
O PREQUESTIONAMENTO COMO CONDIÇÃO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

*THE RISE OF THE LEGAL QUESTION: "PREQUESTIONAMENTO"
AS A CONDITION TO THE ACCESS TO THE JURISDICTION OF THE
BRAZILIAN UPPER COURTS*

*Emilio Carlos Brasil Diaz
Advogado da União¹*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos Recursos Especial e Extraordinário; 1.1 Das “Crises do Supremo”; 1.2 Do Recurso Extraordinário; 1.3 Do Recurso Especial; 1.4 Do juízo de admissibilidade e de mérito do Recurso Especial e Extraordinário; 1.5 Requisitos de Admissibilidade Específicos; 2 Histórico e Evolução Constitucional do Prequestionamento; 2.1 O Prequestionamento nas Constituições Brasileiras; 2.2 Da Constitucionalidade do Prequestionamento; 3 Das diferentes concepções de Prequestionamento; 3.1 Responsabilidade pelo Prequestionamento; 3.2 Prequestionamento Explicito e

¹ Atuou no Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União (DPI) em Brasília (DF) de 2005 a 2006. Atua desde 2007 na Coordenação de Patrimônio Público da Procuradoria-Regional da União da 3ª Região SP/MS perante a Justiça Federal de 1ª instância e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Especialista em Direito Processual Civil.

Implícito; 3.3 Do Prequestionamento Ficto – Embargos de Declaração Prequestionadores; 4 Das Súmulas do STF acerca do Prequestionamento; 4.1 Da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal; 4.2 Da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal; 5 Dimensão Política do Prequestionamento; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho buscará expor a evolução histórica do instituto do prequestionamento desde as suas origens no direito norte-americano. Será abordada, também a evolução histórica ao longo das Constituições brasileiras, bem como, as diferentes concepções de prequestionamento forjadas pela doutrina e pelos Tribunais Superiores. Buscará comprovar que o referido instituto vem sendo utilizado de maneira política pelos referidos tribunais de maneira a obstar o elevado volume de recursos submetidos a sua apreciação.

PALAVRAS-CHAVE: Prequestionamento. Constituição. Prequestionamento Implícito. Prequestionamento Ficto. Questão Jurídica.

ABSTRACT: This paper is aimed at developing the historical evolution of the “prequestionamento” from its origins in the American law as well as providing the reader with a historical overview of the “prequestionamento” along the Brazilian past Constitutions up to the present one, which was enacted in 1988. It will also analyzes the different approaches towards the “prequestionamento” according to the major representatives of the legal doctrine and the judicial decisions of the Brazilian Upper Federal Courts. It also provides the reader with a contemporary critical approach that demonstrates the misuse of the prequestionamento by the Brazilian Upper Federal Courts as a political instrument to reduce the number of appeals submitted to their jurisdiction.

KEYWORDS: Rise of the Legal Question “Prequestionamento”. Constitution. Implicit Prequestionamento. Fictitious Prequestionamento.

INTRODUÇÃO

O prequestionamento vem sendo usado pelos Tribunais Superiores como uma constante válvula de escape de forma a dificultar o acesso a sua jurisdição.

Afinal de contas, o que é o prequestionamento? Um requisito específico de admissibilidade dos recursos ditos excepcionais ou uma forma obscura de desafogar as Cortes Superiores? Há um componente político em sua utilização em razão da ausência de interesse dos Tribunais Superiores em uniformizar o seu entendimento acerca do tema?

Este trabalho buscará demonstrar que o prequestionamento é um instrumento legítimo de controle do acesso aos Tribunais Superiores mas que a ausência de uniformização de entendimentos nas Cortes Superiores leva a uma perplexidade e insegurança jurídica dentre os operadores do Direito.

1 DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

A República Federativa do Brasil, por força dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal de 1988 é um Estado cuja forma é a federativa, formada pela união indissolúvel dos três entes federados, a saber: União, Estados e Municípios.

Os Estados que adotam a forma federativa, via de regra, são dotados de grande extensão territorial, de forma que a Constituição Federal estabelece a criação de tribunais em cada unidade federativa, destinados a julgar temas afetos à competência de cada Estado-membro, no caso dos Tribunais de Justiça dos Estados, ou por regiões, que englobam diversos Estados, no caso da Justiça Federal.

Nessa esteira, imprescindível a existência de mecanismos de controle das decisões emanadas de tribunais de 27 unidades federadas, sob pena de cada um interpretar a Constituição Federal à sua maneira, extrapolar a competência a ele outorgada. Daí a necessidade da existência de recursos que assegurem a unidade do direito nacional.²

² MEDINA, em sua conhecida obra acerca do tema, assim discorre sobre o tema: "Em sistemas jurídicos como o brasileiro, em que as normas constitucionais e federais são aplicadas por tribunais estaduais e tribunais regionais federais autônomos entre si, justifica-se, também, a criação de recursos com a finalidade de proporcionar a unidade de inteligência acerca do Direito nacional." (grifo do original) (ibidem, p. 24).

No caso brasileiro, foi criado, para tal mister o Recurso Extraordinário e posteriormente o Recurso Especial, com a finalidade de propiciar uma interpretação uniforme do direito federal e constitucional.³

1.1 DAS “CRISES DO SUPREMO”

Muito se fala atualmente na sobrecarga que enfrentam os Tribunais Superiores em razão de seus escaninhos se encontrarem abarrotados de processos, fazendo com que a prestação jurisdicional seja feita a destempo, em prejuízo de toda a coletividade.

Antes da Constituição de 1988, a doutrina já discutia acerca da necessidade de uma Corte Superior que à qual estivesse afeta toda a matéria federal infraconstitucional, de forma que à Suprema Corte caberia o papel assemelhado ao de uma Corte Constitucional.

Nesse contexto, o legislador Constituinte Originário criou o Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo controle da legislação federal infraconstitucional.

Contudo, a criação de mais uma Corte que desafogasse o Supremo Tribunal Federal, responsabilizando-se pelo direito federal não surtiu o resultado esperado. Passados 25 anos de sua criação, pode-se afirmar hoje em dia que a “Crise do Supremo” se transformou numa “Crise dos Tribunais Superiores”. Diante disso pode-se perguntar: por que tal problema persistiu e continua a se agravar?

Uma das possíveis explicações pode ser encontrada nas características de nossa “Constituição cidadã”: Tratando-se de uma constituição analítica, sendo a primeira Constituição após longo período ditatorial, procurou o legislador Constituinte “constitucionalizar” todos os direitos fundamentais, descendo por vezes a minúcias incompatíveis com um texto constitucional.

1.2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Recurso Extraordinário tem sua origem no direito norte-americano onde por meio do *writ of error* da Seção 25 do Judiciary Act de 1789, visando assegurar a supremacia da lei federal sobre a dos Estados federados.

3 É o sentido da manifestação de MEDINA: “É o que sucede com os recursos extraordinário e especial. Decerto, a aplicação do direito, pelo órgão judicante, seria precária se não se buscasse preservar a unidade de sua compreensão, evitando interpretações divergentes do direito positivo.. Busca-se, por isso, na medida do possível obter a unidade de inteligência da norma, em função do entendimento unificador estabilizador que lhe devem dar os tribunais superiores. Ibidem, p.24.

O Recurso Extraordinário, primeiro recurso criado com a finalidade de uniformização do direito federal, surgiu com a criação da Justiça Federal pelo Decreto 848/1890, tendo permanecido até a Constituição Federal de 1988.

Referido recurso encontra sua previsão na Constituição de 1988 no artigo 102, III.

O julgamento dos recursos extraordinários está a cargo do Supremo Tribunal Federal, responsável pela última interpretação a ser dada à Constituição Federal⁴.

Digno de nota a respeito deste recurso, assim como no que pertine ao recurso especial, é que o mesmo não se presta a ser um terceiro grau de jurisdição, ou seja, o seu fim precípua não é proteger o direito subjetivo da parte que recorreu, mas sim zelar pela supremacia da Constituição. Do mesmo modo, o recurso especial zela pela higidez da interpretação e correta aplicação das leis federais.

Portanto, quando uma das partes interpõe um recurso excepcional para um Tribunal Superior, o seu *pedido imediato* será a *correta interpretação da Constituição ou de uma lei federal* e somente pela via reflexa, mediata, a *proteção do seu direito subjetivo*.

É por essa razão que tanto no âmbito do recurso extraordinário como no do recurso especial é vedada a revisão de matéria de prova⁵, haja vista que tais Cortes somente zelam pela correta aplicação da Constituição Federal e das leis federais respectivamente.

1.3 DO RECURSO ESPECIAL

O recurso especial, apesar de surgir apenas com a Constituição de 1988, já vinha sendo gestado desde a década de 60, quando o ilustre jurista

4 A doutrina e jurisprudência consideram a súmula 400 do STF “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do artigo 101, III da CF.” é incompatível com a atual redação do artigo 102, III da Constituição Federal. Se apenas o Supremo Tribunal Federal pode dar a interpretação final do texto da Constituição Federal, o texto da súmula permite que outros tribunais de hierarquia inferior possam dar outras interpretações ao texto constitucional sem que a mesma possa ser submetida ao crivo do STF por ser “razoável”. Tal fato teria como corolário que mais de uma interpretação da Constituição seria possível, enfraquecendo o papel do STF. Outrossim, estar-se-á diante de um conceito indeterminado que violaria o princípio da segurança jurídica, pois o conceito de “razoável” dependeria apenas do seu interprete. Nesse sentido Nelson Nery Jr. em sua festejada obra “Código de Processo Civil Comentado, p. 186: “O STF é interprete maior e final da CF, a ele cabendo dizer qual é a única interpretação possível para o texto constitucional. Entender-se que podem coexistir várias interpretações ‘razoáveis’ do mesmo dispositivo constitucional é instaurar a insegurança jurídica no país. Felizmente não tem sido aplicada no julgamento do REsp pelo STJ”.

5 Nesse sentido os entedimentos sumulados no verbete 279 do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

e professor José Afonso da Silva, em sua obra “*Recurso Extraordinário*”, defendia a criação de um tribunal responsável pelo julgamento da matéria infraconstitucional, de forma que o Supremo Tribunal Federal pudesse exercer efetivamente a sua vocação de Corte Constitucional.

Considerando o período de exceção vivido pelo país pós-golpe militar de 1964, que reduziu a litigiosidade no país, tal anseio permaneceu contido até o advento da Constituição de 1988, que criou o recurso especial, o qual foi introduzido pelo inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Simetricamente ao recurso extraordinário, o recurso especial possui a missão precípua de garantir uma uniformidade de entendimento das leis federais, bem como a de garantir a sua supremacia.

Da mesma forma que o recurso extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça, ao prover determinando recurso especial estará *primeiramente assegurando a uniformização da interpretação de determinada lei federal* ou assegurando a supremacia do direito federal. Em um segundo momento, caso tal pretensão venha de encontro ao direito subjetivo do recorrente, *estar-se-á acolhendo ou não a sua pretensão*.

1.4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Os recursos especial e extraordinário, previamente ao juízo de mérito, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, passam por um duplo juízo de admissibilidade, feito tanto pelo tribunal *a quo* como pelo tribunal *ad quem*.

Tais aspectos são conhecidos como *requisitos de admissibilidade*, que são classificados pela doutrina como: (i) genéricos, quando aplicáveis a ambos os recursos extraordinário, como tempestividade, preparo e (ii) específicos, os quais aplicam somente a um deles, como por exemplo, o requisito da repercussão geral, aplicável apenas ao recurso extraordinário. Centraremos nosso foco nos requisitos específicos.

O juízo de admissibilidade possui um *caráter bifásico* e é feito em dois momentos: primeiramente é verificado pelo tribunal *a quo* se os requisitos formais estão presentes, emitindo-se uma decisão provisória que poderá ser reformada pelo juízo *ad quem* previamente à análise de mérito do recurso.

Uma vez ultrapassado o juízo de admissibilidade é que o tribunal *ad quem* adentrará no mérito do recurso, isto é, se o caso apresentado se subsume a uma das hipóteses dos artigos 102, III ou 105, III da Constituição Federal.

Contudo, tal distinção por vezes não corresponde ao que sói ocorrer na prática forense. Situação extremamente corriqueira para aqueles que militam nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais é constatar que o presidente ou vice-presidente do tribunal, ao negar admissibilidade do recurso, adentra no seu mérito alegando inexistir violação à Constituição ou à lei federal.

1.5 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE ESPECÍFICOS

Após o preenchimento dos requisitos de admissibilidade genéricos, os recursos especial e extraordinário possuem requisitos específicos, previstos na Constituição Federal.

O Recurso Extraordinário é cabível quando a questão se subsumir a uma das hipóteses do inciso III do artigo 102, qual seja, a decisão recorrida: (i) contrariar dispositivo da Constituição Federal; (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição e (iv) d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Junte-se a estes o recente requisito específico da Repercussão Geral introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 ao parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição Federal.

Por sua vez, os requisitos específicos do Recurso Especial encontram sua previsão legal no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, ou seja, quando a decisão recorrida: (i) contrariar tratado ou lei federal ou ter negado sua vigência; (ii) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e (iii) der à lei federal interpretação divergente da que lhe houver atribuído outro tribunal.

Um requisito de admissibilidade específico válido para ambos os recursos é o da existência de uma *causa decidida em única ou última instância*, conforme texto do inciso III do artigo 102 e 105 da Constituição Federal.

Tal requisito se reveste de extrema importância, uma vez que nele repousa toda a essência dos recursos extraordinários: para que se possa ter um recurso direcionado aos Tribunais Superiores, é necessário que o tribunal *a quo* tenha se pronunciado sobre a questão federal ou constitucional. É neste momento que surge o prequestionamento.

2 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO PREQUESTIONAMENTO

As origens históricas do prequestionamento remontam ao instituto do *writ of error*, do direito inglês. Daniel Barbosa Lima Faria

Correa de Souza ⁶, ao mencionar a obra de José Miguel Garcia Medina, o *writ of error*, como concebido no direito inglês, ‘*consistia em um ato do rei, ordenando a revisão de um julgamento por causa de um erro*’

Contudo, o marco utilizado como referência para a origem do prequestionamento é encontrado no direito norte-americano com o *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789, no contexto de formação do Estado Federal, ante a necessidade de se manter a supremacia da Constituição diante da interpretação dada pelos Tribunais dos Estados-membros.

Digno de nota nesse sentido são as considerações de Mancuso⁷ citando obra do constitucionalista norte-americano Thomas Coolley acerca das origens do prequestionamento no direito norte-americano e as hipóteses de seu cabimento:

A idéia do prequestionamento, ensinava Alfredo Buzaid em voto no AgRg no RE 96.802 (RTJ 109/299), “tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu das decisões da Justiça Estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de *writ of error*. Coolley observa que ‘é essencial para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflito entre Estado e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com referência a ela fique com os tribunais da União, e como tais questões devem surgir frequentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pelo *Judiciary Act* deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a equidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde se questiona sobre a validade de uma lei ou um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado segundo a Constituição, tratado ou lei federal ou ato feito ou autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade reclamado por qualquer das partes com base na

6 CORREA E DE SOUZA, Daniel Barbosa. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

7 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: RT, 2010.

Constituição, tratado, lei, ato ou autoridade' (cf. Coolley, *A treatise of constitutional limitations*, 6. ed., Boston, 1890, p.18-19).

E, mais adiante, conclui seu pensamento:

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

Observa-se da leitura do pensamento de Coolley trazido por Mancuso que o instituto do *writ of error* foi forjado dentro de uma estrutura de Federalismo formado por diversos Estados-membros com competências para legislar sobre diversas matérias, em concorrência, inclusive, com a União, de forma que deva ser demonstrado claramente na decisão recorrida que o Tribunal de determinado Estado federado tenha infringido questão federal.

2.1 PREQUESTIONAMENTO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O prequestionamento surgiu pela primeira vez nas constituições pátrias com a Constituição de 1891, no bojo da instituição no país da Justiça Federal através do Decreto 848, de 1890.

Importante observar que o Recurso Extraordinário, desde o ano de 1890 e da primeira Constituição Republicana tinha seu cabimento autorizado tanto em face de violação às normas federais e constitucionais, característica esta que perdurou por todas as Constituições da República até a criação do Recurso Especial com a Constituição de 1988.

O artigo 59, parágrafo 1º, alínea "a" da primeira carta republicana, menciona expressamente o cabimento do Recurso Extraordinário "*quando se questionar sobre a validade de leis ou a aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella*".

As Constituições de 1934 e 1937, na linha da Constituição de 1891, não deixaram margem a dúvidas quanto a existência do "questionamento", mencionando em duas alíneas ao vocábulo "questionar". A primeira delas, em seu artigo 76, III, alíneas "a". A Constituição de 1937 contemplava o "questionamento" em seu artigo 101, III, alíneas "a" e "b". Observa-se que utilizava-se apenas o vocábulo "questionar", sem que houvesse

menção ao vocábulo “prequestionamento”, cujo termo foi objeto de discussão ulterior entre a doutrina e a jurisprudência.

A Constituição de 1946 manteve menção expressa ao termo “questionar” em seu texto, tendo, sido suprimida quanto à alínea a do inciso III do artigo 101. Parte da doutrina à época levantou-se, afirmando que o prequestionamento havia sido suprimido pelo Constituinte.⁸

Instada a se manifestar, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que a exigência do prequestionamento não precisaria vir expressa na Constituição Federal, de forma que a mesma estaria implícita no texto da Constituição. Interessante consignar que essa jurisprudência gestou a concepção do prequestionamento implícito, pela qual é necessária a manifestação pelo Tribunal recorrido, acerca da questão federal ou constitucional.

Questão polêmica surgiu com as constituições subseqüentes à de 1946. A Constituição de 1967, primeira após o golpe militar de 1964, deixou de fazer menção expressa ao vocábulo “questionar” no seu artigo 114, assim como na redação da Constituição de 1969.

A Constituição de 1988 trouxe novamente à discussão questão que já havia sido pacificada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do ERE 96.802, durante a vigência da Constituição de 1946. Isto porque o novel texto constitucional silenciou quanto ao vocábulo de fazer qualquer menção ao vocábulo “questionar”.

Contudo, encontram-se na doutrina poucos entendimentos divergentes acerca da existência do prequestionamento da nossa Carta Magna atual.

Isto porque a Constituição Federal dispõe, tanto no inciso III do artigo 102, como no inciso III do artigo 105 trazem a expressão “causas decididas”, que refletiria de forma mais fiel a verdadeira função dos recursos excepcionais: apreciar questões das quais não caiba mais recurso nas instâncias ordinárias⁹.

Das considerações acima expostas, a doutrina e jurisprudência travaram intenso debate, hoje superado, acerca de que a omissão pelo legislador constituinte do vocábulo “questionar” teria levado à conclusão que a Constituição de 1988 teria dispensado o prequestionamento, sendo, portanto,

8 Dentre os mais importantes expoentes, estão José Afonso da Silva e Pedro Batista Martins.

9 CORREA DE SOUZA ,citando Bruno Mattos e Silva assevera: “A Constituição Federal de 1988 fala em causas decididas. Entende-se causa como sinônimo de questão. Esse é o fundamento constitucional, segundo afirma Bruno Mattos e Silva, para a exigência do prequestionamento, pois se a questão não foi decidida, isto é, prequestionada, não poderá ser objeto de Recurso Especial. Dessa forma, o prequestionamento é a apreciação da questão por parte do órgão julgador, e não a mera arguição da questão pela parte”. (Correa de Souza apud Bruno Mattos e Silva, op. cit., p. 27)

sua exigência inconstitucional ou tratar-se exigência inerente aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores em razão de sua natureza extraordinária?

2.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DO PREQUESTIONAMENTO

Considerando que a partir da Constituição de 1946 o vocábulo “*questionar*” deixou de vir expressamente mencionado em um dos incisos da mencionada Constituição, levantou-se uma questão na doutrina e na jurisprudência: a exigência do prequestionamento a partir da Constituição de 1946 se mantinha constitucional, uma vez que não mais existia menção expressa ao vocábulo “questionar”, existente nas constituições antecedentes?

Tal questionamento foi dirimido pelo Supremo Tribunal Federal ainda na vigência da Constituição de 1946, pelo Exmo. Ministro Victor Nunes Leal ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário 46.882 em 9 de novembro de 1962.

No caso em questão, atinente a questão falimentar, alegava a embargante divergência entre o acórdão proferido pela 1ª Turma da Suprema Corte com dois acórdãos da 2ª Turma.

Sustentava em suas razões de embargos que os acórdãos emanados pela 2ª Turma não faziam referência ao requisito do prequestionamento, razão pela qual requeria o provimento dos Embargos de Divergência.

O Exmo Ministro Victor Nunes Leal, ao julgar a questão, entendeu que nos acórdãos objeto da divergência a questão havia sido prequestionada nas instâncias inferiores.

Enfatizou, também, expressamente, que a ausência da integral menção na Constituição de 1946 ao prequestionamento como redigido nas Constituições anteriores era irrelevante.

Transcrevemos, por oportuno, trecho do voto do Exmo. Sr. Ministro:

Aliás, o requisito pré-questionamento como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário era expressamente mencionado nas Constituições de 1891, art.59, III, a; de 1934, art. 76, III, a; de 1937, art. 101, III, a, não tendo sido conservada a redação anterior na Constituição de 46. Entretanto, essa mudança de redação é irrelevante para desate do problema em foco, conforme tem decidido, reiteradamente o Supremo Tribunal Federal.

A questão foi trazida novamente à discussão com o silêncio das Constituições de 1967 e de 1969 a respeito do prequestionamento.

O Supremo Tribunal Federal, mais de dez anos após a Emenda 1/1969, teve novamente a oportunidade de se manifestar a respeito no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos no Recurso Extraordinário da relatoria do Eminentíssimo Ministro Alfredo Buzaid, julgado em 12 de maio de 1983, portanto, ainda na vigência da Constituição de 1969.

No referido acórdão, também versando sobre matéria falimentar, alegava a embargante a divergência entre as duas turmas da Suprema Corte, invocando o provimento do seu recurso por ausência de citação da falida para integrar o processo.

O Ministro Buzaid, ao apreciar o recurso, entendeu inexistir divergência no caso em questão, uma vez que a questão da citação da falida não havia sido objeto de prequestionamento nas instâncias inferiores.

Referido recurso encontra-se assim ementado:

EMENTA: - 1. Constitucional. O prequestionamento supõe não apenas que, na petição de recurso, a parte vencida mencione os cânones constitucionais violados, mas que a matéria tenha sido ventilada e discutida no Tribunal a quo, onde ficaram vulnerados.

2. O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designado no art. 119 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário.

3. Inteligência do prequestionamento. Direito comparado.

4. Não servem aos embargos de divergência os acórdãos já invocados para demonstrá-los, mas rejeitados como não dissidente no julgamento do recurso extraordinário (art. 331 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Após a promulgação da Constituição de 1988, surgiram novas indagações por parte da doutrina processualista acerca da compatibilidade do prequestionamento com a nova Carta Magna, uma vez que, à semelhança do que se passou com as Constituições de 1967 e de 1969, não havia qualquer menção ao vocábulo “questionar” no corpo da nossa atual Constituição, levando a novos entendimentos por parte da doutrina acerca da inexistência de previsão do prequestionamento pelo Constituinte Originário.

Uma das manifestações doutrinárias mais contundentes foi a do jurista gaúcho Galeno Lacerda em texto titulado “*Criticas ao Prequestionamento*”.¹⁰

Referido texto, consistente em parecer a consulta formulada pela Federação Brasileira das Associações de Bancos, o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul fundamenta sua manifestação no sentido de que os julgados que admitem o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário tomaram como premissa as sumulas 282, 317 e 356 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, precedentes jurisprudenciais.

Outrossim, traz como outro fundamento ao seu entendimento texto da lavra do Ministro Carlos Velloso, manifestado em sua obra “*O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988*” que, citando a opinião do celebre jurista José Afonso da Silva exposta na obra “*Do Recurso Extraordinário*”, p. 198, para quem o silêncio do Constituinte Originário acerca do prequestionamento implicou a dispensa do recorrente de demonstrá-lo. Foi acompanhado nesse entendimento por juristas do escol de Ponte de Miranda e Pedro Batista Martins robustecendo, assim, tal linha doutrinária.

Outro jurista em que Galeno Lacerda alicerça seu parecer para fundamentar a inconstitucionalidade do prequestionamento foi Hubert Vernon Nowill, para quem a ausência de prequestionamento da matéria nas instâncias inferiores seria absolutamente irrelevante, uma vez que as questões constitucionais teriam sido abordadas implicitamente, uma vez que é o fundamento mediato de todas as decisões.

Por fim, o insigne jurista gaúcho arremata com a lição de Pontes de Miranda¹¹, que leciona em obra comentada à Constituição de 1946 que a exigência explícita do prequestionamento pela parte seria absolutamente despicienda.

Comentando esse dispositivo, escreveu Pontes de Miranda:

É preciso que se haja questionado, ainda que nos últimos momentos do julgamento, sobre a validade, em que se haja levantado a questão da validade da lei federal? Se se não questionou, não se argüiu a validade, mas, se se deixou de aplicar por não ter validade, cabe ao recurso extraordinário? Sim, porque, desde que se invocou lei e o julgamento foi contrário à sua validade em face da Constituição, os próprios Juízes transformaram a invocação em controvérsia, em questão. Não se lhes

10 LACERDA, Galeno. *Criticas ao Prequestionamento*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, v.758, dez. 1998.

11 LACERDA, Galeno, apud Pontes de Miranda *Comentários à Constituição de 1946*, II/263, n. 34.

nega a decretação de inconstitucionalidade de ofício, de modo que, decretando-a, está composto o requisito [...]. Há quem pense ter havido a discussão, a controvérsia renhida, a argumentação contra e a favor, para que se satisfaça a exigência do texto constitucional, verbis: 'Quando se questionar sobre a validade da lei federal'. Ora, podem ocorrer de três espécies: A) A parte invocou lei federal (invocação explícita ou implícita, não importa) e a outra implícita ou explicitamente a reputou por não-válida como lei, ou pela incidência que se sustenta. B) A parte não articulou contra a validade da lei federal, mas ato judicial trouxe-a à baila e houve discussão, ou, pelo menos, não-concordância da outra parte, ou da que fez o pedido, com o julgamento pela negativa de aplicação. C) O recurso extraordinário é interposto exatamente da decisão que, sem se ter falado em não-validade, a proclamou. É o caso extremo, porque não houve oportunidade para a manifestação da disputa. A despeito das expressões 'quando se questionar sobre a validade de lei federal', o recurso extraordinário tem de ser admitido em qualquer dos três casos, tanto mais quanto, se compararmos os textos de 1891, 1934, 1937 e 1946, facilmente ressalta que os legisladores constituintes de todos os quatro momentos nunca exigiram o ter-se questionado e sim, tão-só, questionar-se" (Comentários à Constituição de 1946, II/263, n. 34).

Por fim, quanto à previsão das Súmulas 282, 317 e 356 do Supremo Tribunal Federal¹² o renomado jurista gaúcho fundamenta seu raciocínio quanto à sua inaplicabilidade baseado na premissa de que referidas sumulas foram editadas na vigência da Constituição de 1946, onde havia menção expressa no texto constitucional ao vocábulo "questionar". Ocorre que, considerando que a partir da Constituição de 1967 referido vocábulo não mais foi incluído nos textos subseqüentes, as mesmas não teriam sido recepcionadas pela Constituição de 1967 e subseqüentes.

3 DAS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE PREQUESTIONAMENTO

Considerando o panorama geral acerca da evolução constitucional do prequestionamento traçada anteriormente, analisaremos neste capítulo com mais rigor as diferentes concepções sobre o termo

12 Sumula 282: ("é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada")

Sumula 317 ("são improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior em que se verificou a omissão")

Sumula 356 ("o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento")

prequestionamento, concebidas pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3.1 RESPONSABILIDADE PELO PREQUESTIONAMENTO

A concepção inicial de prequestionamento nas Constituições de 1891, 1934 e 1937 até a Constituição de 1946 atribuiu à parte a responsabilidade de questionar, na instância local, a lei federal ou questão constitucional que entende por violada, a fim de levá-la ao Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que se tratava de atribuição *exclusiva da parte*, sob pena de não conhecimento do Recurso Extraordinário pela Suprema Corte.

A Constituição de 1891, como primeira a tratar do tema assim como a de 1934 e 1937, previa expressamente que o Recurso Extraordinário somente teria cabimento caso a validade de tratados e leis federais fosse questionada e, simultaneamente a decisão emanada do tribunal *a quo* fosse contrária a esse tratado ou lei federal.

Portanto, é inequívoco que nas primeiras constituições brasileiras as partes tinham o papel de protagonistas principais para o fim de “questionar” nas instâncias inferiores o dispositivo legal ou constitucional, de forma que o tribunal pudesse se manifestar a respeito.

Quanto a este aspecto, oportuno a transcrição de trecho da obra de MEDINA¹³

As manifestações mais antigas, a respeito, usam a expressão como manifestação das partes a respeito da questão. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal era no sentido da necessidade de prévio questionamento da lei federal na instância local. Aludia-se então que incorrendo o prequestionamento – então concebido como o questionamento realizado pelas partes – determinar-se-ia o não conhecimento do recurso extraordinário. Assim, a utilização do termo prequestionamento surgiu na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria provocar o surgimento da questão federal ou constitucional na instância inferior.

Posteriormente, a partir da Constituição de 1946, a questão central acerca do prequestionamento se descolou da necessidade de uma prévia manifestação das partes acerca da questão federal ou constitucional e passou a ser focada principalmente no conteúdo da *decisão recorrida*. De

¹³ Idem, p.

acordo com a jurisprudência que se delineava naquela época, o recurso extraordinário seria cabível *desde que a decisão recorrida tivesse abordado expressamente a questão federal ou constitucional controvertida, ainda que as partes não tivessem postulado a questão nas instâncias ordinárias*.

Esse é o tema da súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, editada na vigência da Constituição de 1946.

Referido entendimento, conquanto com existam divergências entre algumas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, é o predominante na jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores.

Uma terceira corrente combinando as duas anteriores concebe como prequestionada determinada questão com a cumulação dos dois requisitos anteriores: (i) prévia provocação e debate pelas partes da questão federal/constitucional nas instâncias inferiores e (ii) a manifestação expressa do tribunal a quo a respeito da questão. *Portanto, para esta concepção, torna-se imprescindível o debate prévio das partes previamente à manifestação do tribunal*.

3.2 PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO E IMPLÍCITO

Outra classificação inicialmente bastante discutida pela doutrina e pela jurisprudência mas que hoje encontra-se praticamente superada, conquanto ainda possam ser encontrados julgados esparsos do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, diz respeito à *imprescindibilidade da menção expressa aos dispositivos legais alegadamente violados, inicialmente pelas partes nas instâncias inferiores e pelo órgão colegiado em seu pronunciamento*. Essa concepção passou a ser conhecida na doutrina como “*prequestionamento explícito*”.

Tal concepção vigeu durante todas as Constituições, tendo do seu bojo se originado as Súmulas 282, 317 e 356 do Supremo Tribunal Federal, súmulas estas surgidas durante a vigência da Constituição de 1946. Ainda nos primeiros anos da Constituição de 1988, as primeiras súmulas do Superior Tribunal de Justiça, tais como as Súmulas 98, 211 e 320, também reiteravam a necessidade de menção expressa, pela parte recorrente aos dispositivos constitucionais violados.

A esse respeito, transcrevemos trecho da obra de MANCUSO¹⁴, que discorre com notável proficiência sobre o tema:

Na vigência da CF precedente, porém caudalosa jurisprudência exigia um prequestionamento “expresso, claro, indubitoso” (RTJ 99/1189) e inequívoco” (DJU 14.09.1984, p. 14.920, 1ª col., ementa), tendo mesmo

¹⁴ Idem. p. 282.

sido emitidas as súmulas antes citadas. Mas já o Min. Sidney Sanches, do STF, oferecia um alvitre, anotando ser irrelevante que no acórdão não se tenha feito expressa referência a esse dispositivo legal. Importa, isto sim, que a *quaestio iuris* da equiparação fora cogitada na sentença reavivada no apelo e o acórdão recorrido a enfrentou (RT 594/234).

Em nota de rodapé, o mencionado autor¹⁵, traz manifestações em que Ministros do Superior Tribunal de Justiça defendiam a necessidade do prequestionamento explícito:

[...] Aliter, insistindo na necessidade de os advogados examinarem “cuidadosamente a questão federal que pretendem suscitar foi, ou não, objeto de expressa apreciação pelo Tribunal de Apelação”: rel. Min Adhemar Maciel AI 498/RS, STJ, 1ª Seção, despacho denegatório de seguimento de recurso especial, DJU, 09.11.1989, p.16.855. Também, nesse sentido mais restritivo, Hugo Mosca dá notícia de que já colheu no STJ “manifestações dos Mins. Pádua Ribeiro, William Patterson, Waldemar Zveiter, Claudio Campos e Torreão Brás de que o prequestionamento amplo, explícito é uma exigência válida e irretorquível, para o sufrágio de um recuso especial” (O recurso especial e seus pressupostos, Brasília: Ideal, 1989, p.70).

A exigência do prequestionamento explícito, qual seja, a necessidade de menção expressa aos dispositivos legais violados passou, transcorridos alguns anos após a promulgação da Constituição de 1988, a ser mitigada, por seu excessivo apego ao formalismo.

Como corolário, a jurisprudência passou a dar nova interpretação à Súmula 282 do STF, antes tida como vetor de defesa do prequestionamento explícito, para defender o entendimento de que mais importante que a menção expressa ao dispositivo legal *seria o fato de a questão de direito federal tivesse sido discutida na decisão recorrida*.

Digno de nota o trecho da obra de MANCUSO¹⁶ que, respaldado no entendimento do insigne jurista Athos Gusmão Carneiro, assim sintetiza o novo entendimento que se formava no Superior Tribunal de Justiça:

Nessa linha *moderada*, que, como dissemos, nos parece o melhor caminho a seguir, há diversas decisões do STJ, conforme noticia o Min. Athos Gusmão Carneiro: “A orientação firmada no Superior Tribunal de

15 DELGADO, op cit., p. 283. O recurso especial e seus pressupostos, Brasília: Ideal, 1989. p.70.

16 Idem, p. 284.

Justiça, em Sessão Plenária, foi no sentido de que o prequestionamento implícito ‘consiste na apreciação pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento *implícito*. São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada’ (Corte Especial, REsp 155.621, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, v.u., DJU 02.06.1999).”Prossegue o Min. Gusmão Carneiro: Do EREsp 166.147, de que foi relator o Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.12.1999, constou haver a Corte decidido, à unanimidade, que não há necessidade de menção explícita, no acórdão recorrido, do dispositivo legal dito contrariado, sendo suficiente haja sido debatida a questão jurídica para que se considere atendido o requisito do prequestionamento (precedente então citados: REsp 144.844, DJU 18.10.1999; REsp 155.321, DJU 04.10.1999; REsp 153.983, DJU 14.12.1998).

Cumprе ressaltar que tal distinção vem caindo em desuso, sendo objeto de severas críticas pela doutrina. Nesse sentido, transcrevemos trecho da obra de Fredie Didier Jr.¹⁷ que, fazendo menção à doutrina de Nelson Nery, assevera:

Preenche-se o prequestionamento com o exame, na decisão recorrida, da questão federal ou constitucional que se quer ver analisada pelo Superior Tribunal de Justiça o Supremo Tribunal Federal. Se essa situação ocorre, indubitavelmente haverá prequestionamento e em relação a esse ponto, o recurso extraordinário eventualmente interposto deverá ser examinado.

No mesmo sentido, encontramos o entendimento de João Francisco Naves da Fonseca¹⁸ que assim se manifesta em sua recente obra sobre o tema:

Não obstante as divergências apresentadas, é preciso ter em mente que, visando os recursos extraordinário e especial a corrigir decisões que tenham contrariado o ordenamento jurídico, essa violação deve constar no acórdão recorrido. Pouco importa se o tribunal a quo tratou da matéria jurídica por provocação da parte ou por iniciativa própria (ex

17 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodium, 2012. p. 276.

18 NAVES DA FONSECA, João Francisco. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56-57.

officio). Já no que tange à caracterização do prequestionamento, deve ser afastada a exigência de que a decisão impugnada tenha expressamente mencionados os dispositivos constitucionais ou legais referentes às questões jurídicas que a parte tenciona discutir na instância da superposição. *Imprescindível para os objetivos do recurso de direito estrito é que o tribunal de origem tenha tratado da quaestio iuris impugnada, e não que ele tenha se referido a determinado artigo de lei.* (grifo nosso)

Dessa forma, considerando que a jurisprudência se posicionou no sentido de considerar prequestionado o tema desde que a questão tenha sido ventilada pelo Tribunal, não há mais que se falar em prequestionamento explícito, uma vez que despicienda a necessidade de menção expressa ao dispositivo legal violado.

Nesse sentido, DIDIER¹⁹, mais adiante, conclui:

Partindo dessa premissa, é inócua a discussão quanto à possibilidade do chamado prequestionamento implícito. “Há prequestionamento implícito quando o tribunal de origem, apesar de se pronunciar explicitamente sobre a questão federal controvertida, não menciona explicitamente o texto ou o número do dispositivo legal tido como afrontado. Exatamente neste sentido o prequestionamento implícito vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça”²⁰. O que importa é a efetiva manifestação judicial – causa decidida. Não há aqui qualquer problema: “se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria ‘questionada’ e isso é o quanto basta.

3.3 DO PREQUESTIONAMENTO FICTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES

Conforme anteriormente explanado, o prequestionamento implícito foi a concepção adotada pela jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, considera-se prequestionada a matéria federal ou constitucional desde que esta tenha sido ventilada pelo acórdão recorrido, sendo despicienda a necessidade de menção expressa ao dispositivo legal, concepção esta conhecida como “prequestionamento explícito”.

Ocorre que na prática forense o operador do Direito se deparava com uma questão sempre recorrente: A questão federal ou constitucional,

19 Idem, p. 276.

20 ARAGÃO, Egas Moniz de. Prequestionamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 328. p.43.

conquanto tivesse sido intensamente debatida pelas partes, não fora enfrentada pelo acórdão recorrido. Qual a solução aplicável ao caso?

A doutrina e a jurisprudência admitem nessas situações a interposição dos chamados embargos de declaração “*prequestionadores*”, a fim de exigir que o tribunal se manifestasse expressamente sobre a questão federal ou constitucional²¹, sob pena de não restar preenchido o requisito do prequestionamento.

Quanto a este aspecto, nunca houve grandes divergências na doutrina e na jurisprudência, uma vez que os embargos de declaração seriam a alternativa jurídica lógica para o problema.

Controvérsia surge após a interposição dos referidos embargos: as partes interpõem embargos declaratórios prequestionadores, alegando omissão no acórdão embargado com base no artigo 535, II do CPC. Ao se manifestar sobre os embargos, o órgão prolator do acórdão entende inexistir a referida omissão, deixando de se manifestar sobre a questão federal ou constitucional acerca da qual as partes requereram a manifestação daquele sodalício. Ou seja, mesmo após interpostos os embargos prequestionadores, há a persistência da omissão. Qual a solução jurídica a ser adotada nesse caso?

Para parte da doutrina, forte na concepção do prequestionamento implícito, na qual se assentam os nossos tribunais superiores, *não teria havido prequestionamento*, uma vez que partindo da premissa de ser imprescindível a manifestação do tribunal sobre a questão federal ou constitucional na decisão recorrida, e este não o fez, ainda que instado na via dos declaratórios, a mera interposição do recurso especial ou extraordinário sobre a matéria de fundo implicará o seu não conhecimento por falta de prequestionamento²².

21 Segundo Luis Eduardo Simardi Fernandes: O que importa, e é indispensável, é que essa questão venha tratada na decisão, pois, caso contrário, o requisito do prequestionamento, cuja exigência pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça encontra suporte constitucional, não estará atendido e o recurso interposto, especial ou extraordinário, não será sequer conhecido.”

Todavia, parte que levantou a questão federal ou constitucional em momento oportuno, debatendo-a e pedindo que sobre ela o órgão julgador se pronunciasse, não pode ficar desprotegida diante da omissão desse órgão no julgamento da matéria, que impedirá a admissão dos recursos extraordinário e especial.” SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo. *Embargos de Declaração: Efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.255.

22 Nesse sentido Simardi Fernandes: “Os embargos “prequestionadores”, uma vez rejeitados, não terão cumprido o papel que lhes fora destinado, pois falharam na missão de provocar a manifestação sobre a questão federal ou constitucional omitida. Servirão, isto sim, para demonstrar o empenho da parte em obter a satisfação do requisito do prequestionamento, mas não serão suficientes para preencher essa exigência. Nesse contexto, deixando o aresto de enfrentar a matéria federal ou constitucional e rejeitados os embargos declaratórios opostos com o intuito de sanar essa omissão, entendemos que o recurso especial ou extraordinário que vier a ser interposto sob alegação de violação a lei federal ou constitucional, não apreciada pelo órgão aquo, não deve mesmo ser conhecido, pois desatendido o indispensável prequestionamento.” op. cit, p.269-270.

A alternativa vislumbrada por tal parte da doutrina seria a interposição de recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, 'a', da Constituição Federal, em razão da violação do artigo 535, II do CPC²³ para que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciarem o recurso, reconhecessem a omissão para que o Tribunal *a quo* cumpra o seu papel e se manifeste sobre as questões federal e constitucional que padecem de omissão.²⁴

Tal entendimento, com a devida vênua aos defensores de tal raciocínio, do escol de Nelson Nery Jr²⁵, Araken de Assis e Cássio Scarpinella Bueno, conquanto se revele tecnicamente correta tal concepção em consonância com a Súmula 211 do STJ, a nossa ver afronta o princípio da celeridade processual, uma vez que, considerando o desumano volume de processos julgados pelos tribunais superiores, seriam necessárias duas remessas: uma para que sejam julgados os embargos de declaração, com a baixa para o tribunal *a quo* que, manifestando-se sobre a questão federal ou constitucional, provavelmente ensejará nova interposição de recurso especial ou extraordinário.

Divergindo do entendimento acima, encontramos outra parte da doutrina que entende que o recorrente não pode ser penalizado pela ausência de manifestação do tribunal em suprir a omissão. Atribuir

23 Segundo Cássio Scarpinella Bueno o recurso extraordinário deve ser interposto por violação ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

24 Nesse sentido Simardi Fernandes apud Cassio Scarpinella Bueno (Prequestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ, p. 57): “Mesmo tendo oposto os embargos de declaração o recorrente deverá atentar minudentemente ao enfrentamento da questão legal/federal pelo e no acórdão recorrido. Na negativa, e em atenção ao comando da súmula 211 do , STJ dever;a interpor, em primeiro lugar, recurso especial com fundamento na contrariedade ao art. 535, I ou II, do CPC. Só depois, diante de eventual decisão favorável do Superior Tribunal de Justiça acerca da violação daquele dispositivo da lei processual civil – declaração, pois do error in procedendo praticado no julgamento dos embargos declaratórios pela instância a quo -, é que terá cabida a interposição do recurso especial para tratar da verdadeira questão legal/federal sobre a qual sua ação diz respeito (‘questão de fundo’ parece ser um título adequado para designá-la)”.

25 Nesse sentido, Simardi Fernandes apud Nelson Nery Jr.: Ainda sobre o prequestionamento - os embargos de declaração prequestionadores, p. 861 – “Vendo que o tribunal está irreduzível, 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 CPC535. Cumpre ao interessado, portanto, interpor REsp com fundamento na CF105,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, suprindo 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. Na realidade, são dois os trabalhos, com dispêndio de tempo, dinheiro e atividade jurisdicional, mas o sistema constitucional assim o determina: não pode o STF ou STJ, em sede de recurso excepcional (RE e/ou REsp), decidir matéria pela primeira vez, que não fora decidida anteriormente pelas instâncias ordinárias.

ao recorrente o ônus de interpor recurso especial ou extraordinário, primeiramente para aguardar a manifestação do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal para que este reconheça a existência da omissão e, novamente, aguardar a baixa dos autos para que o tribunal *a quo*, novamente se manifeste sobre a matéria de fundo implica, além de uma penalidade ao mesmo, uma violação ao princípio constitucional da celeridade processual.²⁶

Este é o entendimento trilhado majoritariamente pelas turmas do Supremo Tribunal Federal. Referência de tal entendimento foi o voto proferido pelo Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence ao relatar o Recurso Extraordinário 210.638-1/SP, o qual se encontra assim ementado:

Ementa: I. RE: Prequestionamento: Súmula 356 – O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.

[...]

No referido aresto, na senda da corrente doutrinária acima mencionada, o Supremo Tribunal Federal manifestou seu entendimento no sentido de que não há que se confundir a ausência de manifestação da turma julgadora do tribunal *a quo* acerca da omissão mencionada, com o conteúdo da Súmula 356 da mesma Corte.

O que a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal preconiza é que se a matéria federal ou constitucional não foi objeto dos embargos de declaração, obviamente não poderá ser objeto de análise pelo tribunal, uma vez que a parte não o fez no momento processual adequado.

O que há de inovador no referido acórdão é o fato de que a Suprema Corte não deixou ao recorrente a via crucis de interpor dois recursos

²⁶ Nesse sentido, Simardi Fernandes (op. cit., p. 276) cita entendimento de Clito Fornaciari Jr.: “Entendimento diferente daquele defendido pelos autores acima citados é sustentado por Clito Fornaciari Jr. Acredita ele que a parte, ao opor embargos de declaração “prequestionadores”, faz o que está ao seu alcance, e satisfaz o requisito do prequestionamento. Levantada a matéria pelo embargante, “se o tribunal examinou ou não é problema dele e o recorrente não tem como interferir nisso”.

especiais ou extraordinários a fim de ver reconhecida a omissão²⁷, reconhecendo que o excessivo apego ao formalismo, associado ao congestionamento do Poder Judiciário, levaria a um amesquinamento do princípio da celeridade processual, tão valorizado nos dias de hoje.²⁸

Tal concepção passou a ser denominada pela doutrina processualista de “*prequestionamento ficto*”, ou seja, o prequestionamento é ficticiamente admitido como tendo existido, ainda que o tribunal *a quo* não tenha suprido a omissão.²⁹

Importante relembrar que tal conceituação encontra sua razão de existir, uma vez que a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, aliada à Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça são absolutamente fiéis à tese do prequestionamento implícito: somente haverá de ser considerada prequestionada a questão federal ou constitucional desde que ventilada na decisão recorrida. No caso em questão, discute-se a interposição de embargos de declaração em face da decisão do tribunal *a quo* que se omitiu quanto à questão federal ou constitucional. A persistência da omissão ao julgar os declaratórios efetivamente não tornará o tema como prequestionado. Como corolário lógico desse raciocínio, a interposição de recurso especial ou extraordinário levará consigo o vício da falta de prequestionamento.

27 Nesse sentido, transcrevemos trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RE 210.638-1: “Quanto à preliminar de nulidade do acórdão que rejeitou os embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta a *contrário sensu*, da súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador.

28 O Exmo Ministro Sepúlveda Pertence em outro trecho de seu voto se manifesta: “A teor da súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas, se opostos, o Tribunal a quo se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf. e.g., RE 208 639, Inf. STF 78). Estou, porém, data vênua, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal a quo para só depois admitir o recurso de mérito ; e formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de consequência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos.

29 Nesse sentido, Fredie Didier Jr. (op.cit. p.277) em favor do prequestionamento ficto: “O posicionamento do STF, porém, é diferente. Admite o STF o chamado prequestionamento ficto, que é aquele que se considera ocorrido com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos. Trata-se de interpretação mais amena do enunciado n. 356 da súmula da jurisprudência do STF. Essa postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância 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 o 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.

Nesse sentido, inevitável admitir que a Suprema Corte fez vistas grossas às súmulas 282 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça a fim de homenagear a efetividade do processo. Contudo, tal concepção fez com que persistisse a controvérsia sobre o tema, razão pela qual o tema ainda atormenta os operadores do direito.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça, fiel à Súmula 211 daquele Tribunal Superior, para quem, instado a suprir a omissão na via dos embargos declaratórios e ao julgar os referidos embargos, entende que a omissão não terá sido suprida, e por conseguinte, não teria havido prequestionamento, uma vez que a questão federal não terá sido ventilada no acórdão que julgou os embargos de declaração, de forma que não há que se falar em prequestionamento³⁰.

Em suma, conquanto parte da doutrina chancele a posição do Supremo Tribunal Federal como sendo a mais razoável dentro dos parâmetros do princípio da efetividade e celeridade do processo, a existência de entendimento divergente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça coloca o operador do direito diante de um dilema jurídico, ao ter que interpor simultaneamente recurso especial e extraordinário, sendo que cada uma das cortes possui concepções distintas de prequestionamento.

4 DAS SÚMULAS DO STF ACERCA DO PREQUESTIONAMENTO

Um estudo sobre o prequestionamento passa obrigatoriamente pela análise das súmulas do Supremo Tribunal Federal. Devido à limitação de espaço, não adentraremos no estudo das súmulas do Superior Tribunal de Justiça.

Conquanto o princípio da Legalidade seja princípio basilar insculpido na Constituição Federal, as súmulas vêm adquirindo importância crescente no direito pátrio, haja vista as modificações constantes havidas no Código de Processo Civil, que valorizam cada vez mais o entendimento sumulado dos tribunais, dando poderes aos relatores, inclusive, de negar seguimento ou negar provimento recursos, monocraticamente, com base nas mesmas, sem falar na súmula vinculante, surgida no bojo da Emenda Constitucional 45/2004, com seu efeito vinculante.

Numa primeira análise poder-se-ia dizer: Não estaríamos diante de uma afronta ao princípio da Legalidade, uma vez que a própria Carta

30 Fredie Didier (op.cit. p.277) discorre sobre o assunto, como segue: “Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado 211 da súmula da sua jurisprudência, não haverá prequestionamento, devendo o recorrente interpor recurso especial por violação ao art. 535, CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem.”

Magna, em seu artigo 59, coloca a lei em patamar superior ao das súmulas dos tribunais?

A doutrina diverge quanto ao tema. Conquanto haja entendimento de respeitáveis juristas de que a súmula não pode ter o mesmo status de lei³¹, em razão do “déficit democrático” do Poder Judiciário, vem ganhando corpo a concepção de que, ao adotar uma súmula como fundamento de uma decisão judicial, não se está a desprezar a lei, mas sim a interpretá-la.

Isto porque a lei é um instrumento que somente terá utilidade a partir de uma interpretação, de forma que pode se ensejar um sem número de interpretações por parte dos operadores do direito. As súmulas nada mais são do que uma reiteração das interpretações da lei feita pelos tribunais num determinando sentido, de forma que a subsunção do enunciado de uma súmula a um caso concreto seria uma interpretação por via indireta da lei.³²

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, até a promulgação da Constituição de 1988 acumulou as funções de julgamento da matéria federal e constitucional, as súmulas referentes ao prequestionamento editadas pela Suprema Corte, como as Súmulas 282 e 356, passaram a ser aplicadas pelo Superior Tribunal de Justiça nos primeiros anos após a sua criação. Não é demais relembrar que o recurso especial era entendido como um “recurso extraordinário” julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1 DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula 282 foi a primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do prequestionamento. Seu teor diz: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.*”

Referida súmula foi editada em 16.12.1963, portanto na vigência da Constituição de 1946.

Tal entendimento baseou-se na interpretação do artigo 101, III, *a* e *b* da Constituição de 1946 .

31 MANCUSO, em trecho da obra “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98”, p. 526-527, admite que conquanto seja inegável o papel da súmula na elaboração das decisões judiciais entende o referido jurista que esta não pode ser o único fundamento de uma decisão, que deve estar sempre fundamentada em lei. Isto porque o dinamismo das relações sociais podem forjar novas interpretações para o mesmo diploma legal. Prova disso são os comuns cancelamentos de súmulas por parte do Superior Tribunal de Justiça.

32 MEDINA, em sua obra (op. cit. p. 242) defende o papel representado pelas súmulas atualmente, conforme segue: “A lei e a súmula não se encontram num mesmo plano. Na verdade, a súmula deve se subordinar à lei. O que ocorre é que a norma jurídica, geral e abstrata pode dar ensejo ao surgimento de duas ou mais interpretações diversas, sobre um mesmo assunto. A súmula, assim desempenha função importantíssima, pois registra qual interpretação da norma seria a correta, que, uma vez revelada, irá instruir julgamentos posteriores sobre o mesmo tema.”

Conforme já explanado, o entendimento predominante à época era o de que somente poderia ter-se determinado tema como prequestionado quando cumulativamente estivessem presentes os seguintes requisitos: (i) as partes tivessem levantado a questão federal ou constitucional nas instâncias inferiores e (ii) manifestação por parte da decisão recorrida acerca do tema questionado³³.

Numa primeira análise poderíamos indagar: não estaria a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal superada com a nova Carta Magna, haja vista o transcurso de 50 anos de sua edição?

A resposta, no entanto, é negativa. Conquanto o texto da Constituição de 1988 não preveja o levantamento da questão federal ou constitucional pelas partes nas instâncias inferiores, tal exigência é constantemente feita nos Tribunais Superiores.

Como já apontado no capítulo que discorre sobre os tipos de prequestionamento, não se pode afirmar com segurança que os tribunais superiores adotam a concepção do prequestionamento implícito. Isto porque, observa-se, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, composto de 33 ministros, uma constante mutação na composição das turmas, com a presença, inclusive de desembargadores convocados, o que atribui maior fluidez nos posicionamentos destas, de forma que o máximo que se pode se afirmar é a existência de um posicionamento predominante naquela Corte.³⁴

33 Digno de nota o voto do Exmo. Ministro Victor Nunes Leal, relator do RE 42.662-SP, DJ 26.10.1961, um dos julgados que serviu para a edição da Súmula 282 do STF. Tratava-se de ação indenizatória de acidente do trabalho em que a sentença permaneceu omissa sobre a inclusão da multa do artigo 102 do DL 7036/44. Conquanto levantado pelas partes o Tribunal de Justiça de São Paulo tampouco se manifestou sobre a questão. A parte levantou a questão no Recurso Extraordinário, que foi improvido. O Min. Victor Nunes Leal assim se manifestou no seu voto: “Não conheço do recurso. Nenhuma palavra existe, seja na sentença de primeira instância, seja no acórdão recorrido, sobre a exclusão da multa questionada. Se essa exclusão foi intencional, não se conhecem os motivos, porque a parte interessada não opôs embargos declaratórios na ocasião própria.” No julgado do RE 48.815, DJ 30.11.1961, que também serviu de fundamento para a edição da Súmula 282, trata de ação de despejo em que o STF afirma que a sentença recorrida não demonstrou que o recorrido possuía outros imóveis comerciais, aspecto que o recorrente também não prequestionar no tal ponto julgamento do agravo. “A sentença confirmada não comprova ter a recorrida outros prédios próprios usados para fins comerciais. E, quanto ao agravo nos autos do processo, caberia ao recorrente opor embargos declaratórios para sua apreciação, o que não o fez. A matéria não foi, pois, prequestionada.”

34 MEDINA (op. cit. p. 247) aponta que tais concepções não são pacíficas nos tribunais superiores como se poderia imaginar. “Atualmente, não obstante a Constituição Federal de 1988 não ter feito qualquer referência àquela anterior manifestação das partes, a jurisprudência mais recente não tem descuidado do fenômeno. Nesse sentido, o STJ assim se manifestou, em decisão relatada pelo Min. Garcia Vieira: Na apelação, não se insurgiu contra a fixação dos honorários, portanto, não examinada pelo Tribunal de origem. O recorrente não prequestionou a matéria. Essa orientação também tem sido acolhida por outros Tribunais: “Inexiste a alegada omissão, por falta de prequestionamento, uma vez que nas razões de apelo não se tratou de questão relativa à prova do não repasse do encargo financeiro da exação para garantir às empresas o direito à restituição. Semelhantemente, o STF decidiu que “os embargos de declaração não servem para questionar originariamente a ofensa ao texto constitucional não aventada anteriormente”.

Portanto, pode-se afirmar apenas numa predominância de determinada concepção de prequestionamento em relação a outra. Tal fluidez na interpretação, portanto, contribui para agravar ainda mais a incerteza entre aqueles que desejam ver seus pleitos apreciados pelas Cortes Superiores, o que contribui, certamente, para uma suspeita de tratamento casuístico por parte dos Tribunais Superiores.

4.2 DA SÚMULA 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula 356 foi publicada em 16.12.1963, mesmo dia da Súmula 282 e dispõe que: “*O ponto omissis da decisão sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta de prequestionamento.*”

Referida súmula ensejou fervorosos debates na doutrina e na jurisprudência, no que tange a sua interpretação, levando, inclusive, a entendimentos distintos por partes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência da Suprema Corte concebe o prequestionamento como um *ônus* para as partes, o que estaria alinhado com a redação da Súmula 356, uma vez que a não interposição dos embargos declaratórios levaria ao não conhecimento do recurso.

Questão polêmica surgiu com o desdobramento seguinte: Se o prequestionamento é um ônus para a parte e esta interpõe embargos declaratórios, ainda que a Corte a quem caiba a sua apreciação não aclare a omissão, estaria a questão prequestionada?

Neste aspecto percebe-se uma grande divergência entre doutrina e jurisprudência. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundado na premissa de que prequestionar é um ônus, entende que uma vez interpostos os embargos de declaração pela recorrente estará satisfeito o requisito prequestionamento, independentemente de o órgão prolator do acórdão embargado se manifeste ou não. É o *prequestionamento ficto*.

A doutrina diverge sobre a questão. MEDINA defende o entendimento de que a adoção da tese de prequestionamento ficto pelo Supremo Tribunal Federal seria inconstitucional. Isto porque, tanto o artigo 102, inciso III como o artigo 105, inciso III exigem como pré-requisito para a apreciação da questão a existência de questão constitucional ou federal decidida. Ora, se o recorrente insta o tribunal a se manifestar sobre determinada questão federal ou constitucional e este não o faz, a questão, por óbvio, não se encontra decidida e, portanto, não se encontra prequestionada.

Referido jurista vai mais longe, defendendo o entendimento de que a própria Súmula 356 encontra-se violada pela adoção da tese do prequestionamento ficto, uma vez que a literalidade da súmula dispõe que o recurso extraordinário será incabível se, ainda que opostos embargos declaratórios, o tribunal não se manifestou sobre a questão constitucional ou federal³⁵. Ou seja, estaríamos diante de uma contradição: Se a própria Súmula 356 afirma que não caberá Recurso Extraordinário em razão de o tribunal não ter se manifestado sobre a questão constitucional, como a mesma Corte poderia considerar prequestionado o tema quando o mesmo tribunal ao julgar os embargos de declaração não se manifestou sobre o ponto omissivo, uma vez que entendeu inexistente a omissão?

Para acrescentar um tom maior de incerteza, o Superior Tribunal de Justiça não acolhe a tese do prequestionamento ficto, conforme demonstrado na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

MEDINA observa em sua primorosa obra acerca da matéria que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal teriam adotado interpretações *contra legem* ao exigirem requisitos que não se encontram previstas na Constituição Federal.

Exemplo disto é a adoção pela Suprema Corte da tese do prequestionamento ficto, quando a Constituição Federal se refere expressamente em *causas decididas* para o cabimento dos recursos especial e extraordinário. Para o renomado jurista, a mera interposição de embargos de declaração ensejaria o conhecimento do recurso, independente da existência ou não de “causas decididas”.

A mesma senda trilhou o Superior Tribunal de Justiça que, ainda que diante da existência de questão federal enfrentada pelo tribunal local, exige a interposição dos embargos de declaração com o fito de *aperfeiçoar o prequestionamento*.

Tais entendimentos divergentes entre as duas mais importantes Cortes Superiores do país levaram por certo a uma perplexidade dentre os operadores do direito que anseiam levar seus pleitos aos Tribunais Superiores.

Como corolário dessa ausência de consenso sobre o tema, a prática forense tem observado uma excessiva interposição de embargos declaratórios por parte dos recorrentes, por questão de reforço, ainda que

35 MEDINA (op. cit. p. 254) entende que: “Caso, não obstante interpostos os embargos de declaração, permaneça omissa a decisão embargada quanto à questão constitucional suscitada, nem por isso deixará de ser cabível recurso 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 artigo 93, IX (todos os julgamentos 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 CF.

a causa tenha sido decidida pelo tribunal *a quo*, o que leva a uma situação kafkiana que se reflete com as multas em razão de embargos protelatórios.

5 DIMENSÃO POLÍTICA DO PREQUESTIONAMENTO

O prequestionamento inegavelmente assume um aspecto político de controle das matérias que devam chegar aos Tribunais Superiores, dimensão esta passível de críticas por afronta o artigo 93, inciso IX, que trata da motivação das decisões judiciais.

É inegável que a sobrecarga de processos a que foram submetidas as Cortes Superiores, transformando-as em uma verdadeira “3ª instância” ou triplo grau de jurisdição exigem medidas para que referidos tribunais exerçam seu mister constitucional.

Como já explanado anteriormente, as diversas modificações legislativas realizadas ao longo das últimas duas décadas no Código de Processo Civil e da Constituição Federal tem instituído diversos filtros às instâncias superiores, sem, contudo, desrespeitar princípios caros à sociedade como o do acesso à Justiça.

O que se observa, no que tange ao prequestionamento, conquanto encontre fundamento constitucional na expressão *causas decididas* é que em razão das concepções particulares de cada uma das turmas, a interpretação acerca de quando determinada matéria se considera prequestionada, flutua de acordo com os entendimentos particular do relator.

Nesse sentido, MANCUSO³⁶, observa em sua obra que “Na experiência brasileira, porém, ante a notória sobrecarga de processos que em modo crescente foi assoberbando nossos Tribunais da Federação, uma outra função – não admitida às expressas, mas ocorrente na prática judiciária – passou a ser desempenhada pela exigência do prequestionamento, qual seja, a de operar como filtro, *elemento de contenção*, ou ao menos regulador do volume excessivo de recursos dirigidos ao STF e ao STJ.”

AZZONI³⁷, trilha a mesma senda ao apontar que “A incerteza e a instabilidade sobre o conceito e características do instituto permitem que ele seja empregado como uma *válvula de escape* para que os Tribunais Superiores deixem de apreciar o mérito dos recursos excepcionais, em inúmeras oportunidades. Assume, indiretamente,

³⁶ MANCUSO, op. cit., p. 276

³⁷ AZZONI, op. cit., p. 67

a função de filtro dos assuntos que serão objeto de apreciação pelos Tribunais de Superposição.”

Referida dimensão política do prequestionamento pode ser comprovada pelo fato de que em diversas situações o requisito do prequestionamento é mitigado em função da natureza da questão levada a juízo.

Em julgado citado por AZZONI em sua obra, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 375011, da relatoria da Min. Ellen Gracie, foi relativizada a exigência do prequestionamento tendo em vista a relevância da questão sub-judice, como no caso em comento, em que discutia a inconstitucionalidade de lei municipal que concedia reajuste de vencimentos aos servidores do Município de Porto Alegre³⁸. Menciona, também julgados do Superior Tribunal de Justiça em que é mitigado o disposto na Súmula 211 daquela Corte.

A exegese do AgRg no AI 375011 mostra a relação de proporcionalidade feita pela Ministra Relatora no caso concreto: levar à risca a ausência de prequestionamento tendo como corolário um mesmo diploma legal ser constitucional para alguns cidadãos e inconstitucional para outros ou relativizar a sua exigência em função da relevância da questão?

Não podemos voltar as costas para tais questões e no nosso entendimento a segurança jurídica e as manifestações da Suprema Corte devem prevalecer ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal tenha entendido que a matéria não estivesse prequestionada, em atenção ao princípio da proporcionalidade.

38 A Ministra Ellen Gracie, ao prover o agravo regimental, admite o prequestionamento como pressuposto específico do recurso extraordinário: “A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratem sobre o mesmo tema, ainda assim se exige a presença dos pressupostos específicos de conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. Foi o que decidiu a Primeira Turma desta Corte no julgamento de caso idêntico ao presente: AI 383.617-AgR, rel Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/09/2002.” A Ministra, no entanto, no parágrafo seguinte pondera:

“Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das normas. Ao votar, na Primeira Turma no RE 222.874-AgR-ED, de que fui relatora, expressei-me da seguinte forma:

[...]

E, mais à frente a Ministra justifica a necessidade de mitigação do prequestionamento:

“Esses julgados, entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento no processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferidas por esta Casa.

Contudo, com tal proceder, os Tribunais Superiores lançam o operador do direito num mar profundo de incertezas, haja vista que em outros inúmeros casos a matéria está perfeitamente prequestionada com a *causa decidida* perfeitamente delineada, mas, no entanto, este é punido com a inadmissão de seu recurso em razão da concepção particular de prequestionamento adotada por aquela turma à qual foi distribuído o recurso.

Tais aspectos corroboram o que vem alvo de severos questionamentos dentre os operadores do direito quanto ao tratamento casuístico dado aos recursos especial e extraordinário, transformando o acesso aos Tribunais Superiores em verdadeira ‘loteria’.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho que não teve a pretensão de esgotar a temática do prequestionamento, mas sim trazer algumas reflexões sobre este polêmico tema que, conquanto se diga estar pacificado nos Tribunais Superiores, continua a surpreender os operadores do direito, podem ser extraídas algumas conclusões.

Primeiramente, o prequestionamento integra a sistemática de funcionamento do Estado Federativo, e, portanto, está na essência da Constituição, de forma que atue como um filtro que não transformem o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal num terceiro grau de jurisdição.

Nesse sentido, referidas Cortes devem atuar como guardiões das leis federais e da Constituição Federal, respectivamente, atuando em situações em que as decisões dos Tribunais Estaduais ou Tribunais Regionais Federais, no caso da Justiça Federal, afrontem as leis federais ou a Constituição Federal.

O prequestionamento, portanto, não pode ser visto como um óbice ou um instrumento casuístico à disposição dos vice-presidentes dos tribunais *a quo*, a fim de que a admissão dos recursos excepcionais seja inviabilizada.³⁹

39 Nesse sentido, Tereza Wambier: “É equivocada a visão segundo a qual exigências para que sejam admitidos o recurso especial e o recurso extraordinário como a que estamos examinando, como a do prequestionamento, e outras dessa natureza significam, por assim dizer, “óbices” à admissibilidade dos recursos extraordinários. (Wambier, Tereza, “Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória”, p. 397).

Mais adiante assinala: “Não se trata, ao contrário do que a muitos parece, de regras “inventadas” com o escopo de limitar o número de recursos extraordinários e recursos especiais que devam ser conhecidos. Trata-se, isto sim de regras que desenham de modo claro os casos em que estes recursos efetivamente cabem e são corolário natural da função que estes desempenham no sistema jurídico positivo brasileiro.

No entanto, conquanto a doutrina não deixe margem a dúvida acerca do papel do prequestionamento para que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal cumpram o seu papel constitucional, necessário ponderar que a má compreensão do tema por parte dos operadores do direito que militam nos tribunais, se deve, também à ausência de uniformização de entendimentos por parte dos Tribunais Superiores a respeito do tema, conforme este trabalho procurou abordar.

Tome-se como exemplo simples o fato do acolhimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do *prequestionamento ficto* defendida pelo Supremo Tribunal Federal, aspecto este responsável por causar problemas diversos àqueles que militam nos Tribunais Superiores. Tome-se como exemplo, a existência, na decisão recorrida, de questão federal e constitucional. A rejeição dos embargos de declaração no tribunal a quo no entendimento do Supremo Tribunal Federal implica ter-se a como prequestionada, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça, a mesma rejeição dos embargos implicará a necessidade de interposição de Recurso Especial com base em violação do artigo 535 do CPC.

Outrossim, mencionou-se nos capítulos anteriores que há turmas tanto no Superior Tribunal de Justiça como no Supremo Tribunal Federal que consideram prequestionada a matéria apenas com a menção expressa ao dispositivo legal ou constitucional violado, ou seja, somente haveria prequestionamento da forma explícita. Por fim, há turmas em ambos os Tribunais Superiores que, conquanto a questão federal ou constitucional tenha sido fartamente discutida na decisão recorrida, a não interposição de embargos declaratórios para “aperfeiçoar” o prequestionamento levará à inadmissão do recurso.

Tal incerteza quanto ao tema gera extrema perplexidade entre os operadores do direito que militam nos Tribunais Superiores.

Medida extremamente salutar seria a uniformização do entendimento em ambos os Tribunais, o que levaria a uma maior segurança quanto ao tema.

Para finalizar o presente trabalho, transcrevemos trecho de texto de Cássio Scarpinella Bueno, que resume em poucas linhas a idéia que quisemos transmitir no presente trabalho:

O que é de ser destacado aqui e agora é que, enquanto não houver um consenso a respeito do prequestionamento, como ele se manifesta perante os jurisdicionados e qual o papel dos

embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça resta seriamente comprometido. Enquanto for difícil responder à questão ‘o que é e como se dá o prequestionamento?’ , enquanto não houver uma segura uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles dois Tribunais é mais ilusório do que real. É mais *declaração* de direito do que uma efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se, inegavelmente, de um caso em que a forma parece estar suplantando – e em muito – o conteúdo.⁴⁰

REFERÊNCIAS

AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário – Aspectos Gerais e Efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

CORREA E DE SOUZA, Daniel Barbosa. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

LACERDA, Galeno. Críticas ao Prequestionamento. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v.758, dez. 1998.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel. *O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAVES DA FONSECA, João Francisco. *Exame dos Fatos no Recurso Extraordinário e Especial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, v.1, p. 23-73, 2003.

SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo. *Embargos de Declaração: Efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1999. v. 4.

_____; _____. *Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins*, v. 10, São Paulo: RT, 2006.