
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: ANÁLISE COMPARATIVA DA SÚMULA 356 DO STF E 211 DO STJ

MOTIONS FOR CLARIFICATION AND ADMISSIBILITY OF THE “RECURSO ESPECIAL” (APPEAL TO THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE) E DO “RECURSO EXTRAORDINÁRIO” (APPEAL TO THE BRAZILIAN SUPREME COURT): COMPARATIVE ANALYSIS OF DIGEST 356 OF THE STF (SUPREME COURT) AND DIGEST 211 OF THE STJ (SUPERIOR COURT)

Kelly Paulino Venâncio¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 O requisito do exaurimento das instâncias ordinárias para a admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário: a Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça; 2 O requisito do prequestionamento para a admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário; 3 Configuração do prequestionamento e a Súmula 282 do

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Público, Pós-Graduação *Lato Sensu*, pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP); Especialista em Direito Processual Civil, Pós-Graduação *Lato Sensu*, pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE)

Supremo Tribunal Federal; 4 Embargos de Declaração “prequestionadores”: cabimento na origem; 5 A Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal: a interposição e o julgamento dos Embargos de Declaração na origem e a configuração do prequestionamento para a admissão do Recurso Extraordinário; 6 A Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça: a interposição e o julgamento dos Embargos de Declaração na origem e a configuração do prequestionamento para a admissão do Recurso Especial; 7 As razões da divergência do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto à configuração do prequestionamento: a reafirmação da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e A Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal; 8 Conclusões; Referências.

RESUMO: Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Requisitos de Admissibilidade. Omissão da questão de lei federal e da questão constitucional nas instâncias ordinárias. Embargos de declaração “prequestionadores”. Interposição e julgamento, na origem, dos embargos de declaração para a configuração do prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. As visões conflitantes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto à configuração do prequestionamento diante da rejeição dos embargos de declaração interpostos para este fim. Prequestionamento e exaurimento das instâncias ordinárias.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Embargos de Declaração. Prequestionamento.

ABSTRACT: “Recurso Especial” (Appeal to the Superior Court of Justice - STJ) and Recurso Extraordinário (Appeal to the Brazilian Supreme Court - STF). Admissibility Requirements. Omission of the issue of federal law and of the constitutional issue in ordinary jurisdictions. “Previous questioning” of motions for clarification. Filing and judgment, at the origin, of motions for clarification, for the purpose of configuring the issue of previous questioning. Digests 282 and 356 of the Brazilian Supreme Court. Digest 211 of the Superior Court of Justice. Conflicting views of the Superior Court of Justice and of the Brazilian Supreme Court in regard to configuring previous questioning

upon rejection of the motions for clarification filed for this purpose. Previous questioning and exhaustion of ordinary jurisdictions in the opinion of the Brazilian Supreme Court and of the Superior Court of Justice. Motives of the different understandings of the Brazilian Supreme Court and the Superior Court of Justice, in regard to previous questioning for admissibility of the “Recurso Extraordinário” and the “Recurso Especial”.

KEYWORDS: Recurso Especial (Appeal to the Superior Court of Justice). Recurso Extraordinário (Appeal to the Brazilian Supreme Court). Motions for Clarification. Prequestioning.

INTRODUÇÃO

Para o Supremo Tribunal Federal, a simples interposição dos embargos de declaração objetivando sanar omissão quanto ao tratamento, pelo órgão de origem, da questão constitucional, com o esgotamento dos recursos ordinários cabíveis, tem como consequência o preenchimento do requisito do prequestionamento para viabilizar o conhecimento do Recurso Extraordinário. Portanto, o acolhimento ou rejeição dos embargos de declaração, pelo órgão jurisdicional de origem, não tem relevância, bastando a sua interposição na hipótese de omissão do tema constitucional.

Já para o Superior Tribunal de Justiça, não basta a mera interposição dos embargos de declaração. Rejeitados estes pelo Tribunal de origem, não se tem por prequestionado o tema de lei federal omitido no julgamento, a viabilizar a interposição do recurso especial. Necessariamente, deverá haver a interposição do Recurso Especial fundado na violação do artigo 535, II do CPC, violação resultante da persistência, pelo tribunal de origem, na omissão em apreciar a matéria federal envolvida no julgamento do recurso de natureza ordinária.

O que chama a atenção para o tema, neste momento histórico, e segundo a doutrina, pelo menos desde ao menos o final dos anos 90, é a relação entre o asoerboamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, diante do aumento da litigiosidade e da massificação do acesso à Justiça, e a baixa taxa de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Neste sentido, o relato do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro de Oliveira, é profícuo e atual:

A verdadeira dificuldade do recurso especial se acha em outro ponto. Diz com a plethora dos que chegam ao Tribunal, em número a se expandir incessantemente.

Houve inegavelmente um grande aumento na busca de solução jurisdicional para os litígios, mas quanto às causas desse fenômeno não se vai aqui pesquisar. Importa assinalar o que diga respeito especificamente ao especial.

[...]

As circunstâncias apontadas levam a que o Superior Tribunal de Justiça se encontre avassalado por um número imenso de processos que não cessa crescer. Em 1997 a distribuição certamente superará os cem mil.

Creio que se há de renunciar à ideia de que as decisões dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, em qualquer causa, em qualquer causa e a propósito de não importa qual questão, mereçam sempre ser reexaminadas. Cumpre estabelecer a possibilidade de seleção. Dos critérios para isso deveria cuidar a lei ordinária, desde que constitucionalmente autorizada.

Certamente de se evitar que, para contornar o problema, se multipliquem, por decisão pretoriana, os obstáculos formais ao recurso. Esse é o pior caminho, podendo conduzir a que temas relevantes sejam sonogados à apreciação do Tribunal por força de empecilhos que, em verdade, não se justificariam.²

Segundo Nelson Luiz Pinto (1996, p. 44), o assoberbamento do Supremo Tribunal Federal teria sido decisivo para a criação do Superior Tribunal de Justiça. Nota-se a recorrência, desde sempre, do problema da quantidade de recursos submetidos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça quando se trata do recurso especial e do recurso extraordinário.

Mas a tão-só criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal de 1988 não resolveu o problema do assoberbamento dos Tribunais Superiores.

2 Prefácio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 8-9.

Paralelamente às medidas já tomadas para conter o reconhecido e indesejado excesso de recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, dentre as quais destacamos o instituto da repercussão geral, para o recurso extraordinário, o rito dos recursos repetitivos para o recurso especial e a súmula vinculante e impeditiva de recursos, o já citado rigorismo na análise da admissibilidade do recurso extraordinário e, mais recentemente, do recurso especial, inegavelmente tem sido utilizado como instrumento de contenção do acúmulo de trabalho naqueles tribunais.

Esta medida continua a ser largamente utilizada, inclusive adiantando-se, em juízo de admissibilidade, o próprio juízo de mérito do recurso especial e do recurso extraordinário, com vistas a se impedir seu seguimento e seu conhecimento, apesar das críticas da doutrina quanto à sua eficácia para a diminuição da sobrecarga de trabalho do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Daí decorre a importância do estudo dos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, notadamente o prequestionamento, objeto de súmulas tanto do Superior Tribunal de Justiça, como do Supremo Tribunal Federal, e que tantos debates ensejou, quanto a seu entendimento e configuração.

1 O REQUISITO DO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: A SÚMULA 281 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA 207 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A expressão “em única ou última instância” consubstancia o requisito do exaurimento ou esgotamento das instâncias ordinárias, assim denominado pela doutrina e jurisprudência.³

O recurso especial e o recurso extraordinário são cabíveis somente após o prévio esgotamento das instâncias ordinárias. A “causa decidida em única ou última instância”, a ensejar a interposição dos recursos especial ou extraordinário, é aquela em que foram interpostos todos os recursos ordinários cabíveis.

Quanto a este pressuposto de admissibilidade foram editadas as súmulas nº 207 do Superior Tribunal de Justiça, e 281 do Supremo Tribunal Federal, as quais tratam da questão.

Por meio da Súmula 207, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu ser “inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes

3 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.285-286.

contra o acórdão proferido no tribunal de origem.” O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema pode ser melhor explicitado através da seguinte ementa de acórdão:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO UNÂNIME - NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES - NÃO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS- INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 207/STJ - NÃO COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1.- A Constituição Federal, em seu artigo 105, inciso III, dispõe que ao STJ compete julgar, em sede de recurso especial, causas decididas, em única ou última instância. Este último requisito pressupõe o exaurimento das vias recursais nas instâncias ordinárias, para abertura da via especial.

2.- No caso dos autos, o Recorrente não interpôs Embargos Infringentes, no intuito de que prevalecesse o voto minoritário, como seria de rigor. Assim, é de se concluir, inevitavelmente, que as instâncias ordinárias não foram esgotadas, devendo ser aplicado, na espécie, o teor da Súmula 207 desta Corte: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

[...]

4.- Agravo Regimental a que nega provimento.⁴”

A referência aos embargos infringentes, no entanto, não limita a aplicação da Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça à ausência de interposição deste específico recurso, para viabilizar a posterior interposição de recurso especial ou extraordinário.

Este entendimento se aplica também quando não se interpõe, perante o órgão jurisdicional de origem, qualquer outro recurso considerado “ordinário” e que seja cabível contra a decisão a desafiar recursos especial ou extraordinário.

⁴ AgRg no AREsp 243.599/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 18/12/2012.

Pode-se inserir, neste contexto, o agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC⁵, cabível contra as decisões do relator negando seguimento ou dando provimento a recursos, nos Tribunais.

O julgamento monocrático dos recursos, no âmbito dos Tribunais, foi previsto pela Lei 9756, de 17 de dezembro de 1998.

Antes, pressupunha-se o julgamento colegiado destes recursos. Por isso, dúvida não havia de que o recurso especial só teria cabimento contra acórdão.

A competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial foi estabelecida pela Constituição Federal de forma diferente da prevista para o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do recurso extraordinário, quanto ao órgão prolator da decisão contra a qual tais recursos podem ser interpostos.

A par da matéria que cada um destes Tribunais aprecia, em virtude de suas competências de guarda da Constituição Federal ou de garantir a integridade e uniformidade da aplicação da lei federal, o recurso extraordinário, ao contrário do recurso especial, pode ser interposto de decisão de juiz singular, uma das modalidades de decisões monocráticas previstas pela legislação processual civil vigente.

O recurso especial, diz expressamente a Constituição Federal, só pode ser interposto de decisão de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal.

Por isso, antes da alteração da redação do artigo 557 do CPC pela lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998, era decorrência da previsão de cabimento do recurso especial apenas contra decisão dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, a vedação de interposição de recurso especial contra decisões monocráticas. A doutrina da época revela este contexto histórico:

5 Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Em primeiro lugar, tem-se que somente decisões colegiadas, emanadas dos tribunais, e somente daqueles tribunais elencados taxativamente no inciso III do art. 105 da Constituição Federal, é que poderão ser impugnadas por recurso especial.

[...]

Como só é cabível recurso especial das decisões proferidas pelos Tribunais relacionados no mesmo dispositivo constitucional (art. 105, Iii), as causas decididas em única instância serão somente aquelas de competência originária daqueles Tribunais, de cuja decisão não caiba recurso ordinário. Sendo este cabível, não se poderá interpor o recurso especial antes do esgotamento de todos os recursos ordinários.⁶

Agora, a vedação da interposição de recurso especial contra as decisões monocráticas proferidas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais deslocou-se para o requisito de admissibilidade do exaurimento ou esgotamento das instâncias ordinárias.

Há previsão expressa, no § 1º do art. 557 do CPC, de cabimento de recurso de agravo, dirigido para o órgão colegiado competente para o julgamento do recurso, contra a decisão do Relator que o julgou monocraticamente.

A decisão monocrática proferida por Desembargador Federal ou de quaisquer Tribunais de Justiça Estaduais, relator do recurso de natureza ordinária, nos termos do *caput* ou do § 1º do artigo 557, do CPC, é sem dúvida, uma decisão destes Tribunais.

Apesar disso, sem que se tenha interposto o agravo previsto no § 1º-A do artigo 557 do CPC, recurso de natureza ordinária, o recurso especial não terá cumprido o requisito de admissibilidade do esgotamento ou exaurimento das instâncias ordinárias, pois não se estará diante de uma causa decidida em única, ou última instância, por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal.

Todas estas considerações concernentes ao recurso especial aplicam-se também ao recurso extraordinário.

A Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal é anterior e tem redação mais ampla que a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça: “é

6 PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 108 e 113.

inadmissível recurso extraordinário quando couber, na origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Como se vê, a redação ampla da Súmula 281 está mais consentânea com o sistema recursal hoje vigente quanto aos contornos do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias, para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Porém, em relação aos embargos de declaração cabíveis quando a decisão é omissa em apreciar a questão constitucional ou a questão federal, a ensejar recurso extraordinário ou recurso especial, não há consenso entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Para o Supremo Tribunal Federal a interposição dos embargos de declaração, nesta circunstância, ainda que rejeitados, implica no preenchimento do requisito do prequestionamento e viabiliza o conhecimento do recurso extraordinário quanto à questão constitucional omitida. É o que está sufragado na Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal.

Este posicionamento, no entanto, não é seguido pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao recurso especial.

Se os embargos de declaração foram rejeitados, apesar de ter havido omissão, a ser sanada pela origem, em relação a alguma questão federal, a decisão violou as disposições do inciso II do artigo 535 do CPC.

Sendo assim, de acordo com a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, cabível seria, primeiramente, a veiculação de recurso especial por violação ao inciso II do artigo 535 do CPC, visando à anular a decisão omissa e a de rejeição dos embargos, forçando o pronunciamento quanto à questão federal omitida.

A interposição dos embargos de declaração, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, melhor se enquadra no preenchimento do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

Esta diferença de posicionamento será objeto de detida análise neste trabalho.

2 O REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO PARA A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O pressuposto ou requisito que se convencionou denominar prequestionamento se identifica com a expressão “causas decididas”, as quais ensejam o julgamento, em recurso especial ou extraordinário, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.⁷

7 BUENO, op. cit., p. 273-274.

Sem dúvida, é o requisito de admissibilidade do recuso especial e do extraordinário que mais suscitou debates. Aliás, a importância dada ao tema supera a do próprio mérito de ambos os recursos, aspecto que fica evidenciado no julgado cuja ementa passa-se a transcrever:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. DANO MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. VERIFICAÇÃO DE ACORDO COLETIVO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. ÓBICES PREVISTOS NAS SÚMULAS 454 E 279 DO STF, POR IMPLICAR REEXAME DE CLÁUSULA DE ACORDO COLETIVO E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA, POIS O RECURSO NÃO ULTRAPASSOU A FASE DE CONHECIMENTO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS QUAIS É SUSCITADA OMISSÃO DO JULGADO QUANTO À NÃO APRECIACÃO DO TEMA CONSTITUCIONAL ARGUIDO NAS RAZÕES DO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. HAJA VISTA A INOBSERVÂNCIA DO PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL PELA RECORRENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

8. Embargos de declaração. Omissão do julgado quanto à apreciação da matéria constitucional suscitada nas razões do recurso extraordinário. Alegação insubsistente. O recurso não ultrapassou a fase de conhecimento, por ausência de prequestionamento da matéria constitucional. 9. Embargos de declaração desprovidos. (ARE 661763 AgR-ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 19.03.2013.”

Sequer convergem, ambas as Cortes Superiores, em relação à configuração do prequestionamento, requisito viabilizador do

conhecimento do recurso extraordinário e do recurso especial. As Súmulas nº 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça estampam esta dicotomia de entendimento quanto ao preenchimento deste requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial.

3 CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO E A SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É do confronto entre o histórico do surgimento do termo “prequestionamento”, consagrado pela doutrina, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, e a redação utilizada pela Constituição Federal de 1988, ao elencar as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, que se parte para a análise da configuração deste requisito de admissibilidade.

O sentido do termo “prequestionar”, segundo a doutrina, tem muito mais a ver com a atividade das partes do que com a decisão da qual se interpõem o recurso extraordinário ou o recurso especial. Porém, não é este o sentido, ou pelo menos não o único, em que é utilizado para que se tenha como presente o requisito de admissibilidade recursal do prequestionamento.

Quanto ao prequestionamento, sequer há unanimidade em relação ao seu conceito, havendo grande polêmica a respeito:

[...] 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 questionamento realizado pelas partes antes do proferimento da decisão passível de impugnação pelo recurso extraordinário –, 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 perante a instância inferior.

[...]

Posteriormente, o entendimento acerca do prequestionamento evoluiu, tendo sido exaradas manifestações jurisprudenciais no sentido de que há prequestionamento quando a decisão recorrida tiver adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal. Para esse entendimento, assim, o prequestionamento estaria *na decisão recorrida*, não sendo decorrência da anterior postulação das partes perante o grau inferior. Esses entendimentos foram conjugados, havendo

na jurisprudência decisões que se manifestam no sentido de que o prequestionamento é a manifestação da parte na instância inferior somada à decisão de referida instância.

Daí haver, na jurisprudência, diversas concepções acerca do que se deve entender por prequestionamento. *Grosso modo*, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito.⁸

Tendo em vista as diversas correntes de entendimento acerca da configuração do requisito do prequestionamento, importa necessariamente, adotar uma delas.

Apesar dos entendimentos contrários, como o de José Miguel Garcia Medina⁹, para quem o prequestionamento é ato da parte, adotar-se-á a concepção de que o prequestionamento deve ser analisado em relação à decisão recorrida.

O prévio debate das partes sobre a questão constitucional ou federal que se pretenda levar ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, ou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso especial ou de recurso extraordinário, será levado em conta para a análise do cabimento e necessidade da interposição de embargos de declaração ditos “prequestionadores”, caso tenha havido omissão, pelo órgão jurisdicional de origem, no tratamento destas questões de lei federal ou constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça divergem, especificamente, quanto aos efeitos e às consequências derivadas da rejeição dos embargos de declaração interpostos na origem e a configuração do requisito do prequestionamento, viabilizador do recurso especial e do recurso extraordinário.

Esta divergência de entendimento é o tema principal deste trabalho, e para que se possa demonstrá-la, bem como perquirir as razões do entendimento de um e outro destes tribunais, não se pode deixar de conceituar prequestionamento.

Assim, de forma resumida, pode-se dizer que “tem-se o prequestionamento como manifestação do tribunal recorrido acerca

8 MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento e os Pressupostos dos Recursos Extraordinário e Especial*. In: WAMBIER, op.cit., p.275-276.

9 *Ibidem*, p. 275-276.

de determinada questão jurídica federal ou constitucional”¹⁰. É este o conceito que será aqui adotado.

Importa, para a configuração do prequestionamento, que a questão federal ou constitucional tenham sido decididas ou, utilizando-se de outra expressão comum na jurisprudência, tenham sido ventiladas na decisão recorrida. A questão deve ter sido enfrentada pelo órgão jurisdicional de origem.¹¹

Portanto, a nosso ver, é a análise da decisão recorrida que pauta a investigação quanto ao preenchimento ou não do requisito do prequestionamento.

Este o entendimento que decorre do teor da súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

A aplicabilidade desta súmula não se limita ao recurso extraordinário. A súmula foi editada ainda quando o Supremo Tribunal Federal detinha competência para apreciar, por meio do recurso extraordinário, as questões de lei federal cujo exame, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a caber ao Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial.

De outro lado, o prequestionamento é analisado em sua substância, seu conteúdo, com vistas ao enfrentamento, ou ausência deste, da questão constitucional ou da questão de lei federal, não sendo necessária a menção numérica da norma da Constituição Federal ou de lei federal. É neste sentido que se deve entender a exigência de que o prequestionamento deve ser explícito.

4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO “PREQUESTIONADORES”: CABIMENTO NA ORIGEM

Não é possível analisar o preenchimento do requisito do prequestionamento, para a admissão do recurso extraordinário e do recurso especial, sem que se parta do estudo do cabimento ou não dos embargos de declaração e do resultado do julgamento deste recurso, na origem, contra a decisão da qual se recorre.

Quanto a este ponto há consenso entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

10 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Bahia: JusPODIVM., 2011. p. 260.

11 BUENO, op. cit., p. 275.

Importa frisar ainda uma vez que a admissão e conhecimento do recurso especial e o recurso extraordinário, viabilizando o julgamento de mérito, devem estar preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, os quais, como já colocado alhures, e por não constituírem o foco do presente trabalho, serão tidos como preenchidos, restando a problemática, apenas, quanto ao prequestionamento da questão constitucional ou da questão de direito federal suscitadas no recurso especial ou no recurso extraordinário.

Os embargos de declaração, dada sua natureza de recurso de fundamentação vinculada, tem cabimento tão somente para corrigir os vícios da decisão judicial, enumerados nos incisos I e II do artigo 535 do CPC.

Havendo obscuridade, contradição (entre a fundamentação e o dispositivo da decisão), ou omissão de ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, serão cabíveis os embargos de declaração.

Em tese, os embargos de declaração serão sempre cabíveis, de qualquer decisão judicial. É o que acima se viu, sob a denominação de princípio da ampla embargabilidade das decisões judiciais.

O recurso especial e o recurso extraordinário, por sua vez, são cabíveis, apenas, das “causas decididas em única ou última instância”. Para o recurso especial, estas decisões serão apenas as dos tribunais.

Fixou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a expressão “causas decididas em única ou última instância” diz respeito a dois requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário: o prequestionamento (causas decididas) e o exaurimento das instâncias ordinárias (em única ou última instância).

Diante do princípio da ampla embargabilidade das decisões judiciais, para se aferir o preenchimento dos requisitos do prequestionamento e do exaurimento das instâncias ordinárias, deve-se perquirir quanto ao cabimento ou não, na origem, dos embargos de declaração, sua interposição e, se interposto, o resultado do seu julgamento.

Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, assentaram em diversas súmulas esta conclusão. Quanto ao requisito do exaurimento das instâncias ordinárias, foram editadas as súmulas nº 281 do Supremo Tribunal Federal e nº 207 do Superior Tribunal de Justiça.

Através das súmulas nº 356 do Supremo Tribunal Federal e nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, tratou-se dos embargos de declaração e o preenchimento do requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos especial e do recurso extraordinário.

A importância da interposição dos embargos de declaração na origem se revela, ainda, na Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

Tendo havido o enfrentamento da questão constitucional ou federal suscitada no recurso extraordinário ou no recurso especial, estaremos diante do cumprimento do requisito do prequestionamento, permitindo o exame do mérito destes recursos de natureza excepcional.

A polêmica quanto à configuração do requisito do prequestionamento para a admissibilidade do recurso extraordinário, e a necessidade ou não de interposição dos embargos de declaração, na origem, não é nova e foi objeto da súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal: “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.”

Tal consideração leva em conta, portanto, que já foram interpostos todos os demais recursos ordinários cabíveis, os fundamentos não constitucionais da decisão passível de recurso extraordinário não são suficientes a lhe dar respaldo e há repercussão geral da matéria; restaria apenas o debate acerca do prequestionamento viabilizador do conhecimento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal.

A análise do preenchimento do requisito do prequestionamento tem como objeto a decisão contra a qual se interpôs o recurso extraordinário e não as alegações das partes antes de sua prolação. Este é, em princípio, o entendimento que tradicionalmente se consolidou na doutrina e na jurisprudência. É o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, na prática, abandonou este posicionamento a partir da edição da Súmula nº 356, na hipótese de rejeição dos embargos de declaração, na origem, para o fim de prequestionamento, o que ainda será explicado no decorrer deste trabalho. Mas, é o conceito dominante e, segundo a doutrina, o mais correto tecnicamente.

Diante de uma decisão contra a qual se pretende interpor recurso extraordinário, e sendo esta omissa a respeito do tema constitucional que deveria ter sido enfrentado, a interposição dos embargos de declaração mostra-se imprescindível para configuração do requisito do prequestionamento, nos termos do que se assentou na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, a questão do prévio debate da questão constitucional a ser levada ao Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário se mostra relevante, isto sim, para se analisar o cabimento dos embargos de declaração na origem, e não para a configuração do requisito do prequestionamento.

Portanto, a arguição, pelas partes, perante as instâncias ordinárias, da matéria constitucional objeto do recurso extraordinário, abre a

possibilidade de se interpor embargos de declaração, caso seja omissa a decisão a este respeito.

Afinal, sem a prévia arguição do tema constitucional, não se tratando de matéria cognoscível de ofício, não haveria omissão a ser sanada por meio de embargos de declaração.

Neste sentido está assentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que se exemplifica pelas seguintes ementas de acórdãos:

Embargos de declaração no segundo agravo regimental no agravo de instrumento. Questões afastadas nos julgamentos anteriores. Não há omissão, contradição ou obscuridade. Precedentes.

1. No julgamento do recurso, as questões postas pela parte recorrente foram enfrentadas adequadamente. Inexistência, portanto, de quaisquer dos vícios do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Embargos de declaração rejeitados (AI 567.929-AgR-Segundo-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7.12.2012).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.(ARE 716932 AgR-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 1.04.2013)

Este entendimento também está sedimentado no Superior Tribunal de Justiça em relação aos embargos de declaração e a omissão, na origem, na apreciação da questão federal objeto de recurso especial:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTS. 461 E 632 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO TEMA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO Nº 211 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Não resta caracterizada violação ao artigo 535 do CPC, pois a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexistente qualquer omissão ou contradição no acórdão recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pelo recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.

2. A questão relativa à necessidade de intimação pessoal da agravante para cumprimento de obrigação de fazer não foi abordada pelo Eg. Tribunal de origem, carecendo, assim, do indispensável requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 211 do STJ.

3. Não se pode reconhecer ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, pois a alegada violação aos dispositivos referidos no apelo especial somente foi ventilada em sede de embargos declaratórios, vale dizer, não foi oportunamente suscitada quando do oferecimento das razões do agravo de instrumento, tratando-se de vedada inovação recursal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 947.367/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 07/06/2011)

RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO FEDERAL, AO REDOR DE DETERMINADA DISPOSIÇÃO DE LEI, SOMENTE SUSCITADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

NÃO CABIMENTO DO RECURSO. EM TAL CASO, OS EMBARGOS NÃO TÊM O DOM DE CHAMAR À BAILA A QUESTÃO, A FIM DE TORNAR-SE VIÁVEL O APELO AO STJ. TRATA-SE DE QUESTÃO EM TORNO DA QUAL NÃO SE FORMOU O CONTRADITÓRIO. É CASO, POIS, DE APLICAÇÃO DA SUMULA 282/STF.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp 33736/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/1993, DJ 06/12/1993, p. 26663)

Porém, em se tratando de questão a ser conhecida de ofício, desnecessário se apresenta o debate prévio pelas partes. Omitindo-se o órgão de origem em apreciá-la, os embargos de declaração são cabíveis e configura-se a omissão sanável através deste recurso.¹²

Isto porque o julgador pode e deve apreciar as matérias cognoscíveis de ofício independentemente de debate prévio pelas partes. São cabíveis, nesta hipótese, os embargos de declaração e sua interposição pode suscitar pela primeira vez a questão constitucional ou de lei federal a ser objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial.

Em sentido contrário, se não forem opostos os embargos de declaração não poderão ser conhecidos o recurso especial, nem o recurso extraordinário, para tratar do tema constitucional ou de lei federal os quais deveriam ter sido conhecidos de ofício na hipótese de omissão do tema nas instâncias ordinárias.

A ideia prevaiente é a de que, por se tratarem de cortes eminentemente revisoras, nem o Supremo Tribunal Federal, nem o Superior Tribunal de Justiça, poderão conhecer pela primeira vez de qualquer tema constitucional ou de lei federal, mesmo que sejam questões cognoscíveis de ofício. O conhecimento de qualquer questão, pela primeira vez, por estes Tribunais, é vedado porque só podem julgar, em recurso extraordinário, ou em recurso especial, causas decididas (pelas instâncias ordinárias).

Em relação às hipóteses de cabimento dos embargos de declaração na origem, e a necessidade da sua interposição, é convergente o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Quanto a estes aspectos, a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal tem aplicação também em relação ao recurso especial.

Porém, a convergência de entendimento destes dois Tribunais Superiores não se estende às consequências da rejeição dos embargos de declaração, na origem, e a permanência da omissão em relação à matéria objeto de recurso especial ou recurso extraordinário.

5 A SÚMULA Nº 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A INTERPOSIÇÃO E O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM E A CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO PARA A ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Fica óbvio que se o enfrentamento da questão constitucional ou de lei federal não se deu, e o recorrente deixou de interpor os embargos

¹² REsp 599.754/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2004, DJ 31/05/2004, p. 223.

de declaração para sanar a omissão da decisão da qual se recorreu, resta evidenciada a falta de cumprimento do requisito do prequestionamento.

Se o recorrente deixou de interpor os embargos de declaração para sanar a omissão da decisão recorrida, não se tem por prequestionada a questão constitucional ou de lei federal objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial. A nosso ver, estará descumprido também o requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

Se os embargos de declaração foram interpostos para o fim de suscitar o enfrentamento, expressamente, da questão federal ou da questão constitucional omitida e foram acolhidos na origem, sanando-se esta omissão, tem-se por configurado o prequestionamento (explícito).

A polêmica reside, porém, na hipótese da rejeição, na origem, dos embargos de declaração interpostos para sanar a omissão no enfrentamento da questão constitucional ou de lei federal.

É exatamente quanto a este aspecto, relativo às consequências da rejeição dos embargos de declaração para a configuração do prequestionamento, que se verifica divergência fundamental entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que o requisito do prequestionamento resta cumprido quando se suscita, por meio de embargos de declaração, a matéria constitucional pertinente, ainda que tenha sido enfrentada e que e que aqueles tenham sido rejeitados. A persistência da omissão, nestas circunstâncias, não impede a admissão do recurso extraordinário, quando e se estiverem cumpridos os demais requisitos para tanto.

Este entendimento do Supremo Tribunal Federal baseia-se na aplicação integral e sem qualquer outra restrição de sua Súmula nº 356.

Para o Supremo Tribunal Federal, se os embargos de declaração eram cabíveis na origem, ou seja, tratando-se de omissão da decisão recorrida na apreciação da matéria constitucional suscitada previamente, ou cognoscível de ofício e tendo sido interpostos os embargos de declaração para sanar tal omissão, reputa-se satisfeito o requisito do prequestionamento, permitindo a análise do mérito do recurso extraordinário.

O recurso extraordinário, então, é admitido e conhecido mesmo sem o enfrentamento da questão constitucional pela decisão recorrida, desde que estejam preenchidos os demais requisitos necessários à sua admissibilidade. Não se está, a rigor, diante de matéria ventilada na decisão recorrida e de situação que possa ser enquadrada na súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, para o Supremo Tribunal Federal, basta a interposição dos embargos de declaração contra a decisão que se omitiu no mister de

apreciar a questão constitucional objeto do recurso extraordinário para configurar-se o que aquela Corte entende como prequestionamento.

A nosso ver, a aplicação da Súmula nº 356 colide com a Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

Na prática, o entendimento estampado na Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal está superado em relação ao preenchimento do requisito do prequestionamento para a admissibilidade do recurso extraordinário, pois não mais se exige que a questão constitucional tenha sido enfrentada na decisão recorrida.

Pode-se dizer, assim, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à configuração do prequestionamento para viabilizar o recurso extraordinário se confunde com a análise da configuração do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

Ora, se o raciocínio empreendido para a verificação da existência do prequestionamento resume-se à análise do cabimento e da necessidade da interposição dos embargos de declaração quanto à matéria constitucional omitida pela decisão objeto de recurso extraordinário, não importando o resultado do julgamento destes embargos de declaração, está se analisando, na verdade, se foram interpostos todos os recursos ordinários cabíveis.

O que está assentado na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, com a devida vênia, não guarda correlação com significado histórico do prequestionamento e com a aplicação que sempre lhe conferiram a doutrina e na jurisprudência.

A configuração dada pelo Supremo Tribunal Federal imbrica-se, como se percebe, com o requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

O efeito, ou a consequência, da mera interposição dos embargos de declaração, na origem, para sanar omissão realmente existente em relação ao tema constitucional objeto do recurso extraordinário, portanto, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, é o de acarretar o cumprimento do requisito do prequestionamento.

O princípio da ampla embargabilidade das decisões judiciais impõe que se investigue, sempre, quanto ao cabimento dos embargos de declaração, após a análise do cabimento de todos os demais recursos ordinários cabíveis. Só assim verifica-se o preenchimento do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

Em última análise, trata-se da aplicação da Súmula nº 281 do Supremo Tribunal Federal em relação aos embargos de declaração. “É inadmissível recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”, tendo esta súmula nº 281 aplicação, sempre, em relação aos embargos de declaração.

Quanto à interposição e resultado do julgamento dos embargos de declaração para sanar a omissão da questão federal passível de constituir fundamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento diametralmente oposto, o que está estampado em sua Súmula nº 211, cuja aplicação foi recentemente reafirmada por aquele Tribunal.

As razões desta divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça serão expostas em capítulo próprio.

6 A SÚMULA Nº 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A INTERPOSIÇÃO E O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM E A CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO PARA A ADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL

Através da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se a diferença do entendimento daquele Tribunal e do Supremo Tribunal Federal quanto à configuração do prequestionamento e as consequências da rejeição, na origem, dos embargos de declaração opostos com a finalidade de suprir omissão da decisão quanto à matéria constitucional ou federal.

Partindo do pressuposto de que a realmente foi omissa a decisão, na origem, a respeito da questão federal a ser objeto de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça entende que a rejeição dos embargos de declaração não viabiliza a discussão do tema federal omitido, mediante recurso especial.

É o que ficou consagrado na Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

Se não houve apreciação do tema, expressamente, pelo Tribunal de origem, não pode ser admitido o recurso especial.

Então, permanecendo o Tribunal de origem omissa a respeito da questão federal, qual a solução a ser adotada pela parte para que seja exercida a competência constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, de guarda da supremacia, integridade e uniformidade de aplicação da legislação federal no território brasileiro?

Diante da omissão na apreciação da questão federal, ante o princípio da ampla embargabilidade das decisões judiciais, serão cabíveis embargos de declaração, com fundamento no inciso II do artigo 535 do CPC, os quais deverão ser interpostos.

Sendo o recurso de embargos de declaração um recurso ordinário, a sua interposição, como se viu, já seria exigível para o preenchimento

do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias, para se viabilizar o recurso especial.

Se o Tribunal *a quo* acolhe os embargos e supre a omissão, decidindo a questão federal, sem qualquer dúvida, considerar-se-á configurado o prequestionamento e será possível a pronta interposição do recurso especial tendo por objeto a questão federal que havia sido omitida no primeiro julgamento.

Se forem rejeitados os embargos de declaração, entende o Superior Tribunal de Justiça pelo cabimento do recurso especial, desta feita para discutir a violação do próprio inciso II do artigo 535, do CPC uma vez que, existindo omissão, o Tribunal *a quo* deveria ter acolhido o recurso de embargos de declaração.

Tendo em vista a competência constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, cabe àquela Corte apreciar a ofensa às normas de direito processual vigentes, leis federais que são, hipótese na qual se enquadra a ofensa às disposições do inciso II do artigo 535 do CPC.

Reconhecida a omissão pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial interposto sob o fundamento da violação às disposições do inciso II do artigo 535 do CPC é provido, anulando-se as decisões proferidas pelo Tribunal *a quo*, para que seja enfrentada a questão pelo tribunal inferior.

Apenas após o enfrentamento desta questão pelo Tribunal de origem, caberá o recurso especial para levar ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça a violação à legislação federal cuja apreciação havia sido omitida na primeira decisão proferida. Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.¹³

De outro lado, a abordagem do Superior Tribunal de Justiça tem sido pragmática. O Superior Tribunal de Justiça não tem dado provimento ao recurso especial, interposto com fundamento na violação do inciso II do artigo 535 do CPC, quando rejeitados os embargos de declaração interpostos na origem, para fim de prequestionamento viabilizador do recurso especial, se não estiverem cumpridos os demais requisitos de admissibilidade deste recurso.¹⁴

13 REsp 445.456/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 14/02/2005; AgRg no AREsp 204.446/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013; RECURSO ESPECIAL Nº 1.202.144 – SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 08/02/2012; AgRg no Ag 1211136/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 17/12/2012.

14 AgRg no AREsp 212.983/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, reapreciou a Súmula nº 211 e manteve seu conteúdo, reafirmando expressamente a diferença de entendimento, no que tange à configuração do prequestionamento, para a admissibilidade do recurso especial, em comparação com aquele adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao se deparar com hipótese análoga.

As razões desta divergência decorrem das atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e serão analisadas a seguir.

7 AS RAZÕES DA DIVERGÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO: A REAFIRMAÇÃO DA SÚMULA Nº 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SÚMULA Nº 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Primeiramente, já se pacificou o entendimento quanto à constitucionalidade da exigência do prequestionamento, assinalando Araken de Assis (2013, p. 647) que é da própria essência na natureza excepcional, extraordinária, dos recursos especial e extraordinário.

De outro lado, a diferença de posicionamento entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em relação ao prequestionamento, decorre das funções institucionais destes Tribunais.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à configuração do prequestionamento, bem como quanto às consequências da interposição dos embargos de declaração e seu julgamento na origem, em face da omissão quanto à questão federal, parte exatamente das atribuições constitucionais daquele Tribunal.

Como a Constituição Federal reservou ao Superior Tribunal de Justiça a atribuição de guarda da integridade e da uniformidade de aplicação da legislação federal, cabe-lhe apreciar, por via de consequência a violação das disposições do inciso II do artigo 535 do CPC, na hipótese em que o órgão de origem rejeita embargos de declaração, não obstante tenha se configurado omissão passível de correção por este recurso.

Este é o primeiro obstáculo à adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, após a Constituição Federal 1988, do mesmo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto às consequências da rejeição dos embargos de declaração, na origem, em relação à matéria constitucional omitida e que enseja a interposição de Recurso Extraordinário.

A colidência dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é reconhecida por cada um destes Tribunais e é intencional.

A reafirmação da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, pela Corte Especial daquele Tribunal se deu justamente em contraposição ao entendimento do Supremo Tribunal Federal estampado na sua Súmula nº 356.¹⁵

De conformidade com as notícias acerca do julgamento da Questão de Ordem suscitada no REsp 968.378/RS, a reafirmação da Súmula nº 211, portanto, teve como finalidade evidenciar que o Superior Tribunal de Justiça não adota o entendimento da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento do Ministro Ari Pargendler foi o de que a prevalência da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal possibilitaria que o Superior Tribunal de Justiça analisasse questões fáticas e de provas, na hipótese de omissão relativa à legislação federal pelo Tribunal de origem, cabendo à parte interpor, nesta hipótese, recurso especial invocando a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, visando à anulação do julgamento para que seja enfrentada a questão pelo tribunal *a quo*. Manteve-se, por maioria de votos, a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não apontam para uma solução jurisprudencial de unificação dos seus entendimentos em relação ao tema. Ao contrário, reafirmam esta divergência em seus julgados.

O Superior Tribunal de Justiça deixou claro, ao reafirmar a Súmula nº 211, que enfrentar diretamente o tema omitido significaria reanalisar provas e fatos caso apreciasse diretamente a matéria omitida.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, porém, as razões do seu entendimento não ficam muito evidenciadas em suas decisões, e como explica a doutrina, distancia-se do que se convencionou conceituar prequestionamento. O entendimento estampado na súmula nº 356 contraria frontalmente o que está estampado na Súmula nº 282 também daquela Corte.

Uma consequência da adoção da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de rejeição dos embargos de declaração na origem, persistindo a omissão em apreciar a questão constitucional, seria a da necessária submissão desta questão, sempre, antes, ao Superior Tribunal de Justiça, pois o Supremo Tribunal Federal não tem competência para analisar a ofensa ao inciso II do artigo 535 do CPC.

Com a solução adotada pela Súmula nº 356 o Supremo Tribunal Federal evita a submissão da questão constitucional ao Superior

15 BUENO, op. cit., p. 279.

Tribunal de Justiça, mesmo que se trate de analisar a omissão desta questão na decisão de origem.

Ademais, resolve-se, com a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, a questão das decisões singulares, em relação às quais não cabe o recurso de apelação, das decisões dos Colégios Recursais no âmbito do sistema dos Juizados Especiais e das decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, pois delas não cabe recurso especial.

Na hipótese de rejeição, na origem, dos embargos de declaração diante de omissão em apreciar a questão constitucional, em relação a tais decisões, não seria possível interpor recurso especial por ofensa ao inciso II do artigo 535 do CPC, pois o recurso especial só se mostra cabível contra decisões proferidas em única ou última instância, pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou pelos Tribunais Regionais Federais (inciso III do artigo 105 da Constituição Federal).

Por consequência, contra estas decisões não teria cabimento o recurso extraordinário, caso persistisse a omissão em apreciar a questão constitucional emanada daquela lide, o que contrariaria o próprio texto do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, anulando-se a função institucional do Supremo Tribunal Federal para tais demandas.

Por fim, assinala-se que, segundo Cássio Scarpinella Bueno, com apoio na doutrina do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro, o teor da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça daria atendimento ao comando constitucional do requisito para admissibilidade “causa decidida”, o qual se convencionou tratar prequestionamento¹⁶, o que não se dá com a adoção da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal.

Profícuas são as palavras de Cássio Scarpinella Bueno¹⁷, utilizando-se de estudo do ex-Ministro Eduardo Ribeiro, ao constatar a problemática do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em relação ao prequestionamento assinalando que

O trabalho do Ministro Eduardo Ribeiro a que nos referimos anteriormente defende, longa e persuasivamente, a *ratio* desta Súmula nº 211 e comprova, de modo exaustivo, que o entendimento encerrado naquele enunciado é o único que, verdadeiramente, afeição-se com aquilo que deve ser entendido por prequestionamento: enfrentamento, *pela e na decisão recorrida*, da questão constitucional ou infraconstitucional que ensejará, nos termos dos arts. 102, III e

16 BUENO, Cássio Scarpinella. Prequestionamento: Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52-82. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/textos>>. Acesso em: 07 abr. 2013.

17 *Ibidem*, p. 52-82.

105, III, da Constituição Federal, a interposição de eventual recurso extraordinário

e/ou especial, respectivamente.

Moto perpetuo de sua análise é a demonstração de que a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, pela qual “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”, não oferece solução adequada ao instituto em estudo.

Segundo o preclaro Ministro, da recusa do Tribunal *a quo* em enfrentar, na decisão proferida, a questão legal/federal *não segue* o pressuposto para a interposição do recurso extraordinário e/ou especial, isto é, o prequestionamento. Acientífico, neste sentido, o comando encerrado na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal e a *ficção* que o mesmo encerra quanto à configuração do prequestionamento.

Nas suas palavras:

“Ocorre que a redação daquela súmula permite concluir que basta a apresentação dos declaratórios para ter-se superada a dificuldade, ainda que rejeitados por incabíveis. Abrir-se-ia ensejo para recorrer, quanto ao ponto em relação ao qual omissivo o acórdão, omissão que continuou após a decisão dos embargos”.

8 CONCLUSÕES

A rejeição dos embargos de declaração, interpostos para o fim de prequestionamento da questão constitucional ou da questão federal omitida no pronunciamento jurisdicional do órgão de origem, contra o qual pode ser interposto recurso especial ou extraordinário, tem consequências distintas para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. Esta divergência se evidencia do confronto entre o texto da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal não aplica a sua Súmula nº 282 na hipótese de rejeição dos embargos de declaração “prequestionadores” na origem. Assim, diante da Súmula nº 356 não mais aplica o Supremo

Tribunal Federal o conceito de prequestionamento que emergia de sua Súmula nº 282, que está superada em relação ao recurso extraordinário.

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, ao reafirmar a sua Súmula nº 211, demonstra que adota, para o recurso especial, o conceito de prequestionamento estabelecido pela Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

Do voto do Min. Ari Pargendler¹⁸ extrai-se que a aplicação do entendimento da Súmula nº 356 redundaria na permissão, para o Superior Tribunal de Justiça reanalisar matéria fática ou de prova, na hipótese de rejeição dos embargos de declaração “prequestionadores”, se fosse desde logo conhecido o recurso especial em relação ao tema federal omitido no julgamento realizado na origem, o que seria vedado pelas disposições do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Mas não seria possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça faz hoje, em duas etapas, o que faria em apenas uma etapa caso fosse revogada a Súmula nº 211 e prevalecesse também para o recurso especial a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal?

O recorrente interpõe o recurso especial por ofensa às disposições do inciso II do artigo 535 do CPC por omissão de questão de lei federal. O Superior Tribunal de Justiça analisa se esta omissão ocorreu, e se assim entender, anula a decisão de rejeição dos embargos de declaração para que seja outra proferida pelo Tribunal de origem, com a apreciação do tema omitido. Se o julgamento daí advindo afrontar a lei federal, segue-se com a interposição do recurso especial, para abordar, diretamente, o tema que fora anteriormente omitido, e que constitui verdadeiramente a matéria de fundo discutida no caso concreto.

No entanto, para a maior parte da doutrina a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é a mais acertada do ponto de vista técnico.

Pode parecer, à primeira vista, que seria tão somente burocrático o procedimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça a teor do que impõe a Súmula nº 211.

Mas, sem o pronunciamento da origem quanto à questão federal, não se está diante de uma causa decidida à luz da lei federal a dar ensejo ao recurso especial. O prequestionamento não terá ocorrido.

Sequer se sabe, de antemão, se o Tribunal de origem afrontará a lei federal quando sanar a omissão em apreciar a questão federal omitida. Pode dar-lhe a correta aplicação, favoravelmente a quem interpôs o recurso especial com base na violação do inciso II artigo 535 do CPC, uma vez que se admitem efeitos infringentes aos embargos

18 No julgamento da Questão de Ordem suscitada no REsp 968.378/RS.

de declaração se e quando decorrentes do suprimento da omissão que levou à sua interposição.

Entendimento diverso do que o estampado na Súmula 211 poderia levar à supressão de instância, pois o Superior Tribunal de Justiça apreciaria, pela primeira vez, a questão federal objeto do recurso especial, omitida nas instâncias ordinárias. É exatamente o que ocorre relativamente à questão constitucional omitida na origem, a teor do que ficou assentado na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

Como se expôs acima, no capítulo dedicado à análise da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, basta que o recorrente interponha os embargos de declaração, na origem, quanto à questão constitucional omitida, para que se tenha por preenchido o requisito do prequestionamento para viabilizar o recurso extraordinário.

A implicação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal é a absoluta irrelevância do resultado do julgamento dos embargos de declaração interpostos na origem, na hipótese de omissão da questão constitucional a ensejar recurso extraordinário.

Por isso, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, com a Súmula nº 356, reafirma a necessidade, apenas, do exaurimento das instâncias ordinárias, para a interposição do recurso extraordinário, abandonando o Supremo Tribunal Federal a idéia de prequestionamento objeto da sua Súmula nº 282.

Como o recurso especial por violação ao inciso II do artigo 535 do CPC só seria cabível das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais Federais em única ou última instância, a aplicação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal propicia a interposição do recurso extraordinário na hipótese de omissão da questão constitucional em decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho ou finais de primeira instâncias.

A aplicação da súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal evita, ainda, uma necessária subordinação prévia da questão constitucional omitida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, pois o Supremo Tribunal Federal não tem competência para apreciar a violação ao inciso II do artigo 535 do CPC.

Por fim, não se vislumbra a unificação de entendimento pela via jurisprudencial, reafirmando, diuturnamente, tanto o Superior Tribunal de Justiça, como o Supremo Tribunal Federal, esta divergência quanto ao conceito de prequestionamento, ou de causa decidida, em seus julgados.

REFERÊNCIAS

A JUSTIÇA em Números. In: *O Estado de São Paulo*. Caderno Opinião, 04.nov.2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-justica-em-numeros-,955426,0.htm>> Acesso em: 01 abr. 2013.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso Especial e Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais:1997.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Prequestionamento: Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, páginas 52-82. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/textos>>. Acesso em: 07.abr.2013.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Bahia: JusPODIVM, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. O Prequestionamento e os Pressupostos dos Recursos Extraordinário e Especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997.

MIRANDA, Vicente. *Embargos de Declaração no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, *et al.* *Curso Avançado de Processo Civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.