

MILENA DELFIM CARVALHO SILVA

**O PREQUESTIONAMENTO E A ADMISSÃO DOS RECURSOS
EXCEPCIONAIS PELAS CORTES SUPERIORES**

PUC/SP
São Paulo
2010

MILENA DELFIM CARVALHO SILVA

**O PREQUESTIONAMENTO E A ADMISSÃO DOS RECURSOS
EXCEPCIONAIS PELAS CORTES SUPERIORES**

(análise do prequestionamento sob a ótica da doutrina e jurisprudência dos Tribunais Estaduais e das Cortes Superiores e sua caracterização para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário)

“Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós Graduação ‘Latu Sensu’ – Especialização em Direito Processual Civil”

Professor Orientador: Dr. Fernando Sacco Neto

PUC/SP
São Paulo
2010

MILENA DELFIM CARVALHO SILVA

**O PREQUESTIONAMENTO E A ADMISSÃO DOS RECURSOS
EXCEPCIONAIS PELAS CORTES SUPERIORES**

(análise do prequestionamento sob a ótica da doutrina e jurisprudência dos Tribunais Estaduais e das Cortes Superiores, sua caracterização para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, e das súmulas acerca do tema)

“Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós Graduação ‘Latu Sensu’ – Especialização em Direito Processual Civil”

Prof. Dr. _____ Ass.: _____ Avaliação: _____

Prof. Dr. _____ Ass.: _____ Avaliação: _____

Prof. Dr. _____ Ass.: _____ Avaliação: _____

Data da aprovação: ____ / ____ / ____

PUC/SP

São Paulo

2010

Dedico este trabalho à minha família,

pelo carinho e apoio em todos os meus objetivos.

Ao Luiz, pelo amor e compreensão infinitos.

RESUMO

O prequestionamento consiste no prévio debate e expressa decisão acerca da matéria questionada nas instâncias ordinárias sobre norma federal ou constitucional que se pretenda a análise pelas Cortes Superiores. Diante dessa inicial e modesta definição, pode-se dizer que, para que um recurso excepcional seja admitido, a matéria sobre a qual se pretende novo julgamento pela via desses recursos deverá estar prequestionada.

Pode-se constatar a presença do prequestionamento pela discussão da questão federal ou constitucional entre as partes e expressa decisão sobre esse debate. Pode, ainda, haver o prequestionamento sem que as partes tenham debatido sobre determinada matéria, mas desde que o tribunal sobre ela tenha expressamente manifestado seu entendimento.

Por ser exigência constitucional antiga, e, mesmo diante da ausência de expressa previsão na Constituição Federal de 1946 e nas Constituições seguintes, não foi dispensado o prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos extremos.

Aliás, com o crescente número de recursos extraordinários no país, a Constituição Federal de 1988 previu a criação do Superior Tribunal de Justiça, competente para julgar os denominados recursos especiais, aptos à discussão de matéria infraconstitucional. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça não dispensa a exigência de a matéria objeto do recurso especial estar prequestionada.

Todavia, diante do divergente posicionamento das Cortes Superiores em relação ao polêmico tema do prequestionamento e a incidência das Súmulas que tratam dessa matéria, impõe-se a uniformização desses posicionamentos, visando garantir segurança jurídica ao jurisdicionado, que tanto necessita ver alcançada a prestação jurisdicional pela via excepcional, com a interposição do recurso extraordinário e do recurso especial, conforme o caso.

ABSTRACT

The prequestioning encompasses preliminary debates and express resolutions on the subject matter in the lower federal court within federal or constitutional regulations upon the eventual analyses' intention by the Superior Court. Considering the aforementioned, it is worth mentioning that in order to an appeal to be deemed accepted by the Federal Supreme Court, the subject matter upon which a new a trial is intended by means of these appeals shall be prequestioned.

It may be possible to observe prequestioning through the prior assertion, involving the parties, of a federal or constitutional claim or through express resolutions resulting from that assertion. Furthermore, note that prequestioning of issues may be present without prior discussion of claims, since the court has expressly manifested its understanding.

Considering the prequestioning as a former constitutional requirement and, despite the absence of express provisions in the 1946 Federal Constitution and in the subsequent Constitutions, prequestioning was not exempted from being an acceptance requirement for extraordinary appeals.

With the growing number of extraordinary appeals in Brazil, the 1988 Federal Constitution provided for the creation of a Superior Court of Justice, in charge of judging special appeals, prepared to discuss nonconstitutional subjects. Accordingly, the Superior Court of Justice expressly requires the prequestioning of the subject matter in the special appeal.

However, given the devious positioning of the Superior Courts with regard to the controversial issue involving the prequestioning of issues and precedents therein, a standardization of these opinions must be considered, aiming to ensure legal security to the parties, with extraordinary and special appeals, whichever may be the case.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	3
2. TEORIA GERAL DOS RECURSOS.....	5
2.1. Origem. Fundamento. Conceito.....	5
2.2. Diferenciação de recurso com outros meios de impugnação das decisões judiciais.....	8
2.3. Classificação dos recursos.....	11
2.4. O Juízo de admissibilidade e o Juízo de mérito dos recursos.....	14
2.5. Efeitos dos recursos. Efeito devolutivo, translativo suspensivo e expansivo...	22
2.6. Antecipação dos efeitos da tutela recursal.....	26
3. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.....	28
3.1. A chamada “crise no Supremo Tribunal Federal” e a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial.....	28
3.2. Recursos excepcionais. Conceito. Previsão legislativa. Características.....	31
3.3. Recurso especial. Hipóteses de cabimento.....	39
3.4. Recurso extraordinário. Hipóteses de cabimento.....	45
3.5. Alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004.....	48
4. PREQUESTIONAMENTO.....	51
4.1. Origem. Conceito. Particularidades.	51
4.2. Prequestionamento explícito e implícito como formas de manifestação.....	56
4.3. Questão federal e questão constitucional.....	61
4.4. Questões de ordem pública e o recurso especial.....	62
4.5. Embargos de declaração chamados “prequestionadores”.....	66
4.6. Embargos de declaração protelatórios.....	70

4.7. A persistência do vício. Consequências.....	73
4.8. Os entendimentos antagônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Conclusão a respeito.....	78
4.9. Recursos especial e extraordinário simultâneos. Prequestionamento duplo.....	81
5. SÚMULAS E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	84
5.1. Breves considerações. Súmula vinculante.....	84
5.2. Súmula 282/STF. A questão constitucional ou federal no aresto recorrido.....	87
5.3. Súmula 356/STF. Embargos de declaração prequestionadores.....	90
5.4. Súmula 98/STJ. Os embargos de declaração prequestionadores e o parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil.....	93
5.5. Súmula 211/STJ. A subsistência da omissão e a Súmula 356 do STF.....	95
5.6. O prequestionamento como obstáculo de acesso aos Tribunais Superiores.....	99
6. CONCLUSÃO.....	101
7. BIBLIOGRAFIA.....	109

1. INTRODUÇÃO

A base deste trabalho constitui o estudo dos recursos especial e extraordinário com ênfase no tema atinente ao prequestionamento como requisito de admissibilidade desses recursos.

Inicialmente, mostrou-se relevante inserir capítulo destinado ao estudo da teoria geral dos recursos e historiar sua origem, apresentar seu fundamento, conceito e sua diferenciação com outros meios de impugnação das decisões judiciais.

Como há capítulo dirigido especialmente ao estudo dos recursos especial e extraordinário, mostrou-se útil a classificação dos recursos em geral, além de discorrer a respeito do juízo de mérito, do juízo de admissibilidade, dos efeitos dos recursos e da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

No tópico referente aos recursos extremos, procurou-se, ainda, tratar da crise do Supremo Tribunal Federal, da criação do Superior Tribunal de Justiça e da previsão legislativa desses recursos, suas hipóteses de cabimento e as alterações trazidas com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a exemplo da repercussão geral, importante requisito para o cabimento do recurso extraordinário.

Cuidou-se do prequestionamento em capítulo a ele destinado, na difícil e inesgotável tarefa de conceituá-lo, apresentar suas particularidades e formas de manifestação.

Houve, ainda, a preocupação em conceituar questão federal e questão constitucional e analisar a incidência do prequestionamento quando presente questão de ordem pública.

Procurou-se, ainda, compreender os embargos de declaração prequestionadores, as consequências da persistência da omissão e a aplicação de multa em caso de embargos de declaração manifestamente protelatórios.

Sobre o prequestionamento, foi necessário expor acerca dos entendimentos divergentes das Cortes Superiores no que respeita ao cumprimento dessa exigência.

Não se poderia deixar de tratar sobre a interposição simultânea do recurso extraordinário e especial e a incidência do prequestionamento duplo.

As súmulas, em estudo conjunto com a jurisprudência das Cortes Superiores foram objeto de capítulo destinado a expor sobre sua criação, conceituação, finalidade, além da abordagem sobre a súmula vinculante e a legislação pertinente que a regulamentou.

Cuidou-se do prequestionamento, à luz de sua finalidade, encarado, pela maioria dos operadores do direito, como obstáculo à admissão dos recursos excepcionais à luz dos textos sumulados.

Por fim, no último capítulo, foram articuladas as conclusões sobre o presente estudo, expostas ao longo do trabalho, tudo sem a pretensão de esgotar tema polêmico de grande relevância no cenário jurídico.

Espera-se que o presente estudo sirva de contribuição aos operadores do Direito, de forma prática e funcional.

2. TEORIA GERAL DOS RECURSOS

2.1. Origem. Fundamento. Conceito.

Desde os tempos antigos, até os dias de hoje, verifica-se o inconformismo da humanidade com situações desfavoráveis. A vida é fonte de incômodos que provocam conflitos, ensejando a intervenção do Estado na busca da pacificação social. É inerente ao ser humano a busca pela solução de conflitos.

Nos primórdios da civilização inexistiam leis e sequer o Estado-Juiz para fazê-las cumprir. Na busca de determinado objetivo, diante da resistência de outrem, utilizava-se da autotutela, ou autodefesa, o que significa conseguir por si mesmo, com suas próprias forças o que se almeja.

Outra forma de resolução de conflitos, que perdura até os dias de hoje, é a chamada autocomposição, em que uma das partes ou ambas abrem mão de parte de seu interesse para se compor com a outra.

Mas a solução de conflitos, via de regra, atualmente, advém do Poder Judiciário, a quem a sociedade concedeu poderes para tanto, nos termos da Constituição Federal, que garante ao cidadão o acesso ao Judiciário na busca de seu direito.

Não obstante, o inconformismo com a manifestação singular do poder estatal, gera motivação para as impugnações das decisões judiciais, na busca de justiça.

É inerente, também, ao ser humano, a necessidade de ouvir outro pronunciamento acerca de uma determinada decisão, pois, ainda que correta, pode ter sido vista como injusta por uma das partes.

Além disso, a revisão se justifica na medida em que, analisada por outro órgão judicante, hierarquicamente superior, gera maior probabilidade de acerto, e, pois, expectativa de credibilidade perante a coletividade e confiança do povo na jurisdição estatal.

Essa situação tem íntima relação com o conhecido princípio do duplo grau de jurisdição. Segundo Nelson Nery Junior (2004), a história mundial dá conta da existência do duplo grau, remontando ao direito francês, cuja edição de um decreto em 1790 assegurou a possibilidade de recurso contra sentenças de primeiro grau.

O princípio do duplo grau de jurisdição, para a maioria da doutrina, encontra fundamento no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, embora não haja menção expressa a ele.

Referido inciso dispõe que são assegurados aos litigantes em processo administrativo ou judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Diferentemente da atual Carta Magna, que apenas prevê implicitamente referido princípio, a Constituição Federal de 1824, o tornava obrigatório no artigo 158, cuja redação era a seguinte: “Para julgar as Causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para a comodidade dos Povos.”

Registre-se que referido princípio apresenta restrições em determinadas situações criadas pela lei, a exemplo das seguintes inovações: (a) o artigo 515, 3º do Código de Processo Civil, que permite ao órgão superior julgar o mérito sem que a instância ordinária o tenha feito; e (b) o artigo 517 do mesmo diploma legal, que prevê a possibilidade de se trazer matéria nova em grau recursal, desde que a parte prove que não o fez por motivo de força maior.

Embora tenha caráter constitucional, o princípio não se aplica aos recursos extremos, pois não há, em nosso sistema um terceiro grau de jurisdição.

A análise do tema leva à conclusão de que a doutrina que assenta elevar o duplo grau à categoria de princípio constitucional é a que deve prevalecer.

Partilham desse entendimento Nelson Luiz Pinto (2003, p. 85-87), Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 131-141).

Há quem entenda, no entanto, como Araken de Assis, não ser o duplo grau um princípio constitucional, sob o argumento de que os meios e recursos inerentes à ampla defesa se limitam aos previstos pelo legislador ordinário (2007, p. 73).

Data vênia, respeitadas as críticas, fato é que, com a previsão legal da revisão das decisões judiciais, por instância superior e, pois, por juízes mais experientes, e a possibilidade de rever a causa e analisar elementos, fatos, provas, que talvez possam ter passados despercebidos, dá ensejo à maior probabilidade de acerto pelo órgão jurisdicional.

Isso deve, então, ser considerado um benefício para o jurisdicionado, embora, ainda assim, uma das partes possa ficar inconformada com a decisão.

Os recursos passaram a ser conceituados, então, como o meio de controle das decisões judiciais, a considerar que o Estado não pode garantir que seus juízes sejam infalíveis, perfeitos.

Os recursos estão previstos em lei, e só dela depende a sua existência. Assim, somente haverá recurso se a lei o prever expressamente. É o chamado princípio da taxatividade. A previsão dos recursos cíveis na legislação brasileira está disposta no artigo 496 do Código de Processo Civil, além da previsão de alguns recursos específicos em legislação extravagante; portanto, o rol do Código de Processo Civil não é exaustivo.

O Código de Processo Civil não define o que é recurso, o que deu ensejo, pois, à doutrina assim fazê-lo.

Na definição de José Carlos Barbosa Moreira, recurso “é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna” (2008, p. 233).

Para Nelson Nery Junior, recurso “é o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra àquele que a proferiu” (2004, p. 205).

Recurso é o meio processual idôneo a propiciar nova apreciação do julgado por órgão hierarquicamente superior ou não, que pode acarretar em decisão reformada, corrigida, invalidada, integrada ou aclarada.

2.2. Diferenciação de recurso com outros meios de impugnação das decisões judiciais.

Como já citado, o Código de Processo Civil prevê os recursos cabíveis contra as espécies de decisões judiciais no artigo 496.

As espécies recursais elencadas no referido dispositivo (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial ou extraordinário), efetivamente servem para reformar, invalidar, corrigir, completar ou até substituir por outra a decisão viciada.

E, além disso, essas espécies recursais impedem a formação de eficácia da coisa julgada formal, já que são utilizadas no mesmo processo, buscando a reforma da decisão atacada.

Existem, porém, outros meios de impugnação às decisões judiciais, que, a *contrario sensu*, podem modificar decisões transitadas em julgado, atingindo diretamente a coisa julgada material, dependendo do provimento jurisdicional. Exemplo clássico de meio de impugnação com essa finalidade é a ação rescisória.

Assim, pode-se concluir que nem todos os meios de impugnação às decisões judiciais são recursos, pois existem ações autônomas, capazes de modificar atos decisórios do juiz.

As ações autônomas, como o nome já refere, são objeto de nova relação jurídica processual, diversa daquela em que foi proferida a decisão recorrida. Podem ser citados como exemplos, além da ação rescisória, a ação de mandado de segurança contra ato judicial, a ação anulatória prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil e a ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis insanabilis*).

Interessante classificação é a de Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha, que subdividem o “sistema de impugnação judicial” em recursos, ações autônomas de impugnação e sucedâneos recursais (2008, p. 28).

Os chamados sucedâneos recursais, que originaram do inconformismo de determinados pronunciamentos judiciais, devem ser entendidos como os remédios cabíveis contra as decisões que não comportam nem recurso e nem impugnação das decisões judiciais.

A maioria da doutrina os considera como exceção ao princípio da taxatividade, a cuja alusão se faz ao referido artigo 496, do Código de Processo Civil.

Como exemplo de sucedâneos recursais, tem-se o pedido de reconsideração, a correição parcial, o reexame necessário e o pedido de suspensão da segurança concedida em decisão liminar proferida no mandado de segurança.

Os sucedâneos recursais não são, como já dito, nem recurso nem ação autônoma de impugnação. Não se pode defini-los como recurso, porque suas espécies, assim denominadas, não estão previstas no artigo 496; e, por sua vez, não se poderia defini-los como ação autônoma de impugnação porque não formam nova relação processual.

No que respeita ao reexame necessário, a ele estão sujeitas as sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações de direito público, além das decisões proferidas em sentenças de total ou parcial procedência em embargos opostos contra execução movida pela Fazenda Pública, tudo nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil.

Todavia, não haverá reexame necessário nas causas com valor inferior a sessenta salários mínimos e quando a sentença for fundamentada em jurisprudência dominante ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal superior competente.

Conforme entendimento de José Miguel Garcia Medina (2008, p. 33), embora o reexame necessário não se trate de recurso, a atividade do Tribunal ao analisar a decisão proferida, mantendo-a, ou não, é assemelhada à atividade de julgamento de um recurso.

Por fim, interessante consideração deve ser feita em relação aos chamados meios de impugnação às decisões judiciais.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil traz, em um de seus cinco livros, o livro intitulado “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, em que estão previstas a ação rescisória e a ação anulatória, classificadas então, nos artigos 884 a 894.

Ficam, assim, essas ações, já classificadas como meio de impugnação às decisões judiciais, cada qual com suas peculiaridades, dirimindo-se qualquer dúvida que se tenha acerca da natureza dessas ações, que visam desconstituir decisão judicial transitada em julgado.

2.3. Classificação dos recursos.

A doutrina costuma classificar os recursos em (a) **totais ou parciais**; (b) **de fundamentação livre e de fundamentação vinculada**; e (c) **recursos ordinários e recursos extraordinários**.

O recurso é total quando ataca a integralidade do conteúdo impugnável da decisão, mas não a própria decisão.¹

Isso porque, há decisões que são irrecorríveis, a exemplo do recurso extraordinário, cabível somente contra as decisões que versam sobre matéria constitucional e dos embargos infringentes, que só podem ser opostos contra divergência parcial.

Cândido Rangel Dinamarco entende, diversamente, que o recurso integral é o que contém a impugnação de toda a decisão, abrangendo todos os capítulos, e devolve toda a matéria decidida; e “*parcial*, o que se refere somente a um, ou alguns dos capítulos de uma sentença, deixando sem impugnação o outro ou outros.” (2002, p. 98).

¹ Esse é o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, do qual se compartilha, no sentido de que o recurso é total mesmo quando se ataque apenas parte da decisão impugnável, porque, quanto a esta, houve total impugnação. Em suas palavras: “A variável extensão da matéria impugnada, permite distinguir entre recurso *total* e recurso *parcial*. Deve considerar-se total o recurso que abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida (não necessariamente o seu conteúdo integral). (*Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 252).

O recurso é parcial quando se recorre de parte de uma decisão, ou seja, o recorrente impugna apenas parte da totalidade do conteúdo impugnável.

O recurso poderá, então, abranger todos os capítulos recorríveis da decisão, ou apenas uma parcela de um capítulo decisório, registrando-se que os capítulos acessórios, por óbvio, estarão abrangidos pela impugnação objeto do capítulo principal, devolvida, também, a matéria dos acessórios ao juízo *ad quem*.

Isso significa que a decisão pode ser cindida em capítulos.

Registre-se que, sobre a matéria meritória que não foi objeto de impugnação, se opera a preclusão e, pois, o trânsito em julgado. A discussão da matéria acobertada pela coisa julgada material ensejará apenas ação rescisória.

Destaque-se, no entanto, que a parte da decisão não impugnada só transita em julgado se independente e autônoma em relação à matéria objeto de recurso. Assim, se a matéria impugnada for prejudicial, em relação aos demais capítulos, patente sua vinculação à decisão em grau recursal.

Os recursos também podem ser classificados em recursos de livre fundamentação e de fundamentação vinculada.

Os primeiros podem ser definidos como os recursos em que se permite todo o tipo de fundamentação para que se opere a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração de uma decisão. São desvinculados de quaisquer requisitos de admissibilidade para sua interposição, podendo a parte deduzir qualquer vício. Exemplo típico é o recurso de apelação.

Contrariamente, os recursos de fundamentação vinculada são limitados às imposições da lei para que a parte possa fazer críticas à decisão recorrida. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “Nos recursos de fundamentação vinculada o recorrente precisa *invocar* o erro indicado como relevante (ou algum deles se há mais de um), para que o recurso *caiba*, e

precisa *demonstrar-lhe* a efetiva ocorrência na espécie para que o recurso *proceda*.” (2008, p. 253).

Exemplo de recurso de fundamentação vinculada é o recurso extraordinário, vinculado ao ataque de uma decisão que envolva matéria constitucional. Da mesma forma, o recurso especial enseja que a decisão recorrida envolva a discussão de matéria legal infraconstitucional. Os embargos de declaração também são considerados recursos de fundamentação vinculada, já que seu cabimento pressupõe decisões que devam ser necessariamente, omissas, obscuras ou contraditórias.

Por fim, os recursos podem ser classificados em recursos ordinários e recursos extraordinários.

Esses recursos são mencionados no artigo 467 do Código de Processo Civil, ao tratar da coisa julgada, que não está mais sujeita aos referidos recursos, todavia, o Código não explicita a diferenciação entre ambos.

Criticada por José Carlos Barbosa Moreira (2008, p.255), a distinção entre recursos ordinários e extraordinários não tem relevância teórica ou prática.

A classificação também é tida como irrelevante por Araken de Assis (2007).

Todavia, o que se pode extrair da diferenciação entre o recurso ordinário e o recurso extraordinário é o fato de os recursos ordinários invocarem o direito subjetivo da parte, e os extraordinários tutelarem imediatamente o direito objetivo, na busca da correta aplicação da lei, ficando o direito subjetivo da parte em segundo plano. Assim, o critério da finalidade desses recursos é o diferenciador para sua identificação.

Os recursos ordinários dependem apenas de uma decisão recorrível, ao passo que os recursos extraordinários necessitam da presença de requisitos especiais.

Mas a identificação dos critérios e requisitos para a interposição dos recursos especial e extraordinário, catalogados na categoria de recursos extraordinários, excepcionais,

por si só já delimitam a diferenciação com os demais recursos, pois a especificidade que lhes é peculiar já é o bastante para distingui-los nitidamente dos demais.

A classificação, sob o ponto de vista prático, é, pois, de pouca utilidade, exatamente pelas próprias características dos recursos excepcionais, que não se confundem com as dos chamados recursos ordinários, justificando, apenas, esses breves comentários acerca da referida classificação.

2.4. O Juízo de admissibilidade e o Juízo de mérito dos recursos.

O juízo de admissibilidade, no conceito de Araken de Assis, “é o conjunto de condições, que incumbirá ao órgão judiciário previamente ao julgamento do próprio conteúdo da impugnação” (2007, p.113).

O juízo de mérito dependerá do juízo de admissibilidade do recurso. Será imprescindível que os requisitos necessários à interposição do recurso sejam atendidos, a fim de possibilitar a análise meritória.

A maioria da doutrina traça paralelo entre os requisitos necessários para o ajuizamento de uma demanda, com os requisitos para a interposição de recursos, já que, ausentes as condições da ação, não haverá julgamento de mérito da causa.

Desse modo, uma vez não atendidos os requisitos necessários à interposição de um recurso, dele não se conhecerá, impedindo, assim, o julgamento da pretensão recursal. Nas palavras de Vicente Greco Filho, “Recurso não conhecido não chega a ter seu conteúdo examinado” (1999, p. 272).

A admissibilidade de um recurso está condicionada à interposição de acordo com o tempo, o modo e a forma prescritos em lei. Assim, os seguintes pressupostos genéricos e específicos devem ser atendidos: cabimento, regularidade formal, interesse, legitimidade, preparo, tempestividade e inexistência de fato impeditivo e extintivo no direito de recorrer.

Nelson Nery Junior, adotando critério utilizado por Barbosa Moreira, classifica esses pressupostos de admissibilidade em intrínsecos, que estão diretamente ligados ao direito

de recorrer (cabimento, legitimação para recorrer, interesse em recorrer); e extrínsecos, que “respeitam aos fatores externos da decisão que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela” (tempestividade, preparo e regularidade formal e inexistência de fato extintivo impeditivo do poder de recorrer) (2004, p. 273-274).

O cabimento do recurso está relacionado com a idéia da recorribilidade da decisão, além da correta adequação do recurso oponível contra a decisão atacada. Não será cabível recurso contra decisão irrecorrível, como os despachos, nos termos do artigo 504 do Código de Processo Civil; não será admitido recurso errado contra determinada decisão judicial.²

Assim, contra a decisão sem previsão de recurso na lei processual civil, deverá ser analisada a possibilidade do manejo de outras formas de impugnação à decisão judicial, como já exposto, a exemplo do mandado de segurança.

No que respeita à legitimidade para recorrer, diz o artigo 499 do Código de Processo Civil que o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo Ministério Público e pelo terceiro prejudicado. Note-se que o recorrente deve ter interesse na reforma da decisão, o que, a princípio, somente o teria a parte vencida ou sucumbente. Mas o terceiro também possui legitimidade, ainda que não seja parte no processo, desde que demonstrado o interesse recursal visando a modificação do julgado.

O parágrafo primeiro do referido dispositivo, prevê que o terceiro deve demonstrar o “nexo de interdependência” entre o interesse do terceiro em intervir “e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”³, o que significa dizer, depois de esforço na compreensão e interpretação do texto legal, que o terceiro terá legitimidade para o recurso se for titular de uma relação jurídica que possa vir a sofrer as consequências da decisão recorrida.

² Defende José Miguel Garcia Medina entendimento com o qual se concorda, no sentido de que: “É, no entanto, possível – e a jurisprudência dá-nos inúmeros exemplos disso – que um despacho cause prejuízo às partes. Os despachos capazes de gerar dano à parte são os decorrentes de erros flagrantes cometidos pelo cartório e endossados pelo juiz ou constantes de despachos proferidos desde logo pelo magistrado. Nestes casos, em nosso sentir, estes pronunciamentos são recorríveis (embora não se transformem em decisão interlocutória), e o recurso cabível e, a nosso ver, o agravo.” (*Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*, vol. 2, São Paulo: RT, 2008, p. 82-83).

³ Art. 499, §1º, CPC: “Cumpra ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.”

Já a redação proposta pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil, que corresponde ao parágrafo único do artigo 909 e que, por sua vez, tem linguagem clara e objetiva, é a seguinte: “*Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que seja titular.*”

O interesse recursal, outro pressuposto intrínseco de admissibilidade, deve envolver o binômio utilidade e necessidade.

Assim, o recurso será útil se o recorrente vislumbrar que a situação em que está diante da decisão recorrida, poderá, com o provimento do recurso, lhe ser mais vantajosa.

O recorrente deve ter, ainda, necessidade de utilizar-se das vias recursais para o alcance desse objetivo – o de buscar situação mais vantajosa.

O interesse em recorrer está também ligado diretamente à existência de sucumbência e gravame, isso numa visão retrospectiva. Todavia, numa visão prospectiva, o interesse se dá na medida em que, como já dito, o recorrente busca situação mais vantajosa em relação à decisão recorrida.

Todavia, no que respeita à sucumbência, deve ser lembrado que o terceiro não incorre em sucumbência, e pode ter interesse na reforma da decisão, como lhe faculta a lei.

De outra parte, o autor de pedido subsidiário, não sucumbente, poderá recorrer para obter o pedido principal.

Registre-se ainda, em relação à utilidade no interesse recursal, a situação em que o acórdão versa sobre questão infraconstitucional e questão constitucional. Se a parte interpuser recurso especial contra a questão infraconstitucional e não atacar a questão constitucional pela via do extraordinário, deverá o especial ser inadmitido, já que a questão constitucional será o bastante para manter o acórdão íntegro, decorrendo, da inércia da parte, a inutilidade do especial. Exatamente nesse sentido, prevê a Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça:

“É inadmissível 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.”

Importante registro é o de que o recurso deve ser interposto contra o dispositivo da sentença, e não contra a motivação.

Essa afirmativa decorre especialmente da previsão contida no inciso I, do artigo 469 do Código de Processo Civil, donde se extrai que os motivos não fazem coisa julgada, do que se conclui que não há interesse recursal quando o recurso ataca somente os motivos da decisão e não visa sua reforma ou anulação.

Exceção à regra se dá em situações excepcionais previstas em legislação extravagante, a exemplo de ações coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos, quando a coisa julgada é *secundum eventum probationis*. Quando na decisão de procedência há grau de certeza com o esgotamento das provas, não há necessidade de previsão expressa na sentença sobre a falta ou não das provas. Do contrário, se a demanda for julgada improcedente, com base em provas insuficientes, não haverá a formação da coisa julgada.

No que respeita ao Ministério Público, deve ser dito que seu interesse é sempre público, decorrendo da lei sua legitimidade para recorrer, como já exposto. Assim, para o MP, o interesse recursal não constitui pressuposto de admissibilidade do recurso.

Em suma, o interesse deve comportar a utilidade e a necessidade. A primeira sugere melhoria na situação processual do recorrente e a segunda, a necessidade propriamente dita, de se utilizar das vias recursais para alcançar esse objetivo.

De outro lado, como requisito extrínseco à admissibilidade do recurso, tem-se a tempestividade, o que significa que o recurso deve ser interposto no prazo estabelecido em lei, nos termos do artigo 506 do Código de Processo Civil. Se a parte não o fizer incorrerá na preclusão temporal, a teor do artigo 183 do mesmo diploma legal.

Registre-se, por oportuno, que à parte não é vedada a possibilidade de recorrer, antes de intimada da decisão por via de publicação, embora já exista jurisprudência em sentido

contrário. O que se tem como regra é que a disposição contida no artigo 506 é considerada para efeito de contagem do prazo final para a interposição do recurso.

Outro requisito extrínseco de admissibilidade é o preparo, que consiste na comprovação, no ato da interposição do recurso, do pagamento antecipado de custas, assim compreendidas as despesas de interposição e de trâmite do recurso, ou seja, o pagamento das despesas com porte de remessa e retorno dos autos. Caso o recorrente não providencie o preparo do recurso, ocorrerá o fenômeno da deserção, consoante dispõe o artigo 511 do Código de Processo Civil.

Recurso deserto é aquele não preparado no tempo e forma devidos. O recorrente que efetuar o preparo em valor insuficiente tem a oportunidade de completá-lo no prazo de 05 (cinco) dias após ser intimado, nos termos do parágrafo 2º do Código de Processo Civil. Atente-se que somente se o preparo for insuficiente, é que incidirá essa previsão legal, não podendo aplicada nos casos de ausência da comprovação do recolhimento das custas e despesas no momento da interposição.

O justo impedimento para comprovar o recolhimento do preparo, deverá ser provado ao Juízo no momento da interposição, cuja análise da questão será feita pelo magistrado, deferindo ou não ao recorrente a comprovação no prazo que fixar. Se houver realmente a prova do impedimento, o artigo 519 prevê que o juiz relevará a pena de deserção. A intimação poderá ser feita tanto pelo juízo *a quo* como pelo juízo *ad quem*.

Da decisão que defere o pedido de prazo para comprovar o pagamento não cabe recurso, (a teor do parágrafo único do referido dispositivo), por falta de interesse, já que ao órgão *ad quem* caberá o reexame da matéria a ser alegada pelo adverso em contra-razões.

Já da decisão do juiz de primeiro grau que denega o pedido, cabe agravo de instrumento e, da decisão proferida pelo relator, cabe agravo retido.

No que toca à regularidade formal, o artigo 506 do Código de Processo Civil prevê o tempo a forma e o lugar em que o recurso deverá ser protocolado.

Mas não é só isso. O recorrente deve apresentar, de forma escrita, os motivos pelos quais está recorrendo, sob pena de não conhecimento. O simples pedido de reforma da decisão não é suficiente para que o órgão julgador profira a decisão pretendida, devendo o tribunal conhecer das razões recursais a fim de que possa proferir decisão fundamentada. Nas palavras de Nelson Nery Junior, “O princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, estatuído no sistema processual vigente, deverá ser respeitado.” (2004, p. 378). Deve ser dito, ainda, que o recorrido deverá conhecer as razões recursais para que possa respondê-lo.

Aplica-se, ainda, a este pressuposto, o princípio da dialeticidade, segundo o qual o recurso deve ser discursivo. Ainda no dizer de Nelson Nery Junior, ao definir o referido princípio, em referência à outra obra de sua autoria, “O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão. Só assim a parte contrária poderá contra-arrazoá-lo, formando-se o imprescindível contraditório em sede recursal.” (2004, p. 176).

Nesse exato sentido, o inciso II, do artigo 514, do Código de Processo Civil prevê que a apelação deverá conter os fundamentos de fato e de direito.⁴

Registre-se que há recursos que possuem requisitos específicos, como é o caso do agravo de instrumento, em que é necessário comunicar ao juízo “a quo”, em três dias, a interposição do recurso perante o tribunal, juntando cópia no processo originário, sob pena de não conhecimento, nos termos do artigo 526 do Código de Processo Civil.

Cite-se, também como exemplo, o caso dos recursos extraordinários, um dos temas objeto de estudo deste trabalho, cujos requisitos para interposição são específicos, como a demonstração do dissídio jurisprudencial, um dos motivos que pode ensejar o recurso especial e a demonstração da repercussão geral, em relação ao recurso extraordinário.

Outro pressuposto extrínseco de admissibilidade dos recursos é a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer. A doutrina classifica esse pressuposto como

⁴ Araken de Assis faz referência a acórdão em recurso especial no sentido de que recurso desacompanhado de razões ressent-se da falta de relevante requisito, mostrando-se inadmissível: STJ, 6ª T., Rel. Min. Ademar Maciel, REsp 65.773-SP, DJ. 11.09.1995, v.u., DJU 30.10.1995, p.36.816, *Manual dos Recursos*, São Paulo: RT, 2007, p. 197.

pressuposto de admissibilidade negativo, já que se trata de motivo que extingue ou impede o poder de recorrer.

A renúncia ao recurso prevista no artigo 502 e a aquiescência expressa ou tácita à decisão, previstas no artigo 503, são consideradas pela doutrina como fatos extintivos do poder de recorrer.

Por sua vez, a desistência do recurso, só poderá ocorrer quando já interposto o recurso e o recorrente dele vier a desistir, obrigatoriamente antes de seu julgamento, considerado esse fato como impeditivo do poder de recorrer.⁵ Também são impeditivos do poder de recorrer o reconhecimento jurídico do pedido e a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação.

2.5. Efeitos dos recursos. Efeito devolutivo, translativo, suspensivo e expansivo.

O recurso tem o objetivo de submeter à nova apreciação do Poder Judiciário a matéria de que trata a decisão recorrida.

O primeiro efeito do recurso que merece apreciação é o efeito devolutivo. Esse efeito consiste na devolução da matéria impugnada à nova apreciação (*tantum devolutum quantum appellatum*), tanto a órgão hierarquicamente superior, quanto ao mesmo órgão que proferiu a decisão objeto do recurso.

Não é necessário, pois, para a caracterização do efeito devolutivo que a matéria objeto do recurso seja matéria que envolva apenas o mérito, sendo suficiente que haja apenas nova apreciação.

⁵ Nesse sentido Cassio Scarpinella Bueno acrescenta: “Em tal caso, de acordo com o artigo 501, o recorrente não precisa da concordância do recorrido ou dos litisconsortes para concretizar a sua vontade. A exteriorização de sua vontade, aliás, produz efeitos imediatos no processo e independe de homologação judicial (art. 158; v. n. 4.1.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Não se aplica aqui o art. 267, §4º, que exige, para a desistência da “ação”, concordância do réu, quando já citado, (v. n. 3.1.6 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). A distinção justifica-se porque na desistência do recurso o que passa a vigorar é a decisão recorrida, que, na extensão em que proferida, impõe-se, substituindo, a vontade das partes. Antes de seu proferimento – é esta a perspectiva do §4º do art. 267, ao réu interessa que a decisão seja proferida em seu favor.” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67).

Para parte da doutrina, somente haveria efeito devolutivo nos casos em que o recurso é submetido à análise de órgão hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão, e, de acordo com esse pensamento, não haveria efeito devolutivo nos embargos de declaração.

Todavia, para outra parte da doutrina⁶, mais atual, diga-se de passagem, o efeito devolutivo se configura com a tão só devolução da matéria ao órgão judicante, seja ele de igual ou de superior instância, bastando que haja nova apreciação da decisão recorrida.

Há que se compartilhar desse entendimento, pois o reexame da matéria, por si só já caracteriza o recurso.

No efeito devolutivo está consubstanciado o princípio dispositivo, que é basilar do sistema processual civil brasileiro, significando que o órgão que reexaminará a matéria estará vinculado ao âmbito objeto do recurso, delimitado pelo recorrente. Trata-se da chamada “dimensão horizontal” do recurso, devolvida somente a matéria impugnada (art. 515 “caput”, CPC).

Já a “dimensão vertical” pode ser verificada pela redação dos parágrafos do artigo 515 do Código de Processo Civil.⁷ É o chamado pela doutrina de “plano vertical” da profundidade.⁸ Nesses casos a doutrina denomina a profundidade, de efeito translativo do recurso, ficando submetidas ao órgão *ad quem* as questões que não foram objeto de fundamento da decisão recorrida, ou demais questões não enfrentadas pelo órgão *a quo*.

Registre-se que, atualmente com a vigência do referido dispositivo, muitas matérias são submetidas ao tribunal sem que tenham sido apreciadas pelo juiz singular. É o

⁶ Nelson Nery Junior ensina: A aptidão para provocar o reexame da decisão impugnada por meio de recurso já é suficiente para caracterizar o efeito devolutivo do recurso. Não há necessidade que o órgão destinatário seja diverso daquele que proferiu o ato impugnado. Assim, mesmo os embargos de declaração e os embargos infringentes da LEF 34, dirigidos ao mesmo órgão de onde proveio a decisão recorrida, têm efeito devolutivo, que é comum e existe em todos os recursos no sistema processual civil brasileiro, seja o da CF, do CPC, ou ainda, o de leis processuais extravagantes (*op. cit.*, p. 431).

⁷ Art. 515, CPC. “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

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

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

§3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *Código de Processo Civil Interpretado*, São Paulo: Manole, 2010, p. 649.

exemplo do que dispõe o §3º do artigo 515 do CPC: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”.

A considerar que o tribunal pode exercer o julgamento do mérito da causa sem que o juiz singular o tenha feito em razão da extinção com fundamento no artigo 267 do CPC, poderia significar que o dispositivo enseja violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não se trata, pois, de ofensa à Constituição Federal, haja vista que o princípio não vem expressamente previsto na Carta Magna.

Os parágrafos do artigo 515 são os que caracterizam o efeito translativo do recurso, e, assim, não há que se falar em julgamento *extra petita*.

O efeito suspensivo, por sua vez, impede a produção dos efeitos da decisão recorrida. Registre-se, de qualquer forma, que, antes do término do prazo para a interposição de recursos, a decisão ainda não tem eficácia.

Na verdade, esse efeito surge quando da publicação da decisão impugnável e não quando da interposição do recurso. Quando o recurso é interposto, a suspensão da decisão é confirmada até o julgamento.

O artigo 497 do Código de Processo Civil prevê os recursos que não são dotados de efeito suspensivo. Em regra, pois, vige no direito brasileiro a regra de que os recursos possuem esse efeito, a exceção dos casos previstos no referido dispositivo.

A doutrina também denomina o efeito suspensivo de efeito *obstativo*, em razão de que não propriamente o efeito de suspender, mas de obstar o início da produção dos efeitos da decisão

O efeito expansivo dos recursos, por sua vez, pode ser verificado nos casos em que do julgamento resultar decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada.

Para Cassio Scarpinella Bueno, o efeito expansivo representa as “conseqüências que o julgamento do recurso tem aptidão de acarretar à própria decisão recorrida, a outros atos

ou decisões do processo e, ainda, a eventuais outros sujeitos processuais, que não o recorrente...”.⁹

Nelson Nery Junior classifica esse efeito em efeito expansivo objetivo interno, efeito expansivo objetivo externo e efeito expansivo subjetivo.¹⁰

O primeiro pode ocorrer quando, por exemplo, o tribunal, ao apreciar apelação interposta contra sentença de mérito, dá-lhe provimento e acolhe preliminar de litispendência. O segundo, quando o julgamento do recurso atinge outros atos além do impugnado, como o provimento do agravo que atinge todos os atos processuais que ocorreram após sua interposição; e o último quando o julgamento do recurso atinge outras pessoas além do recorrente e recorrido, como no caso de litisconsórcio unitário.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, “...o que se chama de efeito expansivo subjetivo não é uma consequência natural do julgamento do recurso, mas uma regra própria do litisconsórcio unitário, aplicável no âmbito recursal.” (2008, p. 85).

Por fim, há que ser citado o efeito substitutivo, que nada mais é do que a substituição da nova decisão pela decisão recorrida, desde que conhecido o recurso. Esse efeito está expressamente previsto no artigo 512 do Código de Processo Civil.¹¹

A substituição pode ser total ou parcial, dependendo do grau de devolutividade do recurso.

2.6. Antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A antecipação dos efeitos da tutela recursal nada mais é do que a pretensão do recorrente na produção dos efeitos que se busca com o julgamento do recurso, ou ao menos a tutela antecipada e não propriamente os efeitos da pretensão recursal.¹²

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2006, p. 707.

¹¹ Art. 512, CPC. “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso.”

Essa antecipação está prevista na lei, pelo artigo 527, III do Código de Processo Civil, com a redação que lhe conferiu a lei nº 10.352/01.

Como não há previsão dos requisitos para a concessão da antecipação da tutela recursal, a doutrina admite que devem estar presentes, por analogia, os requisitos do artigo 273 do mesmo *codex*.

Na mesma linha de entendimento quanto à antecipação dos efeitos da tutela prevista no referido artigo 273, tem-se que a antecipação dos efeitos da tutela recursal deve ser concedida desde que demonstrados estarem presentes os requisitos exigidos pelo legislador, não se tratando de mera faculdade do relator.

Ainda pelo cabimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal é a nova redação do artigo 558 do CPC, típico exemplo do que a boa doutrina tem denominado de “poder geral de cautela”.¹³

Registre-se, ainda, que não há previsão de qual o recurso seria cabível contra a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Parte da doutrina, como Nelson Nery Junior, entende que: “Embora não caiba agravo interno contra a decisão do relator que concede ou denega liminar nos casos do CPC 527 II e III, essa decisão pode ser impugnada pelo recurso de embargos de declaração, que devem ser julgados pelo órgão colegiado respectivo.”. (2006, p. 775).

Por fim, outra parte da doutrina, a exemplo de José Miguel Garcia Medina e Cassio Scarpinella Bueno, entende que o recurso cabível seria o agravo interno, sob pena de

¹² “Tratando-se de sentença fundada no art. 267, por exemplo, o órgão ad quem avaliará as possibilidades de êxito, considerando o disposto no art. 515, §3º. Nada obstante a impossibilidade de acolhimento do pedido, o recorrente necessita, neste caso, a tutela antecipada, e não, simplesmente, a antecipação dos efeitos da pretensão recursal. (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 251).

¹³ Art. 558, CPC. “O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação e remissão de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

expor o agravante ou o agravado, conforme o caso em situação de risco de lesão grave ou de difícil reparação.

Nesse mesmo sentido, compartilha-se do entendimento de que, diante da ausência de previsão no regimento interno, deve ser aplicado o artigo 557 do CPC, sendo cabível, pois, o agravo interno contra a decisão que concede ou denega os efeitos da antecipação da tutela recursal.

3. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

3.1. A chamada “crise no Supremo Tribunal Federal” e a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial.

O Supremo Tribunal Federal foi criado pelo Decreto nº 848, de 11.10.1890, pelo Governo Provisório da República. Denominado “órgão de cúpula do Judiciário”, consoante os dispositivos 55 e 56 da Constituição de 1891, o STF foi efetivamente instalado em 28.02.1891.

O Supremo Tribunal Federal abarcava, então, desde a sua criação, a competência para julgar o recurso extraordinário, desde que estivesse presente questão federal atinente às normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Evolutivamente, manteve-se o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer e julgar o recurso extraordinário, nas Constituições de 1934 (art. 76, III), 1937 (art. 101, III), 1946 (art. 101, III), 1967 (art. 114, III), EC 1/69 (art. 119, III) e 1988 (art. 102, III).

Diante da amplitude de questões de direito, federais e constitucionais submetidas a julgamento do Supremo, logo se verificou grande acúmulo de processos, eis que aos litígios não era conferida rápida solução, tornando crônica a situação.

Essa situação passou a ser chamada, então, de “crise do Supremo Tribunal Federal”.

Historicamente, dados apontam as razões para o acúmulo de processos, dentre eles o número expressivo de recursos dirigidos à Corte, e seus recursos conexos como agravo de instrumento, arguição de relevância, embargos de declaração e de divergência.

Além disso, se a questão for analisada comparativamente ao modelo norte-americano, pode-se concluir que, ao passo que nos Estados Unidos a Suprema Corte tem discricionariedade para o recebimento do recurso, no Brasil não há como negar sua admissibilidade, se preenchidos os requisitos legais.

Diante disso, conforme historicamente cita Rodolfo de Camargo Mancuso, passaram a ser criados inúmeros obstáculos para admissão os recursos de competência da Corte, na tentativa de superação da “crise do Supremo”: em 1970 o Regimento Interno; em 1975 a Emenda Regimental 3 ampliou as restrições de cabimento impondo como requisito a chamada “arguição de relevância”; em 1977 a Emenda Constitucional nº 7, que consagrou a “arguição de relevância federal” no texto constitucional, e, por fim, a Emenda Regimental 2/85, que alterou as restrições para o cabimento do recurso, então previstas no artigo 119 da Emenda Constitucional 1/69, consoante observa. (2007, p. 77).

Além disso, instituiu-se o efeito vinculante das decisões proferidas em Ação Direta de Constitucionalidade. Todavia, todas as tentativas de superação da crise restaram frustradas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi criado o Superior Tribunal de Justiça, competente para julgar, em recurso especial, as questões de direito infraconstitucional.

Ficaram, então, divididas as competências. Ao Supremo Tribunal Federal coube o julgamento dos recursos extraordinários envolvendo matéria constitucional, e ao Superior Tribunal de Justiça, o julgamento dos recursos especiais, envolvendo, como dito matéria infraconstitucional.

Rodolfo de Camargo Mancuso cita que a idéia da criação do STJ remonta ao ano de 1965. Naquele ano, foi formada uma mesa redonda na Fundação Getúlio Vargas, composta por juristas de renome, sob a presidência do Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti (2007, p. 107).

Os debates envolveram questões como a inconsistência do modelo em pauta, ante a recomendação da existência de apenas um órgão compondo o Tribunal da Federação.

Por outro lado, pesaram argumentos favoráveis, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal seria competente apenas para julgar questões constitucionais e de alta indagação, mantendo-o como a Corte Suprema do País, deixando, assim, de lhe ser submetidas questões de competência dos tribunais comuns.

Após inúmeras discussões, chegou-se a um consenso para a criação do órgão, mantendo-se o Supremo Tribunal Federal como a Corte Constitucional do país.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, nasceu o chamado recurso especial, previsto no artigo 105, III da atual Constituição Federal. Visando evitar que acontecesse com o novo órgão o mesmo que ocorreu com o Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal previu que o Superior Tribunal de Justiça seria composto por, no mínimo 33 (trinta e três) ministros.

Vale, ainda, o registro de que, muito embora o objetivo da criação do recurso especial fosse “desafogar” o Supremo Tribunal Federal da imensa quantidade de processos a ele submetidos a julgamento, ao longo de todos esses anos não se pôde alcançar referido objetivo.

Com efeito, nos dias de hoje, tem-se conhecimento do grande número de processos que aguardam julgamento nas Cortes Superiores, com críticas à criação do Superior Tribunal de Justiça.¹⁴

Por outro lado, não se pode negar que, com o passar dos anos, algumas inovações foram trazidas ao sistema, visando mais efetividade ao processo, como a lei nº 9.756/98, que introduziu a modalidade retida dos recursos excepcionais e ampliou os poderes do relator para conhecer e dar provimento ao recurso quando: “em confronto com súmula ou

¹⁴ Veja-se o comentário de José Carlos Barbosa Moreira acerca da criação do STJ: “A bipartição do antigo recurso extraordinário, perfeitamente explicável à luz da reestruturação da cúpula do Poder Judiciário, não deixou de causar problemas de ordem prática. Temos agora dois recursos em vez de um só, interponíveis ambos, em larga medida, contra as mesmas decisões. Daí a necessidade articulá-los; e o sistema resultante teria de ficar, como na verdade ficou, bastante complicado em mais de um ponto. É inegável que o novo regime acarreta, muitas vezes, aumento considerável na duração do processo. Não parece muito feliz, por outro lado, a opção do legislador de disciplinar *sempre em conjunto* o recurso extraordinário e o especial – primeiro na Lei 8.038 (art. 26 e ss.), agora no Código (art. 541 e ss.) –, como se assim fossem ambos necessariamente interpostos. Aqui e ali, a disciplina resultou mais difícil de compreender do que se poderia conseguir com tratamento diferenciado”. (*op. cit.*, 2008, p. 586).

jurisprudência dominante” da respectiva Corte, “conhecer do agravo de instrumento para dar provimento ao próprio recurso especial” e ainda, “negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal”.¹⁵

Esses dispositivos legais foram criados visando diminuir o tempo de tramitação das ações judiciais.

3.2. Recursos excepcionais. Conceito. Previsão legislativa. Características.

Os chamados recursos excepcionais, ou recursos extremos, são compreendidos pelo recurso extraordinário e pelo recurso especial.

Trata-se, como já dito, de denominação idêntica a ambos, em razão de serem recursos que podem ser intentados somente em situações específicas.

Esses recursos possuem igual regime jurídico e características semelhantes.

As hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários estão na Constituição Federal. O recurso extraordinário está previsto no artigo 102, III, e o recurso especial no artigo 105, III, da Carta Magna.

Além disso, os artigos 541 e 543 do Código de Processo Civil cuidam do procedimento desses recursos, sem que disponham sobre o cabimento, previsto constitucionalmente.

Reitere-se, como característica comum aos recursos extraordinários, serem exemplos de recursos de fundamentação vinculada, o que significa estarem vinculados à discussão **legal; constitucional ou infraconstitucional**, portanto vinculados às questões unicamente de direito, vedada a discussão de matéria de fato. A matéria é inclusive sumulada pelos tribunais superiores.¹⁶

¹⁶ Súmula 279/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, recursos extraordinários “são aqueles que têm como finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente a busca da melhor solução para o caso concreto.” (2008, p. 237).

O mesmo autor afirma que é exatamente essa a razão pela qual nesses recursos não é possível a produção de provas ou o reexame de provas já produzidas.¹⁷

Outras características comuns desses recursos trazidas pela doutrina são: **a exigência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias; a imprestabilidade quanto à correção de injustiça da decisão recorrida; o sistema de admissibilidade desdobrado; os requisitos específicos de admissibilidade previstos na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil; e a provisoriedade da execução da decisão recorrida.**

No que respeita à primeira característica, pressupõem os recursos extraordinários o esgotamento de todos os recursos previstos em lei, sem o que não será possível o acesso às Cortes Superiores. Isso porque os recursos excepcionais são recursos cabíveis de **decisões** que tenham julgado a causa em **única** ou **última** instância.

Aliás, o regime da Constituição anterior assim já previa, inclusive, com a edição das Súmulas 281 e 282 do STF.¹⁸

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também já editou a Súmula 207 sobre o tema.¹⁹ Sobre essa Súmula, ressaltam Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha (2008, p. 261), que os embargos infringentes são cabíveis nos termos do artigo 530, do

Súmula 07/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹⁷ Sobre a finalidade dos recursos extraordinários, relevante o ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno: “O Supremo Tribunal Federal, ao julgar recursos extraordinários, e o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recursos especiais, destarte, desempenham papel diferenciado de quando eles próprios ou os demais Tribunais julgam “recursos ordinários”. Sua missão fundamental, ao julgar esses recursos é buscar a inteireza da interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território brasileiro. Trata-se, a bem da verdade, de uma conseqüência inarredável ao sistema político nacional: a federação pressupõe uniformidade na aplicação e na interpretação das normas de direito *federal* em todo o território, até mesmo por força da isonomia e da impessoalidade que deve presidir as relações entre Estado e particulares (arts. 5º, *caput*, 37, *caput*, e 150, II, da Constituição Federal)”. (*op. cit.*, 2008, p. 237).

¹⁸ Súmula 281/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”

Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

¹⁹ Súmula 207/STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

CPC, “...*salvo* se a sentença tiver sido proferida em processo de mandado de segurança, aplicando-se, no particular, o enunciado 169 da Súmula do STJ e o 597 da Súmula do STF.”²⁰

Outra questão abordada pela doutrina, nessa seara, é a dos embargos de declaração. Com efeito, os embargos de declaração podem ser opostos contra decisão de relator em tribunal. Muitas das vezes, o relator não julga isoladamente os embargos, remetendo-os a julgamento colegiado, proferindo-se, então, acórdão.

Nesse caso, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, tem entendido que esse acórdão não constitui decisão de última instância, pois apenas integra a decisão monocrática e, por isso, caberia à parte, ainda, interpor agravo interno.²¹

Somente com a interposição do referido agravo regimental (interno), que ensejará a manifestação do órgão colegiado, será cabível o recurso excepcional.

Outra característica dos recursos excepcionais é a de que não se admite sua interposição a fim de corrigir injustiça da decisão.

Significa dizer, que ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça não cabe a revisão de fatos da causa, mas sim a revisão da causa e da correta aplicação do direito à espécie.

O Supremo Tribunal Federal tem a missão de zelar pela validade, autoridade, uniformidade interpretativa e pela inteireza positiva do direito constitucional ao aplicar corretamente o direito à espécie, consoante se verifica da antiga Súmula 456.²²

Na mesma direção o Superior Tribunal de Justiça, que visa garantir a boa aplicação da lei federal e a uniformidade de sua aplicação em todo o Brasil.

²⁰ Súmula 169/STJ: “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.”

Súmula 597/STF: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação”.

²¹ Colha-se julgado do Supremo Tribunal Federal: “Recurso extraordinário: descabimento. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso interposto junto à Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, da qual ainda era cabível agravo regimental §1.º. Incidência da Súmula 281”. (Agr. Reg. 427037/RJ, 1.ª T., j. 16.11.2004, v.u., DJ 03.12.2004, p. 40).

²² Súmula 456/STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Mas a aplicação correta do direito federal pode até gerar o efeito pretendido pelo recorrente, concluindo-se que esse efeito é apenas indireto ou reflexo.

Na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, o recurso extraordinário e o recurso especial “apresentam uma conotação bifronte”: na medida em que o recorrente submete à análise questão individual, ao apontar uma violação do direito federal, se provido o recurso, ficará aplicado o direito à espécie e assegurada a inteireza positiva do direito federal (constitucional e da correta aplicação da norma federal). (2008, p. 155).

Lembre-se que para a interposição do recurso especial a matéria deverá estar prequestionada, conforme objeto de maior aprofundamento deste trabalho que adiante se verá.

Os recursos excepcionais possuem exame de admissibilidade desdobrado. Esse aspecto procedimental é comum aos recursos extraordinário e especial.

A admissibilidade de ambos os recursos é exercida pelo Tribunal local, após a oferta de contrarrazões pelo recorrido. Se o recurso não for admitido pelo Tribunal local caberá agravo de instrumento ao respectivo Tribunal superior (art. 544, CPC). Lá será exercido novo juízo de admissibilidade que independe do juízo exercido pelo Tribunal local. Esse juízo é, pois, o definitivo.

Com a redação dada pela lei nº 9.756/98 ao §3º do artigo 544, do Código de Processo Civil, o agravo de decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário ou recurso especial, possibilita ao relator, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso, ou, ainda, determinar sua conversão para julgamento.²³

²³ Art. 544, §3º, CPC. “Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”.

Nesse caso o regime é aplicado a ambos os recursos, com a observação de que se ambos tiverem sido interpostos o especial deve ser julgado em primeiro lugar.²⁴

E, também em relação ao agravo foi editada a lei n.º 12.322, publicada no Diário Oficial de 10.09.2010, que altera a forma do processamento desse o agravo de instrumento contra a decisão denegatória de recursos extraordinário e especial.

Essa lei altera a denominação do recurso, que passa a se chamar apenas “agravo” (e não agravo de instrumento).

A mais recente modificação, porém, é a de que o agravo não mais precisará ser instruído com cópias dos autos: na verdade, os próprios autos serão remetidos ao STF ou STJ. A alteração deve ser entendida como avanço na tramitação do agravo, na medida em que haverá celeridade processual; diminuição de custos para o jurisdicionado e evitar-se-á o não conhecimento do recurso por instrução deficiente.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça há o enunciado da Súmula 123: “A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame de seus pressupostos gerais e constitucionais”.

No tocante ao recurso extraordinário, inexistente a repercussão geral da questão constitucional o recurso será liminarmente rejeitado, consoante o §3º do artigo 102, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Outra circunstância marcante nos recursos excepcionais é a de que seus pressupostos estão dispostos na Constituição Federal, e não no Código de Processo Civil. Isso reafirma a característica de que esses recursos não são, mesmo, comuns.

²⁴ Art. 544, §4º, CPC. “O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar”.

O Código de Processo Civil prevê, apenas, o aspecto procedimental dos recursos extraordinário e especial, como o preparo, o prazo o modo de interposição, dentre outros.

Nesse sentido, coube à Constituição Federal, com a atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, encarregar-se de cuidar dos fundamentos de mérito do recurso e suas hipóteses de cabimento.

Contudo, importante o registro de que, quando houver *error in procedendo* na decisão recorrida, que impossibilite desde logo sanção, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, conforme o recurso, ficarão limitados à cassação do julgado para que outro seja prolatado, inclusive, se for o caso, determinarão o retorno dos autos para que outra decisão seja proferida.

Deve ainda ser observado o fato de não ser aplicável o princípio da fungibilidade recursal entre os recursos especial e extraordinário, a considerar que as hipóteses de cabimento de um e de outro estão bem delineadas na Constituição Federal, e que não há entre elas, divergência doutrinária nem jurisprudencial.

Quanto a esse ponto, a jurisprudência realmente não tem admitido a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.²⁵

A outra característica verificada quanto aos recursos excepcionais decorre do fato de não serem recursos dotados de efeito suspensivo, razão pela qual o recorrido pode iniciar a execução provisória do julgado, nos termos do artigo 475-P, do CPC, instruída com as cópias relacionadas no §3º do artigo 475-O do mesmo diploma legal.

Registre-se que referidos dispositivos processuais extinguiram a antiga carta de sentença, pois não é mais necessário requerer a extração de parte da sentença para, só depois disso, dar-se início à execução provisória, bastando petição acompanhada das cópias exigidas

²⁵ Nesse sentido merece transcrição ementa do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: “No caso concreto, embora tenha sido observado o prazo a que se refere o art. 508 do Código de Processo Civil, ainda assim a decisão ora agravada deve ser mantida, uma vez que, como visto acima, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal decorre não só da interposição do recurso equivocado no mesmo prazo do correto, mas, também, da existência de dúvida objetiva acerca do recurso a ser interposto e da não-ocorrência de erro inescusável quanto à escolha do instrumento processual” (AgRg no REsp 882572, Rel. Min. Denise Arruda, j. 27.03.2007, v.u. DJ. 30.04.2007, p. 292).

em lei, que não precisam ser autenticadas, sendo suficiente que o advogado as declare autênticas, nos termos do §1º do artigo 544, do Código de Processo Civil.

Todavia, a decisão poderá ter seu estado alterado, se o recorrente se valer de medida cautelar apta a demonstrar que os atos a serem praticados na execução provisória podem lhe causar lesão grave e de difícil reparação.

O recorrente deve, no entanto, atentar que a medida cautelar só pode ser ajuizada na Corte Superior nos casos em que o recurso já tenha sido admitido. Caso ainda não tenha sido, deve ser ajuizada no tribunal local, salvo em casos excepcionais, em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm admitindo a cautelar antes mesmo de ser admitido o recurso especial ou extraordinário, desde que claramente preenchidos os requisitos da cautelar.²⁶

Pode, ainda, valer-se o executado de pedido de efeito suspensivo na impugnação contra a execução do julgado, desde que presentes os requisitos do artigo 475-M do Código de Processo Civil, ou seja, desde que haja demonstração de que o prosseguimento da execução possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

3.3. Recurso especial. Hipóteses de cabimento.

O Superior Tribunal de Justiça desenvolve a função de interpretar o direito infraconstitucional, na medida em que corrige erros dos Tribunais de única ou última instância, e, com isso, desenvolve também a função de uniformizar a jurisprudência nacional.

O recurso especial, como já dito, só pode ser interposto em face de acórdãos proferidos por tribunais.

Questão relevante surge, então, em relação às decisões proferidas pelas Turmas Recursais no âmbito dos Juizados Especiais estaduais. A Súmula 203 do Superior Tribunal de

²⁶ Súmula 634/STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.
Súmula 635/STF: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

Justiça, com a atual redação, é do seguinte teor: “*Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*”.

Diante do atual texto, que excluiu do verbete “*nos limites de sua competência*”, o Superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimento no sentido do cabimento do mandado de segurança como mecanismo de controle das decisões proferidas pelos Juizados.²⁷

O recurso especial dirigido a essa Corte, tem as hipóteses de cabimento estampadas no artigo 105, III, da Constituição Federal.

A primeira delas é a da letra “a” do referido inciso III, que prevê a viabilidade do recurso especial quando houver na decisão recorrida contrariedade de tratado ou lei federal, ou ainda, quando a decisão recorrida negar-lhes vigência.

Registre-se que a decisão recorrida deve ter sido proferida por Tribunal Estadual ou por Tribunal Regional Federal, não se admitindo decisão proferida por outros órgãos.

Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha analisam as diferenças entre “contrariar” e “negar vigência”. Para esses autores o termo “contrariar” é mais abrangente do que “negar vigência”; aliás, a última se insere na primeira.²⁸ Assim lecionam: “O termo contrariar não admite sequer que tenha havido uma suposta interpretação razoável, enquanto se o dispositivo tiver sido razoavelmente interpretado, não se lhe terá negado vigência.” (2008, p. 298).

²⁷ O tema foi objeto de estudo pelo eminente jurista Athos Gusmão Carneiro: “Quanto ao relevante tema de um superior *controle da competência* das decisões de Turma Recursal (decisões proferidas ultrapassando os “*limites de sua competência*”), a Corte Especial do STJ, por maioria de votos, veio a aceitar a utilização do mandado de segurança. Consta da ementa – aresto relatado pela Min.^a Nancy Andrighi, “ser necessário estabelecer um mecanismo de controle da competência dos juizados, sob pena de lhes conferir um poder desproporcional: o de decidir, em caráter definitivo, inclusive as causas para as quais são absolutamente incompetentes, nos termos da lei civil”; e, para tanto, “a forma mais adequada é o mandado de segurança, por dois motivos: em primeiro lugar, porque haveria dificuldade de utilização em alguns casos, da Reclamação ou da *Querella Nullitatis*; em segundo lugar, porque o mandado de segurança tem historicamente sido utilizados nas hipóteses em que não existe, no ordenamento jurídico, outra forma de reparar lesão ou prevenir ameaça a lesão a direito”. Ficou no entanto anotado que o cabimento do *mandamus* para o controle da competências dos juizados especiais “não altera o entendimento anterior deste Tribunal que veda a utilização do *writ* para o controle de mérito das decisões desses juizados” (RMS 17.524, Corte Especial, 02.08.2006). (*Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25).

²⁸ No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim. (“Recurso Especial e Recurso Extraordinário”. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, São Paulo: RT, 2002, p. 151).

Cabe lembrar, na espécie, o enunciado 400 da Súmula do STF, vigente até a promulgação da Constituição de 1988: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal”.

Significa dizer que ao tempo da Constituição de 1967, o recurso extraordinário era cabível quando houvesse contrariedade de dispositivo constitucional ou quando negasse vigência a tratado ou lei federal, do que se pode concluir que havia distinção entre um e outro caso.

O primeiro requisito, da contrariedade, dizia respeito apenas aos dispositivos da Constituição, enquanto que o segundo, da negativa de vigência, dizia respeito apenas aos dispositivos de lei federal; daí, também, porque concluíram os autores que a contrariedade é mais grave do que a negativa de vigência.

Como atualmente a previsão constitucional é outra, não se aplica mais a referida súmula.

Observe-se, ainda, que, para a admissibilidade do recurso especial, dentre outros requisitos, a legislação a que se refere o texto da Constituição deve ser **federal**, e não estadual ou municipal, também inadmitidos, por exemplo, portaria, resolução, decreto-legislativo e, ainda, regimento interno de Tribunal.²⁹

A segunda hipótese de cabimento do recurso especial vem descrita na letra “b” do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal. É cabível recurso especial quando o acórdão recorrido julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. A questão não demanda discussões, pois a lei é clara.

O texto legal visa exatamente preservar a validade da lei federal. Se houver preterição da lei federal em relação a um ato de governo local, “ato público infralegal”,

²⁹ A Súmula 399 do STF, editada antes da promulgação da atual Constituição Federal, tem a seguinte redação: “Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a de regimento de tribunal”.

conclui-se que o ato local foi julgado válido em detrimento da lei federal, razão pela qual o STJ deverá rever a questão, sob o aspecto da verificação de violação da lei federal.³⁰

A alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal prevê a outra hipótese de cabimento do recurso especial. É o chamado cabimento por “dissídio jurisprudencial”, que ocorre quando o acórdão recorrido tiver interpretado a questão federal diferentemente do que qualquer outro tribunal da Federação, à exceção do trabalhista. A razão de ser dessa previsão é exatamente a própria função do Superior Tribunal de Justiça, a de uniformizar a jurisprudência nacional.

Ressalte-se que não cabe recurso especial quando da divergência de órgãos do mesmo tribunal. A questão já está sumulada há 20 (vinte) anos.³¹

Para combater essa divergência, pode-se invocar a uniformização da jurisprudência.

Além disso, não cabe recurso especial para invocar como decisão paradigma a sentença de primeiro grau, já que o dispositivo constitucional refere-se a decisões de *outro tribunal*.

Não será possível, ainda, interpor recurso especial com base em divergência jurisprudencial antiga, cujo entendimento atual seja em outra direção e já pacificado pelo STJ. Nesse sentido, é o teor da Súmula 83 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.³²

Para comprovar-se a divergência jurisprudencial, o recorrente deverá obter o acórdão paradigma por uma das seguintes formas: certidão, cópia autenticada, citação do repositório oficial ou credenciado de jurisprudência também por mídia eletrônica em que tiver

³⁰ MEDINA, *op. cit.* 2008, p. 215.

³¹ Súmula 13/STJ: “A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial”.

³² Súmula 83/STJ: “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

sido publicada a decisão divergente ou pela reprodução do julgado disponível na “internet”, com indicação da fonte.³³

Outra particularidade é a de que o dissídio pode ocorrer entre dois tribunais federais, à exceção do trabalhista. Pode, ainda, ocorrer entre um tribunal local e outro federal ou entre tribunais locais de distintas unidades federadas, ou da mesma unidade.³⁴

No que respeita à comprovação da divergência, interessante o registro de que o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a dispensa de acórdão paradigma diante da notória divergência jurisprudencial, cuja ementa do acórdão é a seguinte:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. ARTS. 5º, XXI, DA CF E 3º DA LEI N. 8.073/90. RECURSO PROVIDO. 1. Este Tribunal Superior mitigou a exigência do cotejo analítico insculpido no art. 255, § 2º, do RISTJ quando a divergência pretoriana for notória, ou seja, quando o acórdão recorrido dissente frontalmente da jurisprudência dominante no STJ. 2. Possui legitimidade para deduzir em juízo, em nome próprio, direito de seus filiados, o sindicato representante de categoria profissional em ação sob o rito ordinário. 3. Recurso especial provido”. (STJ, 6ª T., REsp n. 510.830/MA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJ, 04.10.2004).

De outra parte, para que o recurso especial, fundado em dissídio jurisprudencial, seja conhecido, o recorrente deverá proceder ao cotejo analítico das questões que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados, a fim de provar que existe a divergência jurisprudencial.³⁵

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, essa providência constitui ônus do recorrente (2008, p. 347).

Com efeito, os acórdãos paradigmas devem trazer, em seu bojo, situações fáticas idênticas à do recorrente, ou ao menos, muitíssimo semelhantes. Para essas situações o outro tribunal deverá, então, ter dado interpretação legal diversa, a fim de configurar a viabilidade do recurso especial.

³³ O parágrafo único do art. 541 do CPC, dispôs sobre a citação de decisão publicada em mídia eletrônica, com alteração da redação dada pela Lei nº 11.341/06.

³⁴ Súmula 432/STF: “Não cabe recurso extraordinário com fundamento no art. 101, III, d, da Constituição Federal, quando a divergência alegada for entre decisões da Justiça do Trabalho”.

³⁵ Art. 255, § 2º, RISTJ: “Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já havia manifestado entendimento de que a simples transcrição de ementas não é suficiente à demonstração do dissídio jurisprudencial. Todavia, o STJ também já se manifestou no sentido de que, se a ementa for esclarecedora o suficiente à comprovação do dissídio, bastará para tanto. Verifica-se, então a importância da ementa do acórdão paradigma.

Existe divergência doutrinária acerca da autonomia do cabimento do recurso especial pela letra “c”, pois há quem entenda que o dissídio jurisprudencial deve estar abrangido pela violação de dispositivo de lei federal, a reforçar o cabimento do referido recurso extremo.

Parece exagerado esse entendimento, já que a Constituição Federal não vincula a hipótese de cabimento quando presentes ambas as situações (violação de lei federal e dissenso jurisprudencial).

Admitir-se esse entendimento seria o mesmo que desprestigiar o acesso ao STJ pela via do dissídio pretoriano e desprezar a uniformização de jurisprudência no país.

O que pode acontecer, apenas, é a situação conjunta dessas hipóteses, no caso de julgados que contemplam situações idênticas à da decisão recorrida e que sejam objeto também impugnação pela alínea “a”.

Por fim, como última observação, o julgamento proferido no recurso especial poderá ensejar o cabimento de recurso extraordinário.

3.4. Recurso extraordinário. Hipóteses de cabimento.

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal. Cabe ao Supremo, então, interpretar as normas constitucionais abstrata ou concretamente.

Enfim, o precípuo objetivo do STF é o de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas da Constituição.

É o que se extrai da redação do artigo 102 da Carta Magna.

Diante da leitura do referido dispositivo, verificam-se as hipóteses de cabimento do recurso especial.

Antes, porém, da explanação sobre cada uma delas, cabem algumas considerações sobre o recurso extraordinário.

Diferentemente do recurso especial, cabível somente contra decisões proferidas por tribunal de justiça ou por tribunal regional federal, o recurso extraordinário é admitido contra as decisões de última ou única instância.

Assim, não se afigura imprescindível que o recurso extraordinário seja cabível apenas contra decisões proferidas por tribunal.

Inferre-se, daí, que cabe, por exemplo, recurso extraordinário da decisão prolatada pela Turma Recursal do Juizado Especial Cível, admitindo-se, ainda, seu cabimento de decisões proferidas por órgão singular ou de primeira instância.

Quanto ao não cabimento do extraordinário, o STF entende não ser cabível o apelo extremo de acórdão que defere medida liminar, por não se tratar de decisão final e ainda, de decisão proferida em processamento de precatório, por se tratar de decisão administrativa. Ambas as situações já estão sumuladas.³⁶

Dentre as hipóteses de cabimento previstas na Constituição, está a de contrariedade de dispositivos da Lei Maior.

A doutrina é unânime em afirmar que a contrariedade à norma federal constitucional deve ser direta e não indireta. Não cabe recurso extraordinário por via reflexa ou indireta. Se, para haver contrariedade a algum dispositivo da Constituição for necessário demonstrar que houve violação de dispositivo de lei federal, não caberá o recurso extraordinário e sim o recurso especial.

Nesse sentido o verbete da Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal:

“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

³⁶ Súmula 735/STF: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”.

Súmula 733/STF: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”.

O recurso extraordinário é cabível, como já dito, contra a decisão proferida em recurso especial. Mas, em caso de interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário, o STJ já se posicionou no sentido de que só caberá o extraordinário se a questão constitucional por ele abordada for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária.

A letra “b” do inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal prevê o cabimento de recurso extraordinário contra o decreto de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Registre-se, primeiramente, que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, poderá advir de ajuizamento de ADIN – ação direta de inconstitucionalidade, caso em que se verifica o controle abstrato das normas constitucionais. Poderá, ainda, ser proferida decisão declarando a norma inconstitucional no caso concreto, o que se chama de controle difuso das normas da constituição.

Identificadas essas situações, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, é o competente para apreciar, tanto pelo controle abstrato, via ADIN, quanto pelo controle difuso, do caso concreto, a validade do ato que decretou a inconstitucionalidade da norma, no julgamento de recurso extraordinário. No controle difuso o STF já se posicionou que a norma declarada inconstitucional deverá ser repetição do texto constitucional.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha fazem a ressalva de que, quanto ao controle abstrato, o recurso extraordinário será cabível contra a decisão final da turma ou câmara que julgou o caso e não contra a decisão do plenário ou órgão especial que decretou, em abstrato, a inconstitucionalidade (2008, p. 309).

A hipótese da letra “c” do inciso III, do permissivo artigo 102, da Constituição Federal, prevê o cabimento do recurso extraordinário contra decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

Com efeito, na lição de Mantovanni Colares Cavalcante, “quando a decisão prestigia lei ou ato de governo local que possui evidente choque com norma constitucional,

autoriza-se o ingresso do recurso extraordinário para evitar a sobreposição do direito infraconstitucional à Lei Maior”.³⁷

Essa hipótese pode e deve ser analisada conjuntamente com a alínea “d” do inciso III, do mesmo artigo 102 da Constituição, já que foi deslocada do artigo 105, III, “b”, porque, ao invadir a competência de lei federal, afronta a competência legislativa concorrente de que trata o artigo 24 da Carta Magna, dando ensejo ao exame da questão pelo STF.³⁸

Isso porque, “no bojo da discussão sobre a aplicação de lei local em detrimento de lei federal, há, sempre, a questão constitucional da competência legislativa”.³⁹

3.5. Alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Duas importantes novidades advieram com a referida emenda em relação ao recurso extraordinário.

A primeira cuida dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Referidos tratados, se forem aprovados em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional por três quintos dos votos de seus respectivos membros, são reconhecidos como normas constitucionais, a ensejarem controle através do recurso extraordinário, o que significa ser mais uma hipótese de cabimento do recurso extraordinário.

Outra inovação importante trazida com a emenda constitucional 45/2004, foi o requisito da “repercussão geral” para a admissibilidade do recurso extraordinário. Essa inovação veio a acrescentar o §3º ao artigo 102 da Carta Magna.

Para dar cumprimento ao novo requisito, o recorrente deverá comprovar que a matéria tratada no bojo do recurso extremo contempla matéria de repercussão geral.

Requisito de regularidade formal do recurso extraordinário, a existência da repercussão geral, como diz o texto constitucional, deve ser comprovada nos termos da lei.

³⁷ CAVALCANTE, Mantovani Colares, *Recursos Especial e Extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 83.

³⁸ Alínea “d” acrescentada ao inciso III, art. 102, pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

³⁹ DIDIER JR. e CUNHA, *op. cit.* 2008, p. 311.

Com efeito, a lei nº 11.418/2006 foi criada para estabelecer os limites da exigência constitucional.

Por não ser auto-aplicável, referido dispositivo constitucional, dependia de regulamentação por lei infraconstitucional.

Apenas com a entrada em vigor da lei regulamentadora, passou-se a exigir o cumprimento do requisito da existência da “repercussão geral” aos recursos extraordinários.

A repercussão geral é a nova denominação da arguição de relevância, que sobreviveu no país desde 1975 até o advento da atual Carta Constitucional.

A lei 11.418/2006 inseriu no Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B, com a finalidade de regulamentar o requisito e dispor sobre o sobrestamento dos recursos extraordinários que envolvem a análise da existência da repercussão geral.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal deverá dar entendimento unificado aos múltiplos casos de idêntica controvérsia, desde que previamente reconhecida a existência de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”⁴⁰

Observe-se, ainda, que o artigo 543-C decorre da edição da lei 11.672/2008, a fim de regular o sobrestamento dos recursos especiais repetitivos, para que o Superior Tribunal de Justiça possa proferir julgamento mais abrangente aos casos em que se fundem “idêntica questão de direito”.⁴¹

Para concluir, não se pode deixar de anotar a inovação acerca da súmula vinculante, prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, acrescido pela emenda da reforma do judiciário.

⁴⁰ Art. 543-A, §1º, CPC.

⁴¹ Art. 543-C, *caput*, CPC.

A lei nº 11.417/2006 é a norma regulamentadora, e disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, além de prever outras providências.

Se, de certa forma, a súmula vinculante cerceia a liberdade de pensamento do juiz, de outra, tem a finalidade de evitar os casos repetitivos que só contribuem para a morosidade da justiça.

4. PREQUESTIONAMENTO

4.1. Origem. Conceito. Particularidades.

O prequestionamento foi extraído, assim como outros elementos do Direito Brasileiro, do *Judiciary Act* norte-americano de 1789 (Constituição Americana).

O decreto nº 510, de 22.06.1890 previu o instituto do prequestionamento, mas referido instituto não foi inserido no texto legal da primeira Constituição Brasileira de 1824.

Com a intenção de retirar do Supremo Tribunal de Justiça, o caráter de “Terceira Instância”, o prequestionamento foi introduzido no artigo 59 da Constituição de 1891 para que, somente as questões decididas em primeira e segunda instância pudessem ser objeto de julgamento pela Corte, a fim de fortalecer o caráter “excepcional” da Corte Suprema.

O artigo 59, III, “a” da Constituição de 1891 tinha a seguinte redação: “*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 dos Estados for contra ela.*”

A redação do referido dispositivo foi mantida na reforma constitucional de 1926 (artigo 60, §1º, “a”) e nas Constituições de 1934 (artigo 76, 2, III, “b”); de 1937 (artigo 101, III, “b”) e de 1946, em que se retirou o verbo “questionar”, mas permanecendo a exigência (art. 101, III, “b”).

Verifica-se, então, que o prequestionamento não é inovação em nosso direito.

A criação do prequestionamento é, sem dúvida, criticada por muitos operadores do direito, especialmente advogados, em razão de exigir obediência a requisitos que obstaculizam a subida dos recursos extraordinários.

Todavia, a postura adotada por aqueles que se sentem prejudicados com o difícil cumprimento da exigência do prequestionamento não é a que deve prevalecer.

É mais cômodo posicionar-se contrariamente aos óbices que acabam por ensejar a inadmissão dos recursos excepcionais; todavia, a questão deve ser vista de maneira global.

Não é a toa que o prequestionamento é exigência antiga. Assim, é importante que os operadores do direito tenham o prequestionamento como um requisito de grande relevância para a jurisdição.

É de conhecimento da nação o grande número de processos submetidos às Cortes Superiores para julgamento, e é sabido, também, que muitos desses processos não versam sobre questões relevantes; daí a importância de se fixarem regras para filtrar o número de recursos que realmente devem merecer a apreciação do STJ e do STF.

Não se olvide que o rigor na apreciação do cumprimento das regras para a admissão dos recursos excepcionais é feito primeiramente pelos tribunais estaduais.

Diante dessas circunstâncias, o advogado deve preocupar-se no sentido de atuar de forma correta e eficaz a fim de dar cumprimento a esse requisito, viabilizando o julgamento dos recursos extraordinários pelas Cortes Superiores, e deixar de lado as críticas, pois, quanto à legalidade da exigência, nada haverá de ser feito.

Isso porque, a exigência do preenchimento do requisito do prequestionamento, deve ser vista com supedâneo na Constituição Federal, embora deva se reconhecer, realmente, a intenção de limitar-se o número de recursos endereçados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

O prequestionamento consiste na expressa manifestação do órgão “ad quem”, no aresto recorrido, sobre a questão federal ou constitucional. Se o Tribunal que proferiu a decisão recorrida não analisou a matéria de que trata o recurso especial ou extraordinário, a matéria não está prequestionada.

Assim, se a matéria objeto do recurso especial e do recurso extraordinário não estiver prequestionada o recurso excepcional não será admitido.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, “o prequestionamento é exigência antiga para a admissibilidade dos recursos extraordinários, segundo o qual se impõe que a questão federal/constitucional objeto do recurso excepcional tenha sido suscitada/analísada na instância inferior”. (2008, p. 254).

Parte da doutrina sustenta que, para se ter cumprido o requisito do prequestionamento é necessário que a matéria tenha sido **suscitada** pela parte e que tenha sido **decidida** no acórdão recorrido; para outra parte, basta que a matéria tenha sido **decidida** no acórdão e, por fim, para outra parte, o prequestionamento consiste apenas na **discussão**, pelas partes, da questão federal ou constitucional antes de proferida a decisão recorrida.

O ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Athos Gusmão Carneiro, ao entender como a primeira parte da doutrina, manifestou-se sobre o tema:

“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 questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido **decidida**, e decidida manifestamente (não obstante se deva considerar prescindível a expressa menção do artigo de lei). (CARNEIRO, 2008, p. 47).

Já o ilustre jurista Araken de Assis, ao pronunciar-se sobre o assunto, invoca apenas a necessidade de a matéria ter sido decidida, havendo ou não iniciativa das partes:

“A diretriz no assunto soa simples: cabem recursos especial e extraordinário quando há questão decidida no pronunciamento impugnado, seja a decisão produzida pela iniciativa das partes ou não; ao invés, não cabem tais recursos se o órgão judiciário nada decidiu a respeito da questão invocada no recurso. (ASSIS, 2007, p. 593).

No mesmo sentido, o entendimento de José Miguel Garcia Medina, que define ser o prequestionamento ato da parte.⁴²

É de se compartilhar do entendimento de que a questão federal ou constitucional deva ter sido expressamente decidida no acórdão recorrido, independente de provocação das partes.

Em outras palavras, se a questão objeto do recurso excepcional tiver sido enfrentada na decisão recorrida, bastará para sua admissão, não devendo exigir-se que a parte

⁴² “Não há exigência constitucional no sentido da presença do prequestionamento. Por isso não pode ser indeferido o recurso extraordinário ou o recurso especial se não tiver havido prequestionamento. O que se exige, para interposição dos recursos extraordinários, é a presença de uma questão (constitucional ou federal) na decisão recorrida, tenha ou não havido prequestionamento”. MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. E outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. São Paulo, RT: 2005, p. 359.

tenha invocado a questão federal ou constitucional (o que é mais comum ocorrer), para considerar presente o requisito do prequestionamento, ainda que, no sentido literal da palavra “prequestionar” signifique questionar antes da decisão.

Sobre o tema, não se pode deixar de reconhecer que a própria Constituição Federal, ao tratar do recurso especial e do recurso extraordinário, ao fazer remissão às “causas decididas” em única ou última instância, impõe que as questões federais ou constitucionais tenham sido decididas pelas instâncias inferiores.

Nesse sentido, Luís Eduardo Simardi Fernandes destaca ser indispensável o prequestionamento para que os recursos especial e extraordinário possam ser conhecidos, com a ressalva de entender desnecessário que as partes tenham provocado a presença de determinada questão no acórdão, e de entender indispensável que a questão seja decidida e dele conste expressamente.⁴³

Outro fundamento do prequestionamento decorre do próprio texto dos artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários.

De outra parte, ponto que merece reflexão é saber em qual momento ocorre o prequestionamento.

A partir dessa idéia, como dito acima, o que se extrai é a obviedade de que o *prequestionamento* é anterior à decisão recorrida.

Por isso, mesmo que a parte não tenha questionado a matéria antes do julgamento, o órgão prolator da decisão poderá sobre ela se manifestar e, aí sim, ter-se-á preenchido o requisito, ainda que, incorretamente, o nome que se dê ao cumprimento da exigência nesse momento seja “prequestionamento”.

Sobre o tema, merece ser transcrito o perfeito entendimento de Nelson Nery

Junior:

⁴³ *Embargos de declaração*. Efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. RPC – Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 2008.

1. o prequestionamento é apenas um meio para instar-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 ou 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); 4. causa “decidida” é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se a esse fim”. (NERY JUNIOR, 2001, p. 863/864)⁴⁴.

Em outras palavras, deve-se concluir que a admissão do recurso especial ou extraordinário, decorre do prequestionamento, realizado ou não pelas partes, ou seja, ele é o meio pelo qual se obtém a manifestação sobre a questão federal ou constitucional, exigível para o cabimento dos recursos excepcionais.

4.2. Prequestionamento explícito e implícito como formas de manifestação.

A doutrina e a jurisprudência aludem, também, ao chamado prequestionamento explícito e implícito. Como forma de manifestação do prequestionamento, o enfrentamento da matéria pelo tribunal “a quo”, pode ter ou não indicado expressamente o dispositivo de lei federal ou constitucional na decisão recorrida.

Daí a necessidade de saber se, para que esteja presente o requisito do prequestionamento, o tribunal deve ou não fazer a indicação expressa do dispositivo violado.

Da leitura do texto constitucional não se extrai a exigência de que o dispositivo violado deva obrigatoriamente estar expresso na decisão recorrida.

Assim, basta que a questão federal ou constitucional tenha sido enfrentada e decidida.

⁴⁴ Ainda sobre o prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação das decisões judiciais*, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. Vol.4, São Paulo: RT, 2001, p. 863-864.

Esse é, inclusive, o já citado entendimento do ex-ministro de Athos Gusmão Carneiro.⁴⁵

No entanto, deve ser registrado que à época em que as questões federais e constitucionais eram da competência do Supremo Tribunal Federal, a Corte exigia, a par das Súmulas 282⁴⁶ e 356⁴⁷, que, para verificar-se presente o prequestionamento, o órgão julgador deveria adotar entendimento explícito da questão federal ou constitucional, com menção dos dispositivos tidos por afrontados.⁴⁸

Caso isso não ocorresse, com base na Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, necessária era a oposição de embargos declaratórios, para que a questão ficasse ventilada no acórdão, independentemente da decisão proferida. As decisões da época eram nesse sentido.

A oposição dos embargos declaratórios era essencial para que ficasse constando do acórdão quais os dispositivos haviam sido violados. Estava, assim, preenchido o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, com base na Súmula 356 do STF.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça também adotou esse entendimento, não obstante as divergências existentes em suas Turmas.

O já citado ex-ministro Athos Gusmão Carneiro e também Sálvio de Figueiredo Teixeira e Carlos Mário da Silva Velloso, adotaram posição mais liberal, no sentido de que, se tratada expressamente a questão debatida pelas partes, dispensava-se a oposição de embargos de declaração, pois, com isso, já se havia cumprido o requisito do prequestionamento.

⁴⁵ Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. (Coletânea organizada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr.) São Paulo: RT, 1999, p. 107.

⁴⁶ Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

⁴⁷ Súmula 356/STF: “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”.

⁴⁸ FLEURY, José Theophilo. *Recursos Especial e Extraordinário*. Interposição Simultânea. Fundamentos Suficientes e Prejudicialidade. Curitiba: Juruá, 2007, p. 132.

Essa visão liberal, chamada de prequestionamento implícito, tinha o objetivo de criar acesso mais amplo ao Superior Tribunal de Justiça.⁴⁹

Todavia, esse posicionamento não era pacífico no Superior Tribunal de Justiça, pois, ora se admitia o prequestionamento implícito, ora se exigia o prequestionamento explícito, ante a divergência das Turmas.⁵⁰

Atualmente, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, caracteriza o atendimento do requisito do prequestionamento se o tema abordado no recurso especial tenha sido definitivamente tratado pela decisão recorrida, sem que, para tanto, seja imprescindível a referência ao dispositivo legal tido por violado.⁵¹

Como bem leciona Rodrigo Barioni:

“O aspecto relevante é a *quaestio iuris* ter sido objeto de debate e decisão por parte do julgado recorrido. Exemplificando: se o acórdão do Tribunal de Justiça afirma que é impenhorável o imóvel residencial de pessoa solteira, a decisão comportará recurso especial para discutir a interpretação do art. 1º da Lei 8.009/90. Ainda que a menção do dispositivo legal não tenha constado do acórdão, o tema central referente a essa norma foi decidido, cumprindo-se, assim, o requisito do prequestionamento.”⁵²

⁴⁹ Merecem destaque trechos das ementas dos seguintes acórdãos da época nesse sentido: “Em tema de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta, na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta”. (STJ, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, REsp 2336-MG, j. 09.05.1990, v.u., DJ. 04.06.1990).

“O recurso especial reclama, pela sua natureza, prequestionamento, que se admite seja implícito”. (STJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 2579-RS, j. 14.05.1990, v. u., DJ. 11.06.1990).

“Pquestionamento. Como requisito do recurso especial, o prequestionamento se basta compreendido pela matéria versada no acórdão, de ofício ou implicitamente que seja. Precedentes do STJ. (STJ, 5ª T., Rel. Min. José Dantas, REsp 3021-PR, j. 06.06.1990, v.u., DJ. 06.08.1990).

“Ausente o requisito do prequestionamento, sequer implícito, incidem ao caso as Súmulas 282 e 356 do STF”. (STJ, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, AgRg no Ag 56878-SP, j. 15.12.1994, v.u., DJ. 13.03.1995).

⁵⁰ Em sentido contrário: “O prequestionamento deve ser expresso, e não implícito”. (STJ, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, AgRg no Ag 11912-SP, j. 17.02.1992, v.u., DJ. 06.04.1992).

“O prequestionamento da matéria infraconstitucional deve ser explícito, não se admitindo implícito. Exige-se, para a admissibilidade do recurso especial, quando interposto sob o fundamento da letra “a”, do inciso III, do art. 105, da Constituição, a particularização dos artigos de lei reputados violados.” (STJ, 6ª T., Rel. Min. Pedro Aciole, AgRg no Ag 41005-MS, j. 30.05.1994, v.u., DJ. 27.06.1994).

⁵¹ “Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, sendo certo que é desnecessário o prequestionamento explícito a fim de viabilizar o acesso a esta Corte Superior de Justiça, bastando que a matéria aduzida no recurso especial tenha sido objeto de manifestação pelo Tribunal a quo, sem que seja necessário o pronunciamento específico sobre os dispositivos legais correspondentes”. (STJ, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, AgRg no Ag 1266387-PE, j. 20.04.2010, v.u., DJ. 10.05.2010).

⁵² BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. RPC – Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 2010, p. 191-192.

Até mesmo a 1ª e a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça modificaram o entendimento, passando a aceitar, como válido, o prequestionamento implícito.⁵³

Todavia, há que se registrar que a posição liberal inicialmente preconizada pelos então Ministros Athos Gusmão Carneiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Carlos Mário da Silva Velloso, foi a que prevaleceu até a edição da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, que tem a seguinte redação: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Os embargos de declaração prequestionadores serão objeto de estudo em tópico específico.

No que respeita à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, note-se a divergência de entendimento em comparação ao que o Superior Tribunal de Justiça admite como prequestionamento.

Em verdade, não se discute a presença do prequestionamento quando o tribunal enfrentou a questão e, assim, o recurso especial ou extraordinário é cabível. Mas se a questão não for examinada pelo tribunal mesmo tendo sido suscitada pela parte, impõe-se, como já visto, a oposição de embargos de declaração, com o fim único de suprir a omissão.

Entretanto, se a omissão persistir, divergem os Tribunais Superiores acerca do assunto. Essa divergência será abordada em item específico em que serão tratados os chamados embargos de declaração prequestionadores.

Registre-se, primeiramente, que o Supremo Tribunal Federal exige, até os dias de hoje, o prequestionamento explícito da questão constitucional; aliás, esse entendimento antecede à promulgação da atual Constituição Federal.⁵⁴

⁵³ “Agravo Regimental em Recurso Especial. Administrativo. Fundef. Repasse a Município. Violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Prequestionamento Explícito. Desnecessidade”. (STJ, 1ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, AgRg no AgRg no REsp 1114964-AL, j. 23.03.2010v.u., DJ. 19.04.2010).

“É pacífico na jurisprudência desta Corte, que não é necessário o prequestionamento explícito dos dispositivos legais apontados como malferidos nas razões recursais, sendo suficiente a apreciação do tema objeto do recurso especial pelo Tribunal de origem”. (STJ, 6ª T., Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, AgRg no REsp 782619-RJ, j. 27.10.2009, v.u., DJ. 16.11.2009).

⁵⁴ “PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS STF 282 E 356. 1. O dispositivo constitucional ao qual se apontou violação não foi debatido na instância de origem, e não foram opostos embargos de declaração para satisfazer o requisito do prequestionamento. Incidência das Súmulas STF 282 e 356. 2. O Supremo Tribunal Federal, em princípio, não admite o "prequestionamento implícito" da questão constitucional.

O Supremo Tribunal Federal exige, inclusive, a oposição de embargos de declaração contra acórdão omissivo, sob pena de não se dar cumprimento ao requisito do prequestionamento, conforme se verificará adiante.

Embora a classificação do prequestionamento explícito e implícito tenha gerado discussões doutrinárias e jurisprudenciais, extrai-se, em conclusão útil, que a distinção serve apenas para identificar a presença do tipo de prequestionamento na decisão recorrida. Será explícito quando houver o exame expresso da questão e indicação do dispositivo legal tido por violado. Será implícito quando houver implicitamente enfrentamento acerca da questão federal ou constitucional suscitada.

Não obstante a divergência de posicionamento entre as Cortes Superiores é preciso dizer que a exigência de estar o dispositivo violado expressamente indicado na decisão recorrida, caracteriza formalismo excessivo.

E o dissenso entre as Cortes Supremas do país é de todo prejudicial à parte, e ao sistema como um todo. Afinal, seria razoável que houvesse unicidade de entendimento acerca de tão importante tema em nome da segurança jurídica.

4.3. Questão federal e questão constitucional.

Neste item, importa destacar que, para a ocorrência do prequestionamento, deve haver na decisão recorrida a manifestação do órgão jurisdicional acerca da **questão federal** ou da **questão constitucional**.

Caso isso não ocorra, não terão cabimento os recursos excepcionais.

Deve ser dito, então, que nem toda questão de direito enseja recurso especial ou recurso extraordinário, mas somente questões federais e constitucionais. Isso significa que leis

Precedentes. 3. Agravo regimental improvido”. (STF, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, RE573714 AgR-SP, j. 28.09.2010, v.u., DJ. 22.10.2010).

“PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de não admitir prequestionamento implícito, ainda quando de trate de questão constitucional. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STF, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, AI 118412 AgR-MS, j. 11.09.1987, v.u., DJ. 16.10.1987).

estaduais, municipais, decretos, portarias, resoluções, regimentos internos, provimentos, dentre outros, não ensejam a interposição dos recursos excepcionais.

Cumpra, neste ponto, entender o verdadeiro sentido de “questão federal” e de “questão constitucional”, para efeito de sua apreciação perante os respectivos Tribunais Superiores.

O sentido da palavra “questão” não pode ser confundido com “decisão”, pois a decisão é que abarca a “questão” ou “as questões”.⁵⁵

Das questões trazidas aos autos pelas partes nasce a controvérsia, acerca da qual será proferida a decisão.

E o que realmente importa, é que a questão federal ou constitucional tenha sido objeto de discussão pelas partes, que as partes tenham controvertido, debatido e contestado a validade da questão. Questionar é suscitar a questão.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, toda a “questão federal” poderia indicar violação à Constituição ou à lei federal, porque a Constituição é lei federal e porque não existia na legislação brasileira o recurso especial.

Não é incorreto, pois, dizer que a questão federal tem duplo significado, mas a decisão sobre a questão federal enseja, hoje, tão somente, a interposição de recurso especial, enquanto que a decisão sobre as questões constitucionais ensejam recurso extraordinário.

Para concluir, merece ser dito que, para caracterizarem-se as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, a decisão pode resultar de questão advinda da atividade das partes, que sobre ela debateram, ou pode resultar da atividade do julgador, que ao identificar a questão, sobre ela decidiu. Em tal ou qual situação está presente a questão, que

⁵⁵ Segundo o ex-ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar, “questão é todo o ponto de relevo jurídico que surge durante o processamento de uma causa, objeto de discussão ou sentença. Causa, usada em sentido amplo, é todo o procedimento em que o direito da parte é objeto de uma manifestação jurisdicional, em processo de jurisdição contenciosa ou voluntária. (Revista de Processo. [do Instituto Brasileiro de Direito Processual]. *Recurso Especial: Questão de ordem pública. Prequestionamento*. São Paulo: RT, Repro nº 132, fev/2006. p. 273).

pode ser federal ou constitucional. Mas a questão estará prequestionada quando for objeto de julgamento pelo tribunal *a quo* e não quando apenas suscitada pela parte.

4.4. Questões de ordem pública e o recurso especial.

Dentre as condições específicas para o cabimento dos recursos excepcionais, está o prequestionamento, que decorre da expressão “causas decididas” em única ou última instância, consoante se lê do texto constitucional.

O prequestionamento, como já dito, pressupõe que as partes tenham debatido sobre a questão nas instâncias inferiores a fim de provocar decisão sobre a questão controvertida de forma explícita ou implícita. Todavia, como já foi dito, mesmo questões não debatidas pelas partes, podem ensejar a análise e decisão pelo tribunal *a quo*.

Devem ser ressaltadas, então, nesse contexto, as questões de ordem pública, a fim de saber-se se estão ou não submetidas essas questões ao requisito do prequestionamento.

As matérias de ordem pública são aquelas que podem ser apreciadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, mediante provocação da parte, ou ainda, podem ser reconhecidas *ex officio*.

Cite-se, por exemplo, as questões envolvendo as condições da ação e os pressupostos de existência e de validade processual. Também as nulidades absolutas, que não se sujeitam à preclusão, estão aí abarcadas.

Não obstante existam questionamentos doutrinários acerca do tema, as matérias de ordem pública, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, também estão sujeitas ao requisito do prequestionamento.⁵⁶

⁵⁶ “O tema referente à prescrição não foi debatido pelo Tribunal de origem e não foram opostos Embargos de Declaração com o objetivo de sanar eventual omissão. Nesse sentido, é firme o entendimento jurisprudencial de que mesmo as chamadas questões de ordem pública devem estar prequestionadas, a fim de viabilizar sua análise nesta Instância Especial”. (STJ, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, AgRg nos EDcl no Ag 749850-RS, j. 02.09.2010, v.u., DJ. 15.09.2010).

“A jurisprudência desta Corte assentou-se no sentido de que até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento”. (STJ, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, REsp 1088560-RN, j. 10.08.2010, v.u., DJ. 10.09.2010).

Em verdade, a considerar-se que, se para a admissão do recurso especial deverá estar presente a questão federal efetivamente examinada e decidida, o contrário não poderia ser dito em relação às questões de ordem pública, que estão no mesmo patamar de “questão federal”.

Reflexão a ser feita, de outra parte, é a da verdadeira extensão do efeito translativo dos recursos (vide item 2.5. deste trabalho).

A doutrina define o efeito translativo como a autorização do sistema para que o tribunal analise e julgue questões não suscitadas nas razões ou na resposta às razões do recurso, situação em que não se poderá falar em julgamento *ultra, extra* ou *infra petita*. É o que expressamente autorizam os artigos 515, §§ 1º a 3º e 516, ambos do Código de Processo Civil.

Seria interessante que o efeito translativo dos recursos pudesse ser objeto de aplicação em sede de recurso especial, ao admitir-se, assim, que as matérias de ordem pública fossem objeto de apreciação de ofício pela instância extraordinária, sem que houvesse manifestação das partes a respeito, sob o fundamento dos artigos 267, §3º e 301, §4º do Código de Processo Civil.

Haveria de se observar, então, se referidos dispositivos estariam em confronto com o artigo 105, III, da Constituição Federal, de que resulta o efeito devolutivo em relação à questão de lei federal, e a exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso especial.

Não parece existir esse confronto, especialmente pela hierarquia das normas.

Com efeito, não há, na Constituição Federal, dispositivo que admita o conhecimento *ex officio* das matérias previstas nos artigos 267, §3º e 301, §4º, do CPC, em sede de julgamento do recurso especial. Ao contrário, a Constituição só admite o cabimento contra as matérias decididas na decisão recorrida.

Lembre-se, nesse aspecto, que o efeito devolutivo do recurso especial decorre do princípio dispositivo, ou seja, o órgão que reexaminará a matéria estará vinculado ao âmbito objeto do recurso, delimitado pelo recorrente.

Sob essa ótica, referidos efeitos, o translativo e o devolutivo possuem características diametralmente opostas.

Contudo, há quem entenda que se o Superior Tribunal de Justiça tem o objetivo de garantir a integridade e a uniformização da legislação federal, sem desconsiderar de todo modo a essência do caso concreto, o efeito translativo poderia, sim, refletir no âmbito de sua competência, no tocante às condições de admissibilidade da tutela jurisdicional.⁵⁷

Em posição mais liberal em relação às demais Turmas, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, desde que admitido o recurso especial por outro fundamento, será possível o conhecimento de ofício da questão de ordem pública não prequestionada.⁵⁸

A Primeira Turma, também já se posicionou no mesmo sentido, remanescendo o entendimento pela impossibilidade quanto às demais Turmas.⁵⁹

Esse entendimento já está, inclusive, sumulado. Trata-se da Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal, editada antes da promulgação da atual Constituição Federal (1964).⁶⁰

⁵⁷ Esse é o entendimento de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, ao concluir que, desde que preenchidos os requisitos gerais e específicos para admissibilidade do recurso especial, o STJ deve analisar de ofício matéria de ordem pública “porquanto não é crível que, verificando nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira decisão eivada de vício, suscetível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial.” (*Recurso Especial*, RPC – Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 2002, p. 342).

⁵⁸ “O Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 257 de seu Regimento Interno e na Súmula 456/STF, tem-se posicionado no sentido de que, superado o juízo de admissibilidade e conhecido por outros fundamentos, o recurso especial produz o efeito translativo, de modo a permitir o exame de ofício das matérias de ordem pública”. (STJ, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, AgRg nos EDcl na DESIS no REsp 1123252-SP, j. 28.09.2010, v.u., DJ. 15.10.2010).

⁵⁹ “As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos”. (STJ, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, EDcl no AgRg no REsp 1043561-RO, j. 15.06.2010, v.u., DJ. 03.09.2010).

⁶⁰ Súmula 456/STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.”

Diante desse posicionamento, pode-se concluir que está relativizado o irrestrito apego ao controle de admissibilidade dos recursos excepcionais, em prol da utilidade do conhecimento das matérias de ordem pública para que se evitem situações prejudiciais à ordem jurídica, no que respeita à convalidação de lesões a normas de ordem pública.

Aliás, se existe no ordenamento jurídico a previsibilidade de impugnar-se a coisa julgada por ação rescisória, mostra-se adequada a cognição das questões de ordem pública pela via do recurso especial, mesmo que não tenha havido o prequestionamento, mas desde que admitido o recurso.

Esse entendimento é bastante razoável e parece ser a orientação correta acerca do tema, e, portanto, dele há de se compartilhar.

4.5. Embargos de declaração chamados “prequestionadores”.

Os embargos de declaração se prestam para suscitar a omissão, a obscuridade ou a contradição existente na decisão atacada, nos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Todavia, ainda que taxativo o rol de hipóteses do artigo 535, poderá ser admitido o caráter infringente dos embargos de declaração, por dizer-se que referidos embargos têm o potencial de modificar a decisão embargada em consequência dos esclarecimentos ou complementos que possam decorrer de sua decisão.

Nesse contexto, o exemplo clássico é o de cabimento dos embargos de declaração contra decisão que contiver erro material ou erro de fato. Dessa correção, poderá advir a modificação do julgado, daí o efeito infringente.

No campo de admissibilidade dos recursos excepcionais, já foi dito que é imprescindível que a decisão recorrida contenha expressa manifestação acerca da questão federal ou constitucional para o conhecimento dos recursos especial e extraordinário.

Assim, se efetivamente não constar do acórdão a decisão acerca dessas questões, não haverá prequestionamento, e o recurso excepcional não será admitido.

Diante da comum circunstância de não haver na decisão a ser atacada pelo recurso especial ou extraordinário, a expressa manifestação do Tribunal acerca de todas as questões federais ou constitucionais suscitadas, a parte tem, à sua disposição, instrumento capaz de propiciar o cumprimento da exigibilidade do prequestionamento.

Esse instrumento é denominado pela doutrina de “embargos de declaração prequestionadores”.

Sobre a oposição desses embargos, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram amplamente.

O Superior Tribunal de Justiça tem por necessária e exigível a oposição dos embargos de declaração para viabilizar a admissibilidade dos recursos excepcionais, caso a questão federal não tenha sido enfrentada e decidida no aresto recorrido, com o que se terá cumprido o requisito do prequestionamento.⁶¹

Aliás, a exigência já se fazia presente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, antes da criação do Superior Tribunal de Justiça. O entendimento do Pretório Excelso foi inclusive confirmado pela edição da Súmula 356.⁶²

Esse entendimento do STF perdura até os dias de hoje.⁶³

Registre-se que não há imposição de que o prequestionamento se configure pela indicação expressa de dispositivos de lei federal ou de dispositivos da Constituição. Impõe-se que a questão federal tenha sido objeto de debate e manifestação expressa do Tribunal *a quo* para configurar-se cumprida a exigência do prequestionamento, que viabiliza a admissão dos recursos excepcionais.

⁶¹ “É direito subjetivo público da recorrente buscar a instância Superior requerendo, expressamente, em embargos declaratórios ditos prequestionadores, que a instância ordinária enfrente a matéria, sob pena de recair no jurisdicionado o peso dos enunciados 282 do Supremo Tribunal Federal, e 211 do Superior Tribunal de Justiça”. (STJ, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, REsp 867964-RS, j. 17.10.2006, v.u., DJ. 31.10.2006).

⁶² Súmula 356/STF: “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”.

⁶³ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS INVOCADAS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. As questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário não foram debatidas no Tribunal de origem e nem foram objeto de embargos de declaração, faltando-lhes, assim, o indispensável prequestionamento”. (STF, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, AI 814579 AgR-SC, j. 05.10.2010, v.u., DJ. 25.10.2010).

Assim, a parte não poderá ser prejudicada pela ausência da indicação de dispositivos legais que eventualmente não tenham sido expressamente indicados no aresto recorrido, pois se as questões debatidas pelas partes foram objeto de decisão, não haverá omissão a ser sanada.

Em relação à interposição dos embargos de declaração Nelson Nery Junior ensina: “É preciso, porém, que a decisão que se pretenda impugnar tenha sido omissa em relação a algum aspecto suscitado pelas partes ou sobre o qual o órgão judiciário havia de se pronunciar de ofício.”⁶⁴

Não se olvide, todavia, como já dito no item 4.2., do presente estudo, a exigência do prequestionamento explícito pelo Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, ainda, que a doutrina admite que os embargos de declaração prequestionadores têm estreita ligação com os embargos de declaração previstos no artigo 535 do Código de Processo Civil, mas apenas com relação ao inciso II, que se refere à omissão na decisão recorrida, já que a parte deverá invocar, nos “prequestionadores”, a questão que não foi efetivamente objeto de decisão pelo Tribunal *a quo*.

Surgiu também na doutrina, o entendimento de que há duas espécies de embargos de declaração: os embargos esclarecedores, com o objetivo de esclarecer dúvidas, obscuridade ou contradição, e os prequestionadores, que visam suprir a omissão quanto às questões federais e constitucionais não enfrentadas no acórdão recorrido.

Ainda por mais esse pronunciamento da doutrina, não restam dúvidas acerca da finalidade dos embargos de declaração prequestionadores. Sua causa vem, sim, relacionada no artigo 535, II, do CPC, pois a omissão é o vício que enseja a interposição desses embargos.

Lembre-se a importante redação do artigo 458, III, do CPC, que prevê que o juiz deverá resolver, no dispositivo da sentença, as questões que as partes lhe submeterem. Nem se diga

⁶⁴ NERY JUNIOR. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JUNIOR, Nelson; Arruda Alvim Wambier, Teresa (coords.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, v.4, p. 860.

que referido dispositivo não se aplica a decisões proferidas por Tribunais, ante a redação que o mesmo diploma legal dá ao artigo 165.

Deve ser dito, ainda, que os embargos de declaração prequestionadores não se prestam à introdução de questão nova. Isso porque, se visam suprir omissão do órgão julgador acerca de determinada questão previamente debatida pelas partes, por óbvio, ela não pode ser nova.

Essa afirmação, contudo, não se faz quanto às questões de ordem pública, como já visto no item 4.4.

Nesse aspecto, não haverá omissão do órgão julgador, pois se a matéria não objeto de prévio debate introduzido pela parte, não poderá valer-se dos embargos por apenas se tratar de questão de ordem pública.

A questão de ordem pública, vista no mesmo item 4.4., poderá ser objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça desde que admitido o recurso especial por outros fundamentos.

Por fim, não se pode deixar de registrar que a divergência entre o voto majoritário e o voto vencido não comporta oposição de embargos de declaração. Havendo divergência, haverá a parte de esgotar as instâncias ordinárias opondo embargos infringentes.

Na precisa lição de Araken de Assis: “A omissão é defeito pertinente ao pronunciamento da maioria. A resolução tomada no voto vencido é irrelevante e não se podem considerar prequestionados fundamentos aí constantes”. (2007, p. 594).

A esse respeito, a redação das Súmulas 207 e 320 do STJ.⁶⁵

⁶⁵ Súmula 207/STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

Súmula 320/STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

4.6. Embargos de declaração protelatórios.

O recorrente pode, ante a persistência da omissão, opor novos embargos declaratórios, visando o efetivo pronunciamento do Tribunal sobre determinada questão.

Resta saber se essa nova interposição tem intuito meramente protelatório.

O parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil prevê a imposição de multa de 1 % (um por cento) sobre o valor da causa ao recorrente que interpõe embargos de declaração com fins de procrastinar o andamento do processo. Se os embargos forem reiterados, essa multa pode ser elevada até 10% (dez por cento) e a interposição de outros recursos fica condicionada ao pagamento da penalidade.

A previsão da multa foi introduzida em nosso ordenamento ante a edição da lei nº 8.950/94, com a finalidade de coibir conduta abusiva da parte que visa obstaculizar o trâmite normal do processo, em razão de os embargos interromperem o prazo para a interposição de outros recursos.

No caso de embargos de declaração prequestionadores, não se pode impor ao recorrente a referida sanção.

Isso porque, é da exigência dos próprios Tribunais Superiores, que a questão esteja expressamente decidida no acórdão recorrido para que os recursos especial e extraordinário sejam admitidos. Se essa exigência não for atendida, o recorrente deverá obrigatoriamente opor embargos de declaração, a fim de que seja cumprido o requisito do prequestionamento.

Ora, se ao recorrente é imposta a situação em comento, para viabilizar o recurso excepcional, não faria sentido admitir que os embargos tenham efeito meramente protelatório. Seria de todo injusto aplicar multa ao recorrente que apenas pretende cumprir a exigência pretoriana.

É forçoso considerar que não é tão simples a análise do acórdão recorrido para identificar se realmente a questão está decidida.

Por essa razão, o recorrente, por precaução, deve opor os embargos de declaração, a fim de que não venha a ser surpreendido pela não admissão de seu recurso excepcional.

A cautela do recorrente não pode ser vista como óbice ao andamento do processo.

Não é diferente a posição dos Tribunais acerca do tema, ainda que se considere inexistente a omissão.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 98, com a seguinte redação: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não tem sido tolerante nesse aspecto, e tem aplicado a multa no caso de embargos **manifestamente** protelatórios. Considere-se que o recorrente, no caso do recurso extraordinário, tem, além de tudo, de demonstrar a repercussão geral da questão que pretende seja objeto de análise pelo Supremo.⁶⁷

De outra parte, a vedação pode ser identificada – e daí certamente os embargos são manifestamente protelatórios –, nos casos em que o embargante reproduz os termos dos embargos manejados anteriormente, e, ainda, quando o embargante aponta vício que não foi impugnado na primeira oportunidade; e relação a essas hipóteses já ocorreu o fenômeno da preclusão.

Eis o teor da Súmula 317 do Supremo Tribunal Federal: “São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão”.

⁶⁶ “Deve ser afastada a aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC quando não ficar caracterizado o intuito protelatório dos embargos de declaração, como no caso em que se revela o propósito de prequestionar a matéria controvertida no processo. Aplicação da Súmula 98/STJ, segundo a qual “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. (STJ, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, REsp 1180161-DF, j. 07.10.2010, v.u., DJ. 21.10.2010).

⁶⁷ “EMBARGOS DECLARATÓRIOS - INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. Uma vez inexistentes os vícios articulados, incumbe o desprovemento dos declaratórios e, ganhando eles contornos de medida a projetar no tempo, simplesmente a projetar no tempo, o desfecho do conflito de interesses, hão de ser tidos como protelatórios, impondo-se a multa respectiva”. (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, RE 353657 ED- PR, j. 23.06.2010, v.u., DJ. 20.08.2010).

Contudo, à exceção das hipóteses acima, não se pode admitir que o recorrente seja penalizado por invocar a questão federal ou constitucional não expressamente identificada no aresto recorrido, visando o propósito de prequestionamento, ante o rigor exercido pelos Tribunais Superiores na admissibilidade dos recursos extremos.

Aliás, constitui ônus da parte opor embargos de declaração para sanar omissão de questão de direito não decidida pelo tribunal *a quo*.

O intuito protelatório deverá, portanto, ser manifesto para reputar-se justa a aplicação da penalidade, o que somente poderá ser aferido com a análise da conduta do litigante no caso concreto.

4.7. A persistência do vício. Consequências.

A ausência de manifestação acerca das questões federais ou constitucionais consideradas, pois, não enfrentadas e não decididas, exige a interposição dos chamados embargos de declaração prequestionadores, a fim de suprir a omissão no aresto e viabilizar a interposição dos recursos excepcionais.

Opostos os embargos, se o acórdão integrativo sanar o vício, estará aberta a via excepcional e o recurso extremo deverá ser admitido.

Mas poderá ocorrer o contrário. Mesmo com a oposição dos embargos, o Tribunal poderá entender que não há vício no *decisum* e que, portanto, os embargos devem ser rejeitados.

Diante dessa situação, questão pertinente é a de saber se o requisito do prequestionamento foi efetivamente cumprido.

Quanto ao tema, divergem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça novamente.

O Supremo Tribunal Federal, com base na orientação da Súmula 282, complementada pela Súmula 356, entendia, mesmo antes da criação do Superior Tribunal de

Justiça, portanto antes da vigente Constituição Federal, que o prequestionamento somente se verificava quando presente, no acórdão recorrido, o dispositivo legal ou constitucional tido por afrontado (o Supremo Tribunal Federal tinha competência para julgar as matérias envolvendo questão federal e constitucional).⁶⁸

Portanto, o tribunal local deveria ter adotado entendimento explícito acerca da questão federal ou constitucional, e mencionar, inclusive, os dispositivos tidos por afrontados.

Caso isso não ocorresse, fazia-se necessária a interposição de embargos declaratórios, com fundamento na Súmula 356, para que fosse proferida decisão sobre a questão jurídica objeto do recurso extraordinário.

Para o Supremo Tribunal Federal, com a oposição dos embargos estaria ventilada no acórdão recorrido a questão jurídica, independentemente do acolhimento ou não dos embargos.

Os embargos, então, eram suficientes ao cumprimento do requisito do prequestionamento, consoante os termos da Súmula 356.

Esse entendimento é o que predomina até os dias de hoje.

Para abrandar o rigor da Súmula 282, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 356, que veio a dar instrumentos para que o recorrente pudesse suprir o requisito do prequestionamento com a oposição de embargos declaratórios.

Poderia se dizer que a Súmula 282 criou inúmeras injustiças, na medida que o requisito do prequestionamento não dependia da vontade da parte, mas exclusivamente do tribunal *a quo*, que, ao se omitir, inviabilizava o cabimento do recurso extremo.

Assim, os embargos de declaração para o Supremo Tribunal Federal são aptos a cumprir o requisito do prequestionamento, quando há omissão do tribunal *a quo*.

⁶⁸ Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.
Súmula 356/STF: “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”.

Deve ser dito, todavia, que a corrente dominante na doutrina não considera a oposição dos embargos declaratórios como prequestionamento, pois, para tanto, o tribunal *a quo* deverá expressar entendimento e decidir acerca da questão federal ou constitucional *pré-questionada* pelas partes e que se pretenda a revisão pelos Tribunais Superiores.

Exceção à regra são as questões de ordem pública, em que se dispensa o prequestionamento quando surgem pela primeira vez no acórdão recorrido, porque não se trata de debate anterior das partes. Mesmo assim, essa decisão que não foi objeto de questionamento pelas partes, equivale ao prequestionamento, porque no aresto recorrido há decisão a respeito, ou seja, há *causa decidida*.

Registre-se, por relevante, que a parte não poderá, por sua vez, opor embargos declaratórios para nele trazer questão nova, não debatida anteriormente, visando o cumprimento do requisito, pois, por óbvio que não houve *pré-questionamento*, ou seja, as partes não debateram a questão anteriormente.

Enfim, a oposição dos embargos de declaração pressupõe que haja ocorrido a hipótese do artigo 535, II, do Código de Processo Civil.⁶⁹

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, embora as divergências existentes em suas Turmas, a posição majoritária seguiu, inicialmente a linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, com o passar dos anos, e a oscilação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que ora entendia pela exigência do prequestionamento explícito, ora pela apreciação da questão federal tratada pelo dispositivo legal dito afrontado, denominado de prequestionamento implícito, foi adotada posição intermediária.

⁶⁹ “Recurso extraordinário: descabimento: dispositivos constitucionais tidos por violados não examinados pelo acórdão recorrido: incidência da Súmula 282. III. Embargos de declaração, prequestionamento e Súmula 356. Os embargos declaratórios só suprem a falta de prequestionamento quando a decisão embargada tenha sido efetivamente omissa a respeito da questão antes suscitada”. (STF, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RE 491289 AgR-PR, j. 06.02.2007, v.u., DJ. 02.03.2007).

O Superior Tribunal de Justiça assentou, então, o entendimento de não ser necessária a indicação expressa do dispositivo legal tido por violado, mas também não considerou suficiente o debate prévio das partes acerca da questão federal por elas suscitada.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a configuração do prequestionamento se dá com a decisão expressa no aresto recorrido, acerca das questões federais trazidas pelas partes, ou a decisão expressa sobre ter ou não sido violado o dispositivo de lei federal.

O Superior Tribunal de Justiça admite o prequestionamento implícito.

Adveio, então, a Súmula 211 Superior Tribunal de Justiça: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entende ser imprescindível a interposição dos embargos de declaração perante o tribunal *a quo* para sanar a omissão existente no julgado, fazendo, assim, com que a questão federal suscitada seja decidida pela instância inferior para que se passe ao julgamento do recurso especial.

Registre-se que se o vício persistir, são cabíveis novos embargos de declaração até que o vício seja sanado pelo tribunal. Todavia há limite que a parte deve ponderar, e, então, mesmo com a omissão deve ser interposto o recurso especial com vistas a considerar-se nula a decisão, por violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil. Assim, o Superior Tribunal de Justiça devolverá os autos ao tribunal local para que seja proferida outra decisão.

Esse posicionamento justifica-se na medida em que não são admissíveis os recursos extremos se o acórdão recorrido não tiver expressamente manifestado seu entendimento acerca das questões trazidas pelas partes, fato que caracteriza *error in procedendo* no julgamento.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, há muito, já manifestou o entendimento de que, persistindo a omissão, é cabível o recurso especial para obrigar o tribunal *a quo* a sanar

o vício, havendo, inclusive a possibilidade de, surgida outra questão na nova decisão proferida, interpor-se novo recurso especial.⁷⁰

4.8. Os entendimentos antagônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina. Conclusão a respeito.

Como visto no item anterior, a posição das Cortes Superiores em relação ao cumprimento do requisito denominado prequestionamento é divergente.

Ao passo que o Supremo Tribunal Federal tem por cumprido o requisito apenas pela oposição de embargos prequestionadores e admite o recurso extraordinário mesmo sem que o tribunal local profira nova decisão integrativa para sanar o vício, o Superior Tribunal de Justiça impõe que o vício seja sanado pelo tribunal *a quo*; caso contrário não estará configurada a situação de causa decidida, como perfilha a Constituição Federal, sendo vedado o exame do objeto do recurso especial.

Sobre esses posicionamentos, inúmeros doutrinadores já se manifestaram.

Nelson Nery Junior,⁷¹ Eduardo Arruda Alvim⁷² e Araken de Assis,⁷³ perfilham do entendimento de que o Superior Tribunal de Justiça adota a posição mais acertada, afinal, se

⁷⁰ “Se, em sede de embargos de declaração, o Tribunal se nega a apreciar todos os fundamentos que se apresentam nucleares para a decisão da causa e tempestivamente interpostos, comete ato de entrega de prestação jurisdicional imperfeito, devendo ser complementado. ... Reconhecida essa precariedade no acórdão dos embargos, via recurso especial, decreta-se a sua nulidade, por infringência ao teor preconizado pelo art. 535, II, do CPC, determinando-se o exame obrigatório de todas as questões suscitadas, apreciando-se e decidindo-se como melhor for construído o convencimento a respeito”. (STJ, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, REsp 146.706-SP, j. 03.04.2001, v.u., DJ. 25.06.2001).

⁷¹ Ainda sobre o prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores, p. 861: “Vendo que o tribunal está irredutível, não reconhecendo a existência do vício, compete à parte ou interessado interpor recurso especial por negativa de vigência de lei federal. Isto porque, ao deixar de suprir a omissão, negando provimento aos EDcl, o tribunal negou vigência ao CPC 535. Cumpre ao interessado, portanto, interpor REsp com fundamento na CF 105 III *a*, pedindo ao STJ que dê provimento ao REsp para cassar o acórdão que se houve com omissão. Cassado o acórdão, os autos deverão retornar ao Tribunal de origem para que sejam julgados, pelo mérito os EDcl, vale dizer, para que o tribunal, suprimindo a omissão, decida a questão federal ou constitucional. Decidindo o tribunal a questão federal e/ou constitucional, por meio dos EDcl, aí sim caberão novos recursos excepcionais (RE/ e/ou REsp), quanto à matéria efetivamente decidida pelo tribunal, nos EDcl”.

⁷² “Se o tribunal local, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não suprir a omissão apontada nos embargos, haverá *error in procedendo*, ensejando pedido de anulação do acórdão local por ofensa ao art. 535, II (não supressão da omissão [ou da contradição] apontada nos declaratórios”...”Na hipótese de omissão do acórdão,

a decisão padece de vício, e mesmo com a oposição dos embargos declaratórios o tribunal absteve-se de sua tarefa, cometeu *error in procedendo*, devendo, pois, ser anulada a decisão, para instar o tribunal a corrigí-la.

Embora essa seja a posição da maioria, há vozes divergentes na doutrina, que defendem a posição do Supremo Tribunal Federal.

Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha⁷⁴ e Athos Gusmão Carneiro⁷⁵, aceitam a postura do Supremo Tribunal Federal por entender que a parte não pode ficar a mercê do tribunal local para o reconhecimento do vício no aresto e, ainda, porque essa posição está em conformidade com os postulados da celeridade, eficiência e instrumentalidade processuais.

Rodrigo Barioni, por sua vez, apresenta dois argumentos que se contrapõem ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça e acaba por concluir que deveria haver flexibilização no entendimento da Corte Suprema em relação ao conceito de ofensa direta à norma constitucional, para permitir ao Supremo Tribunal Federal a análise acerca da ocorrência ou não do prequestionamento.⁷⁶

se ainda assim o STJ decidisse, isto implicaria em ‘supressão de instância’.” (*Curso de Direito Processual Civil*, Vol.2. São Paulo: RT, 2000, p. 228).

⁷³ “Incumbindo ao órgão judiciário apreciar determinada questão, e abstendo-se da tarefa, a despeito de instado através de embargos de declaração, por sua vez ocorre outra espécie de infração, agora ao próprio art. 535, II. O pronunciamento se figura *infra petita*. É cabível o recurso especial, fundado na violação deste dispositivo, para obrigar o órgão *a quo* a erradicar o vício e, ato contínuo, aflorada outra questão federal, ensejar novo recurso especial”. (*Op. cit.* 2007, p. 594/595).

⁷⁴ “Essa postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que com a sua recalceitância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias. Inicialmente a concepção do STJ é sedutora; impõe-se, contudo, perfilhar a do STF, que se posiciona a favor do julgamento do mérito do recurso extraordinário, a fim de que o recurso cumpra seu objetivo – e, encarando o problema do juízo de admissibilidade como uma questão de validade do procedimento, qualquer postura no sentido de impedir ou dificultar a aplicação da sanção de inadmissibilidade deve receber a pronta adesão do operador do direito”. (*Op. cit.*, 2008, pág. 258).

⁷⁵ “Rogando vênias, quer-me parecer seria altamente conveniente a adoção, também pelo Superior Tribunal de Justiça, da orientação do Pretório Excelso, a bem da celeridade, instrumentalidade e eficiência do processo – objetivos maiores que devemos sobrepor a considerações de ortodoxia doutrinária”. (*Op. cit.*, 2007, p. 58).

⁷⁶ “Em primeiro lugar, ao transferir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para verificar a completude da decisão a ser posteriormente impugnada pela via do recurso extraordinário, acaba-se por conferir àquele órgão, o poder de dizer se a decisão apreciou todos os pontos relevantes, isto é, se a causa foi *decidida*. Isso tem por consequência, em última análise, fazer com que o Superior Tribunal de Justiça diga quando e como estará preenchido o requisito do prequestionamento. Em segundo lugar, não se pode desconsiderar o fato de que o Superior Tribunal de Justiça apenas tem competência para apreciar, em recurso especial, as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, enquanto o cabimento do recurso extraordinário é mais amplo, alcançando as decisões finais de qualquer órgão do Poder Judiciário (TST, TSE, decisões do órgão colegiado dos juizados especiais etc.). Tal circunstância impede, evidentemente, de compreender diversas decisões que não tenham se dignado a apreciar a *quaestio iuris* de maneira adequada, de modo a preencher o requisito

A análise dessa divergência, diante de sua complexidade, merece reflexão.

Deve ser considerada mais lógica e jurídica a postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, respeitando-se as opiniões em contrário e admitindo-se novas soluções para a problemática enfrentada pelos operadores do direito.

Presente a omissão no acórdão recorrido, não há dúvida de que a matéria objeto do recurso especial ou extraordinário será nada mais, nada menos, que matéria nova, vedada como objeto do recurso especial e extraordinário.

Admitir-se o recurso extremo nessas condições, seria o mesmo que a Corte julgar a matéria pela primeira vez, o que extrapola os ditames constitucionais e infraconstitucionais, suprimindo drasticamente as instâncias inferiores.

Assim, opostos os embargos prequestionadores, e, persistindo a omissão, deverá ser interposto o recurso especial com base na ofensa ao inciso II do artigo 535 do CPC.

Aliás, se não há como negar que a matéria prequestionada pela via dos embargos deverá estar decidida no aresto recorrido – e é esse o objeto desse ato da parte –, é certo e indubitável que, quando o tribunal insiste em não decidir, há realmente a ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Exigir a oposição dos embargos de declaração e admitir o recurso extraordinário sem que o vício tenha sido sanado, assim como faz o Supremo Tribunal Federal, não traduz lógica e sequer bom senso. Há nítida supressão da instância inferior, pois ausente julgamento de tema não decidido pelo tribunal *a quo*, ignorando-se o texto da Constituição Federal, no que respeita às *causas decididas*.

constitucional das causas *decididas*. Contudo, deve-se reconhecer que esses entraves poderiam ser contornados com a impugnação dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por ofensa ao princípio constitucional do acesso à justiça ou à garantia da motivação das decisões judiciais. Porém, essa orientação necessitaria da parcial flexibilização do posicionamento da Corte Suprema em relação ao conceito de ofensa direta à norma constitucional. Assim, colocada a solução do problema da omissão a partir da interposição do recurso extraordinário diretamente ao Supremo Tribunal Federal, não haveria razão para manter-se a interpretação conferida pelo enunciado da Súmula 282”. (*Op. cit.* 2010, p. 193).

Além disso, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal surpreende a parte adversa, suprimindo-lhe a prerrogativa do contraditório, e cria para a Corte o ônus de apreciar tema inédito, o que é vedado pela própria Constituição Federal.

De outra parte, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não ofende a celeridade a eficiência e a instrumentalidade do processo; ao contrário: sem a cautela de se dar por tratada a matéria na instância inferior, estar-se-ia diante da ofensa a esses princípios. A celeridade poderia, inclusive, estar comprometida pela insegurança jurídica a considerar a relativização da coisa julgada em eventual nova análise da *quaestio*.

4.8. Recursos especial e extraordinário simultâneos. Prequestionamento duplo.

Quando a decisão recorrida envolver questão constitucional e infraconstitucional haverá necessidade de interposição de recurso extraordinário e recurso especial. Nessa hipótese há ocorrência do chamado “prequestionamento duplo”.

Para tanto, não é necessário que as questões constitucional e federal tenham sido objeto de debate pelas partes, bastando que ambas estejam presentes e decididas no aresto recorrido.

Todavia, se as partes debateram acerca de determinadas questões, federal e constitucional e o acórdão tenha decidido apenas em relação a uma delas, devem ser opostos embargos de declaração para suprir a omissão.

Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição dos recursos especial e extraordinário, conforme o caso.⁷⁷

Caso a decisão tenha se manifestado sobre ambas as questões, não haveria necessidade de oposição dos embargos, pois presente o requisito do “prequestionamento”, no caso, duplo. Todavia, recomenda-se a interposição dos embargos de declaração a título de não restarem dúvidas de que a parte se utilizou de tudo o que estava ao seu alcance para ver admitido o recurso extremo.

⁷⁷ Artigo 538, *caput*, do CPC: “Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”.

Há que se considerar, ainda, a possibilidade de, no caso de interposição de recurso especial, a questão constitucional surgir na decisão que julga o referido recurso, abrindo-se, portanto, a via do recurso extraordinário quanto à discussão sobre essa questão constitucional.⁷⁸

O cabimento do recurso extraordinário, nessa hipótese, pode ocorrer quando o Superior Tribunal de Justiça não conhecer do recurso especial. Se os pressupostos de cabimento do recurso especial estão previstos na Carta Magna, há contrariedade à própria Constituição Federal. Cabível, portanto, o recurso extraordinário.

É também cabível o recurso extraordinário quando houver, no acórdão que julga o recurso especial, violação à Constituição Federal.

Todavia, não caberá recurso extraordinário contra o acórdão que julga o recurso especial se a questão constitucional já existia ao tempo do julgamento pelo tribunal local e não foram opostos embargos de declaração, ou se contra o acórdão que decidiu questão constitucional não foi diretamente interposto recurso extraordinário.⁷⁹

⁷⁸ Artigo 268 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “Das decisões do Tribunal são cabíveis os seguintes recursos para o Supremo Tribunal Federal: (...) II – recurso extraordinário, nos casos previsto no art. 102, II, “a”, da Constituição”.

⁷⁹ Artigo 498 do CPC: “Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para o recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos”.

5. SÚMULAS E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

5.1. Breves considerações. Súmula vinculante.

As súmulas têm a função de apontar a orientação jurisprudencial adotada pelos tribunais de superposição.

Antes das alterações legislativas dos últimos anos, as súmulas não possuíam força vinculante e não tinham força de imutabilidade de entendimento sobre determinada matéria. Tanto assim é que existem súmulas ultrapassadas, pois outras foram editadas de maneira a atualizar o entendimento acerca de determinada questão.

Como a súmula representa o entendimento majoritário acerca de determinada matéria, é natural o tribunal nela se baseie para proferir decisão que se coadune com o entendimento sumulado.

A lei e a súmula não estão no mesmo plano, haja vista que a lei é imutável, exceto quando seja revogada, derogada ou ab-rogada por outra. Por isso, a súmula deve ser subordinada à lei. Como a norma pode ter interpretações distintas, a súmula pode auxiliar nessa interpretação.

Por óbvio, os pronunciamentos judiciais devem ser fundamentados, pois, em lei, mas, as súmulas têm a função de auxiliar nessa tarefa, pois, para sua edição já houve interpretação da lei.

Ressalte-se, como já dito, que essa interpretação poderá vir a ser alterada por mudança de entendimento quanto à determinada questão, o que poderá fazer com que determinada súmula fique ultrapassada, gerando, até mesmo a edição de nova súmula.

No que respeita ao presente trabalho, as Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça têm influência direta na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, a eles respectivamente dirigidos.

De outra parte, assim como a repercussão geral, importante alteração em nosso ordenamento jurídico foi trazida pela Emenda Constitucional 45, ao atribuir ao Supremo

Tribunal Federal a competência para editar súmulas vinculantes. Da referida emenda constitucional adveio o artigo 103-A, inserido no texto constitucional.⁸⁰

O objetivo da criação da súmula vinculante é extirpar controvérsia existente entre órgãos do Poder Judiciário e a administração pública acerca de determinada norma, visando, com isso eliminar a insegurança jurídica e o grande número de feitos em relação ao mesmo tema, evitando que processos que tratem da mesma matéria se repitam no âmbito do Supremo Tribunal Federal.⁸¹

Editada a súmula vinculante, todos os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública em geral ficam a ela adstritos, ou seja, deverão aplicar ao caso o exato entendimento sumulado.⁸²

O recurso cabível contra o descumprimento do quanto estabelecido em súmula vinculante é a reclamação para o Supremo Tribunal Federal, nos termos dos artigos 102, I, I e 103-A, §3º, ambos da Constituição Federal. A reclamação é cabível, então, tanto contra decisão judicial, quanto contra ato da administração pública que desrespeitem o entendimento sumulado.

É certo, ainda que outros meios de impugnação judicial e recursos são efetivos instrumentos de correção das decisões deixam de aplicar corretamente o entendimento sumulado, até porque, reclamação não é recurso e as decisões devem ser impugnadas por meio dos recursos cabíveis.

A reclamação será cabível, então, quando exauridas todas as instâncias recursais, pois, se assim não fosse, seria intenso o número de reclamações a serem julgadas pelo Supremo

⁸⁰ Artigo 103-A, *caput*, da CF: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

⁸¹ “Para bem ilustrar a tendência, vale notar que o STF já vinha, antes mesmo da Emenda 45, estendendo a eficácia de suas decisões tomadas em controle de constitucionalidade, dispensando a aplicação do art. 97 da CF, segundo o qual um Tribunal, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deve levar a questão a Plenário”. (CÓRTEZ, Osmar Mendes Paixão, *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*, São Paulo: RT, 2008, p. 191-192).

⁸² No que respeita ao Poder Legislativo, não há vinculação, nos termos do Artigo 103-A, §2º, da CF: Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Tribunal Federal, o que desvirtuaria completamente a finalidade da criação da súmula vinculante.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal já editou, até o momento, 31 (trinta e uma) súmulas vinculantes, a última publicada em 17.02.2010.

Para que a súmula ganhe efeito vinculante, é necessário que seja submetida à nova votação, devendo ser confirmada por dois terços dos integrantes do Supremo Tribunal Federal.⁸³

Embora o texto do novel dispositivo constitucional tenha sido desenvolvido com o detalhamento que o tema merece, a lei nº 11.417/2006 regulamenta alguns aspectos relativos à edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante.⁸⁴

E, como já visto, as súmulas, por decorrerem da interpretação de lei, possuem força para fundamentar decisões de não conhecimento de recursos, ou até mesmo para fundamentar seu provimento.

Inúmeras são as decisões, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores, fundamentadas por súmulas, daí seu importante papel em nosso ordenamento.

As súmulas têm grande importância no ordenamento jurídico. O prequestionamento, como visto, tem basicamente orientação sumular.

Isso porque, antes mesmo da criação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, competente para julgar os recursos extraordinários, que versavam tanto sobre matéria constitucional, como sobre matéria infraconstitucional, já havia editado as súmulas 282 e 356, relacionadas ao prequestionamento.

Criado o Superior Tribunal de Justiça, com a edição da vigente Constituição Federal de 1988, os entendimentos sumulados foram mantidos, ou seja, a manteve-se a

⁸³ Art. 8º da EC 45: “As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

⁸⁴ Em relação ao tema, bem observa José Miguel Garcia Medina: “Embora haja referência, no final do caput do art. 103-A da Constituição Federal, a algo que deveria ser definido “na forma estabelecida em lei”, a lei que poderia dispor sobre a súmula vinculante pouco ou nada poderia acrescentar ao dispositivo constitucional em questão, a fim de atribuir-lhe eficácia. (*Op. cit.*, 2009, p. 272).

exigência do prequestionamento, alterando-se a competência para o julgamento dos recursos que tratassem de matéria infraconstitucional, que deveriam ser dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Com o passar dos anos, o conceito de prequestionamento evoluiu, assim como o entendimento acerca da Súmula 356, culminando com a edição das Súmulas 98 e 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Referidas súmulas tratam dos embargos de declaração “prequestionadores”, mas geraram diferentes entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Todavia, são essas súmulas constantemente invocadas quando da inadmissibilidade dos recursos extremos, razão pela qual o estudo e entendimento acerca de sua incidência é indispensável ao operador do direito.

5.2. Súmula 282/STF. A questão constitucional ou federal no aresto recorrido.

A Súmula 282 foi editada pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 1963 com a seguinte redação: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. À época vigia a Constituição Federal de 1946. Foi com base na interpretação do artigo 101, III, “a” e “b” daquele texto constitucional que a súmula foi criada.⁸⁵

A interpretação da referida súmula é clara quanto ao cumprimento do prequestionamento, tanto pela manifestação das partes quanto pela manifestação do órgão julgador acerca do questionamento das partes.

Nesse sentido, para o cumprimento do requisito, ao rigor do texto sumulado, devem estar presentes ambas as situações (manifestação das partes na apelação ou contrarrazões e do tribunal acerca da questão federal ou constitucional manifestada).

⁸⁵ CF/1946: 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 fôr 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”.

Nesse sentido, existem decisões desde a época em que vigia a Constituição de 1946.⁸⁶

De outra parte, vige também, desde a Constituição de 1946, o entendimento de que, se a questão federal ou constitucional suscitada pela parte, não fosse tratada pelo aresto recorrido, não poderia ser objeto de recurso extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça compartilham do mesmo entendimento.⁸⁷

Mas há decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que devem estar presentes, tanto o questionamento da questão federal pelas partes, quanto a manifestação expressa a respeito pelo tribunal.⁸⁸

Vale lembrar que se as partes deixaram de questionar a matéria em sede de apelação ou contrarrazões, não poderão exigir a manifestação do tribunal sobre a questão constitucional ou federal. Daí a importância do prequestionamento pelas partes.

Assim, resta dizer que a matéria não estará prequestionada se o aresto recorrido não manifestar expresso entendimento sobre ela e, nesse caso, se a questão foi invocada pela parte, caberá a ela a oposição de embargos de declaração para suprir a omissão, nos termos do artigo 535, II, do Código de Processo Civil.

Ainda quanto à configuração do prequestionamento no aresto recorrido, reitera-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é majoritária, no sentido de ser

⁸⁶ “Alegação abandonada pela parte ao apelar, e que assim não foi objeto de acórdão, não pode ressurgir no recurso extraordinário”. (STF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Gallotti, RE 18.194-SE, j. 15.10.1951, v.u., DJ. 26.10.1953). “Não pode ser discutida na instância extraordinária questão de que não tratou o juízo ordinário”..

⁸⁷ “Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido”. (STF, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, AI 807137 AgR-RJ, j. 19.10.2010, v.u., DJ. 10.11.2010). “Agravo Regimental. Processual Civil. Ausência de prequestionamento. Nos termos da Súmula 282 do STF, é inadmissível o conhecimento de recurso por alegada violação a artigos de lei, cuja apreciação não foi realizada pelo acórdão recorrido”. (STJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, AgRg no REsp 1174547-SP, j. 19.10.2010, v.u., DJ. 25.10.2010).

⁸⁸ “A questão federal suscitada em sede de recurso especial deve, anteriormente, ter sido impugnada nas instâncias ordinárias e lá prequestionada. Até mesmo as violações surgidas no julgamento do acórdão recorrido não dispensam o necessário prequestionamento”. (STJ, 4ª T., Min. Rel. Raul Araújo, AgRg no Ag 1059378-SP, j. 22.06.2010, v.u., DJ. 02.08.2010).

dispensável a indicação expressa do dispositivo de lei federal ou do dispositivo da Constituição Federal tido por afrontado, bastando que a decisão recorrida manifeste exposto entendimento acerca da questão federal ou constitucional.⁸⁹

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já manifestou entendimento em sentido contrário.⁹⁰

Já se disse, também, que há rigor excessivo em exigir-se a expressa indicação dos dispositivos legais, bastando que a decisão recorrida tenha analisado e decidido a questão fundamentadamente para que se tenha por configurado o prequestionamento.

É importante, também, que as partes tenham trazido ao exame do tribunal todas as questões que entenderem relevantes, a fim de fornecer subsídios para o julgamento, praticando, assim, o chamado prequestionamento como “ato da parte”.

5.3. Súmula 356/STF. Embargos de declaração prequestionadores.

Prequestionada a questão pelas partes, caberá ao tribunal sobre ela se manifestar, sob pena de incorrer em omissão, o que enseja a oposição de embargos de declaração. Daí a relevância de as partes invocarem as questões federais e constitucionais para o julgamento da causa.

Se a decisão for omissa, não será admissível o recurso extraordinário ou especial, consoante se verifica da exigência constitucional expressa nos artigos 102, III e 105, III, da Carta Magna.

Visando sanar o vício, os embargos declaratórios, opostos com fundamento no artigo 535 do Código de Processo Civil, têm a finalidade de integrar a decisão.

⁸⁹ “Ademais, é entendimento pacífico de que a menção expressa do dispositivo de lei federal é desnecessária, exigindo-se apenas que o Tribunal local discuta claramente a matéria no texto do voto condutor, o que se verifica no caso dos autos. Precedentes”. (STJ, 5ª T., Min. Rel. Laurita Vaz, AgRg no Ag 1252087-MG, j. 18.03.2010, v.u., DJ. 12.04.2010).

⁹⁰ “Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação”. (STF, 1ª T., Min. Rel. Eros Grau, RE 412633-SP, j. 21.09.2004, v.u., DJ. 15.10.2004).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou, em dezembro de 1963, a Súmula 356, nos seguintes termos: “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”.

Mas isso não significa dizer que o requisito do prequestionamento estará cumprido apenas pela oposição dos embargos declaratórios.

Se a questão não for invocada pela parte na apelação, não haverá como cogitar-se de omissão; por isso, a considerar-se o prequestionamento como ato da parte, entendendo-se que efetivamente o é, o recurso extremo não deverá ser admitido.

Esse é o entendimento de parte da doutrina, entendendo-se por mais acertado.

Já foi dito, por outro lado, no presente trabalho, que o Supremo Tribunal Federal deu à referida Súmula 356 interpretação no sentido de que apenas com a oposição dos embargos de declaração tem-se por cumprido o requisito do prequestionamento, independentemente da decisão que venha a ser proferida nos embargos, ou seja, a de suprir ou não a omissão.

O Supremo Tribunal Federal já adotou entendimento de que, mesmo não suprida a omissão, a parte utilizou do instrumento que estava ao seu alcance para ver seu recurso julgado e não pode ficar prejudicada diante da inércia do órgão jurisdicional.⁹¹

Não se pode, com a devida vênia, concordar com esse entendimento. É que para o cabimento dos recursos excepcionais a Constituição Federal determina que a causa esteja decidida em única ou última instância, o que significa que, para admissibilidade do recurso extremo, a instância ordinária deverá ter apreciado e decidido a *quaestio*.

Embora os embargos de declaração sejam considerados instrumento de grande relevância para suprir o requisito do prequestionamento e permitir o processamento dos

⁹¹ “Não tendo sido apreciadas, pela instância a quo, as questões constitucionais em que se apóia o extraordinário, é imprescindível a oposição de embargos de declaração para suprir o prequestionamento”. (STF, 2ª T., Min. Rel. Ellen Gracie, RE 353514 AgR / MG, j. 14.09.2010, v.u., DJ. 01.10.2010).

recursos excepcionais, admitir sua interposição como requisito único é entendimento que contraria o que dispõe a própria Constituição Federal.⁹²

Em contrapartida, entende-se que se o tribunal local tratou das questões postas ao seu exame e efetivamente cumpriu seu papel de decidir acerca dessas questões, não há vício a ser sanado e a oposição dos embargos é desnecessária, pois não houve *error in procedendo*.⁹³

Excepcionalmente, como já se disse, as questões de ordem pública e as matérias surgidas no próprio acórdão ensejam a oposição dos embargos de declaração prequestionadores, mesmo que não tenham sido suscitadas pelas partes.

Esse entendimento foi intensificado pelos Tribunais Superiores, ao longo dos anos.

Todavia, a fim de evitar dissabores, e diante da dúvida acerca do entendimento que possa ser objeto da decisão acerca da admissibilidade do recurso extremo, recomenda-se a oposição dos embargos de declaração, para fins de prequestionamento.

Afinal, deve ser dito que oposição dos embargos declaratórios deságua na demonstração de que a parte foi diligente, ou seja, sua intenção é o exaurimento das instâncias ordinárias para que a causa possa ser analisada pelas Cortes Superiores, com vistas a permitir a discussão das questões federais e constitucionais. Daí a exigência do prequestionamento que deve a parte se prestar a cumprir.

Não obstante, deve ser prestigiado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao anular acórdão falho para que outro seja proferido, em razão de a Constituição Federal referir-se às causas decididas como requisito de admissibilidade, sem olvidar que a doutrina majoritária compartilha desse entendimento.

Há que se indagar, contudo, se esse posicionamento compromete a celeridade do processo.

⁹² Interessante colocação é feita por José Miguel Garcia Medina: “Caso não obstante interpostos embargos de declaração, permaneça omissa a decisão embargada quanto à questão constitucional suscitada, nem por isso deixará de ser cabível o extraordinário. Isso porque, segundo pensamos, restarão violados, no caso, pelo menos dois dispositivos constitucionais – o art. 5º, LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) e o art. 93, IX (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”) - , que decorrem, por sua vez, do princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal”. (*Op. cit.*, 2009, p. 284-285).

⁹³ Nesse sentido o entendimento de Luis Guilherme Aidar Bondioli (*Embargos de Declaração*, São Paulo: Saraiva, 2005 – Coleção Theotônio Negrão / coordenação José Roberto F. Gouvêa, p. 262).

Deve ser ponderado, então, que, mesmo que o tempo para anular-se uma decisão e para se proferir outra possa interferir na duração do trâmite do processo, não haveria como afirmar-se que a exigência na oposição dos embargos de declaração seria apenas sua interposição.

Não faria o menor sentido interpor embargos desprovidos de fundamentação, o que significa que a parte deverá fazê-lo, aduzindo e demonstrando a omissão no acórdão, requisito intrínseco ao referido recurso, conforme a letra da lei.

Assim, da rejeição dos embargos declaratórios pelo tribunal local, deverá resultar o recurso especial fundado em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil e não sobre as questões omissas.

Em relação ao recurso extraordinário, diante da negativa do tribunal *a quo* em manifestar-se sobre questão a constitucional suscitada, sua interposição deverá ser fundada no artigo 5º, LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) e artigo 93, IX (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas suas decisões, sob pena de nulidade...”), ambos da Constituição Federal, pois, da mesma forma, incorreu o tribunal em *error in procedendo*.⁹⁴

5.4. Súmula 98/STJ. Os embargos de declaração “prequestionadores” e o parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil.

Os embargos de declaração são cabíveis quando ocorrerem as hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil, do que decorre a afirmação de que na ausência de vício no acórdão que se pretenda impugnar por recurso especial ou extraordinário, mesmo não interpostos os embargos, podem ser admitidos os recursos. Isso porque o

⁹⁴ “EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO. Uma vez constatado o silêncio sobre matéria de defesa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios. Persistindo o órgão julgador no vício de procedimento, tem-se a transgressão ao devido processo legal no que encerra garantia assegurada, de forma abrangente, pela Carta da República - artigo 5º, inciso LV”. (STF, 1ª T., Min. Rel. Marco Aurélio, RE 398407-RJ, j. 21.09.2004, v.u., DJ. 17.12.2004).

prequestionamento deve ser feito pelas partes, no curso da lide, e nas razões ou contrarrazões de apelação. Fora dessas hipóteses, estaria se falando em *pós-questionamento*.

A necessidade de oposição de embargos de declaração com a finalidade de prequestionar determinadas questões, tem sido exigida como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. São assim chamados de embargos de declaração “prequestionadores”.

Diante desse entendimento, os embargos de declaração têm sido opostos inadvertidamente, sem que se proceda a uma análise de sua real necessidade, como nos casos envolvendo questão de ordem pública ou quando nova questão surge no próprio acórdão e demanda seja questionada por embargos antes da interposição do recurso extremo.

Assim, sob o ponto de vista do entendimento dos tribunais, não se pode ter como protelatórios os embargos de declaração, do que resulta que a parte não poderá ser penalizada com a aplicação da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça editou, em abril de 1994, a Súmula 98, com a seguinte redação: “Embargos declaratórios manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.⁹⁵

Conclui-se, portanto, que a parte, mesmo convicta de que não seriam cabíveis os embargos, poderá optar por sua oposição, como medida de precaução.

E, amparada até mesmo por súmula, não caberá qualquer aplicação de penalidade, o que torna incabível e imprópria a incidência do parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil.

Os embargos de declaração prequestionadores não são, pois, protelatórios.

5.5. Súmula 211/STJ. A subsistência da omissão e a Súmula 356/STF.

⁹⁵ Merece transcrição a ementa de um dos julgados que deu origem à Súmula 98: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGENCIA. EMBARGOS DECLARATORIOS. MULTA (ART. 538, PARAGRAFO UNICO, DO CPC). Não podem reputar-se protelatórios embargos declaratórios opostos para satisfazer exigência de prequestionamento. Além disso, a imposição de multa deve ser precedida de fundamentação adequada, não bastando a mera afirmação de serem protelatórios os embargos. Embargos de divergência acolhidos para cancelamento da multa”. (STJ, Corte Especial, Min. Rel. Assis Toledo, EREsp 20756-SP, j. 08.10.1992, v.u., DJ. 17.12.1992).

Com o passar dos anos, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento em relação à Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal. Assim, as Cortes passaram a ter entendimentos divergentes no que respeita à configuração do prequestionamento.

Se para o Supremo Tribunal Federal o prequestionamento está mais ligado à atividade da parte, ou seja, à discussão sobre a questão constitucional nas instâncias ordinárias, e não tanto pelo que foi efetivamente decidido no aresto recorrido, para o Superior Tribunal de Justiça, inversamente, o prequestionamento estará configurado quando o acórdão expressar entendimento acerca da matéria objeto do recurso especial.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou, em julho de 1998, a Súmula 211, *verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Desse raciocínio, extrai-se que para o Superior Tribunal de Justiça o questionamento de determinada matéria pelas partes não é importante se o tribunal local não tiver apreciado o ponto que se pretende submeter a novo julgamento. O que importa é o que efetivamente o tribunal *a quo* tenha decidido a respeito, considerando, ainda, que, persistindo a omissão, o recurso especial deverá versar acerca da contrariedade ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil.⁹⁶

⁹⁶ “Verifica-se que a Corte a quo não analisou os artigos infraconstitucionais tidos por violados. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Incidência da Súmula 211 do STJ”. (STJ, 2ª T., Min. Rel. Humberto Martins, AgRg no REsp 1188799-MT, j. 05.10.2010, v.u., DJ. 25.10.2010).

“O acórdão de origem, mesmo com a oposição de embargos de declaração, não teceu juízo interpretativo a respeito da matéria dos arts. 28 e 56, da Lei 9.784/1999. Desatendido o requisito do prequestionamento, tem incidência o óbice da Súmula 211 do STJ”. (STJ, 1ª T., Min. Rel. Benedito Gonçalves, AgRg no Ag 1326493- DF, j. 05.10.2010, v.u., DJ. 04.11.2010).

“O conteúdo normativo dos dispositivos tidos por violados não foi objeto de debate no v. Acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do Recurso Especial, nos termos da Súmula 211 desta Corte”. (STJ, 3ª T., Min. Rel. Sidnei Beneti, AgRg no Ag 1308580-SP, j. 28.09.2010, v.u., DJ. 13.10.2010).

“Os temas insertos nos arts. 471, 473 e 474 do Código de Processo Civil não foram debatidos pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento, atraindo o óbice da Súmula 211 da Súmula desta Corte”. (STJ, 5ª T., Min. Rel. Laurita Vaz, AgRg no Ag 1256854-PR, j. 14.09.2010, v.u., DJ. 04.10.2010).

“As matérias relativas a danos estéticos e valores gastos com tratamento não foram objeto de decisão por parte do acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração. Não alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, incide a súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça”. (STJ, 4ª T., Min. Rel. Fernando Gonçalves, REsp 761265-RJ, j. 06.04.2010, v.u., DJ. 10.06.2010).

Mas a divergência das Cortes está exatamente na configuração do prequestionamento e suas formas de manifestação.

Restaria, então, a análise dessa divergência à luz do texto da Constituição Federal. Com efeito, ao dispor sobre a admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, os artigos 102, III e 105, III da Carta Magna prescrevem que serão cabíveis esses recursos contra as “causas decididas”, ou seja, quando o aresto recorrido tiver resolvido a questão constitucional ou federal.

Mas a controvérsia surge quando a decisão proferida pelo tribunal *a quo* no julgamento do recurso de embargos de declaração continua omissa. Diante dessa omissão divergem as Cortes Supremas quanto à configuração do prequestionamento para efeito de admissibilidade dos recursos extremos.

Ressalte-se que essa divergência não deveria existir.

Isso porque, se a própria Constituição Federal exige que a decisão recorrida deverá ser definitiva e esgotado, pois, o campo de atuação da instância ordinária, a persistência da omissão pelo tribunal quando da oposição de embargos de declaração prequestionadores, só poderá ensejar a interposição de recurso especial visando a anulação da decisão viciada, com fundamento na violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil.

Entende-se, então, que interpretação diversa contraria o texto da Constituição Federal.

A interpretação diversa a ser referida é a de os embargos de declaração serem imprescindíveis à verificação do prequestionamento, diante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, esse é o entendimento apenas da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Se a omissão persistir mesmo com a oposição de embargos de declaração, a matéria teria sido prequestionada e, portanto, admissível o recurso extraordinário.⁹⁷

Essa decisão, originária de julgado proferido em 1998, foi repetida em outros julgados daquele ano e em julgados dos anos de 2003 e 2004. Com a devida vênia e respeito às opiniões em contrário, essas decisões traduzem verdadeiro desprestígio ao texto da própria Constituição Federal.

A interpretação feita pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal permite concluir que há permissão para que o tribunal *a quo* deixe de manifestar seu entendimento acerca da questão constitucional oriunda do debate efetuado pelas partes no curso do processo, mesmo depois de instado a fazê-lo com a oposição de embargos de declaração. Trata-se do chamado prequestionamento “ficto”.

Pelos argumentos expostos, esse entendimento não reflete a melhor técnica, e, além disso, não é unânime na Suprema Corte. Disso resulta situação extremamente desfavorável ao jurisdicionado.

Para a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a Súmula 356 não contraria o enunciado da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.⁹⁸

Diversamente do que entende a Primeira Turma, a Segunda Turma não considera que os embargos de declaração sejam suficientes à configuração do prequestionamento. Com efeito, a pensar como as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal considera prequestionada a matéria desde que o acórdão recorrido tenha expressamente decidido a respeito da questão constitucional.

⁹⁷ “I – “O que, a teor da Súm. 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 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998). II – Agravo Regimental improvido. (STF, 1ª T., Min. Rel. Ricardo Lewandowski, AI 648760AgR-SP, j. 06.11.2007, v.u., DJ. 30.11.2007).

⁹⁸ “Ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional tido como violado, porque não abordado pelo acórdão recorrido e, embora suscitado nos embargos de declaração a ele opostos, não foi apontado oportunamente na ocasião em que foram apresentadas as contra-razões ao recurso ordinário. Súmulas STF 282 e 356.” (STF, 2ª T., Min. Rel. Ellen Gracie, AI 800291 AgR-RN, j. 28.09.2010, v.u., DJ. 22.10.2010).

Se os embargos de declaração não forem acolhidos, deverá a parte, em recurso extraordinário, requerer a anulação do julgado sob o fundamento de violação aos incisos XXXV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, sem prejuízo de alegar-se, ainda, que foi cumprido o requisito do prequestionamento com a oposição de embargos de declaração, pois, afinal, não sabe o recorrente para qual das Turmas será distribuído seu recurso. Além disso, deve o recorrente arguir a matéria relacionada à questão constitucional objeto do próprio recurso. Nesse sentido já se manifestou o Ministro Marco Aurélio.⁹⁹

5.5. O prequestionamento entendido como obstáculo de acesso aos Tribunais Superiores.

Embora seja tema de grande controvérsia, o prequestionamento é considerado constitucional pela doutrina e jurisprudência.

Todavia, como se viu, o prequestionamento é alvo de divergências em relação, especialmente à: (i) sua configuração; (ii) ao momento em que deverá ser cumprido para efeito de admissibilidade dos recursos extremos; (iii) à oposição de embargos de declaração prequestionadores como requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário; (iv) às diversas formas de manifestação nas decisões recorridas, a exemplo do prequestionamento explícito, implícito ou ainda ficto; e, ainda, (v) às próprias súmulas editadas pelas Cortes Superiores.

Tome-se como exemplo a relevante e corretamente criticada dissonância de entendimento entre as Cortes Supremas. Por essa razão, o recorrente se vê obrigado à oposição de embargos de declaração mesmo quando a questão surgir no julgamento da apelação, com o receio de que seu apelo extremo não venha a ser recebido, e para que indubitavelmente se considere prequestionada a matéria.

⁹⁹ “EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO. Uma vez constatado o silêncio sobre matéria de defesa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios. Persistindo o órgão julgador no vício de procedimento, tem-se a transgressão ao devido processo legal no que encerra garantia assegurada, de forma abrangente, pela Carta da República - artigo 5º, inciso LV”. (STF 2ª T., Min. Rel. Marco Aurélio, RE 170.463/DF, j. 16.12.1997, v.u., DJ. 20.03.1998).

Mas a Constituição Federal, no que respeita aos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, como já por diversas vezes mencionado no curso deste trabalho, exige que a questão esteja decidida em única ou última instância.

Conclui-se, então, que essa divergência de entendimentos acaba por exigir determinada postura do recorrente, que por muitas vezes, na análise do caso concreto, contraria o próprio texto constitucional.

Assim, ao invés de as Cortes cumprirem seu papel na uniformização de entendimentos acerca de tão importante e polêmico tema, fazem o inverso: sujeitam o jurisdicionado a toda sorte no julgamento de seu recurso extremo, muitas vezes decisivo para reverter determinada decisão injusta.

Deveria, pois, haver consenso quanto aos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, para que o jurisdicionado não fique à mercê de tal ou qual entendimento.

E, sobre essa divergência, o que se verifica é que determinadas questões são objeto de convicções pessoais de cada julgador. A consequência disso é a manifesta contrariedade à função jurisdicional das Cortes Supremas, que é exatamente a uniformização de entendimento do direito federal e constitucional. Já há decisão nesse sentido, e nem poderia ser diferente.¹⁰⁰

Diante dessa situação, enquanto não houver unanimidade, deve haver certa tolerância quanto à questão do cumprimento do prequestionamento, pois não é justo que o jurisdicionado sofra as consequências desse desentendimento.

¹⁰⁰ A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que a decisão do Plenário acerca da constitucionalidade de uma lei vincula os seus pronunciamentos futuros sobre o tema, mesmo que o caso líder ainda não tenha transitado em julgado. (STF 2ª T., Min. Rel. Ellen Gracie, RE 201878-MG, j. 29.06.2004, v.u., DJ. 13.08.2004).

5. CONCLUSÃO

1. Desde os tempos antigos, até os dias de hoje, verifica-se o inconformismo da humanidade com situações desfavoráveis. A vida é fonte de incômodos que provocam conflitos, ensejando a intervenção do Estado na busca da pacificação social. É inerente ao ser humano a busca pela solução de conflitos.

2. O princípio do duplo grau de jurisdição apresenta restrições em determinadas situações criadas pela lei, a exemplo das seguintes inovações: (a) o artigo 515, 3º do Código de Processo Civil, que permite ao órgão superior julgar o mérito sem que a instância ordinária o tenha feito; e (b) o artigo 517 do mesmo diploma legal, que prevê a possibilidade de se trazer matéria nova em grau recursal, desde que a parte prove que não o fez por motivo de força maior. Embora tenha caráter constitucional, o princípio não se aplica aos recursos extremos, pois não há, em nosso sistema um terceiro grau de jurisdição.

3. Recurso é o meio processual idôneo a propiciar nova apreciação do julgado por órgão hierarquicamente superior ou não, que pode acarretar em decisão reformada, corrigida, invalidada, integrada ou aclarada.

4. Existem, porém, outros meios de impugnação às decisões judiciais, que, a *contrario sensu*, podem modificar decisões transitadas em julgado, atingindo diretamente a coisa julgada material, dependendo do provimento jurisdicional. Exemplo clássico de meio de impugnação com essa finalidade é a ação rescisória. Os meios de impugnação às decisões judiciais estão previstos na legislação.

5. Os chamados sucedâneos recursais, que originaram do inconformismo de determinados pronunciamentos judiciais, devem ser entendidos como os remédios cabíveis contra as decisões que não comportam nem recurso e nem impugnação das decisões judiciais.

6. Os recursos são classificados pela doutrina em ordinários e extraordinários. Os recursos ordinários invocam o direito subjetivo da parte e dependem apenas de uma decisão recorrível, enquanto os extraordinários tutelam o direito objetivo, na busca da correta aplicação da lei e

necessitam da presença de requisitos especiais. O critério da finalidade desses recursos é o diferenciador para sua identificação.

7. A admissibilidade de um recurso está condicionada à interposição de acordo com o tempo, o modo e a forma prescritos em lei. Assim, devem ser atendidos pressupostos genéricos e específicos, como cabimento, regularidade formal, interesse, legitimidade, preparo, tempestividade e inexistência de fato impeditivo e extintivo no direito de recorrer; além dos intrínsecos e extrínsecos, que serão analisados pelo magistrado. Se os não forem atendidos os pressupostos recursais o recurso não poderá ser apreciado em seu mérito.

8. Os recursos produzem efeitos que dependem do tipo recursal. O efeito devolutivo, que consiste na devolução da matéria ao conhecimento do tribunal, está previsto em todos os recursos. Só a lei prevê o efeito suspensivo, que tem o condão de impedir os efeitos da decisão recorrida até o julgamento. Há outros efeitos elencados pela doutrina, como o translativo, o expansivo e o substitutivo.

9. A pretensão recursal poderá envolver situação de urgência em que se justificará a antecipação dos efeitos da tutela recursal, que deve ser concedida desde que demonstrados estarem presentes os requisitos exigidos pelo legislador, não se tratando de mera faculdade do relator. O artigo 558 do CPC dispõe sobre os requisitos para a concessão da antecipação e é típico exemplo do que a boa doutrina tem denominado de “poder geral de cautela”.

10. O acúmulo de trabalho no Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, resultou, com o advento da Constituição Federal de 1988, na criação do Superior Tribunal de Justiça, competente para julgar, em recurso especial, as questões de direito infraconstitucional.

11. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, nasceu o chamado recurso especial, previsto no artigo 105, III da atual Constituição Federal. Visando evitar que acontecesse com o novo órgão o mesmo que ocorreu com o Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal previu que o Superior Tribunal de Justiça seria composto por, no mínimo 33 (trinta e três) ministros, embora a imensa quantidade de processos, ao longo de todos esses tenha impedido a concretização desse objetivo.

12. As hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários estão na Constituição Federal. O recurso extraordinário está previsto no artigo 102, III, e o recurso especial no artigo 105, III, da Carta Magna. Além disso, os artigos 541 e 543 do Código de Processo Civil cuidam do procedimento desses recursos, sem que disponham sobre o cabimento, previsto constitucionalmente.

13. As características comuns dos recursos excepcionais trazidas pela doutrina são: a exigência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias; a imprestabilidade quanto à correção de injustiça da decisão recorrida; o sistema de admissibilidade desdobrado; os requisitos específicos de admissibilidade previstos na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil; e a provisoriedade da execução da decisão recorrida.

14. A admissibilidade dos recursos extremos é exercida pelo tribunal local, após a oferta de contrarrazões pelo recorrido. Se o recurso não for admitido pelo tribunal local caberá agravo de instrumento ao respectivo Tribunal superior (art. 544, CPC). Lá será exercido novo juízo de admissibilidade que independe do juízo exercido pelo Tribunal local. Esse juízo é, pois, o definitivo. Com a redação dada pela lei nº 9.756/98 ao §3º do artigo 544, do Código de Processo Civil, o agravo de decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário ou recurso especial, possibilita ao relator, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso, ou, ainda, determinar sua conversão para julgamento.

15. Em alguns casos há previsão de retenção dos recursos excepcionais, que ficam sobrestados até que se tenha decisão final no processo. Todavia, a decisão poderá ter seu estado alterado se o recorrente se valer de medida cautelar apta a demonstrar que os atos a serem praticados na execução provisória podem lhe causar lesão grave e de difícil reparação. A cautelar só pode ser ajuizada na Corte Superior nos casos em que o recurso já tenha sido admitido, caso contrário deve ser ajuizada no tribunal local.

16. Em casos excepcionais, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm admitindo a cautelar antes mesmo de ser admitido o recurso especial ou extraordinário, desde que claramente preenchidos os requisitos da cautelar.

17. As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial estão previstas nos artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal. Para que sejam cabíveis esses recursos a questão constitucional ou a questão federal devem estar presentes no acórdão, contra qual não caiba mais nenhum outro recurso.

18. A questão constitucional ou federal surge em razão de debate entre as partes ou em razão de identificação da questão pelo próprio órgão julgador.

19. Não cabe recurso especial contra violação a leis estaduais, municipais, decretos, resoluções e outras normas inferiores à lei federal.

20. Para o cabimento do recurso especial a decisão recorrida deve ter sido proferida por Tribunal Estadual ou por Tribunal Regional Federal, não se admitindo decisão proferida por outros órgãos.

21. Nem toda questão de direito enseja recurso especial ou recurso extraordinário, mas somente questões federais e constitucionais. Isso significa que leis estaduais, municipais, decretos, portarias, resoluções, regimentos internos, provimentos, dentre outros, não ensejam a interposição dos recursos excepcionais.

22. O julgamento proferido no recurso especial poderá ensejar o cabimento de recurso extraordinário.

23. A emenda constitucional nº 45/2004 trouxe duas inovações no que respeita ao recurso extraordinário. Os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que forem aprovados em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional por três quintos dos votos de seus respectivos membros, são reconhecidos como normas constitucionais, a ensejarem controle através do recurso extraordinário. A outra inovação foi o requisito da “repercussão geral” para a admissibilidade do recurso extraordinário, que acrescentou o §3º ao artigo 102 da Constituição Federal.

24. A súmula vinculante, criada para evitar o acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal tem a finalidade de evitar os casos repetitivos que só contribuem para a morosidade da justiça.

25. Com a intenção de retirar do Supremo Tribunal de Justiça, o caráter de “Terceira Instância”, o prequestionamento foi introduzido no artigo 59 da Constituição de 1891 para que, somente as questões decididas em primeira e segunda instância pudessem ser objeto de julgamento pela Corte, a fim de fortalecer o caráter “excepcional” da Corte Suprema.

26. A redação do referido dispositivo foi mantida na reforma constitucional de 1926 (artigo 60, §1º, “a”) e nas Constituições de 1934 (artigo 76, 2, III, “b”); de 1937 (artigo 101, III, “b”) e de 1946, em que se retirou o verbo “questionar”, mas permaneceu a exigência (art. 101, III, “b”).

27. O prequestionamento consiste na expressa manifestação do órgão “ad quem”, no aresto recorrido, sobre a questão federal ou constitucional. Se o Tribunal que proferiu a decisão recorrida não analisou a matéria de que trata o recurso especial ou extraordinário, a matéria não está prequestionada e, portanto, o recurso extremo não é cabível.

28. Embora a classificação do prequestionamento explícito e implícito tenha gerado discussões doutrinárias e jurisprudenciais, extrai-se, em conclusão útil, que a distinção serve apenas para identificar a presença do tipo de prequestionamento na decisão recorrida. Será explícito quando houver o exame exposto da questão e indicação do dispositivo legal tido por violado. Será implícito quando houver implicitamente enfrentamento acerca da questão federal ou constitucional suscitada.

29. Para caracterizarem-se as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, a decisão pode resultar de questão advinda da atividade das partes, que sobre ela debateram, ou pode resultar da atividade do julgador, que ao identificar a questão, sobre ela decidiu. Em tal ou qual situação está presente a questão, que pode ser federal ou constitucional. Mas a questão estará prequestionada quando for objeto de julgamento pelo tribunal *a quo* e não quando apenas suscitada pela parte.

30. A Primeira e a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já firmaram entendimento no sentido de que, desde que admitido o recurso especial por outro fundamento, será possível o conhecimento de ofício da questão de ordem pública não prequestionada. Se existe no ordenamento jurídico a previsibilidade de impugnar-se a coisa julgada por ação rescisória, mostra-se adequada a cognição das questões de ordem pública pela via do recurso especial, mesmo que não tenha havido o prequestionamento, mas desde que admitido o recurso.

31. Quando a decisão recorrida envolver questão constitucional e infraconstitucional haverá necessidade de interposição de recurso extraordinário e recurso especial. Nessa hipótese há ocorrência do chamado “prequestionamento duplo”. O recurso extraordinário é cabível, ainda, quando não admitido o recurso especial, pois suas hipóteses de cabimento estão previstas na Constituição Federal e, ainda, quando do julgamento do recurso especial resultar ofensa ao texto constitucional.

32. Diante da comum circunstância de não haver na decisão a ser atacada pelo recurso especial ou extraordinário, a expressa manifestação do Tribunal acerca de todas as questões federais ou constitucionais suscitadas, a parte tem, à sua disposição, os embargos de declaração prequestionadores, instrumento capaz de propiciar o cumprimento da exigibilidade do prequestionamento.

33. Se, mesmo com a oposição dos embargos de declaração houver a persistência na omissão, a parte deverá recorrer ao argumento de que a omissão não foi suprida pelo tribunal local.

34. Ao passo que o Supremo Tribunal Federal tem por cumprido o requisito apenas pela oposição de embargos prequestionadores e admite o recurso extraordinário mesmo sem que o tribunal local profira nova decisão integrativa para sanar o vício, o Superior Tribunal de Justiça impõe que o vício seja sanado pelo tribunal *a quo*; caso contrário não estará configurada a situação de causa decidida, como perfilha a Constituição Federal, sendo vedado o exame do objeto do recurso especial.

35. Essa divergência de entendimentos acaba por exigir determinada postura do recorrente, que, por muitas vezes, na análise do caso concreto, contraria o próprio texto constitucional. Ao invés

de as Cortes cumprirem seu papel na uniformização de entendimentos acerca de tão importante e polêmico tema, fazem o inverso: sujeitam o jurisdicionado a toda sorte no julgamento de seu recurso extremo, muitas vezes decisivo para reverter determinada decisão injusta.

36. Diante dessa situação, enquanto não houver unanimidade, deve haver certa tolerância quanto à questão do cumprimento do prequestionamento, pois não é justo que o jurisdicionado sofra as consequências desse desentendimento.

7. BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Ruy Rosado de. Revista de Processo. [do Instituto Brasileiro de Direito Processual]. *Recurso Especial: Questão de ordem pública. Prequestionamento*. São Paulo: RT, Repró n° 132, fev/2006.
- ALVIM, Eduardo Arruda, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol.2. São Paulo: RT, 2000.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: RT, 2007.
- BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. RPC – Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 2010.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*, São Paulo: Saraiva, 2005 – Coleção Theotônio Negrão / coordenação José Roberto F. Gouvêa.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. (Coletânea organizada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr.) São Paulo: RT, 1999.
- CAVALCANTE, Mantovani Colares, *Recursos Especial e Extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*, São Paulo: RT, 2008.
- DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração*. Efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. RPC – Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 2008.
- FLEURY, José Theophilo. *Recursos Especial e Extraordinário*. Interposição Simultânea. Fundamentos Suficientes e Prejudicialidade. Curitiba: Juruá, 2007.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol.2. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *Código de Processo Civil Interpretado*, São Paulo: Manole, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. RPC – Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 2007.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *RECURSOS e Ações Autônomas de Impugnação*. In. *Processo Civil Moderno*, v.2, São Paulo: RT, 2008.

_____. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. E outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento.* 4ª ed. RPC – Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Pquestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário.* 5ª ed. rev. e atual. da obra *Pquestionamento nos recursos extraordinário e especial.* São Paulo: RT, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis,* São Paulo: RT, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.* 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JUNIOR, Nelson; Arruda Alvim Wambier, Teresa (coords.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: RT, 2001, v.4.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso Especial,* RPC – Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis.* São Paulo: Malheiros, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2002.