mais segurança aos que precisam interpor mencionados recursos.

Veja-se como se acha redigido o novel dispositivo:

Art. 1.038. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

É de ser ver, todavia, que essa concepção que se direciona para a adoção do prequestionamento ficto, que mais adiante será analisado, e que de alguma forma vinha encontrando guarida no seio do Supremo Tribunal Federal, está sendo modificada pela jurisprudência recente desta Corte, o qual, ao que tudo indica, está revendo o seu entendimento, segundo se constata de suas últimas decisões, aproximando-se do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, sumulado no Enunciado nº 211, daquela Corte, o qual também será examinado nas linhas abaixo.

Fiquemos, por enquanto, na análise das diferentes acepções e interpretações do vocábulo prequestionamento.

¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 297.

2 SIGNIFICAÇÕES DA EXPRESSÃO PREQUESTIONAMENTO

À medida que se avança no estudo, observam-se, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial, as intensas discordâncias no que respeita ao instituto processual objeto do presente trabalho. Diga-se, por curiosidade, que conquanto a expressão prequestionamento seja preñhe de significados no mundo jurídico, tem-se que essa palavra sequer consta dos verbetes dos dicionários mais utilizados contemporaneamente. É, pois, indiscutivelmente, figura jurídica ligada à técnica dos recursos constitucionais, quais sejam, extraordinário e especial.

Significativo também fazer constar que até a ordem constitucional estabelecida pela Carta de 1946, o comum era os doutrinadores utilizarem a expressão “não se tendo questionado” como precursora do atual vocábulo prequestionamento, o qual, segundo o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Cláudio de Almeida Santos¹², surgiu no Supremo Tribunal Federal, em 10/01/1958, no julgamento do RE 34942, cuja ementa trata literalmente da expressão em comento:

Recurso Extraordinário. A letra **a** exige o **prequestionamento** da lei, de seus preceitos, não se conhecendo do recurso quanto tal não acontece (negritei).

(RE 34942, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/01/1958, EMENT VOL-00322-03 PP-01014 EMENT VOL-00322-02 PP-01014)

Daquela época até hoje, muito se tem falado sobre o fenômeno processual em apreço, chegando-se até mesmo à discussão sobre sua validade e amparo constitucional, a exemplo do debate comentado no capítulo anterior.

Modernamente, entretanto, já não mais se fala em possível inconstitucionalidade desse fenômeno processual, tendo se firmado, diante da diversidade de entendimentos, diferentes classificações doutrinárias sobre o prequestionamento. Do mesmo modo, a jurisprudência dos Tribunais superiores, revela dissonância no conceito e razão de ser de tal instituto processual, originando, por tal motivo, grandes debates entre os operados do direito sobre a sua aplicação,

¹² SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. **Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005, p. 347-365. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8557/O_Prequestionamento_na_Doutrina_e_na_Juriprud%C3%Aancia.pdf?sequence=1 . Acessado em 17 abr. 2014.

sendo, indubitavelmente, uma das causas que mais obstaculizam o conhecimento dos recursos constitucionais.

Essa discussão ganha maior vulto quando se observa que o mesmo Tribunal de cúpula diante de dois casos jurídicos, em tudo semelhantes, pode não conhecer de um recurso porque a turma para o qual ele foi distribuído pode entender, por exemplo, que o prequestionamento pode constar implicitamente na decisão recorrida, enquanto outra pode exigir a menção expressa do dispositivo tido como violado. Mais: o próprio conceito, v.g., de prequestionamento implícito pode variar de Turma para Turma, de Tribunal para Tribunal.

Bem por isso, necessário conhecer as diferentes acepções da palavra prequestionamento para, ao final desse trabalho, poder-se apontar e argumentar a modalidade que se entende como mais benéfica ao jurisdicionado e, portanto, à efetivação da justiça, por melhor atender aos princípios da celeridade e economia processuais.

Primeiramente, há a concepção de que o prequestionamento é a atividade das partes que, previamente ao ato judicial decisório, provocou o debate acerca das indagações de índole constitucional ou infraconstitucional que, futuramente, poderão ser levadas ao exame do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, há a corrente que, desviando a essência do prequestionamento do ato dos interessados, centra-a na decisão judicial hostilizada pelo recorrente, de sorte que, independentemente de provocação, se a Corte Regional ou Estadual posicionar-se sobre determinado conteúdo de direito federal ou constitucional, prequestionada estaria a matéria a ser levada à tutela superior. Por fim, existe a visão que, somando as concepções anteriores, exige, simultaneamente, a suscitação prévia da matéria legal ou constitucional pela parte interessada e a manifestação do Tribunal local a seu respeito.

Vejamos, portanto, como se direciona as diversas correntes teóricas sobre o tema em comento.

2.1 Prequestionamento como matéria previamente arguida pelas partes

A dificuldade na aceitação do instituto do prequestionamento não se restringe à sua natureza jurídica, espalhando-se a controvérsia pela sua conceituação e interpretação, desembocando, por isso mesmo, na área da semântica.

O debate fica mais acirrado quando se sabe que o cabimento dos recursos de sobreposição está previsto nos arts. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”, e 103, III, “a”, “b” e “c”, da CF/1988 e que, devido à força normativa do texto constitucional, há impedimento intransponível para se fixar por norma de hierarquia inferior requisitos ali não previstos, excetuando-se, como se sabe, as questões procedimentais e aquelas relativas aos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal como o preparo e a tempestividade, por exemplo, que se submetem sem nenhum problema ao Código de Processo Cível ou a alguma lei extravagante.

Etimologicamente, a palavra prequestionamento é oriunda da derivação prefixal do termo “questionamento”, o qual esteve presente explicitamente nas Cartas Políticas até a outorga pelos militares da Constituição Federal de 1967, conquanto a Carta Política de 1946 já tivesse suprimido a expressão da alínea “a”, III, do seu art. 101.

Com efeito, o prefixo ‘pre’ acostado à palavra questionamento induziu parte da doutrina a entender o instituto como, necessariamente, a atividade da parte que, em momento anterior à decisão judicial, provoca o Judiciário a respeito de tema de direito constitucional ou infraconstitucional. Isso significaria, para essa corrente doutrinária, a discussão prévia de matéria jurídica suscitada pela parte, que, ao chegar às Cortes superiores, já foi devidamente apreciada pela instância recursal originária.

Assim sendo, a parte interessada teria o encargo processual de, em sede ordinária, postular o enfrentamento de determinada questão constitucional ou federal a fim de que o juízo de primeiro grau e o Tribunal local sobre ela se manifestem e, se, em sentido contrário ao que se pretende, possibilitar ao recorrente, dessa maneira, a abertura do caminho aos Tribunais superiores para que esses possam, enfim, cumprir a missão de preservarem a inteireza do direito legal ou constitucional, ou, ainda, de ambos, eis que os recursos constitucionais ostentam a particularidade de serem exceção ao princípio da unirrecorribilidade recursal.

No interior do voto no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 96.802-4, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Alfredo Buzaid assim leciona: "De feito, a apresentação das questões antes da sentença e a sua apreciação definitiva pela decisão de último grau é um problema de lógica jurídica, fundado na congruência que há de existir entre o pedido da parte e a resposta do juiz"¹³.

¹³ BRASIL. STF. RE 96802 EDv-AgR. Relator Alfredo Buzaid. Órgão Pleno, julgado em 12/05/1983.

Os que advogam a tese de que o prequestionamento é ato a ser realizado pela parte, tem como norteador o princípio dispositivo, pelo qual o julgador deve ficar adstrito às matérias suscitadas pelos interessados, não podendo violar o art. 2º do Código de Processo Civil.

Não é por outro motivo que Pedro Miranda de Oliveira assevera que:

A nosso ver, o termo prequestionamento vem sendo mal utilizado pela doutrina e pela jurisprudência. Prequestionamento é, em última análise, a matéria levantada pelas partes. O tribunal só pode decidir nos limites do pedido e da defesa. Não pode (pre)questionar absolutamente nada.¹⁴

Por outro lado, esse posicionamento encontra-se em plena conformação, ao princípio da não supressão de instância, evitando, portanto, que as Cortes Constitucional e Especial apreciem questão não decidida pelas Cortes inferiores.

Em estudo sobre a matéria, Mônica Pimenta Júdice explica que:

O instituto do prequestionamento tem como origem um fenômeno relacionado intrinsecamente às partes, em razão de suas iniciativas, a incluir seus questionamentos e digressões, a fim de submeter expressamente determinada questão federal ou constitucional à análise no curso do processo judicial.¹⁵

Todavia, há de ser levada em consideração a situação em que a parte, apesar de ter cumprido adequadamente o seu papel de alegar os dispositivos que entende terem sido ofendidos ou contrariados, ainda assim, os Tribunais Estaduais ou Regionais não enfrentam a questão, ensejando a ausência da matéria de direito federal ou constitucional na decisão recorrida.

Ora, assim sendo, não haverá a concretização do elemento prequestionador, tampouco se configurará qualquer das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários, *lato sensu*, haja vista a não existência de matéria de cunho federal ou constitucional controvertida a ser resolvida pelos Tribunais de cúpula.

Nesse caso, cabe à parte a interposição dos embargos de declaração para sanar eventual omissão que possa obstaculizar a via dos recursos de sobreposição, deixando transparecer, pelo provimento dos embargos, a matéria de natureza legal ou constitucional que,

¹⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda. Ainda sobre o prequestionamento, os embargos de declaração e a Súmula 211 do STJ. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 65, 2008, p. 77.

¹⁵ JÚDICE, Mônica Pimenta. A divergência do entendimento das Cortes superiores sobre prequestionamento e seus desdobramentos. **Revista de Processo**, Ano 37, vol. 214, dez/2012, p.350.

de qualquer forma, teria sido prequestionada anteriormente à decisão embargada. O fato de não aparecer no acórdão original seria resultado tão-somente do vício da omissão, de forma que o dever do órgão julgador preexistiria ao *decisum* hostilizado.

Contudo, mesmo interpondo o recurso aclaratório, não raras vezes o tribunal de origem deixa de abordar a questão ao argumento de que não cabem embargos de declaração com propósito prequestionador ou de que não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações do recorrente.

Luiz Fux, na atualidade Ministro da Corte Suprema, comenta que “A promiscuidade na utilização dos embargos de declaração suscita preconceitos contra o recurso, por vezes imerecido”¹⁶. É que, por insegurança, haja vista mesmo a divergência de entendimento jurisprudencial entre as Cortes superiores no que respeita aos embargos de declaração, ou, ainda, no intuito de ganhar prazo para recorrer ao STF e ao STJ, muitos advogados interpõem o recurso visando, unicamente, ao benefício do seu efeito interruptivo.

Conquanto o número de embargos de declaração protelatórios seja muito alto, a verdade é que esse recurso é o único possível, graças à sua natureza integrativa, a preencher possível lacuna na decisão judicial que possa impedir a subida dos recursos extraordinário e especial às instancias superiores.

Aqui, mais uma vez, abre-se intenso debate sobre a razão dos embargos prequestionadores, e mesmo se haveria uma espécie recursal autônoma que tivesse como escopo a realização do requisito do prequestionamento. No último capítulo dessa monografia teremos a oportunidade de discorrer com mais vagar sobre esse assunto, sendo certo que, como bem conclui Élio Wanderley de Siqueira Filho:

Entretanto, é bem sabido que não cabe na via embargatória a inovação. Se, ao longo do debate processual instaurado, não se tratou da violação dos dispositivos legais e constitucionais, não é possível, agora, quando já houve julgado de única ou de última instância sobre o litígio, reabrir-se a discussão com um dado novo.¹⁷

¹⁶ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2008, v.1, p.870.

¹⁷ FILHO, Élio Wanderley de Siqueira. Do prequestionamento. **Revista dos Tribunais**. Ano 80, vol. 673, nov/1991, p. 39.

Ou seja, o prequestionamento será sempre uma medida anterior à decisão que se quer impugnar, não havendo razão para imaginar como possível novas atribuições à espécie recursal dos embargos de declaração que não aquelas elencadas no art. 535, do CPC.

São inúmeros os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a espancar o pensamento de que tal recurso possa servir a questionamentos originários. A título de exemplificação, atentando-se que o entendimento permanece o mesmo no curso dos anos, citam-se os arestos a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PREQUESTIONAMENTO INAUGURAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.

A petição de agravo regimental não impugnou todos os fundamentos da decisão agravada. Nesses casos é inadmissível o agravo, conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal. Precedente. De qualquer forma, **a violação aos dispositivos constitucionais tidos por violados foi suscitada de modo inaugural nos embargos declaratórios opostos ao acórdão impugnado, o que não atende ao requisito do prequestionamento.** Precedente. A decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. Note-se que “não se pode dizer não fundamentado o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeira instância, incorporados como razão de decidir e, por isso, a confirma”. Precedentes. O Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento (destaquei).

(BRASIL. STF. RE 783752 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG **24-02-2014** PUBLIC 25-02-2014)

EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULAS 282 E 356/STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DO RELATOR. EXAME DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Questão constitucional não levada ao conhecimento do Tribunal de origem no momento processual oportuno. Aplicação das Súmulas 282 e 356/STF, segundo as quais “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. O artigo 93, IX, da Constituição Federal exige que o órgão jurisdicional explicita as razões do seu convencimento, ainda que sucintamente. O relator tem competência para reexaminar o juízo de admissibilidade emitido pelo Tribunal de origem e para apreciar, desde logo, o mérito do recurso extraordinário. Agravo regimental conhecido e não provido (negritei).

(AI 665497 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em **08/05/2012**, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 22-05-2012 PUBLIC 23-05-2012)

NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, SE A TESE RELATIVA AO APONTADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL, AINDA QUE ADOTADA SÓ SERVE PARA DESTRUIR UM DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO SUBSTITUINDO O OUTRO APOIADO NA PROVA E QUE INDEPENDE DAQUELE. ALEGAÇÃO ABANDONADA PELA PARTE AO APELAR, E QUE ASSIM NÃO FOI OBJETO DE ACÓRDÃO, NÃO PODE RESSURGIR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RENUNCIA DA HERANÇA E CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS EM SUCESSÃO ABERTA. DISTINÇÃO. O ART. 1583 DO COD. CIVIL REFERE-SE A RENUNCIA DA HERANÇA (grifei).

(RE 18194, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/1951, DJ 26-10-1953 PP-*****)

AGRAVO REGIMENTAL. MULTA ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. CABIMENTO. QUESTÃO SUSCITADA APENAS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. CABIMENTO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTOS CONSTANTES NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF.

1. Se o acórdão recorrido não possui nenhum dos vícios do art. 535 do CPC e os embargos de declaração são protelatórios, é cabível a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

2. O Tribunal a quo não é obrigado a enfrentar questão levada a seu exame apenas nos embargos de declaração, pois a parte não objetiva corrigir imperfeições do julgado, mas levar questão nova ao exame tardio do tribunal.

3. A parte pode interpor recurso antes da publicação da decisão recorrida quando tenha efetivo conhecimento do inteiro teor da decisão judicial, ainda que não tenha sido intimada formalmente.

4. Tendo a decisão agravada utilizado dois fundamentos suficientes por si sós para sua manutenção do julgado, deve a parte recorrente, na via do recurso especial, impugnar ambos sob pena de incidir o apelo no óbice previsto na Súmula n. 283/STF.

5. É inadmissível a análise de questão federal que não foi prequestionada.

6. Agravo regimental desprovido (grifei).

(AgRg no Ag 1023738/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe **02/02/2011**)

ICM. CREDITAMENTO CORRESPONDENTE A DIFERENÇA DE ALIQUOTAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. QUESTÃO RESOLVIDA PELO ACORDÃO IMPUGNADO SOB PRISMA CONSTITUCIONAL, E NÃO INFRACONSTITUCIONAL. **PREQUESTIONAMENTO TARDIO DO PARAGRAFO 1. DO ART. 3. DO D. LEI 406/68.**

AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (grifei).

(AgRg no Ag 20.391/SP, Rel. MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/1992, DJ **15/06/1992**, p. 9251)

Segue-se, pois, o argumento de que o prequestionamento deve ser ventilado nas razões da apelação ou das contrarrazões ao recurso, momento oportuno para provocar o Tribunal local a se manifestar sobre a questão, repudiando-se a interposição de embargos de declaração com objetivos de, pela primeira vez, abordar questão de cunho federal ou constitucional.

É que a noção de prequestionamento, sob qualquer ângulo abordado, encontra-se vinculada à finalidade do agir em grau recursal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que não é, evidentemente, a instauração de mais uma instância revisora.

O rigor no juízo de admissibilidade dos recursos constitucionais justifica a importância da interposição dos embargos de declaração, pois, dada a sua capacidade integrativa, por ele se pode concretizar uma das hipóteses do cabimento do recurso extraordinário, *lato sensu* assim considerados, como previsto nos arts. 102, III, e 105, III, e letras, da Carta Política de 1988, porquanto a causa estaria decidida de forma definitiva no Tribunal inferior, evitando, assim, qualquer óbice processual a impedir o trâmite dos recursos destinados às instâncias superiores.

Necessário manter fixa a ideia de que tais Tribunais apenas examinam as decisões nos campos da legalidade, da conformidade ao texto constitucional e da uniformização da jurisprudência, da forma como estabelecido nos dispositivos retro mencionados, não sendo a sede adequada para o revolvimento de questões de fato ou o reexame de matérias de prova, de acordo com o óbice constante da Súmula 279 do STF, assim como da Súmula 7 do STJ, as quais se encontram assim redigidas:

Súmula 279

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 7

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

2.2 Prequestionamento como causa decidida

Pode-se dizer que é a natureza jus-política dos recursos extraordinário e especial, constituindo-se, como já observado no capítulo anterior, em modalidade de recursos *sui generis*, que dá azo a discussões como a enfrentada no presente trabalho, uma vez que se advoga tanto a

constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade do prequestionamento como condição de admissibilidade dos mencionados recursos.

Para além da provocação da parte, doutrinadores há que concebem o prequestionamento como simples meio para que a questão federal ou constitucional, objeto de um possível recurso constitucional, seja afluída na decisão do Tribunal originário. Para os que assim entendem, basta, para o cumprimento do pressuposto processual, que referida *quaestio juris* conste do acórdão recorrido, quer tenha sido ou não suscitada pela parte.

Araken de Assis, ultrapassando a mera análise vernacular, é categórico ao afirmar que: “Encontra-se prequestionada a questão decidida, e, portanto, a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário requer pronúncia explícita do órgão judiciário”¹⁸. Adiante, analisando a propriedade da aplicação do enunciado nº 356 da Súmula da Jurisprudência Predominante do STF, esclarece:

Daí porque a ausência de prequestionamento não decorre da inércia de a parte interpor os embargos declaratórios, como sugere a frase interpolada da Súmula 356 (“...sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios...”), mas de outro dado singelo: a falta de decisão quanto à questão constitucional (grifei).¹⁹

Pela concepção ora examinada, o prequestionamento será atendido caso a matéria tenha sido objeto do acórdão hostilizado, ainda que a parte não tenha jamais suscitado aquela matéria. Diferentemente, se o recorrente não provocar o órgão julgador sobre a matéria e, por tal motivo, a questão deixar de compor o pronunciamento judicial. Nesse caso, não terá cabimento nenhum dos recursos extremos pelo simples fato de que não existe "causa decidida em única ou última instância" nos exatos termos dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição da República.

Isso porque ao se exigir que a causa esteja decidida, exige-se, por elementar, que o Tribunal originário tenha se pronunciado sobre aquela causa específica para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possam sobre ela se manifestar.

Noutro dizer, o que importa é se a causa foi devidamente examinada no Tribunal de origem sem que, dessa decisão, caiba mais nenhum outro recurso no âmbito local.

Registre-se que muitos profissionais interpõem recurso extraordinário ou especial quando cabível, ainda na instância originária, embargos infringentes, motivo que leva a

¹⁸ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 604.

¹⁹ Ibid. p. 608.

inadmissibilidade do recurso, uma vez que a questão a ser levada às Cortes de sobreposição deixou de ser apreciada em última instância pelo Corte local.

Nesse sentido, a Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

O Superior Tribunal de Justiça também sumulou a questão, através do enunciado nº 207, cujo conteúdo informa: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

Retornado ao prequestionamento como causa decidida, é correto asseverar que a jurisprudência predominante dos referidos Tribunais ressoa a corrente ora comentada, conforme se pode averiguar das ementas de julgado abaixo reproduzidas:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO CRIMINAL. ROUBO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE NULIDADE DO PROCESSO, PORQUE NÃO REALIZADO O ATO DE RECONHECIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. MATÉRIA APRECIADA À LUZ DA MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA A PRECEITO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. CONVERSÃO DOS EMBARGOS EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES. RECURSO NO QUAL É SUSTENTADA A OBSERVÂNCIA DO REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL E CUIDAR DE OFENSA DIRETA A PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

4. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem, respectivamente, verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

5. **O Supremo Tribunal Federal reafirmou a constitucionalidade do prequestionamento como requisito para admissibilidade e conhecimento do extraordinário, ainda que se trate de matéria constitucional. Anotou-se que a antiga e firme jurisprudência desta Corte reputa a exigibilidade do prequestionamento como sendo da própria natureza do recurso extraordinário, que somente é cabível nas causas decididas em única ou última instância e se verificada a presença das hipóteses previstas nas alíneas “a” a “d” do inciso III do artigo 102 da Constituição. Isso porque o Tribunal não se converte em terceiro grau de jurisdição, mas se detém no exame do acórdão recorrido, para assentar se o tema constitucional recebeu correta interpretação. Daí a necessidade de que no julgamento impugnado se tenha discutido a questão constitucional ou, se omissivo o acórdão, seja este integralizado por meio de embargos declaratórios, possibilitando, assim, fazer a correlação entre o que decidido na origem e o arguido nas razões extraordinárias.** Precedentes: Agravo regimental em agravo de instrumento nº 140.623-2/RS e RE nº 210.638/SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence; RE (AgRg) nº 567.165,

Relator Ministra Ellen Gracie; AI (AgRg) 836.359, relator Ministro Dias Toffoli; RE nº 128.518, relator Ministro Marco Aurélio, iter alia (grifo nosso).

(...)

(ARE 680718 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 144 DA LEI Nº 8.213/1991. **FALTA DE PREQUESTIONAMENTO**. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. DATA DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.528/1997, QUE ALTEROU O ART. 103 DA LEI Nº 8.213/1991. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM A NOVA ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA NA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. AÇÃO REVISIONAL AJUIZADA ANTES DE CONSUMAR O PRAZO DECENAL. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

1. Conforme afirmado na decisão agravada, o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre o art. 144 da Lei nº 8.213/1991, cuja ofensa se aduz, não sendo possível a flexibilização de tal requisito, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece como condição para a interposição do recurso especial a presença de "causa decidida" em única ou última instância, conforme se extrai do seu art.105, inciso III (grifo nosso).

(...).

(AgRg no REsp 1243820/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013)

Da leitura dos arestos acima transcritos, pode-se concluir que a corrente doutrinária que entende o prequestionamento como a causa decidida pelo Tribunal de origem é a que foi acolhida pelos Tribunais de sobreposição, os quais deixam transparecer em seus julgados que o fenômeno processual encontra sua razão de ser na emissão de juízo sobre a questão jurídica tratada no aresto impugnado, e não na mera provocação da matéria pelo interessado.

Assunto instigante nessa seara, que merece um olhar mais atento, é apresentado por José Miguel Garcia Medina, que faz a distinção entre a existência de questão federal ou constitucional no bojo do ato jurídico recorrido e o prequestionamento dessa questão.²⁰

Esse autor parte da premissa de que a questão, para ser conhecida nos recursos derradeiros, obrigatoriamente, deverá estar presente no acórdão recorrido, sob pena de não restar matéria capaz de atrair a competência, em nível recursal, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a imposição contida nos arts. 102, III, e 105, III, da atual Carta Republicana. Mas, adverte, essa questão pode surgir a partir da postulação da parte ou, simplesmente, emergir da decisão judicial sem que tenha havido nenhum pedido para a sua apreciação. Para o doutrinador, nessa última hipótese não teria havido o prequestionamento, pois,

²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.209.

segundo o seu pensar, apenas a parte pode realizar esse instituto processual. Entretanto, e aqui está o diferencial da sua teoria, a causa estaria pronta para ser recepcionada pelo órgãos de cúpula, haja vista ter sido discutida no aresto recorrido.

Diante de tal argumentação, o prequestionamento seria sempre atividade das partes, pois decorrente da controvérsia erigida pelos próprios litigantes anteriormente à prolação da decisão judicial. Todavia, não seria o prequestionamento em todas as hipóteses elemento do cabimento dos recursos extremos, pois se a decisão atacada, a despeito da não provocação das partes, ainda assim, trazer matéria federal ou constitucional, preenchido estará o cabimento de tais recursos, ainda que, repita-se, a parte interessada não tenha suscitado a questão.

O interessante da interpretação realizada por Garcia Medina está em ressaltar que não é meramente a iniciativa da parte que deve ser valorizada, mas sim, a questão invocada nos recursos extraordinário e especial, ou seja, é preciso saber se tal questão possui dignidade de ser apreciada pelas Cortes superiores, na conformidade com o disposto nos arts. 102, III, e 105, III, da Carta Política de 1988. Essa compreensão doutrinária coloca em relevo a ideia de que o STF e o STJ possuem competência recursal, exclusivamente, com o objetivo de zelar pelo cumprimento da Constituição e manter íntegro o direito positivo federal, respectivamente.

Para melhor apreensão desse escólio, veja-se como o doutrinador acima mencionado soluciona a problemática:

Diferenciamos, assim, a *questão federal* ou *constitucional* do *prequestionamento* da referida questão. A questão, federal ou constitucional, por imposição da Constituição Federal, obrigatoriamente, deverá fazer-se presente na *decisão recorrida*. Essa situação, contudo, convém ressaltar, é posterior à ocorrência do prequestionamento, que ocorre *antes* da decisão que se pronuncia a respeito da questão constitucional ou federal. Discordamos, por tais razões, *data máxima venia*, da corrente doutrinária e jurisprudencial que concebe o prequestionamento como ocorrência que se dá *na decisão recorrida*.²¹

Em análise mais aprofundada, observa-se que essa visão, conquanto singular, não destoa da essência da corrente ora examinada, pois embora tendo a preocupação de isolar o que entende como prequestionamento, destaca que é a *quaestio*, constitucional ou federal, que deve ter presença garantida no ato judicial recorrido para que se abra a via dos recursos extremos.

²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **O Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e aos seu processamento**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.209.

2.3 Prequestionamento como o binômio ‘provocação’ versus ‘enfrentamento do tema’

Essa corrente doutrinária e jurisprudencial considera que o fenômeno do prequestionamento ocorre quando, concomitantemente à provocação da parte, haja, necessariamente, o enfrentamento do tema por parte do tribunal de origem.

Dessa forma, para os que adotam esse entendimento, caso o exame da questão, federal ou de ordem constitucional, tenha sido pedido pela parte, mas o tribunal local dela não tratar, não teria havido o cumprimento desse requisito especial.

Athos Gusmão Carneiro comentando esse segmento, assim leciona:

Todavia, para que uma determinada questão seja considerada como **prequestionada**, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido **decidida**, e decidida manifestamente (não obstante se possa considerar prescindível a expressa menção ao artigo de lei). Grifos do original.²²

Adotando igual pensamento, Alfredo Buzaid, ainda no voto do ARE nº 96.802-4, já citado neste trabalho no item pertinente à Constituição de 1967, fez um apanhado histórico sobre a origem do prequestionamento, vinculando-o ao *writ of error* do direito americano que, como já observado, exerceu influência na instauração do recurso extraordinário brasileiro, afirmando não bastar ao cumprimento do requisito do prequestionamento a simples alegação por parte do recorrente, mas que, conjuntamente à postulação, a decisão tida por violadora do direito federal ou constitucional tenha sido resolvida pelo Tribunal local.²³

Pela clareza e didatismo ao expor suas razões, após realizar um estudo comparativo entre o direito brasileiro e o norte-americano no que tange ao prequestionamento como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, transcreve-se adiante trecho do voto em comento:

A idéia do prequestionamento tem sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte americana, de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu das decisões da Justiça Estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de *writ of error*. Coolley observa que “ é essencial para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflitos entre Estados e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com

²² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.31.

²³ BRASIL. STF. RE 96802 EDv-AgR. Relator Alfredo Buzaid. Órgão Pleno, julgado em 12/05/1983.

referência a ela fique com os tribunais da União, e como tais questões devem surgir frequentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pelo *Judiciary Act* deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a equidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca de tratado, lei, ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde se questiona sobre a validade de uma lei ou ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado segundo a Constituição, tratado ou lei federal, ou ato feito ou autoridade feita pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade reclamado por qualquer das partes om base na Constituição, tratado lei ato ou autoridade”. (Cf. Coolley, *A treatise of Constitutional limitations*, 6. ed., Boston, 1890, p. 18-9).

A doutrina prevalente nos Estados Unidos é que a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Não basta, pois, alegá-la no *writ of error*. É o que ainda ensina Coolley “ Mas para autorizar a reforma sobre aquela lei (Lei Judiciária de 1789), força é que conste dos autos, ou expressamente, ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no Tribunal do Estado e aí foi rejeitada (grifei) (Coolley, ob. Cit., p.19)

Por fim, e não menos importante, a redação do acórdão, que foi lavrado no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, deixa nítida a imperiosidade de conjugar o esforço da parte, em postular o exame da questão, e a manifestação do tribunal estadual ou regional, justificando, pois, a teoria analisada:

1. Constitucional. **O prequestionamento supõe não apenas que, na petição de recurso a parte vencedora mencione os cânones constitucionais violados, mas que a matéria tenha sido ventilada e discutida no Tribunal “a quo”, onde ficaram vulnerados.**
2. O recurso extraordinário é um meio de impugnação cujas condições e motivos estão expressamente designados no artigo 114 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário.
3. Inteligência do prequestionamento. Direito comparado.
[...]

Esse posicionamento é consentâneo ao que se pode depreender da inteligência do art. 59, 3, §1º, *a*, da Constituição de 1891, analisada no presente trabalho quando do estudo sobre a evolução histórica do instituto do prequestionamento, eis que para o reconhecimento dessa condição de admissibilidade recursal havia, claramente, a determinação de duas exigências concomitantes, quais sejam, que a parte questionasse a ordem jurídica federal, por primeiro, e, em seguida, que houvesse, no *decisum*, contrariedade à sua validade, como se pode deduzir da redação do dispositivo comentado, *in verbis*: “**quando se questionar** sobre a validade, ou a

aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela (destaque acrescentado)”.

3. ESPÉCIES DE PREQUESTIONAMENTO RECONHECIDAS PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

De igual forma com o que ocorre com a natureza jurídica do prequestionamento, e suas diversas definições pela doutrina, também existe intenso debate sobre as diferentes modalidades desse instituto processual. E, ao contrário do que se poderia imaginar, tais discussões não são meramente acadêmicas, haja vista que, dependendo da Turma de um dos Tribunais Superiores, ou mesmo de que Tribunal se estiver falando, um recurso excepcional pode deixar de ser admitido sob o argumento de não estar presente o instituto processual do prequestionamento, máxime, destaque-se, no tocante ao entendimento do prequestionamento implícito, explícito, duplo e ficto, como adiante se verificará.

3.1 Prequestionamento implícito

De se dizer, inicialmente, que há duas concepções doutrinárias e jurisprudências sobre essa modalidade, as quais naturalmente repercutem na espécie do prequestionamento explícito.

Pela primeira configuração, entende-se implícito o prequestionamento quando, a despeito de o ato judicial não apontar o dispositivo controvertido, de direito federal ou constitucional, houver a discussão do conteúdo jurídico da norma tida como violada.

Analisando as decisões do Superior Tribunal de Justiça, quanto a esta modalidade, constata-se que essa Corte é unânime em admitir o recurso especial quando a tese jurídica restou decidida pelo Tribunal *a quo*, independentemente de constar ou não a citação do artigo de lei no acórdão recorrido, pois o que se valoriza é a discussão do conteúdo jurídico da norma tida como violada. Assim fazendo, restará decidida a causa, dando ensejo, por conseguinte, à abertura da instância especial, nos termos do art. 105, III, da Carta Maior de 1988.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ARTS. 463, I E II, 467, 468, 475 -G E 485, V, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CONTEÚDO NORMATIVO NÃO DEBATIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO COMO PONTO OMITIDO NO RECURSO ESPECIAL. **INEXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO**. EXCESSO DE EXECUÇÃO. AFERIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

1. Apesar de rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão do ora agravante. É de salientar que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório o caráter de infringência do julgado.

2. A matéria tratada nos arts. 463, I e II, 467, 468, 475-G e 485, V, todos do Código de Processo Civil não foi objeto de apreciação no acórdão recorrido, nem foi alegada, no recurso especial, a existência de omissão em relação a esse ponto.

3. **Não é exigido o prequestionamento explícito, mas é necessário que o conteúdo normativo dos artigos indicados no recurso especial tenha sido objeto de debate pelo Tribunal de origem, a despeito de serem eles mencionados ou não, o que, entretanto, não ocorreu no caso concreto** (original desprovido dos destaques).

...

(AgRg no REsp 1127517/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER MANIFESTAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. ARTS. 618, INC. I, 739-A, § 3º, 586 e 730 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental dado o caráter manifestamente infringente da oposição, em observância ao princípio da fungibilidade recursal.

2. **Na forma dos precedentes desta Corte Superior, é "(...) desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no *decisum* (destaques acrescentados)"** (AgRg no REsp 1.127.411/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 23/3/2010).

....

(EDcl no REsp 1334142/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 02/12/2013)

Diferentemente ao entendimento da Corte Especial, o Supremo Tribunal Federal, se posiciona, quase sempre, no sentido que não se pode vasculhar a decisão recorrida buscando encontrar o dispositivo constitucional vulnerado, devendo a parte, caso o acórdão não indique o dispositivo constitucional, embargar de declaração para fazê-lo constar expressamente em tal aresto, rejeitando, portanto, o prequestionamento implícito, como entende a primeira corrente acima explicitada, consoante se verifica das seguintes ementas:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – POSTULADO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA – ALEGAÇÃO DE OFENSA DIRETA – INOCORRÊNCIA – LIMITES OBJETIVOS – TEMA DE DIREITO PROCESSUAL – MATÉRIA

INFRACONSTITUCIONAL – VIOLAÇÃO OBLÍQUA À CONSTITUIÇÃO – SUPOSTA TRANSGRESSÃO AO PRECEITO CONSTITUCIONAL INSCRITO NO ART. 100 – **AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO** – PRETENDIDA APLICAÇÃO, AO CASO, DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 – DESRESPEITO À NORMA INSCRITA NO ART. 321 DO RISTF – INCOGNOSCIBILIDADE DO APELO EXTREMO – RECURSO IMPROVIDO.

- Se a discussão em torno da integridade da coisa julgada reclamar análise prévia e necessária dos requisitos legais, que, em nosso sistema jurídico, conformam o fenômeno processual da “res judicata”, revelar-se-á incabível o recurso extraordinário, eis que, em tal hipótese, a indagação em torno do que dispõe o art. 5º, XXXVI, da Constituição – por supor o exame, “in concreto”, dos limites subjetivos (CPC, art. 472) e/ou objetivos (CPC, arts. 468, 469, 470 e 474) da coisa julgada – traduzirá matéria revestida de caráter infraconstitucional, podendo configurar, quando muito, situação de conflito indireto com o texto da Carta Política, circunstância essa que torna inviável o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. - 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. - **Revela-se insuscetível de conhecimento o recurso extraordinário, sempre que a petição que o veicular não contiver a precisa indicação do dispositivo constitucional autorizador de sua interposição ou, então, não aludir ao preceito da Constituição alegadamente vulnerado pela decisão recorrida. Precedentes** (grifos acrescidos).

(RE 681953 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 08-11-2012 PUBLIC 09-11-2012)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PETIÇÃO DE ENCAMINHAMENTO E RAZÕES. **No recurso extraordinário, o recorrente deve indicar o permissivo constitucional que o respalda e o preceito da Carta da República infringido na prolação do acórdão impugnado.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PREQUESTIONAMENTO - CONFIGURAÇÃO - RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido empolgada pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal “a quo” não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente (negritei).

(AI 304660 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 22/05/2001, DJ 29-06-2001 PP-00041 EMENT VOL-02037-10 PP-02125)

Fácil perceber, portanto, que o Supremo Tribunal Federal adota postura rígida concernentemente à necessidade de o aresto combatido ter expressamente mencionado o artigo da Constituição que se que levar a debate na sede extraordinária, tornando inviável o recurso extraordinário na hipótese de a decisão recorrida não mencionar explicitamente o preceito constitucional violado.

Devido às orientações jurisprudenciais discordantes é que, por cautela, são interpostos os embargos de declaração a fim de deixar clara a questão controvertida. Por essa razão, Athos Gusmão Carneiro, recomenda o recurso disciplinado no art. 545, do CPC, afirmando: “Difícil, acrescentemos, é conceituar com precisão o que se deva entender como prequestionamento implícito, e esta dificuldade indica ao advogado, em casos tais, a alta conveniência na interposição dos embargos de declaração”²⁴.

Pela segunda concepção, menos utilizada, o prequestionamento implícito se caracteriza quando o tema jurídico tivesse sido discutido no primeiro grau, mas dele não tratasse o acórdão impugnado, motivo pelo qual se perceberia a rejeição implícita da questão de direito federal o constitucional.

3.2 Prequestionamento explícito

Sobre essa modalidade, têm-se, da mesma forma que a anterior - pois que uma significa o reverso da outra - entendimentos doutrinários divergentes, os quais refletem na construção da jurisprudência dos Tribunais de cúpula.

Primeiro, considera-se prequestionamento explícito quando o acórdão recorrido expressamente se manifesta sobre o dispositivo legal ou sobre o texto da constituição. Para alguns, também é chamado de prequestionamento numérico, justamente por exigir que se indique o artigo do direito federal ou constitucional que se alegará maculado.

Segundo, há os que entendem que explícito é o prequestionamento quando o tema jurígeno foi examinado pela decisão hostilizada de maneira clara e incontroversa, amparando-se no fundamento que o que se faz necessário não é a indicação da norma legal, mas sim a decisão da *quaestio iuris* a fim de se fazer o confronto e o enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional.

Quer parecer que a aceitação do prequestionamento implícito, na concepção que o entende como presente quando o tema foi definitivamente julgado pelo Tribunal de origem, sem, contudo mencionar a norma que incidiria no caso concreto, é similar em significação à segunda corrente do prequestionamento explícito, na concepção contida no parágrafo precedente.

²⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98**. São Paulo: Ed. Rt, 1999, p.108.

O que preocupa, todavia, não é a simples discussão doutrinária, eis que se pode ter apenas distinção de conceito, mas a substância ser igual. O perigo real é quando determinada Turma que compõe o STJ ou o STF deixa de admitir um recurso excepcional que seria, sem nenhuma controvérsia, admitido por outra Turma em razão da desigualdade de posicionamentos entre os membros daquelas Cortes.

Conhecedor de situações assim é que o Poeta e Jus-filólogo, Cansação das Alagoas, assim definido por Francisco Cláudio de Almeida Santos, em obra já referida na presente monografia, teoriza: “Por ser causa de injustiça e trazer muito tormento eu proclamo com ardor: Delenda prequestionamento”.²⁵

Sem a veemência de Cansação das Alagoas, mas sabendo das injustiças que podem ser cometidas pelo desentendimento dos Tribunais de sobreposição sobre essa questão, é que Teresa Arruda Alvim Wambier sugere a fungibilidade de entendimento entre os órgãos recursais de nível extraordinário para minorar a vulnerabilidade das partes, que pela dinâmica dos julgamentos desses órgãos podem ser seriamente prejudicadas pela alteração de entendimento sobre o que é prequestionamento²⁶.

3.3 Prequestionamento ficto

Para os adeptos dessa modalidade, restaria cumprida a exigência do prequestionamento quando, interpostos embargos de declaração no intuito de sanar omissão pelo Tribunal de origem que não se manifestou sobre determinado tema jurígeno, esse Tribunal resistisse em apreciar tal questão.

A postura do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, com pequenas dissonâncias, sempre foi no sentido de aceitar prequestionada a matéria na hipótese acima

²⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. **Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005, p. 1. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8557/O_Prequestionamento_na_Doutrina_e_na_Jurprud%C3%Aancia.pdf?sequence=1 . Acessado em 17 abr. 2014.

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 220.

exposta, como se pode verificar do aresto a seguir colacionado, julgado ainda em 14/04/1998, e transcrito, na parte que interessa ao presente trabalho, *ipsis litteris*:

EMENTA : I. RE: PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA 356. O QUE, A TEOR DA SÚMULA 356, SE REPUTA CARENTE DE PREQUESTIONAMENTO É O PONTO QUE, INDEVIDAMENTE OMITIDO PELO ACÓRDÃO, NÃO FOI OBJETO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO; **MAS, OPOSTOS ESSES, SE, NÃO OBSTANTE, SE RECUSA O TRIBUNAL A SUPRIR A OMISSÃO, POR ENTENDÊ-LA INEXISTENTE, NADA MAIS SE PODE EXIGIR DA PARTE, PERMITINDO-SE-LHE, DE LOGO, INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRE A MATÉRIA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E NÃO SOBRE A RECUSA, NO JULGAMENTO DELES, DE MANIFESTAÇÃO SOBRE ELA.**

...
(RE 210638, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **Primeira Turma**, julgado em 14/04/1998, DJ 19-06-1998 PP-00011 EMENT VOL-01915-03 PP-00520 negritei)

Tendo a Primeira Turma consolidado o seu posicionamento no RE 210638/SP, no ano seguinte, a Segunda Turma, após calorosa discussão, findou por adotar o mesmo posicionamento daquele órgão fracionário, ao argumento de que o interessado, que no caso em comento apresentou a temática constitucional desde a inicial, tendo-a reiterado nas contrarrazões do recurso especial, agitado pela parte adversa, assim como nas razões dos embargos de declaração interpostos da decisão do STJ e, finalmente, nas razões do extraordinário, teria realizado todos os atos necessários e tecnicamente exigíveis a fim de que a *quaestio* chegasse àquela Corte.

A pacificação do tema, na Segunda Turma, deu-se no julgamento do RE 208639/RS, que restou assim ementado:

EMENTA: Prequestionamento, afastado o óbice da súmula 282. Tema constitucional debatido (art. 155, § 2º, IX, "a"). ICMS sobre mercadoria importada. Fato gerador: desembaraço aduaneiro. Recurso conhecido e provido.

(BRASIL. STF. RE 208639, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, **Segunda Turma**, julgado em 06/04/1999, DJ 04-02-2000 PP-00010 EMENT VOL-01977-02 PP-00195 grifei)

Finalmente a questão foi levada ao Tribunal Pleno que, analisando o RE 219934/SP, uniformizou o entendimento no sentido de que a matéria estaria devidamente prequestionada, para fins de interposição do recurso extraordinário, se a parte ingressar com os competentes embargos de declaração para, suprimindo a omissão, o tribunal de origem decidir o argumento

constitucional. Dessa maneira, a questão constitucional estaria prequestionada ainda que por ficção jurídica, pois não se poderia sacrificar a parte pela não manifestação do tribunal mesmo que provocado para tanto.

Como sói ocorrer nas decisões que tem por base o instituto processual do prequestionamento, aqui também haverá dissonância de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, o qual jamais aceitou o prequestionamento na modalidade ficta.

Citam-se abaixo ementas de julgados, proferidos em décadas diversas, a fim de dar maior nitidez à uniformidade da Corte Especial quanto à rejeição do prequestionamento ficto:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. DEC. ESTADUAL 10.251/1977. SUM. 7/STJ.

1. SEM O EXAME DO PADRÃO LEGAL APONTADO COMO CONTRARIADO, NÃO SE CONSUBSTANCIA O NECESSARIO PREQUESTIONAMENTO.
2. REJEITADOS OS EMBARGOS DECLARATORIOS, EM SE JULGANDO PREJUDICADA PELA INCOMPLETUDE DO ACORDÃO, COMPETE A PARTE INTERESSADA INTERPOR RECURSO ESPECIAL CALCADO EM VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, CPC. **O DENOMINADO "PREQUESTIONAMENTO FICTO" SUBVERTE O ITER PROCESSUAL, AO TEMPO EM QUE SURPREENDE A PARTE ADVERSA, SUPRIMINDO-LHE A PRERROGATIVA DO CONTRADITORIO, FORÇANDO A CORTE SUPERIOR A APRECIAR TEMA INEDITO.**
3. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL INDEMONSTRADA.
4. O EXAME DE ASPECTOS FACTUAIS OU DE CIRCUNSTANCIAS PROBATORIAS, RESERVADO AS INSTANCIAS ORDINARIAS, NÃO SE AMOLDAM A VIA ESPECIAL (SUM. 7/STJ).
5. RECURSO NÃO CONHECIDO (destaques acrescentados).

(REsp 107.455/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/1997, DJ 10/11/1997, p. 57706)

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO. ARTS. 196 E 197 CTN. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. OFENSA AO ART. 56 DA LEI ESTADUAL 11.580/96 (RICMS/PR). SÚMULA 280/STF. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ.

1. Não se conhece de Agravo Regimental que deixa de impugnar os fundamentos da decisão atacada. Incidência da Súmula 182/STJ.
2. No caso, a Agravante não infirmou a aplicação da Súmula 280/STF.
3. **Ainda que assim não fosse, o recurso não prosperaria, já que o Superior Tribunal de Justiça não tem admitido o prequestionamento ficto e o recorrente, não obstante tenha oposto os Embargos Declaratórios na origem, deixou de suscitar a violação ao art. 535 do CPC.**
4. Agravo Regimental não conhecido (grifei).

(AgRg no AREsp 449.551/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 15/04/2014)

No último capítulo desse trabalho se voltará ao exame dessa modalidade de prequestionamento, com a análise mais detalhada das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que, como expresso no título da presente monografia, entende-se que o prequestionamento ficto é o que melhor atende aos princípios da celeridade e economia processuais e, portanto, à efetivação da justiça.

3.4 Prequestionamento duplo

A configuração do prequestionamento duplo encontra-se vinculada a necessidade de interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário quando a decisão recorrida se sustentar tanto em fundamento constitucional quanto em direito federal, e qualquer um deles for suficiente, isoladamente, para ampará-la.

Como se sabe, com a bifurcação dos recursos extraordinários, a partir da Constituição Federal de 1988, em extraordinário, *stricto sensu*, e especial, passou-se a ter a primeira e indiscutível exceção ao princípio da unirecorribilidade, de maneira que, se o ato judicial atacado tiver firmado sua compreensão sobre a controvérsia em alicerce de natureza constitucional e infraconstitucional, qualquer um deles com força suficiente para manter a decisão, a parte que deseje recorrer deve, necessariamente, interpor ambos os recursos, sob pena de ver tolhida sua pretensão.

Esse posicionamento é acolhido de forma similar pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais já cuidaram, em seus respectivos âmbitos de competência, de sumular a questão, conforme se verifica dos enunciados de Súmula da Jurisprudência Predominante daquelas Cortes:

Súmula 283, do STF

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 126, do STJ

É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Com efeito, estando os dois fundamentos na decisão objurgada, presente estará o prequestionamento, na versão sedimentada pela jurisprudência pátria que acolhe a causa decidida, de acordo com o que se detalhou no capítulo anterior a esse, pelo que dispensável a interposição de embargos de declaração.

Todavia, se a parte vencida tiver suscitado tanto a questão constitucional, quanto a de direito federal, autônomos na sustentabilidade do aresto, e apenas uma tiver sido discutida, imprescindível recorrer-se aos embargos de declaração para provocar a manifestação do tribunal originário quanto àquele ponto. Por outro lado, descaberia tal recurso se a questão que se entende omitida não tiver sido ventilada anteriormente pela parte.

4 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

4.1 Enunciados de Súmula nº 282 e nº 356 do Supremo Tribunal Federal e Enunciado de Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça

A divergência que existe entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal no que respeita ao prequestionamento ficto tem gerado grande perplexidade no mundo jurídico, seja porque a falta de sintonia dos Tribunais de cúpula tem fomentado a insegurança dos operadores do direito nesta seara, seja porque, encontrando os recursos extraordinários, *lato sensu* considerados, raiz eminentemente constitucional, estando disciplinados na Carta Maior, caberia ao Supremo Tribunal Federal, o seu guardião, a última palavra sobre o fenômeno em apreço.

Ressalta-se, por oportuno, que questões intrinsecamente vinculadas ao prequestionamento, como por exemplo, a ampla defesa e o contraditório, são, também, matérias de cunho constitucional, pelo que imprescindível o agir da Corte Constitucional para uniformizar o entendimento sobre o fenômeno em apreço, uma vez que a força normativa da Constituição impõe ao STF o zelo pelo conteúdo da Carta Política de 1988.

Todavia, não é assim que vem entendendo a Corte Suprema, que ao longo dos anos admitia, sem nenhum embaraço, o prequestionamento como ficção jurídica quando, a despeito da interposição dos embargos de declaração, o tribunal local não se manifestasse sobre a violação à lei federal ou à Constituição, e aceitava sem nenhuma insurgência a discordância do Tribunal

Especial no tocante à necessidade da manifestação da instância inferior mesmo quando o interessado cuidasse de opor oportunamente o recurso aclaratório.

Veja-se, por oportuno, aresto que retrata a situação ora em estudo:

EMENTA: Recurso extraordinário: prequestionamento: embargos de declaração (Súmula 356). A falta de manifestação do tribunal *a quo* sobre as normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos declaratórios (Súmula 356); mas, o entendimento, adotado no STJ, de que a oposição dos embargos não afasta, em tais hipóteses, a falta de prequestionamento (devendo a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariedade ao art. 535 do Cód. Proc. Civil), **embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF - e, por via de consequência, com sua fonte normativa (CF, arts. 102, III, e 105, III) -, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal**, únicas invocadas no recurso extraordinário (grifo acrescentado).

(AI 198631 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/11/1997, DJ 19-12-1997 PP-00048 EMENT VOL-01896-07 PP-01430)

Em decisão no julgamento dos embargos de declaração no REsp 158140-DF, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de, aplicando o entendimento do Supremo Tribunal Federal no aresto acima transcrito, validar de forma definitiva o enunciado de sua Súmula nº 211, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento no recurso extraordinário (STF - Súmula 356) e no recurso especial (STJ - Súmula 211). A orientação consolidada na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, nos termos do que foi decidido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 198.631-1, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJU, 19.12.97, p. 48).

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 158140/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/1998, DJ 23/11/1998, p. 166)

Em comentário a esse julgado, Pedro Miranda de Oliveira, compreendendo que o Supremo Tribunal Federal deveria ter declarado a inconstitucionalidade da Súmula 211, do Superior Tribunal de Justiça, adiante analisada, argumenta que:

E a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, em última análise, vem se constituindo numa verdadeira *barreira* ao acesso às instâncias superiores. Além de trazer consigo a exigência de que os embargos de declaração efetivamente supram eventual omissão, na

verdade, é a operação (=caminho trilhado) para se chegar à sua aplicação que é eivada de inconstitucionalidade:

a) ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Poder Judiciária e negativa do tribunal local de suprir a omissão quanto à argumentação devidamente prequestionada pelas partes ou quanto à presença no relatório de fatos que as partes reputem importantes para a interposição de futuro recurso excepcional;

b) viola o princípio da motivação a decisão de *rejeitar* os embargos declaratórios sob o simples (argumento?) fundamento de que o Poder Judiciário não é órgão de consulta, etc;

c) uma vez verificada a omissão, cabe aos tribunais superiores o julgamento da matéria de *fundo*. Por isso o recurso deve ter fundamentação dupla (CPC, art. 535 + matéria *principal*) grifos no original.²⁷

A controvertida Súmula 211, do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se assim redigida: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

O enunciado sumular, como se vê, é absolutamente claro e preciso na determinação que, restando matéria omissa, não se apreciará o recurso especial, indicando que a Corte Especial abraça a concepção doutrinária e jurisprudencial do prequestionamento como causa decidida pelo Tribunal ordinário, discutida no item 2.2 dessa monografia.

Corroborando essa informação, e evidenciando a negativa da Corte Especial para com a modalidade do prequestionamento ficto, vejamos julgados recentes que demonstram o comportamento unânime das seis turmas do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 227 E 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

A alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido a respeito da tempestividade da ação rescisória, no caso dos autos, demandaria o reexame de prova, o que é inviável em sede de recurso especial (STJ, Súmula 07).

Espécie, ademais, em que **o tribunal a quo nada disse sobre os art.227 e 397 do Código de Processo Civil, a despeito da oposição de embargos de declaração, e as razões do recurso especial deixaram indicar como violado o art. 535, do CPC, ausente, portanto, o indispensável prequestionamento (STJ, Súmula nº 211).**

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 274.439/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, **PRIMEIRA TURMA**, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013 - sem grifos no original)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO COM BASE NO ACERVO FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. ISSQN. ALÍQUOTA FIXA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. TESE NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211/STJ.

²⁷ OLIVEIRA, Pedro Miranda. Ainda sobre o prequestionamento, os embargos de declaração e a Súmula 211 do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 65, 2008, p.89.

1. O Tribunal de origem concluiu que os valores inscritos na CDA eram decorrentes de imposto sujeito a lançamento por homologação, e que, da análise dos autos, inferia-se que a constituição do crédito dentro do prazo decadencial legal, bem como sua cobrança dentro do lustro legal, afastando os efeitos da prescrição.

2. O acolhimento das argumentações de que "o crédito tributário foi lançado de ofício com a notificação do Recorrente através do recebimento de carnês de cobrança", em detrimento à conclusão da Corte de origem de que se trata de tributo lançado por homologação demandaria reexame do acervo fático dos autos, inviável na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. **A tese de que o ISSQN tinha alíquota fixa lançada de ofício pela autoridade fiscal, apesar de suscitadas nas razões dos embargos de declaração, não foram objetos de análise pela Corte de origem, o que inviabiliza o conhecimento da fundamentação, ante a ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.**

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 390.369/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, **SEGUNDA TURMA**, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014 - ausência de grifos no original)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. CÉDULA RURAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1.- Tendo o Tribunal de origem fundamentado o posicionamento adotado com elementos suficientes à resolução da lide, não há que se falar em ofensa ao artigo 535, do CPC.

2.- **Não examinada a matéria objeto do Recurso Especial pela instância a quo, mesmo com a oposição dos Embargos de Declaração, incide o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.**

3.- A convicção a que chegou o Acórdão decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do Especial os enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte Superior.

4.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 354.133/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 25/02/2014, DJe 14/03/2014 - negritei)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DE OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI. SÚMULA 284/STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE REVISÃO DOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. **O prequestionamento dos dispositivos de lei federal alegadamente violados, assim como da matéria neles tratada é indispensável ao conhecimento do recurso especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ). Ademais, a simples interposição de embargos de declaração não pressupõe o prequestionamento (Súmula 211).**

2. É imprescindível que no recurso especial fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, além da particularização inequívoca dos normativos federais supostamente contrariados pelo tribunal de origem, o recorrente demonstre a questão controversa, mediante argumentação lógico-jurídica competente e esclareça de que maneira o acórdão impugnado teria ofendido a legislação mencionada.

3. Concluindo a Corte de origem sobre a legitimidade passiva do ora recorrente a partir da verificação dos elementos dos autos, rever este entendimento demandaria, necessariamente, o reexame de provas, conduta vedada a este STJ em sede de recurso especial em virtude do óbice contido em seu enunciado sumular nº 7.

4. Inexistência de omissões ou contradições no acórdão recorrido a justificar a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.
5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 331.400/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, **QUARTA TURMA**, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014 – grifos acrescentados)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. TESES DEVIDAMENTE ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 20.910/32. INADMISSIBILIDADE. DISPOSITIVO NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA N. 211/STJ. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE ILIQUIDEZ DO TÍTULO. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não existe violação ao art. 535, II, do CPC se o acórdão recorrido aprecia a causa fundamentadamente.
- 2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o seu conhecimento (Súmula 211 do STJ).**
3. A tese defendida no especial demanda o afastamento da premissa estabelecida pela Corte Federal quanto à afirmação de que bastava à execução simples cálculos aritméticos, não havendo se falar em iliquidez do título.
4. Pretensão recursal que demanda revolvimento de fatos e provas, motivo pela qual deve prevalecer a aplicação da Súmula n. 7/STJ.
5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1173291/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, **QUINTA TURMA**, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014 - negritei)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619 DO CPP. OMISSÃO QUANTO A TESES SUSCITADAS EM SUSTENTAÇÃO ORAL. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA AO ART. 59 DO CP. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não há falar em ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal por não ter o Tribunal de origem se manifestado sobre as teses suscitadas em sustentação oral, uma vez que deve se respeitar o princípio da dialeticidade, segundo o qual garante-se o direito da parte contrária apresentar contrarrazões. Desse modo, interposto e arrazoado o recurso, opera-se a preclusão consumativa, não sendo possível a alegação de teses novas.
- 2. A despeito da oposição de embargos de declaração, as teses relativas ao erro na valoração da culpabilidade, bem como na valoração dos motivos e circunstâncias do crime, não foram objeto de apreciação pela Corte de origem, carecendo, portanto de prequestionamento. Incidência do enunciado nº 211 desta Corte.**
3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a adequada fundamentação autoriza, de ofício, a concessão de ordem em habeas corpus. Pena redimensionada.
4. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem de Habeas Corpus concedida de ofício.

(AgRg no REsp 1256045/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, **SEXTA TURMA**, julgado em 21/11/2013, DJe 19/12/2013 – ausência de grifos no original)

Verifica-se, pois, que o Superior Tribunal de Justiça mantém-se unânime quanto ao entendimento sumulado em 01/07/1998, não conhecendo do recurso especial quando a matéria restou omissa no Tribunal local. Nesse caso, a parte recorrente é obrigada a se valer do recurso especial, primeiro, com a indicação do art. 535 do CPC como o dispositivo violado, para só depois, se o acórdão for anulado pelo STJ para novo pronunciamento da instância local, interpor novamente o recurso especial, alegando desta feita, a violação da matéria de fundo que, por força da determinação da Corte Superior deve ser finalmente examinada.

Entende-se que a posição do Superior Tribunal de Justiça, embora de esmerada técnica, peca por deixar de atentar para o custo do processo e a demora na sua tramitação, demora essa que, no mais das vezes, impacta negativamente a vida real dos envolvidos no litígio, contrariando o art. 5º, LXXVII, da Constituição da República, que trata da efetividade da prestação judicial.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos seus membros, sempre prestou atenção a essa problemática, o que fez com que consagrasse o modelo do prequestionamento ficto e encurtasse a *via-crúcis* dos litigantes, uma vez que a exigência do Tribunal se limitava a verificar a prontidão do recorrente em interpor os embargos de declaração para trazer à baila a questão de cunho constitucional a ser por ele apreciada.

Em atenção à relevância da problemática, a Suprema Corte, em sessão plenária realizada na data de 13/12/1963, aprovou o enunciado nº 282 de sua Súmula da Jurisprudência predominante, o qual recebeu a seguinte redação: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Consultando os precedentes que deram origem a tal pronunciamento sumular (RE 42662, RE 48815, RE 49075, RE 46882 embargos, RE 50157, AI 28938, RE 48165, RE 53740), observa-se que em todos eles a matéria do recurso deixou de ser examinada no contexto da decisão recorrida, tendo a parte, ademais, se descuidado de interpor os necessários embargos de declaração para trazer à baila, ainda no Tribunal Regional ou Estadual, a matéria constitucional que se pretendia ver examinada pelos Tribunais Superiores.

Como anteriormente discutido nesse texto, qualquer que seja a inteligência sobre a natureza do prequestionamento como fenômeno processual, e de quem seria a responsabilidade de argui-lo, existe um dado que não se discute que é a utilização dos embargos de declaração para

suscitar a apreciação da matéria de direito federal ou constitucional que se quer abordar em futuro recurso destinado aos tribunais superiores.

Deixando de se empregar essa via, disciplinada no art. 535, do Código de Processo Civil, não se tem como, sequer, falar na possibilidade de que o recurso especial ou extraordinário possa ser conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, respectivamente. O que não significa, em absoluto, que possa existir uma espécie, não normatizada, de embargos de declaração tido como "prequestionadores" que objetivem a discussão de matéria nova. Essa inovação é repudiada tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o que se pode comprovar das seguintes ementas originadas desses Tribunais:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O CUMPRIMENTO DO REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO DÁ-SE QUANDO OPORTUNAMENTE SUSCITADA A MATÉRIA CONSTITUCIONAL, O QUE OCORRE EM MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. A INOVAÇÃO DA MATÉRIA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO É JURIDICAMENTE INACEITÁVEL PARA OS FINS DE COMPROVAÇÃO DE PREQUESTIONAMENTO. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (grifos ora acrescentados).

(ARE 794999 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 04-04-2014 PUBLIC 07-04-2014)

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O CUMPRIMENTO DO REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO DÁ-SE QUANDO OPORTUNAMENTE SUSCITADA A MATÉRIA CONSTITUCIONAL, O QUE OCORRE EM MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. A INOVAÇÃO DA MATÉRIA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO É JURIDICAMENTE INACEITÁVEL PARA OS FINS DE COMPROVAÇÃO DE PREQUESTIONAMENTO. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (sem grifos no original).

(ARE 794999 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 04-04-2014 PUBLIC 07-04-2014)

Os embargos previstos no art. 535, do Código de Processo Civil apenas se prestam à finalidade nele determinada, ou seja, a sanar os vícios da omissão, contradição ou obscuridade

existentes no ato decisório judicial. Contudo, e é aqui que os aclaratórios assumem imensa importância, a correção de uma dessas máculas pelo Tribunal de origem, pode sim, fazer brotar a matéria legal ou constitucional digna de ser examinada pelas Cortes Especial ou Extraordinária.

Com efeito, os embargos de declaração se constituem no único meio disponibilizado à parte para forçar a discussão da *quaestio iuris* pelo Tribunal local, objetivando preencher o requisito do cabimento do recurso e, assim, ver examinada a questão pelos Órgãos de cúpula.

Nessa conjuntura, com o intuito de clarear ainda mais sua posição quanto ao tema do prequestionamento, a Corte Suprema aprovou, também em 13/12/1963, novo enunciado da sua Súmula da Jurisprudência Predominante, que recebeu o número 356, cujo enunciado traduz que “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

O Supremo Tribunal Federal, então, notadamente pela Segunda Turma da Excelsa Corte, passou a adotar, quanto ao enunciado nº 356, a exegese *a contrario sensu*.

Destarte, se era necessário embargar de declaração o ponto do qual poderia emergir a questão de direito constitucional, para se ter acesso ao recurso excepcional, em raciocínio inverso, se, apontada a mácula da omissão, da contradição ou da obscuridade, ainda assim o Tribunal local sobre ela não se manifestasse, a via para a Corte Extraordinária já estaria automaticamente desimpedida.

Assim sendo, na hipótese de o Tribunal *a quo*, mesmo instigado pelos aclaratórios, não se manifestasse sobre o ponto omissivo, contraditório ou obscuro, considerava-se que nada mais se podia exigir da parte e, portanto, admitia-se a tramitação do recurso, conforme se pode averiguar das ementas de julgado abaixo colacionadas:

EMENTA: I. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. **II. Recurso extraordinário, embargos de declaração e prequestionamento: a recusa do órgão julgador em suprir omissão apontada pela parte através da oposição pertinente de embargos declaratórios não impede que a matéria omitida seja examinada pelo STF, como decorre a contrario sensu da Súmula 356.** III. Recurso extraordinário: admissibilidade: acórdão recorrido fundado na Orientação Jurisprudencial 177, do Tribunal Superior do Trabalho, de conteúdo constitucional. IV. Previdência social: aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho. 1. Despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I): viola a garantia constitucional o acórdão que, partindo de premissa derivada de interpretação conferida ao art. 453, caput, da CLT (redação alterada pela L. 6.204/75), decide que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. 2. A aposentadoria espontânea pode ou não ser acompanhada do afastamento do empregado de seu trabalho: só há readmissão quando o trabalhador aposentado tiver encerrado a relação

de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão. 3. Precedentes: ADIn 1.721-MC, Ilmar Galvão, RTJ 186/3; ADIn 1.770, Moreira Alves, RTJ 168/128; RE 449.420, 1ª Turma, 16.08.2005, Pertence, DJ 14.10.2005 (sem negrito no original).

(AI 439920 ED, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 03-02-2006 PP-00031 EMENT VOL-02219-09 PP-01778)

EMENTA: I. Recurso extraordinário: **prequestionamento mediante embargos de declaração. A rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, a contrario sensu, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador.** A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual "não foram opostos embargos declaratórios". Mas, se opostos, o Tribunal a quo se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. II. Proventos de aposentadoria: Constituição, art. 40, § 4º: regra de paridade com os vencimentos do cargo correspondente que tem precisamente o sentido de dispensar que a lei estenda ao inativo em cada caso, o benefício ou vantagem que outorgue ao servidor em atividade: logo, quando incide, o dispositivo constitucional ilide a aplicação da Súmula 339 (negritei).

(RE 214724, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 02/10/1998, DJ 06-11-1998 PP-00019 EMENT VOL-01930-05 PP-00976)

Todavia, e esse é um assunto preocupante, a Corte Suprema vem, nos últimos tempos, por intermédio da Primeira Turma, contrariado esse posicionamento.

Em opinião em sua página da internet, Leonardo Carneiro da Cunha aponta essa variante, altamente prejudicial aos jurisdicionados, que é a atual falta de consenso entre as próprias Turmas do Supremo Tribunal Federal sobre o prequestionamento como criação jurídica ficta.²⁸

A composição anterior da Suprema Corte realizou julgamento paradigmático, em sessão plenária na data de 14/06/2000, consubstanciado na apreciação do RE nº 219.934-2/SP, na qual, após calorosa discussão, firmou o posicionamento no sentido de que, se o recorrente em tempo oportuno – nas razões da apelação ou na sua contradita – cuidou de deduzir a questão constitucional, mas dela não tratou o acórdão do Tribunal Regional ou Estadual, nada mais se poderia dele exigir que não a interposição tempestiva dos embargos de declaração. Realizando tal

²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 11. **Prequestionamento ficto em recurso extraordinário. Entendimento instável do STF.** Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaio/prequestionamento-ficto-em-recurso-extraordinario-entendimento-instavel-do-stf/> acessado em 31 mar. 2014.

ato, a parte estaria desincumbida do seu ônus processual, ficando a responsabilidade, então, a cargo do Tribunal local. Não se manifestando esse acerca do vício da decisão, invocado nos termos do art. 535, do CPC, aberta estaria a via do recurso extraordinário.²⁹

Para melhor compreensão desse entendimento, importante se faz esclarecer que o recurso que ora se discute originou-se de ação, julgada procedente na Justiça Estadual de São Paulo, para que servidor público estadual de nível médio, desviado para função de nível superior, pudesse receber proventos de aposentadoria correspondentes ao cargo que efetivamente desempenhava.

Nas suas razões, o Estado de São Paulo atacava dispositivo da Constituição Estadual, em aparente confronto com a Constituição da República promulgada em 1988, no sentido de que o particular objetivava, por via transversa, a investidura em cargo público sem se submeter ao necessário concurso, o que ofenderia o art. 37, II, da Carta Maior, que, diversamente da Carta Política anterior não tolera que a segunda e posteriores investiduras, em cargo público, no que ficou conhecido como provimentos derivados, se deem sem a devida aprovação no certame correspondente.

O acórdão, lavrado pelo Relator Octavio Gallotti, com apenas um voto vencido do Ministro Marco Aurélio que, em sede preliminar, não conhecia do recurso pelo óbice da ausência de prequestionamento, superava essa preliminar por entender que o enunciado da Súmula 356 do STF deveria ser interpretado a *contrario sensu*, e no mérito, declarando a inconstitucionalidade do art. 133 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como do art. 19 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, conhecia do recurso para julgar improcedente a ação.

Esse entendimento vinha sendo reiterado ano após ano, até que a mudança da composição da Corte, com as aposentadorias dos Ministros Octavio Gallotti, Maurício Corrêa, Sepulveda Pertence, Néri da Silveira e Carlos Velloso, ou seja, de quase metade da Corte, levou a primeira Turma, ora constituída pelos Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso, em julgamento incisivo no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 707.221-BA a, rejeitando a possibilidade de se empregar o argumento da interpretação a *contrario sensu* da Súmula 356, privilegiar o enunciado 282 da Súmula do STF, que assim se encontra redigida desde a sua aprovação pelo Pleno em 13/12/63:

²⁹ BRASIL. STF. RE 219934, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 14 jun. 2000.

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.³⁰

A clareza da fundamentação do ato judicial nesse momento comentado justifica a transcrição de trecho bastante esclarecedor sobre a tomada de posição atual:

O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese a *contrario sensu* da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. **A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.** Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada (sem grifos no original).

Embora ainda seja prematuro falar em modificação na jurisprudência do STF, até porque a decisão acima transcrita é “turmária” contra a anterior que se originou de julgamento em sessão Plenária, o certo é que houve uma tomada de posição em giro absolutamente diverso do posicionamento até então predominante.

A título de curiosidade, para destacar o impacto na mudança no entendimento jurídico dos componentes do Supremo Tribunal Federal, diga-se que à época do julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.934-2/SP, o Ministro Carlos Velloso chegou a afirmar que, anteriormente àquele momento, a tese por ele defendida era que, sequer, haveria a necessidade de interposição dos embargos de declaração se a parte tivesse invocado nas razões recursais ou na contraminuta a essas o direito constitucional tido por violado.³¹

Impressiona, assim, ainda mais a nova decisão porquanto se atingiu votação por unanimidade em julgamento cujo posicionamento, em sentido, até então, absolutamente contrário, era manso e tranquilo naquela Egrégia Corte. Também, dado interessante, é que a Primeira Turma, que iniciou a alteração do entendimento, é composta e presidida pelo Ministro Marco Aurélio, que, como há pouco visto, era a única voz dissonante no Supremo Tribunal Federal quanto à imperiosidade de não conhecer de recurso cuja matéria não tivesse sido devidamente decidida pela instância ordinária.

³⁰ BRASIL. STF. ARE 707221 AgR, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20 ago. 2013.

³¹ BRASIL. STF. RE 219934, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 14/06/2000.

4.2 Efetivação dos princípios da celeridade e economia processuais através do prequestionamento ficto, assegurando ao jurisdicionado o acesso à justiça

Pacífica é a aceitação de que os princípios da celeridade, instrumentalidade e da efetividade da jurisdição são bons condutores à concretização do ideal de justiça por permitirem, em tempo mais ágil, a entrega do bem de vida ao autor que tem razão, pois, consoante máxima formulada por Rui Barbosa, “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”³².

Nessa perspectiva, o processo deve ser compreendido como instrumento de que se serve o poder estatal para realizar o seu poder-dever de garantir a paz da sociedade, apaziguando os conflitos e dando razão efetivamente a quem a tem, de conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Ainda que se saiba que os controles e fenômenos processuais são maneiras legítimas de se garantir o devido processo legal, com a realização do contraditório e da ampla defesa para as partes litigantes, importa pensar por quais motivos o término do processo se dá em tempo tão longo.

A visão jurídico-filosófica embutida no presente trabalho é a que acredita no homem como o fim de todas as coisas. Assim sendo, também o processo deve servir ao homem, mais especificamente ao homem que tem razão, dirimindo dúvidas e solucionando controvérsias entre esse homem e seus semelhantes, ou entre ele e o que se convencionou chamar de Estado, com seus múltiplos órgãos e organismos, e em seus diversos níveis.

Em assim acreditando, pensa-se na necessidade de se buscar meios para diminuir o tempo de espera do autor que tem razão, para que esse possa exercer o seu direito sem maiores dilações, sem com isso agredir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

Sabe-se que o processo civil é escorado em princípios de matiz constitucional, mormente aqueles vinculados ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à segurança jurídica e à celeridade processual, de acordo com o art. 5º, LIV, LV e LXXVIII da Constituição da República.

³² BARBOSA, Rui. **Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo**, 1920. Disponível em <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=191&sid=146>. Acessado em 04 abr. 2014.

Igualmente é cediço que, na aplicação dos princípios, necessário se faz a ponderação de valores, porquanto mais de um, em sentidos diversos, pode ser possível de incidir em determinado caso concreto, gerando aparente colisão.

Ora, nenhuma escolha é imparcial, quando se decide por algo é porque a visão de mundo que se tem encaminhou-se para aquela opção. Em qualquer assunto, discussão ou decisão jurídica, inexistente neutralidade intelectual. Fatores sociológicos, políticos e econômicos se conjugam para desaguarem numa determinada preferência.

A indagação que ora se faz é a que quem interessa o prolongamento de uma lide e porque dar guarida a atos que apenas vão retardar a resolução da controvérsia, com a consequente extinção do processo e entrega hábil da prestação jurisdicional.

No caso da adoção do prequestionamento ficto, vê-se que a opção é de natureza político-ideológica, calcada suas críticas, quase sempre, em mero tecnicismo que nada aproveita à dimensão humana do processo. Sem extremismos de qualquer natureza, não se pode, entretanto, deixar de reconhecer que os réus mais comuns no processo brasileiro são o próprio Estado e os grandes grupos econômicos.

Razoável a crença de que a sociedade pressionará por mudanças mais profundas no ordenamento jurídico de forma a tornar mais segura e tempestiva a prestação da tutela, com o intuito de alcançar uma ordem jurídica justa e equitativa, pois à medida que essa sociedade evolui, também exige processos mais rápidos e seguros na solução de situações conflituosas, colocando a criticidade como impulsora do desenvolvimento científico. A razão, acredita-se, vai abrindo caminhos e libertando o homem das redundâncias, levando-o ao que realmente importa. Seguindo esse trilhar, nada existe de perverso e maltratante aos valores constitucionais na aceitação do modelo do prequestionamento ficto.

Isso porque o prequestionamento ficto pode-se traduzir na expectativa de se entregar o bem de vida a quem tem razão sem ofender nenhum valor ou princípio processual e constitucional, pois, repise-se ainda de forma mais explícita, a matéria constitucional ou legal já deve ser sido suscitada antes da decisão que se pretende hostilizar, de sorte que a parte adversa não se privará da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, princípios que, por primeiro, são tidos como violados quando se adota o prequestionamento como ficção jurídica. Não havendo o elemento surpresa, tampouco a inovação recursal, plenamente rechaçados, não é o

caso de se falar em violação a qualquer princípio, mas sim, de escolher a via jurídica mais econômica e justa às partes litigantes e ao Estado-juiz.

Num ordenamento jurídico que tenha por base o Estado Democrático de Direito, é razoável que o ato de dizer o direito não signifique, pelo menos até o exaurimento da jurisdição, a concretização da justiça. Esse é o ônus que se paga pela segurança e imparcialidade das decisões, mas não significa, em absoluto, a desoneração de se buscar técnicas processuais que possibilitem a distribuição igualitária do tempo no processo, com a sua extinção em prazo também aceitável.

É de se ter presente que o fato de o tribunal de cúpula examinar imediatamente o acórdão, tempestivamente embargado, é questão de lógica processual. Ora, um processo, sempre que possível, deve andar pra frente, pois visa a solução de um conflito jurídico que, dentro dos seus contornos, trará paz à sociedade, sendo contraproducente suas idas e vindas ao sabor dos humores dos julgadores.

A lógica igualmente está presente quanto se raciocina que, primeiro, a questão já deve ter sido posta desde o recurso de apelação, ou na contraminuta a esta, pelo que incabível se falar em surpresa para a parte adversa; segundo, se o tribunal local sobre a questão deixou de se manifestar por considerar irrelevante para o desate da controvérsia jurídica, é bem possível que sua nova decisão, após a anulação da primeira, seja no mesmo sentido de negar provimento àquele ponto alegado como omissis, obscuro ou contraditório; terceiro, aqui deve ser aplicável o argumento jurídico *a maiori, ad minus*, a máxima latina que estabelece que quem pode o mais, pode o menos. Se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem anular a decisão do tribunal Estadual ou Regional, admissível que possa resolver a questão que naquelas cortes restaram pendentes, a despeito da lealdade da parte em alegá-la em tempo e atos oportunos.

Com uma medida tão singela o recurso seguiria o seu curso normal, evitando-se que o sofrimento da parte que tem razão se perpetue no tempo, e, de outra banda, resguardando-se, devidamente, a outra parte do elemento surpresa, porquanto estaria ciente e intimada dos argumentos jurídicos de seu adversário desde o momento da apelação.

Realmente, fica difícil entender qual o problema a ser gerado pela escolha de tal concepção jurídica, pois a realização de uma justiça justa e célere deve repudiar atos que apenas protelam a entrega do bem de vida a quem tem razão, sendo importante, ademais, a consideração de que a constitucionalização do processo, pelos princípios inseridos na Carta Política de 1988, e

vistos de relance nesse trabalho em item antecedente, procura aproximá-lo da realidade em que está inserido.

Bem por isso, em excelente artigo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aborda o cotejo entre o que denomina de Formalismo-valorativo e o Formalismo tido como excessivo, esse incapaz de instruir um processo regrado por normas constitucionais que tem por fito a consecução da justiça real. Nessa obra, o mencionado doutrinador assevera que:

Por sua vez, tanto a organização do processo quanto o seu ordenamento e disciplina também não são destituídos de conteúdo. **Ordem pela ordem não tem significado.** Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o rigor formal ao caso, quando necessário para vencer o formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta. Dentro dessa visão finalista, bem ressalta a melhor doutrina brasileira que o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno encontra-se nos preceitos relativizantes das nulidades, integrando-se as regras referentes às nulidades no “sobredireito” processual, porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade [47] (sem grifos no original).³³

Mas adiante, reforçando ser imprescindível a observância ao princípio da finalidade essencial, e repelindo incisivamente o formalismo exagerado, assim resume:

De tudo que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo — relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente —, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo.

De tal sorte, o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo.

Pensa-se que esse entendimento pode e deve ser aplicado ao requisito constitucional de cabimento dos recursos extraordinários, considerados em sentido amplo, que é o prequestionamento na concepção doutrinária de sua existência ficta.

Considerar que a exigência do prequestionamento foi cumprida, na hipótese de a parte interessada ter se valido dos embargos de declaração para fazer emergir a questão de direito

³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo.** Disponível em http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo_valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em 06 abr. 2014.

constitucional ou federal a ser examinada pelos tribunais de cúpula, é contribuir para a efetivação do acesso à justiça, cujos principais entraves dizem respeito à dificuldade de o homem comum se introduzir no mundo jurídico para fazer valer seus direitos e na imensa demora na entrega jurisdicional.

Os grandes embates realizados pelos doutrinadores, no que respeita ao requisito do prequestionamento, querem revelar um impasse entre duas grandes dimensões processuais: a segurança e a tempestividade.

Em nome da segurança jurídica, porém, tem-se cometido verdadeiras iniquidades para com a parte que tem razão, obrigada que é a esperar pela realização de todas as garantidas ofertadas ao outro litigante, o que é justo e esperado; mas muda-se de figura quando essa parte também é constrangida a suportar todas as manobras processuais operadas por quem não quer se ver desalojada de determinado bem de vida contestado judicialmente.

Luiz Guilherme Marinoni, em estudo sobre a distribuição do tempo no processo, discorre que:

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora no processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.³⁴

Quando se procura uma linha de equilíbrio entre o rigor do rito processual, que favorece a segurança da tutela, e a entrega dessa tutela num tempo razoável, supera-se a pretensa neutralidade da norma e adentra-se no âmbito do social. Autor e réu não são abstrações jurídicas, mas, antes, são reais e possuem uma vida a ser vivida. São entes, seres de carne e osso, inseridos numa realidade, no mais das vezes injusta, e dos quais foram retirados os direitos primitivos da autotutela privada, excetuando, é claro, os casos previstos em lei.

Ora, no momento em que o Estado retirou dos seus cidadãos a possibilidade de que esses fizessem justiça com as próprias mãos, assumiu o dever de tutelar as situações de conflito entre eles, comprometendo-se a, mediante previsão legal e em tempo razoável, disciplinar as

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 2002, p 17 .

relações intersubjetivas, restabelecendo a paz social por meio do poder jurisdicional, valendo-se, por conseguinte, do processo judicial para concretizar a missão a qual se outorgou.

Candido Rangel Dinamarco denuncia a falta de clareza de se colocar o processo como meramente um instrumento sem ter a consciência dos seus fins. Segundo esse estudioso, importa verificar os objetivos pretendidos pela via do processo. Em suas palavras “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”.³⁵

Em alentado artigo em que historia a origem do prequestionamento e o posicionamento dos tribunais de cúpula no que respeita à necessidade de manejarem-se embargos declaratórios para, abrindo a via dos recursos extraordinários, anular o acórdão e, posteriormente, interpor novos recursos destinados a tais tribunais, como preconizado pela Súmula 211, do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro aposentado do STJ, Francisco Cláudio de Almeida Santos assim resume a questão:

Também não se pode esquecer que a teimosia, o descaso e às vezes até o arbítrio podem toldar o direito da parte de recorrer para a instância superior. Já registramos em outras oportunidades, em arrazoados, que um desembargador de medianos conhecimentos e inteligência pode, sem maiores consequências, resistir eternamente às investidas da parte, através de embargos declaratórios para obter o pronunciamento do Tribunal sobre a questão constitucional ou federal em debate, com ameaças, inclusive, de impor penalidades ao jurisdicionado pela interposição de recurso protelatório. Daí, mantido o ponto de vista estreito contido na Súmula n. 211/STJ, pouco adianta retardar a apreciação do mérito do recurso especial com sucessivas decisões de provimento do recurso por violação do art. 535 do CPC. Sabendo-se que o rejuízo de um recurso destes na instância ordinária consome pelo menos dois anos, a Justiça tardia não mais será útil.³⁶

Não se nega, antes se afirma, a necessidade, ainda, do prequestionamento como elemento de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário, pois será por seu intermédio que restará atendida a exigência da causa decidida na instância ordinária. Se não houve a discussão do elemento constitucional ou legal pode-se, em princípio, ponderar que não houve decisão da causa como previsto nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de

³⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.11.

³⁶ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. **Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005, p. 21. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8557/O_Pquestionamento_na_Doutrina_e_na_Juriprud%C3%Aancia.pdf?sequence=1 . Acesso em 17 abr. 2014.

1988. Mas, o certo é que o tribunal teve a oportunidade, perdida não raras vezes, de apreciar a questão. Se não o fez foi por considerar irrelevante para a resolução da controvérsia aquele ponto específico, não sendo sensato imaginar que se pode meramente força-lo a aceitar o argumento jurídico da parte, mas sim expor as razões de seu convencimento na aplicação de norma que entende correta.

Não há se esquecer de que vige no direito brasileiro o princípio do *iura novit cúria*, o qual, embora não aplicado nas instâncias extraordinárias, incide plenamente na Primeira e Segunda Instâncias, a pressupor que o juiz conhece a norma e não fica vinculado à regra alegada pela parte, devendo, nos termos do art. 126, do Código de Processo Civil, aplicar o direito ao caso concreto. Destarte, se é dada essa largueza jurídica ao julgador, pensa-se que não se pode coagi-lo a examinar um dispositivo legal ou constitucional que ele, em decisão fundamentada, achou por bem não aplicar.

Rodolfo de Camargo Mancuso³⁷ registra que tem enxergado o uso indevido do prequestionamento como filtro a conter o volume exacerbado de processos destinados aos Tribunais de cúpula. Evidentemente, a natureza jurídica do instituto processual não comporta papel que o vilaniza e para o qual não foi criado. A sistemática dos recursos repetitivos e a arguição de repercussão geral são os meios legítimos para se limitar o quantitativo dos recursos excepcionais.

Vê-se assim, que o rito processual deve também ser adequado ao caso para que não haja a prática de atos desnecessários ao desate da questão controvertida, o que apenas prolongaria a lide e se chocaria com o princípio da economia processual.

Reforçando a teoria de que as técnicas processuais refletem-se na vida real das pessoas, facilitando ou não o seu fluir, Mauro Cappellletti e Bryant Garthacusam os efeitos dessa demora de serem devastadores, pois, além da tensão psicológica, aumentam os custos para as partes pressionando os financeiramente mais frágeis a abandonarem suas causas ou a aceitarem acordos por valores inferiores àqueles a que poderiam ter direito. Essas são, por exemplo, situações encontradas rotineiramente na Justiça do Trabalho e nas lides previdenciárias.³⁸

³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.289.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTHACUSAM, Bryant. **Acesso à justiça**. 2. ed. Tradução de Ellen Gracie Northflee, Porto Alegre: Fabris, 1988, p.20.

Não é demais recordar que quem recorre ao Judiciário o faz por confiar no poder-dever que o Estado tem de solucionar os conflitos, descobrindo e revelando a verdade por meio do processo num lapso temporal razoável.

Portanto, quando a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXXV, consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, assegurou consequentemente a proteção jurídica a ser concedida em tempo hábil. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45, foi inserido o inciso LXXVIII, no mesmo dispositivo acima mencionado, que determina: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Se o cidadão precisa de um modelo jurídico seguro, não menos certo é que por ordem constitucional ele deve ter o litígio resolvido num período de tempo que não comprometa a sua utilização. Ou seja, se é garantia constitucional do cidadão o direito de demandar em juízo, também o é que esse acesso se realize formal e materialmente de forma ágil, devendo-se recusar meios processuais que meramente protelem a concretização da justiça.

É por esse motivo que o prequestionamento ficto, ao evitar que o processo retorne ao tribunal original para discutir matéria que este julgou não merecer atenção, atende melhor aos ditames constitucionais do acesso à justiça e da celeridade da tramitação processual, haja vista que o processo é instrumento técnico-político-ético de que se vale o Estado para prestar o socorro jurídico aos seus cidadãos, não se ajustando a técnicas que meramente prolongam a entrega jurisdicional.

Não se olvide, outrossim, que a objetivação do recurso extraordinário está paulatinamente aproximando o controle difuso de constitucionalidade, com irradiação de efeitos apenas para as partes envolvidas no litígio e que pode ser exercido por qualquer órgão julgante, ao controle concentrado de constitucionalidade, o qual, realizado por intermédio da Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, possui efeitos *erga omnes* e é exercido tão-somente pelo Supremo Tribunal Federal.

Pois bem. Limitando o papel da Corte Suprema às questões recursais com relevância econômica, política, social ou jurídica que superem os interesses subjetivos da causa que será apreciada naquele Tribunal, o instituto da repercussão geral, alteração recente introduzida no âmbito processual com o intuito de racionalizar o trabalho daquela Corte e atenuar o que Gilmar

Mendes denomina de “crise numérica”, provocou mudança nos efeitos gerados pelo controle difuso de constitucionalidade, uma vez que, diversamente do que tradicionalmente ocorriam com essa modalidade de controle, os efeitos da decisão ali proferida não mais se restringirão aos litigantes, mas, igualando-se, nesse aspecto, ao controle abstrato de constitucionalidade, serão reproduzidos em todas as demandas similares ajuizadas nos quatro cantos dos pais, acarretando, por conseguinte a propalada objetivação do recurso extraordinário, *stricto sensu* considerado.³⁹

Pensa-se, pois, que essa modificação, que atinge substancialmente os efeitos do controle difuso de constitucionalidade, o qual é feito no Supremo Tribunal Federal por intermédio do recurso extraordinário, fará com que a exigência do prequestionamento passe a ser paulatinamente minorada, pois a crescente mitigação dos interesses privados em favor do interesse público traduzir-se-á em valorização da manutenção da ordem constitucional e consequente redução de cobranças processuais que, adequadas à realidade anterior, não mais serão necessárias no cenário que ora se descortina.

Finalmente, quanto à retomada da questão sobre o prequestionamento ficto por parte do Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário ao que vinha sendo perfilhado ao longo dos últimos anos, entende-se que, mesmo que seja mantida a exigência do prequestionamento como pressuposto inafastável à admissibilidade dos recursos excepcionais, porquanto elemento integrante do cabimento desses recursos, como preceituado nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição de 1988, tal matéria é, tipicamente, de repercussão geral, motivo pelo qual deve ser novamente apreciada pela Corte, em sessão Plenária, momento no qual a Corte Constitucional poderá reafirmar sua jurisprudência, validando a modalidade do Pquestionamento Ficto, ou validar o novo entendimento exposto em tempos recentes pela Primeira Turma, que, como foi examinado nos itens 3.3 e 4.1 dessa monografia, rejeita taxativamente o prequestionamento como criação jurídica ficta hábil a propiciar o juízo positivo prévio de admissibilidade dos recursos constitucionais.

³⁹ MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade e processo de deliberação**: legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf. Acessado em 26 abr. 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar a realização do atual estudo, necessário se faz refletir criticamente sobre o tema nele abordado, sendo certo que as pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais efetuadas foram essenciais para a formação da opinião que ora se emite.

Ainda que se saiba que os recursos derradeiros não se prestam, simplesmente, à proteção do direito subjetivo das partes, mas sim à missão maior de unificação do direito federal e constitucional, é de se levar em consideração que o óbice processual representado pela ausência do prequestionamento da matéria no Tribunal Regional ou Estadual afeta negativamente a vida dos litigantes e pode ocasionar injustiças pela não aplicação da ordem jurídica uniformemente em todo espaço nacional.

Nessa perspectiva é que se defende que se a *questão iuris* tiver sido discutida no acórdão recorrido, presente estará o prequestionamento, independentemente de esta ter sido ou não provocada pela parte. Também esse fenômeno processual estará presente se, a despeito da interposição dos embargos de declaração, o Tribunal local não se manifestar a respeito da omissão, desde que, evidentemente, exista realmente lacuna a ser suprida, pois não há se falar em inovação da questão nos recursos aclaratórios, tampouco nos recursos extraordinários, *lato sensu* considerados.

Nessa ordem de ideias é que se acredita que, dentre as modalidades do instituto jurídico objeto do presente trabalho, é o Prequestionamento Ficto a espécie que melhor atende à lógica processual e aos anseios por uma justiça mais célere e justa, pois auxilia na redução do tempo de conclusão do litígio, sem macular os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, permitindo, por sua vez, que o iter processual se desenvolva regularmente, sem que o recurso excepcional fique indo e voltado de Tribunal superior para Tribunal Regional ou Estadual e deste para aquele novamente, num martírio para as partes e num desserviço para a tempestividade da aplicação uniforme da ordem jurídica em toda a Federação.

Entende-se, pois, que no âmbito recursal extraordinário o prequestionamento na modalidade ficta é meio legítimo para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça cumpram a sua missão de zelar pela integridade da norma constitucional e do direito

federal, respectivamente, obedecendo aos ditames constitucionais que visam a asseverar a segurança jurídica, a celeridade processual e a efetividade da prestação jurisdicional, de acordo com as garantias insculpidas art. 5º, LIV, LV e LXXXVIII da atual Constituição Federal.

Com efeito, diante da inexistência de prejuízos de qualquer ordem para os interessados, os quais, como já analisado no corpo deste trabalho, terão plenamente assegurados o contraditório e a ampla defesa, deve-se rechaçar as críticas que se fazem ao modelo do Prequestionamento Ficto por se fundarem, quase sempre, em mero tecnicismo que nada aproveita à dimensão humana do processo.

É que, sem extremismos de qualquer natureza, não se pode deixar de reconhecer que os réus mais comuns no processo brasileiro são o próprio Estado e os grandes grupos econômicos que podem, sem maiores dificuldades, prolongar o tempo processual através de manobras jurídicas e, por outro lado, serem beneficiados por técnicas processuais retardatárias que, no concernentemente ao recurso extraordinário e ao especial, têm maior chance de ocorrerem quando o interessado é obrigado a interpor o recurso excepcional para anular o acórdão omissivo para, só depois, poder insurgir-se contra a questão de fundo.

Desta maneira, enquanto eventual *error in procedendo* produzido pela Instância ordinária não for solucionado, tanto haverá o retardo na resolução da *quaestio juris*, sem que as partes tenham dado qualquer motivo para o surgimento desse erro, quanto a ordem jurídica - constitucional e legal - ficará vulnerada pela não aplicação homogênea em toda a Federação brasileira.

Em outras palavras, é o próprio interesse público, que, obviamente, deve prevalecer sobre os interesses subjetivos das partes, que deixa de ser observado quando se exige, pela omissão do Tribunal Regional ou Estadual, a interposição de recurso especial, com base no art. 535 do Código de Processo Civil, ou, no caso do recurso extraordinário, com fundamento na violação ao devido processo legal, nos termos do art. 5º, LV, da Carta Federal de 1988.

É o caso, pois, de ponderar que o rigor formal dos recursos de estrito direito, justificado pela razão jus-política da existência desses recursos, haja vista que os Tribunais de cúpula não configuram uma inexistente Terceira Instância, possam adentrar para um formalismo

excessivo impediendo à prevalência do interesse público na uniformização do direito legal e constitucional e, conseqüentemente, na concretização da justiça em tempo hábil.

A tempestividade na prestação jurisdicional é matéria que interessa e é estabelecida pela ordem constitucional vigente, eis que quando a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, consagrou o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, assegurou, por conseguinte, dada a finitude da vida humana, a proteção jurídica a ser concedida em tempo expedito. Tanto é assim que a introdução do inciso LXXVIII ao mesmo dispositivo legal trouxe a previsão de que o processo fosse finalizado em tempo razoável, assim como a proteção dos meios que pudessem acelerar o seu curso.

Compreende-se, portanto, que a adoção do requisito processual do Prequestionamento Ficto insere-se nas determinações constitucionais de que o processo obedeça ao devido processual legal e que seja finalizado em tempo aceitável, motivo pelo qual retardos que nada acrescentem à segurança jurídica devem ser rejeitados.

É por esse motivo que se conclui que o Prequestionamento Ficto, ao evitar que o processo retorne ao Tribunal de origem para discutir matéria que este julgou não merecer atenção, atende melhor aos ditames constitucionais do acesso à justiça, da celeridade da tramitação processual e da efetividade da justiça, haja vista que o processo é instrumento técnico-político-ético de que se vale o Estado para prestar o socorro jurídico aos seus cidadãos, e, no caso da competência recursal dos Tribunais de sobreposição, para dar uniformidade à ordem constitucional e ao direito positivo federal, não se ajustando a técnicas que meramente prolongam a finalização do litígio.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARBOSA, Rui. **Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo**, 1920. Disponível em <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=191&sid=146>. Acessado em 04/04/2014.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 05/02/2014.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 07/02/2014.

_____. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 07/02/2014.

_____. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 07/02/2014.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 08/02/2014.

_____. Emenda Constitucional nº 1/1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 08/02/2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08/02/2014.

_____. Lei nº 5.869/73. Código de Processo Civil. Brasília: Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 04/02/2014.

_____. Projeto do Novo Código Civil. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=920B8F54DB105BB598BBD0217C5EEDE2.proposicoesWeb1?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010. Acesso em 15/02/2014.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98**. São Paulo:ED. Rt, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

CAPPELLLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northflee. 1. Ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CREMASCO, Suzana Santi; PINTO, Leandro Silva. **O prequestionamento das questões federais e constitucionais: a divergência de entendimento entre o STJ e o STF**. Disponível em <http://cremascoeler.com/admin/pdf/1347394704.pdf>. Acessado em 09/04/2014. Acessado em 04/04/2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Prequestionamento ficto em recurso extraordinário**. Entendimento instável do STF. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/prequestionamento-ficto-emrecurso-extraordinario-entendimento-instavel-do-stf/> Acessado em 31/03/2014.

DANTAS, Ivo. **Novo Processo Constitucional Brasileiro: O Estado da Arte**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/123655847/Novo-Processo-Constitucional-Brasileiro-O-Estado-Da-Arte>. Acessado em 20/02/2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERNANDES, Luís Eduarado Simardi. **Embargos de Declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. Nery Jr, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords). 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. V.3. 9ª ed. Salvador: Editora Bahia: Jus Podivm, 2011.

FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? **Revista de Processo**, Ano 37, v. 211, set. 2012.

FILHO, Élio Wanderley de Siqueira. Do Prequestionamento. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n. 673, p. 39, nov/1991.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, v.1

JÚDICE, Mônica Pimenta. A divergência do entendimento das Cortes superiores sobre prequestionamento e seus desdobramentos. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 214, p.350 dez/2012.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Jus Navigandi**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8976/doprequestionamento-ficto-como-meio-para-efetivacao-dos-principios-dainstrumentalidade-economicidade-e-celeridade-do-processo>. Acessado em 12/03/2014.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. O Prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n.650, dez/1989.

LIMA, Alcides de Mendonça Lima. Prequestionamento. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n.692, jun/1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado** – Parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação**: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf. Acessado em 26/04/2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Volume V. Arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JR, Nelson Nery. Ainda sobre o prequestionamento - os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. v. 4. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. Disponível em:
http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo_valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm Acessado em 11/04/2014.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. Ainda sobre o prequestionamento, os embargos de declaração e a Súmula 211 do STJ. **Revista Dialética de Direito Processual** n° 65, 2008.

PINHEIRO, Paulo César Moraes. **Aspectos processuais do recurso extraordinário**. Objetivação do controle difuso e aplicação da repercussão geral. Disponível em
<http://jus.com.br/artigos/22770/aspectos-processuais-do-recurso-extraordinario>. Acessado em 26/04/2014.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. **Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005, p. 347-365. Disponível em
http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8557/O_Prequestionamento_na_Doutrina_e_na_Jurisprudencia.pdf?sequence=1 . Acessado em 17/04/2014.

SOUZA, Rogério Soares de. **O Pquestionamento como condição de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial**. Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília-DF, 2008. Disponível em
http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Monorogerio_soares.pdf. Acessado em 11/04/2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.