

JURISPRUDÊNCIA

O PREQUESTIONAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fábio Victor da Fonte Monnerat

Procurador Federal, Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC/SP

Especialista em Direito Processual Civil

Coordenador da Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Acórdãos; 2 Prequestionamento: Conceito, Função e Fundamento; 2.1 O Prequestionamento Implícito; 2.2 Questões de Ordem Pública e Prequestionamento 3 Os Embargos de Declaração e o Prequestionamento; 3.1 Embargos de Declaração: Conceito, Função e Cabimento; 3.2 Cabimento dos Embargos Prequestionadores; 4 Destino do Recurso Excepcional Caso Não Suprida a Omissão no Julgamento dos Embargos Prequestionadores; Referências.

JURISPRUDÊNCIA: O PREQUESTIONAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - FUNÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DA INTERPOSIÇÃO E DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM

INTRODUÇÃO

No presente estudo far-se-á uma análise comparativa entre acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do papel dos embargos declaratórios prequestionadores e sua influência no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

A complexidade da questão vem suscitando diversas interpretações por parte da doutrina e da jurisprudência, não havendo unanimidade no entendimento no âmbito do STJ e do STF em relação à matéria.

Serão trazidos à colação quatro acórdãos, dois do Supremo Tribunal Federal e outros dois do Superior Tribunal de Justiça que demonstram divergência interna e entre as cortes superiores acerca do tanto do conceito de prequestionamento, quanto acerca da função dos embargos de declaração, bem como dos efeitos de seu julgamento pelo tribunal *a quo*.

Os dois primeiros acórdãos um do STF e outro do STJ consagram a tese segundo a qual não decidida a questão constitucional ou infraconstitucional pelo tribunal *a quo* é indispensável a interposição dos embargos declaratórios entretanto, caso no julgamento do referido recurso o tribunal de origem não esclareça a questão é cabível o recurso tendo sido suprida a exigência constitucional do prequestionamento. Tal entendimento conforme adiante demonstrado é passível de ser extraído da leitura da súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal¹, mas contrariam frontalmente o teor da súmula n 211² do Superior Tribunal de Justiça, a seguir analisada.

1 Súmula 283: “O ponto da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta do requisito do prequestionamento”.

2 Súmula 211: “É inadmissível recurso especial quanto a questão que a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Os demais acórdãos seguem a tese consagrada na súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça que inclusive é citada no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Melo, no sentido de que a mera interposição dos embargos de declaração por si só não é suficiente para que a matéria seja prequestionada, sendo indispensável para o preenchimento deste requisito de admissibilidade a efetiva manifestação do tribunal *a quo* acerca da questão, legal ou constitucional.

Antes da análise crítica dos acórdãos serão tecidas breves considerações acerca do instituto do prequestionamento, sobre os embargos de declaração e mais especificamente sua função prequestionadora.

1 OS ACÓRDÃOS

1 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AI 648760 AgR,

Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI,

1ª Turma,

Julgado 06/11/2007,

DJe-152 DIVULG 29-11-2007

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

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.

2 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP 525.718 - SÃO PAULO

RELATOR: MIN. JORGE SCARTEZZINI

5ª TURMA

JULGAMENTO: 05/08/2003

DJU: 13/103/2003 PAG. 436

EMENTA: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - PREQUESTIONAMENTO: DIREITO OBJETIVO - SEGURANÇA JURÍDICA - SITUAÇÕES CONCRETAS ANTAGÔNICAS - IMPOSSIBILIDADE -EXCEPCIONALIDADE - CONHECIMENTO - LEIS NºS 8.622/93 E 8.627/93 - REAJUSTE DE 28,86% - APLICAÇÃO DA DECISÃO DO STF (EMB.DECL. EM RMS 22.307/DF) - CORRETA COMPENSAÇÃO.

1 - No caso sub judice, apesar de ter sido provocada via embargos, a Corte a quo não aceitou o tema trazido à análise dos declaratórios. Desta forma, para que este recurso fosse conhecido, o mesmo deveria ter sido interposto alegando ofensa, também, ao art. 535, do Código de Processo Civil, afastaria na espécie o enunciado contido na Súmula 211 desta Corte. Contudo, não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, como no caso concreto juridicamente reconhecido, porém limitado. Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica. Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Afasta-se, em conseqüência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. Por tais razões, conheço do recurso pela alínea "a", do permissivo constitucional, na via da excepcionalidade.

2 - Este Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão emanada do Colendo Supremo Tribunal (RMS nº 22.307/DF e respectivo Embargos Declaratórios), já firmou entendimento no sentido de

estender aos vencimentos de todos os servidores civis federais, o reajuste de 28,86% concedido aos militares e a algumas categorias civis, por força das Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93. No entanto, o aumento não foi indiscriminado para todas as categorias, devendo ser observadas as devidas compensações decorrentes de eventuais antecipações.

3 - Precedentes (REsp nºs 195.383/CE, 113.872/MG e 209.650/AL).

4 - Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, parcialmente provido para, reformando o v. acórdão a quo, determinar que seja feita, na execução do julgado, sede própria para se discutir o quantum pertinente, a devida compensação de eventual aumento já recebido pelos servidores recorridos.

3 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AI AgR 436.663-RJ

Relator: Min. MARCO AURÉLIO

1ª Turma,

Julgado em 16/12/2008,

DJe-035 DIVULG 19-02-2009

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PREQUESTIONAMENTO - CONFIGURAÇÃO - RAZÃO DE SER.

O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido argüida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. O recurso extraordinário não é meio próprio a alcançar-se exame de controvérsia equacionada sob o ângulo estritamente infraconstitucional.

AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

4 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 982.584 - PE (2007/0215628-7)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

4ª TURMA

JULGAMENTO 25/09/2008

DJU 23/03/2009

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. OFENSA AO ART. 398 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO POR INVENTARIANTE DATIVO. VENDA *A NON DOMINO*. NÃO-OCORRÊNCIA. ATO JURÍDICO ANULÁVEL. PRESCRIÇÃO QUADRIENAL RECONHECIDA (ART. 178, § 9º, V, "B", DO CÓDIGO CIVIL REVOGADO). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Se o acórdão foi omissivo quanto à tese dos recorrentes, o recurso especial deveria aduzir, de forma fundamentada, violação do art. 535 do CPC, e não ofensa aos artigos dos quais os recorrentes pretendiam prequestionamento.

2. Não se conhece de matéria não debatida no acórdão de apelação, malgrado tenham sido opostos embargos de declaração (Súmula n. 211/STJ).

3. A venda *a non domino* é aquela realizada por quem não tem poder de disposição sobre a coisa. Com efeito, o que emerge como vício na venda *a non domino* é a *completa* falta de *legitimação* do alienante, que consiste na inaptidão específica para o negócio jurídico.

4. A homologação do esboço, em realidade, não se trata de sentença de partilha. Nos termos do art. 1.026, da Lei Processual, a sentença de partilha ocorre em momento posterior, somente depois de pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada certidão negativa de dívida para com a Fazenda Pública. À luz do que consta dos autos, a alienação dos bens ocorreu quando o inventariante dativo estava em pleno exercício do *munus* a ele atribuído. Além disso, a alienação do imóvel ocorreu com a devida autorização judicial, malgrado tenha sido contra a vontade dos herdeiros, que não se insurgiram no âmbito do inventário.

5. No caso, a hipótese é de, no máximo, ausência de consentimento dos herdeiros no negócio jurídico, o que, definitivamente, não o torna nulo, mas anulável, sujeito, portanto, à prescrição de que trata o art. 178, § 9º, v, “b”, do código civil revogado.

6. Recurso especial não conhecido.

2 PREQUESTIONAMENTO: CONCEITO, FUNÇÃO E FUNDAMENTO

O prequestionamento é requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. Contudo seu conceito ainda é incerto, e de uma certa forma ambíguo no sistema.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência entendem possuir fundamento constitucional a exigência do prequestionamento para que o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais seja positivo. Não há uniformidade contudo na definição do que vem a ser prequestionamento.

José Miguel Garcia Medina³ sistematiza três grandes grupos de entendimentos: a) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipóteses em que o mesmo é considerado ônus atribuído às partes; c) a soma

³ O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 217 - 218.

das duas tendências citadas, ou seja, debate do tema de direito federal ou constitucional pelas partes seguido da manifestação do Tribunal acerca da questão.

O opção por uma ou outra corrente influencia em uma série de questões relevantes em relação ao juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, inclusive no que tange na necessidade de embargos de declaração prequestionadores e os efeitos de seus respectivos julgamentos.

Etimologicamente é indubitoso que a expressão *prequestionamento*, refere-se a atividade das partes do processo em momento anterior ao julgamento do recurso. Às partes cabe ao formular requerimentos, defesas e apresentar suas razões formular questionamentos e provocar o pronunciamento do Poder judiciário acerca das questões legais e constitucionais.

São as partes litigantes que questionam ou prequestionam portanto. O juiz não questiona, mas sim decide.

É de se ressaltar, que conforme noticia Medina⁴, o entendimento majoritário nos tribunais é o que considera o prequestionamento a existência da decisão acerca de questão federal ou constitucional na decisão recorrida.

De fato, rigorosamente, a existência de decisão acerca da questão federal ou constitucional na decisão recorrida é o requisito imposto pela Constituição Federal para o conhecimento dos recursos extraordinários, contudo necessidade de existência desta *prévia decisão não deve* ser considerada prequestionamento, que repita-se, é atividade das partes necessariamente anterior ao julgamento do recurso pelo Tribunal *a quo*.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁵ afirma que “o prequestionamento, como se sabe e como o próprio vocábulo sugere, surgiu como sendo fenômeno que dizia respeito a atividade das partes” e mais adiante ressalta que “ a expressão passou a referir-se, ao longo do tempo, à necessidade que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional”⁶.

4 op. e loc. cit.

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 264.

6 *Ibidem*, p. 270.

Esse é, de fato, o entendimento majoritário atual, que todavia deve ser entendido com ressalvas, pois a acepção atual (necessidade que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional), que é exigida pela Constituição, de rigor, não constitui prequestionamento, mas sim *prévia decisão*.

O prequestionamento, enquanto atividade das partes, continua se fazendo presente no processo, contudo não como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, mas como meio de obtenção de *prévia decisão* do Tribunal *a quo*, esta sim, indispensável para o conhecimento dos recursos excepcionais.⁷

Indispensável a esta altura a transcrição do entendimento de Nelson Nery Jr.⁸, por demais esclarecedor:

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 recurso extraordinário ou do recurso especial.

2 – o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

3 – o verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário ou especial é o cabimento, que só ocorra quanto às matérias que tenham sido efetivamente decididas pelas instâncias ordinárias.

4 – causa decidida é a manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade do recurso denominado cabimento. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se a este fim.

A opção sobre qual concepção de prequestionamento se seguir influenciará entre outros aspectos na necessidade ou desnecessidade

7 Nesse sentido: José Miguel Garcia Medina. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. pág. 334. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Omissão Judicial e Embargos de Declaração. pág. 267, *verbis* “o prequestionamento realizado pela parte, continuava a ser considerado, se não imprescindível, pelo menos útil, pois nem sempre o Tribunal se manifesta sobre a questão federal sem provocação”.

8 Ainda sobre prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 4. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). p. 863.

de interposição de embargos de declaração prequestionadores, bem como no próprio juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

2.1 O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO

Além das diversas acepções da expressão prequestionamento, existe ainda em parte da doutrina a classificação de “tipos” de prequestionamento. Seguindo esta linha, o prequestionamento pode ser classificado em explícito e implícito.

Dentre os que aceitam a referida classificação existe ainda divergência no que vem a ser o prequestionamento implícito.

Há na doutrina e na jurisprudência pelo menos duas concepções aceitas do que vem a ser prequestionamento implícito e explícito⁹.

Para uma primeira corrente, prequestionamento implícito ocorre quando apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada.

Uma segunda concepção, afirma haver prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa implicitamente.

Contudo é imperativo ressaltar que *data maxima venia* é descabida a subdivisão do prequestionamento em implícito e explícito, tendo em vista que o prequestionamento, enquanto atividade das partes que visa a manifestação do tribunal acerca da questão federal ou constitucional, deve sempre constar do recurso dirigido ao órgão de segundo grau expressamente.

Já o prequestionamento enquanto manifestação do tribunal *a quo* (prévia decisão) deve sempre constar expressamente da decisão ainda que o acórdão não faça referência ao número do artigo de lei ou da Constituição.

9 MEDINA, op. cit., p. 340.

2.2 O PREQUESTIONAMENTO E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

De regra, por força do princípio translativo, as matérias de ordem pública (*v.g.* arts. 267, § 3º e 301 § 4º do CPC), ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado em qualquer grau de jurisdição (art.515 e 516 do CPC).¹⁰

Ocorre que a previsão de conhecimento destas matérias em qualquer grau de jurisdição decorre de lei, neste aspecto colidente com a regra específica prevista na Constituição Federal de necessidade de prequestionamento da matéria a ser decidida pelos Tribunais superiores.

Portanto, o efeito translativo não se aplica aos recursos excepcionais, sendo vedado o exame de qualquer matéria, que não tenha sido objeto de prequestionamento pelo tribunal *a quo*, inclusive as de ordem pública pela instância superior quando do exame dos recursos especial e extraordinário.¹¹

3 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PREQUESTIONAMENTO

3.1 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: NOÇÕES GERAIS

Embargos de declaração, ou declaratórios, são o recurso que visam sanar a obscuridade, contradição ou omissão que vicia a decisão judicial.

A obscuridade está presente quando, da leitura da decisão, não é possível compreender, total ou parcialmente, o que quis afirmar ou decidir o julgador. Ou seja, a idéia expressa não ficou totalmente clara, impedindo a compreensão de seu conteúdo.¹²

A contradição, na lição de Barbosa Moreira, verifica-se quando no acórdão ou na sentença incluem-se proposições inconciliáveis entre si.¹³ Vale ressaltar que a contradição deve estar presente na decisão, não se caracterizando contradição para fins de cabimento de embargos de declaração, preceitos inconciliáveis contidos em decisões diferentes

10 NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 482.

11 Op. cit. p. 488.

12 FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2003. p. 73/74.

13 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 5, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.. p. 538.

dentro do mesmo processo.¹⁴ Tampouco há contradição solucionável via embargos declaratórios entre a decisão proferida e peças dos autos.¹⁵

Partindo da premissa que as garantias constitucionais do processo, dentre elas a inafastabilidade do controle jurisdicional, o contraditório, e o dever de motivação das decisões por parte dos magistrados, são postas para controlar a atividade judicial e seu ato culminante, a decisão, Joaquim Felipe Spadoni conclui que a decisão judicial deve possuir logicidade, clareza e completeza justificatória.¹⁶

Os embargos de declaração são o recurso cabível para sanar a falta de um destes requisitos. Ou seja a obscuridade, deve ser sanada pelos embargos de declaração para que se obter uma decisão clara¹⁷, a contradição reflete o desrespeito ao dever de logicidade das decisões judiciais imposta pela Constituição Federal, ao passo que o requisito de completeza justificatória enseja o vício de omissão, também sanável via embargos de declaração.

Dos vícios da decisão, passíveis de correção via embargos declaratórios a omissão é o que mais é debatido na doutrina e jurisprudência. Isso porque o art. 535, inc. II do Código de Processo Civil refere-se a expressão omissão sobre ponto que o juiz “*deveria ser pronunciar*”.

Com base nesta suposta ‘relevância’ da omissão ensejadora do recurso em análise, o Superior Tribunal de Justiça, vem proferindo decisões no sentido de que os Tribunais e os juizes não estão obrigados a se pronunciarem sobre todas as questões suscitadas pelas partes.¹⁸

14 Nesse sentido, com apoio na doutrina de Barbosa Moreira, e em julgado do STF da lavra do Eminent Min. Sepúlveda Pertence, Luis Eduardo Simardi Fernandes. Embargos de Declaração. p. 78.

15 Luis Eduardo Simardi Fernandes. *Embargos de Declaração*. p. 79, citando Pontes de Miranda.

16 Função Constitucional dos Embargos de Declaração, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 235.

17 Função Constitucional dos Embargos de Declaração, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 242.

18 STJ, 6ª T., EDcl no RO em MS 11722-DF, rel. Min. Hamilton Carvalhinho, j. 12112002 *apud* José Emílio Medauar Ommati. Embargos Declaratórios e o Estado Democrático de Direito, In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 272.

Contudo este posicionamento não deve prevalecer sob pena de se estar frustrando a função dos embargos de declaração, e ferindo os princípios do contraditório e da motivação das decisões judiciais, tendo em vista que, ficaria ao alvitre do magistrados escolher quais fatos e fundamentos são relevantes, sem motivar tal escolha, e portanto ignorando e omitindo-se acerca de pontos levantados, e considerados relevantes, pelas partes.¹⁹

A questão torna-se importante, sobretudo, em se tratando de acórdão sujeito a impugnação via recurso especial ou extraordinário. Isso porque conforme saliente Teresa Arruda Alvim Wambier²⁰, a omissão quanto a um fundamento constitucional ou infraconstitucional pode inviabilizar a admissibilidade de RE ou do RESP, respectivamente, e deve ser suprida via embargos de declaração.

Nestas hipóteses, salienta a autora²¹, possui a parte o direito de ver suprida, via embargos de declaração, a omissão referente a fatos desprezados para o deslinde da questão, mas relevantes para as partes para fins de admissibilidade e julgamento dos recursos excepcionais.

Joaquim Felipe Spadoni discorrendo acerca do tema esclarece que “mesmo estando o juiz livre para ‘pinçar’ os fatos e provas constantes nos autos e necessário para dar suporte ao seu julgamento, *não fica ele dispensado de enfrentar as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes e que, acaso acolhidas, teriam o condão de determinar resultado diverso daquele disposto na decisão*”.²²

Por derradeiro cumpre ressaltar que a omissão também pode ocorrer na hipótese do órgão julgador não se manifestar a respeito de matéria que deveria se pronunciar *ex officio*. Nesse sentido é a lição de Luis Eduardo Simardi Fernandes *verbis*:

19 Nesse sentido: José Emílio Medauar Ommati. Embargos Declaratórios e o Estado Democrático de Direito, *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 275, citando jurisprudência, ‘minoritária’, no âmbito do STJ.

20 Omissão Judicial e Embargos de Declaração. pág. 249/250.

21 Omissão Judicial e Embargos de Declaração. pág. 263.

22 Função Constitucional dos Embargos de Declaração, *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). p. 247.

[...] *Sabe-se que algumas questões devem ser apreciadas de ofício pelo julgador, ou seja, independentemente de pedido da parte, como se dá na hipótese de ausência de uma das condições da ação, ou de ocorrência de decadência, entre vários outros casos. Deixando de se manifestar sobre essas situações, caberão também embargos de declaração, mesmo que a matéria não tenha sido suscitada pelas partes. É que, como se disse, o juiz tinha obrigação de se manifestar sobre elas, ainda que não houvesse pedido da parte para que assim o fizesse.*²³

Apesar de não haver determinação expressa na legislação, a doutrina e a jurisprudência também admitem a interposição de embargos de declaração para correção de erro material. A correção de tais erros não preclui e pode ser realizada pelo magistrado, de ofício, mesmo após a publicação da sentença (art., 463 do CPC). Por esta razão admite-se que a parte provoque a correção destes erros pelo magistrado via embargos de declaração.

Questão polêmica diz respeito ao cabimento de embargos declaratórios contra decisões interlocutórias proferidas por juizes de primeiro grau. Isso porque o art. 535 do CPC que regulamenta o recurso refere-se expressamente apenas a sentenças e acórdãos, o que leva alguns, inclusive no âmbito do STJ, a entender incabível o recurso contra as decisões interlocutórias.

Tal entendimento não deve prevalecer, tendo em vista, sobretudo, a já aludida natureza constitucional do recurso de embargos de declaração, bem como já referidos requisitos constitucionais que devem se fazer presentes em todas as decisões judiciais.²⁴

O mesmo raciocínio vale em se tratando de cabimento de EDcl contra decisões monocráticas proferidas pelo relator (arts. 557 e 558 do CPC), não obstante haver decisões em sentido contrario no âmbito do STJ.

3.2 CABIMENTO DOS EMBARGOS PREQUESTIONADORES

As partes devem prequestionar as questões federais ou constitucionais, quando da interposição do recurso no tribunal *a quo* para terem o direito de ver tais questões efetivamente decididas pelo mesmo. Contudo pode ocorrer que, não obstante o questionamento ventilado pela parte, o tribunal não se pronuncie acerca da matéria.

²³ Embargos de Declaração. p. 82.

²⁴ Nesse sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 60; Luis Eduardo Simardi Fernandes. *Embargos de Declaração*. p. 48.

Estar-se-ia, então diante de um acórdão omissivo, impugnável, portanto, por embargos de declaração. O cabimento dos embargos, ditos, prequestionadores, no caso é pacífico, possuindo o STJ, inclusive, súmula acerca do tema²⁵.

Contudo, se o cabimento dos embargos nestes casos é pacífico, o mesmo não se pode dizer em relação a outros aspectos a ele relacionados, dentre os quais a necessidade de sua interposição quando constar do acórdão decisão acerca de matéria federal ou constitucional não prequestionada pelas partes a consequência de persistir a omissão quando do julgamento dos referidos embargos.

Os referidos pontos são objeto de divergência entre os acórdãos trazidos à colação que podem ser assim sistematizados: dois primeiros acórdãos consagram a tese pela qual não decidida a questão constitucional ou infraconstitucional pelo tribunal *a quo* é indispensável a interposição dos embargos declaratórios entretanto, caso no julgamento do referido recurso o tribunal de origem não esclareça a questão é cabível o recurso tendo sido suprida a exigência constitucional do prequestionamento, dão que nada mais as partes podem fazer acerca para viabilizar a manifestação do tribunal *o quo*. Tal entendimento conforme adiante demonstrado é passível de ser extraído da leitura da súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal²⁶, mas contraria frontalmente o teor da súmula n 211²⁷ do Superior Tribunal de Justiça, a seguir analisada.

O STJ, é bom que se diga, no julgado citado alude expressamente a necessidade de prévia decisão, mas mesmo ausente no referido caso a afasta por considerar o rigor processual técnico, no caso levando a negativa de aplicação do direito material, e impedindo a consecução de um resultado uniforme para situações idênticas o que de fato é um argumento relevante o coerente com uma concepção instrumentalista do processo. É de se ressaltar ainda que o referido acórdão ressalta a excepcionalidade da dispensa de *prévia decisão* em função do caso concreto.

25 Súmula 98 – “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento, não tem caráter protelatório”

26 Súmula 283: “O ponto da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta do requisito do prequestionamento”.

27 Súmula 211: “É inadmissível recurso especial quanto a questão que a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

É no acórdão do Supremo Tribunal Federal que se afasta expressamente a necessidade de que a questão esteja real e efetivamente decidida considerando que “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”.

Os demais acórdãos seguem a tese consagrada na súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça que inclusive é citada no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Melo, no sentido de que a mera interposição dos embargos de declaração, por si só, não é suficiente para que a matéria seja prequestionada, sendo indispensável para o preenchimento deste requisito de admissibilidade a efetiva manifestação do tribunal *a quo* acerca da questão, legal ou constitucional.

O STF, vem entendendo que ainda que conste da decisão recorrida manifestação expressa acerca da questão constitucional desafiadora de RE, deve a parte, ainda assim, interpor embargos de declaração. Já o STJ, vem entendendo que, nestes casos, não é necessária a interposição de embargos de declaração prequestionadores.

Na esteira do que se vê afirmando, reputo correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que o requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais exigido pela Constituição Federal é a *prévia decisão* acerca do tema federal ou constitucional, sendo o prequestionamento, enquanto atividade das partes, muitas vezes necessário e útil, mas nunca indispensável.

Na hipótese de persistir a omissão judicial quando do julgamento dos embargos de declaração, também divergem a jurisprudência dominante do STF e do STJ.

O STF, nestes casos, vem decidindo que se o acórdão recorrido deixou de enfrentar a questão constitucional aventada no processo, a interposição de embargos de declaração satisfaz o requisito do prequestionamento para o recurso extraordinário, não importando que, persistindo na omissão, o Tribunal recorrido não se tenha pronunciado sobre os temas aventados, conforme o 1º acórdão *supra* transcrito.

Este entendimento vem ganhando espaço no âmbito do STJ conforme faz prova o terceiro acórdão componente do item 2, mas nesta corte pode-se dizer que trata-se de tese minoritária.

O STJ, majoritariamente, nestas hipóteses vem pugnando pelo cabimento do recurso especial fulcrado na violação do art. 535, inc. II do CPC, devendo o acórdão que julgar procedente o Resp, determinar a volta dos autos para o tribunal de origem para que o mesmo manifeste-se acerca da matéria.²⁸

Novamente, coerentemente com o que vem sendo dito, o entendimento correto é o majoritário no Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelo segundo acórdão estudado. Em primeiro lugar porque a Constituição fala expressamente em *causas decididas*, o que não ocorreu, no caso da matéria de fundo questionada no recurso originário e nos embargos declaratórios. Em segundo lugar, deve se ter sempre em mente a função precípua dos recursos excepcionais, qual seja, a manutenção da inteireza do direito positivo federal e constitucional, que não estará sendo realizada caso os Tribunais Superiores conheçam de matéria sequer ventilada pelos Tribunais de Justiça Estaduais ou Regionais Federal.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que é vedado a parte suscitar a questão federal ou constitucional, *pela primeira vez* em sede de embargos de declaração. O prequestionamento deve constar já por ocasião da interposição do recurso originário, pois caso contrário, ou seja, caso a parte não suscite a questão antes do julgamento do recurso, o acórdão que não a aborda não é omisso logo, inimpugnável pela via dos embargos declaratórios.

4 DESTINO DO RECURSO EXCEPCIONAL CASO NÃO SUPRIDA A OMISSÃO NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS PREQUESTIONADORES

De todo o exposto pode-se resumir os posicionamentos das Cortes de superposição, grosso modo, da seguinte forma: a) O STF, e uma parte minoritária do STJ, vem entendendo que não há necessidade de o Tribunal *a quo* decidir a questão constitucional/federal, sendo

²⁸ STJ. 1ª T., Resp. 172.895-SP, re. Min. Demócrito Reinaldo, . 23.03.1999, DJU 26.04.1999, p. 52 *apud* José Miguel Garcia Medina. O Pquestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. pág. 417, nota de rodapé nº 72. No mesmo sentido na doutrina: José Miguel Garcia Medina, op. cit. pág. 416/417. e Nelson Nery Jr. Ainda sobre prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores, *in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. Série 4. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 864, conclusão 10 *verbis*: “*persistindo a omissão, mesmo que depois de interpostos dos EDcl, não são cabíveis recursos excepcionais quanto a matéria omissa, que não foi decidida e por isso não consta do acórdão(STJ 211). Contra estes dois acórdão – o que foi embargado e o que decidiu os embargos – caberá Resp por negativa de vigência do CPC 535.*”.

suficiente para o juízo de admissibilidade positivo dos recursos excepcionais a interposição de embargos de declaração, mesmo que não sanada a omissão quando do julgamento dos mesmos, ao passo que a corrente majoritária do STJ, a meu ver tecnicamente correta, não julga o objeto do recurso, caso, mesmo com a interposição dos embargos declaratórios não seja sanada a omissão. Ainda segundo esta corrente o recurso especial, nestes casos, deve ser provido com fundamento na violação do art. 535, II do CPC para que os autos sejam remetidos ao Tribunal *a quo* e que seja sanada a omissão.

Em outras palavras, a primeira corrente aqui criticada, dispensa o requisito do prequestionamento, entendido este como a presença da prévia decisão acerca da matéria constitucional ou federal no acórdão recorrido.

O requisito do prequestionamento, se entendido como atividade da parte para provocar a manifestação do Tribunal de 2º grau acerca da questão federal ou constitucional, pode ser dispensado quando, mesmo sem a arguição da matéria no recurso, tenha o tribunal se manifestado de ofício.

Tal dispensa decorre do fato de o verdadeiro requisito para o cabimento dos recursos excepcionais não ser a atividade das partes, mas sim a prévia decisão do tribunal *a quo*.

Portanto, o prequestionamento enquanto manifestação do tribunal de 2º grau acerca da questão federal ou constitucional (prévia decisão) nunca pode ser dispensada sob pena de ofensa direta a expressão “causa decidida” constante nos artigos 105 e 102 da Constituição Federal.

Por tudo isso, *data máxima vênia*, discordo frontalmente do entendimento esposado nos acórdãos números 1 e 3 transcritos no item 2 deste trabalho e reputo correto o entendimento consagrado no STJ, exemplificado neste ensaio através do segundo acórdão trazido à colação.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BUENO, Cássio Scarpinella . De Volta ao Prequestionamento. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). São Paulo, RT, 2005.

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi . *Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña. Efeitos Deletérios da Natureza Recursal dos Embargos de Declaração. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 10. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). São Paulo: RT, 2006.

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

_____. Ainda sobre prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 4. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.).

OMMATI, José Emílio Medauar. Embargos Declaratórios e o Estado Democrático de Direito. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). São Paulo: RT, 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. Função Constitucional dos Embargos de Declaração. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.) São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003

WAMBIER , Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005.