

ESCOLA SUPERIOR VERBO JURÍDICO

JOÃO BATISTA RODRIGUES AIRES

Aplicabilidade do Pré-questionamento Ficto à Luz do Art. 1.025 do Novo
CPC/2015 no Âmbito do STJ

Brasília

2018

JOÃO BATISTA RODRIGUES AIRES

**Aplicabilidade do Pré-questionamento Ficto à Luz do Art. 1.025 do Novo
CPC/2015 no Âmbito do STJ**

Artigo Científico apresentado à Escola Superior
Verbo Jurídico como Trabalho de Conclusão de
Curso para obtenção do título de Pós-graduado
em Advocacia Cível.

Brasília

2018

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise em relação à posição doutrinária e jurisprudencial dos Tribunais Superiores quanto à interpretação e aplicação do art. 1.025 do Novo Código de Processo Civil de 2015, e possível superação da Súmula 211/STJ, tendo em vista a expressa postura do legislador pátrio com vistas a combater a chamada “jurisprudência defensiva” e consagrar a tese do “prequestionamento ficto”. Busca-se, ainda, discutir os reflexos deste novo posicionamento na atuação dos advogados junto ao Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à necessidade ou não de indicar, no ato de interposição do recurso especial perante o STJ, a violação do art. 1.022 do Novo CPC/2015 sob a alegação de omissão do Tribunal *a quo* em não apreciar a matéria a ser submetida à Corte Superior.

Palavras-chave: Art. 1.025 do Novo CPC/2015. Súmula 211/STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Jurisprudência Defensiva. Prequestionamento ficto. Art.1.022 do Novo CPC/2015

ABSTRACT

The purpose of this present work is to analyze the doctrinal and jurisprudential position of the Superior Courts regarding the interpretation and application of art. 1.025 of the New Code of Civil Procedure of 2015, and possible overrun of Summary 211/STJ, in view of the express position of the country legislature to combat so-called "defensive jurisprudence" and to establish the thesis of "fictional prequestioning"; It also seeks to discuss the reflexes of this new position in the action of the lawyers before the Superior Court of Justice, regarding the necessity or not to indicate, in the act of lodging the special appeal, the violation of art. 1.022 of the New CPC/2015 under the allegation of failure of the Court to disregard the matter to be submitted to the Superior Court.

Keywords: Art. 1.025 of the New CPC/2015. Summary 211/STJ. Superior Justice Tribunal. Special Appeal. Defensive Jurisprudence. Fictional prequestioning. Art. 1.022 of the New CPC/2015.

1 Introdução

O Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas inovações quanto à interpretação e aplicação da legislação federal no âmbito processual. Importantes mudanças se deram no campo do sistema recursal, sobretudo na seara dos pressupostos para conhecimento do recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a redação disposta no art. 1.025 do CPC/2015.

Com o objetivo de combater a chamada “jurisprudência defensiva”, prática adotada mormente pelos Tribunais Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, qual seja a de não conhecimento do recurso sob a alegação de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade que viabilizariam a análise do mérito, o legislador trouxe de forma expressa a possibilidade do prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 do Novo CPC/2015.

Busca-se, assim examinar a interpretação dada pelo STJ ao art. 1.025, do Novo Código de Processo Civil de 2015, que prevê a possibilidade de se considerar prequestionada matéria não devidamente apreciada na decisão do Tribunal *a quo*, numa clara tentativa do legislador de privilegiar o julgamento do mérito e, conseqüentemente, a efetividade processual.

Por conseguinte, indaga-se se o enunciado da Súmula 211/STJ está superado e qual o papel dos embargos de declaração para fins de prequestionamento nesse contexto, bem como busca-se verificar a imprescindibilidade da indicação de violação do art. 1.022 do CPC/2015 no ato de interposição do recurso especial para fins de configuração do prequestionamento ficto.

2 Breve Histórico do Recurso Especial

Os recursos especial e extraordinário remontam ao antigo Direito inglês, quando havia o chamado *writ of error*, sistema pelo qual decisões judiciais contrárias à Lei poderiam ser reformadas pelo Monarca, considerado última instância a fim de proferir a palavra final sobre a questão. Posteriormente, esta sistemática foi adotada pelos Estados Unidos da América, a partir de 1789, através de recurso direcionado à Corte Suprema norte americana, conforme prelecionam SÁ e FREIRE (2012, p. 84):

No antigo Direito inglês, existia uma medida chamada *writ of error*, pela qual o Monarca poderia, em última instância, reformar as decisões judiciais que violassem a Lei. Essa medida chegou em 1789 aos Estados Unidos da América como um recurso dirigido à Suprema Corte. O *writ of error* era um recurso dirigido à Suprema Corte, que possibilitava a revisão das decisões judiciais proferidas pelas Cortes locais sobre questões relativas ao direito federal constitucional e infraconstitucional. Surgiu como uma necessidade de autopreservação do sistema federativo norte americano, na medida em que as unidades federativas possuíam tribunais próprios – dotados de competência para aplicar tanto o direito local quanto o direito federal –, cujas decisões poderiam desagregar a própria federação. Desta forma, além de assegurar a supremacia do direito federal sobre o direito local, o *writ of error* proporcionava uma uniformização de entendimentos sobre o direito federal constitucional e infraconstitucional em todo o país.

Como se verifica da posição dos autores, as decisões da Suprema Corte Norte Americana eram sobrevalentes em relação às decisões dos Juízos e Tribunais locais, o que tinha como consequência natural a uniformização de interpretação e aplicação do direito constitucional e infraconstitucional.

A legislação brasileira, tomando como base o *writ of error* norte americano, criou em 1890 o recurso extraordinário, a ser dirigido ao Supremo Tribunal Federal para reforma, em última instância, de decisões que contrariassem o ordenamento pátrio. (SÁ E FREIRE, 2012, p. 84)

Entretanto, tendo em vista a quantidade exacerbada de processos que chegaram à Corte Suprema de justiça nos quase cem anos vindouros, adotou-se em 1988, por intermédio da Assembleia Constituinte, a bipartição de competências entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para funcionar como última instância quanto à interpretação e aplicação de questões afetas à Constituição e ao direito infraconstitucional, respectivamente, de acordo com SÁ e FREIRE (2012, p. 84):

De 1890 a 1988, o número de recursos extraordinários cresceu de uma forma nunca imaginada pelo legislador brasileiro, havendo, em consequência, na Constituição Federal Brasileira de 1988, a sua bipartição. Atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o direito federal constitucional – ou simplesmente direito constitucional –, por meio do recurso extraordinário, e ao Superior Tribunal de Justiça a última palavra sobre o direito federal infraconstitucional – ou simplesmente direito federal –, por meio do recurso especial.

Nota-se que, após a divisão de competências entre STF e STJ para apreciar questões constitucionais e infraconstitucionais, respectivamente, ambos os Tribunais Superiores passam nos dias atuais por situação análoga em razão do excessivo número de processos para julgarem.

3 Embargos de Declaração: Conceito e Natureza Jurídica

Nos termos do art. 1.022 do Novo CPC/2015,

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material.

É possível extrair da leitura do referido artigo que os embargos de declaração se prestam tanto para esclarecimentos e supressão de omissões quanto para a correção de possível erro material constante da decisão recorrida.

Quanto à natureza jurídica dos embargos de declaração, há mais de uma corrente doutrinária, conforme esclarece NEVES (2017, p. 1695):

Os embargos de declaração são o único meio de impugnação de decisão judicial previsto no art. 994 do Novo CPC, que suscita na doutrina debate a respeito de sua natureza jurídica. A discussão, apesar de interessante, limita-se ao campo doutrinário, desde que compreendidas as características essenciais dos embargos de declaração. Sua classificação como recurso ou como mero pedido de melhora formal da decisão não é capaz de modificar tais características, não gerando a solução dessa questão consequências práticas relevantes. Parcela da doutrina entende que, apesar da sua colocação pela lei no rol dos recursos, os embargos de declaração não têm essa natureza, tratando-se na realidade de um instrumento processual colocado à disposição das partes para a correção de vícios formais da decisão, com o objetivo de aprimorar a qualidade formal dessa decisão e como consequência a qualidade da prestação jurisdicional. Afirma-se que pelos embargos de declaração não se pretende a reforma ou a anulação da

decisão, função dos recursos, mas somente o seu esclarecimento ou complementação.

No entanto, para NEVES (2017, p. 1695-1696), bem como para a maioria da doutrina, os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso, uma vez que tal posição se coaduna com a vontade do legislador ao incluí-los no rol de recursos previstos no art. 994, IV, do Novo CPC:

Seguindo a opção legislativa, outra parcela doutrinária – que parece ser a mais correta – defende a natureza recursal dos embargos de declaração, afirmando que é possível ao legislador optar entre a natureza recursal ou não dos embargos, devendo ser respeitada a opção feita na inclusão dos embargos de declaração no art. 994, IV, do Novo CPC (rol de recursos).

NEVES (2017, p. 1696) defende ainda que os embargos declaratórios preenchem os requisitos essenciais típicos de um recurso::

Por outro lado, os embargos de declaração preenchem os requisitos essenciais para que um meio de impugnação seja considerado recurso: (i) permitem a revisão da decisão; (ii) exigem o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade; (iii) obstam a preclusão da decisão; (iv) permitem a modificação da decisão, não se limitando ao esclarecimento ou integração da decisão, ao menos nos casos de omissão e contradição.

Os embargos de declaração visam, portanto, o esclarecimento ou integração da decisão recorrida, podendo ser opostos também com a finalidade de corrigir erros materiais, restando cabível contra qualquer decisão judicial.

4 Embargos de Declaração para fins de Pré-questionamento

NEVES (2017, p. 1721-1722) faz uma breve e objetiva retrospectiva quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na vigência do CPC/1973, nos casos em que o acórdão do qual a parte pretendia recorrer por intermédio do recurso especial era omissivo em relação à questão objeto da impugnação, conforme se vê:

Na vigência do CPC/1973 o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, negado injustificadamente o saneamento

da omissão no julgamento dos embargos de declaração, o acórdão desse recurso teria afrontado o art. 535 do diploma legal revogado, devendo a parte ingressar com recurso especial contra essa decisão. Provido o recurso especial, o processo voltaria ao tribunal de segundo grau para que efetivamente examinasse a matéria apontada nos embargos de declaração. Caso assim procedesse, finalmente estaria caracterizado o pré-questionamento, de forma a possibilitar o ingresso de recurso especial contra o acórdão originário. Caso contrário, mantendo-se o tribunal de segundo grau inerte em sanar a sua omissão, o que se verificaria com uma nova rejeição dos embargos de declaração, caberia à parte novamente a propositura de recurso especial por ofensa ao art. 535 do CPC/1973, contra o acórdão que decidisse os embargos de declaração. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, decidia que mesmo havendo a reiteração da omissão pelo tribunal de segundo grau, não era possível admitir que tivesse ocorrido o pré-questionamento, devendo-se remeter o processo novamente a esse tribunal, exigindo-se o saneamento da omissão.

Logo, antes da vigência do Novo CPC/2015, era necessária a interposição de recurso especial sob alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973 tão somente para que o STJ, verificada a omissão, devolvesse a matéria ao Tribunal de origem, determinando que fosse apreciada, para, só então, a parte interpor novo recurso especial com a questão, enfim, pré-questionada.

Para AMENDOEIRA JR. (2012, p. 129):

(...) não é por meio dos embargos de declaração que se dá o prequestionamento. Ele já deve ter ocorrido nas razões e contrarrazões recursais pelas partes. Ora, nessa medida, se as partes não suscitaram a questão, o acórdão, por óbvio, não é omissivo e, portanto, não são cabíveis embargos de declaração.

Assim, para o autor, deve-se ter em conta, antes da oposição de embargos para fins de prequestionamento, o fato de as partes terem suscitado a questão federal nas razões e contrarrazões recursais, pois só então se poderia falar em omissão por parte do julgador.

5 Do Prequestionamento

De acordo com o inciso III, do art. 105 da Constituição Federal de 1988:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local

contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O prequestionamento é pressuposto de admissibilidade do Recurso Especial, alvo de críticas e debates doutrinários. Tem como fundamento impedir que seja analisada no Tribunal Superior matéria não discutida previamente no Tribunal *a quo*, conforme esclarece NEVES (2017, p. 1721):

O pressuposto de admissibilidade do prequestionamento, que para alguns na realidade não é propriamente um juízo de admissibilidade específico, fazendo parte do pressuposto genérico “cabimento”, é alvo de inúmeras críticas e debates doutrinários. Entende-se majoritariamente que o prequestionamento constitui a exigência de que o objeto do recurso especial já tenha sido objeto de decisão prévia por tribunais inferiores, o que realça a atuação do Superior Tribunal de Justiça de mero revisor do que já foi decidido no pronunciamento judicial recorrido. A exigência do prequestionamento tem fundamentalmente a missão de impedir que seja analisada no recurso especial matéria que não tenha sido objeto de decisão prévia, vedando-se nesse recurso a análise de matéria de forma originária pelo Superior Tribunal de Justiça.

O termo “prequestionamento” está atrelado à ideia de “causas decididas”, constituindo-se pressuposto para que o recurso seja ao menos conhecido pelos Tribunais Superiores.

A exigência estabelecida pelo código processual, ao trazer a expressão “causas decididas”, dá-nos a impressão de que o legislador não previu o cabimento de recurso especial se a matéria discutida não tiver sido arguida e discutida no acórdão recorrido, conforme NOGUEIRA (2017, p. 39):

A Constituição Federal, ao prever a hipótese de recurso especial, estabeleceu que caberá ao STJ “julgar, em recurso especial, as causas decididas...” (art. 105, III, a). Ora, ao exigir uma decisão (“causas decididas”), pareceu, ao ver da jurisprudência do STJ, que o legislador constituinte não contemplou a hipótese de recurso especial quando a matéria nele invocada estiver fora do raio de pronunciamento do acórdão recorrido. Sim, pois se não houver pronunciamento sobre a matéria, é de dizer-se que sobre ela não ocorreu decisão.

Ainda segundo NOGUEIRA (2017, p. 39):

O certo é que compete à parte, que irá ingressar com o recurso especial provocar o prequestionamento. Vale dizer que, na instância ordinária, deve a parte levantar a matéria, para que esta seja apreciada pelo Tribunal, e, uma vez ocorrido esse pronunciamento, aí sim poder-se-á dizer que ocorreu

o prequestionamento. Esse pronunciamento pelo tribunal é que, efetivamente, faz com que seja caracterizado o prequestionamento.

Desta feita, somente se pode falar em prequestionamento na medida em que o Tribunal recorrido se pronuncie sobre a matéria em relação à qual a parte almeja recorrer ao STJ por intermédio do recurso especial:

SÁ e FREIRE (2012, p. 85) nos faz lembrar que, em regra, o tribunal a quo só analisa a matéria federal controvertida quando provocado pelas partes. Entretanto, poderá decidi-la de ofício se a questão federal controvertida for de ordem pública, senão vejamos:

Normalmente o Tribunal a quo só decide a matéria federal controvertida quando a parte alega. No entanto, o Tribunal a quo poderá agir de ofício quando a matéria federal controvertida for de ordem pública (por exemplo: ilegitimidade para a causa ou ausência de citação de litisconsorte necessário) ou quando se tratar de reexame necessário, por exemplo.

SÁ e FREIRE (2012, p. 85) consolidam o entendimento de que para o STJ, o “prequestionamento significa que a matéria federal controvertida deve ser decidida previamente pelo Tribunal a quo”, pouco importando se a apreciação da questão se deu de ofício pelo Tribunal ou por alegação das partes.

Cumprido destacar que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo o pré-questionamento implícito:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. APELO NOBRE QUE NÃO ATACA ESPECIFICAMENTE TODOS OS FUNDAMENTOS DO APELO NOBRE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. INOVAÇÃO DE TESE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO ATACADA. SÚMULA 182/STJ. 1. Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/1973; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016. 2. Na forma da jurisprudência desta Corte, "Para que se configure prequestionamento implícito, é necessário que o Tribunal a quo emita juízo de valor a respeito da matéria debatida (REsp. 1.615.958/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 29.11.2016), ainda que deixe de apontar o dispositivo legal em que baseou o seu pronunciamento" (AgInt nos EDcl no AREsp 44.980/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/02/2017). 3. Caso concreto em que o Tribunal de origem não emitiu nenhum juízo de valor acerca dos arts. 462 e 518, caput, do CPC/1973. Incidência das Súmulas 211/STJ e 282/STF. 4. A ausência de impugnação, no apelo nobre, de fundamento basilar que ampara o acórdão recorrido - que o ato de improbidade administrativa

estaria consubstanciado no conluio entre o ora agravante e o corr eu ex-Prefeito Municipal, que levou à rescisão do contrato de assessoria jurídica então existente e, ato contínuo, nova contrata o do ora agravante para propor a a o anulatória noticiada, em desfavor do INSS -, atrai a incidência da Súmula 283/STF. 5. É vedada a inova o de tese recursal em agravo interno, em face da preclusão consumativa. Precedente: AgInt no REsp 1.658.835/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/04/2018. 6. Inviável a aprecia o do agravo interno que deixa de atacar, especificamente, o fundamento da decisão agravada referente à impossibilidade de se reexaminar a questão da existência de dolo na conduta da parte agravante, em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. Incidência da Súmula 182/STJ. 7. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (AgInt no REsp 1668409/MG – rel. Min Sérgio Kukina, DJe. 24/5/2018).

Fala-se em prequestionamento implícito na ocasião em que o Tribunal de origem debate a questão federal, porém não se reporta explicitamente ao dispositivo legal violado.

Nesse caso, não haverá necessidade de o recorrente opor embargos de declara o, nem mesmo quando a matéria for ventilada somente no voto vencido, conforme art. 941,   3  do CPC/2015, ao dizer que “O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal:

A exigência do prequestionamento não decorre de simples apego a determinada forma. A razão de ser está na necessidade de proceder a cotejo para, somente então, assentar-se o enquadramento do recurso no permissivo legal. Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, contando a parte sequiosa de ver o processo guindado   sede extraordinária com remédio legal para compeli-lo a tanto – os embargos declaratórios. A persistência da omissão sugere hipótese de vício de procedimento. Configura-se deficiência na entrega da presta o jurisdicional, o que tem contorno constitucional, pois   garantia de acesso ao Judiciário há que ser emprestado alcance que afaste verdadeira incongruência, ou seja, o enfoque de que, uma vez admitido, nada mais   exigível, pouco importando a insuficiência da atua o do Estado-Juiz no dirimir a controvérsia. Impor para configura o do prequestionamento, além da matéria veiculada no recurso, a referência ao número do dispositi vo legal pertinente, extravasa o campo da razoabilidade, chegando às raias do exagero e do mero capricho, paixões que devem estar ausentes quando do exercício do ofício judicante (Recurso Extraordinário n  128.519, Relator ministro Marco Aurélio, TRIBUNAL PLENO, julgado em 27/09/1990).

O prequestionamento já era adotado pelo Supremo Tribunal Federal ainda   época em que este Tribunal analisava igualmente as questões de âmbito

constitucional e infraconstitucional, conforme entendimento esposado nas súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, citadas por NOGUEIRA (2017, p. 39):

Já no STF a questão vinha enfocada por duas súmulas: “Súmula 282 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” “Súmula 356 – O ponto omissis da decisão, sobre a qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” Portanto, o prequestionamento já era adotado desde o tempo em que o Supremo Tribunal de Federal decidia, também as questões de índole infraconstitucional.

A exigência do prequestionamento foi mantida posteriormente pelo STJ com o advento da Súmula 211, cujo enunciado diz ser *“inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”*.

6 Aplicação do art. 1.025 do Novo CPC/2015 pelo Superior Tribunal de Justiça

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil de 2015, verifica-se a vontade do legislador em querer reconhecer expressamente o chamado “prequestionamento ficto”, conforme BUENO (2018, p.826):

O art. 1.025 quer consagrar o que parcela da doutrina e da jurisprudência chama de “pré-questionamento ficto”, com base na costumeira interpretação do enunciado da Súmula 356 do STF. É ler o dispositivo codificado: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

O doutrinador traz à discussão a tentativa do legislador em consagrar o prequestionamento ficto com fundamento no enunciado da Súmula 356/STF¹ a partir do que denomina “modelo constitucional do direito processual”².

¹ Supremo Tribunal Federal – Súmula 356: “O ponto omissis da decisão sobre a qual não foram opostos embargos de declaração, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

² BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 826.

BUENO (2018, p. 826), no entanto, defende que a causa tem que ser efetivamente decidida para o cabimento do recurso especial e que os Tribunais Superiores não podem agir como meras instâncias recursais, conforme se vê adiante:

O prezado leitor poderá objetar que o art. 1.025 só terá aplicação quando o STF ou o STJ considerarem existentes os vícios que motivaram a apresentação dos declaratórios e, nesse sentido, que os embargos de declaração foram indevidamente inadmitidos ou rejeitados. De fato, prezado leitor, é o que está escrito, com todas as letras no dispositivo ora examinado. Contudo, em tais casos, o mais adequado é que o recurso especial (ou, até mesmo, o recurso extraordinário) fosse acolhido por violação a algum inciso do art. 1.022, por haver nele error in procedendo e que houvesse determinação para que outra decisão fosse proferida com a superação ou a correção daqueles vícios. É que a causa tem que ser efetivamente decidida para o cabimento dos recursos especial e extraordinário (sempre os incisos III do art. 102 e 105 da CF), não bastando que seja suposto, no acórdão recorrido, o que deveria ter sido decidido, mas não o foi. Tanto o acórdão não decidiu, como deveria ter decidido, que a aplicação do art. 1.025 supõe que o STF ou o STJ “considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”, isto é, ao menos um dos vícios que motivaram a apresentação dos declaratórios.

Cássio Scarpinella Bueno (2018, p. 827) complementa seus argumentos em defesa da interpretação do art. 1.025 do CPC/2015 em consonância com a aplicação da súmula 211/STJ ao tecer os seguintes comentários:

É por isso, para dar cumprimento à estrita regra de competência constante dos incisos III dos arts. 102 e 105 da CF, que não faz sentido o disposto no art. 1.025 e que, por identidade de motivos, é mais adequada a compreensão constante da Súmula 211 do STJ. O acolhimento do recurso extraordinário ou especial voltado à mera cassação do acórdão que incida em um dos erros reputados existentes nos termos do art. 1.025 não pode ser compreendido como medida que atrita com a eficiência processual. O que há é aplicação de regra de competência restrita que quer preservar o papel institucional do STF e do STJ no exercício de sua competência recursal extraordinária ou especial. Sobre o ponto, aliás, evidencio que, na revisão final a que o texto do CPC de 2015 foi submetido antes de seu envio à sanção presidencial, a palavra “pleiteou”, constante do art. 1.022 do Parecer n. 956/2014, texto final submetido à aprovação do Senado em dezembro de 2014, foi substituída por “suscitou”. A diferença, em termos de pré-questionamento, já que é disso que o art. 1.025 quer tratar, é patente. Pleitear parece ser algo mais incisivo, no sentido de ter de haver, nos embargos de declaração, pedido claro “para fins de pré-questionamento”, o que é, aliás, o que a prática forense consagra. Suscitar, por sua vez, que é o verbo afinal empregado, dá margem a entendimento mais brando no sentido de ser suficiente que o tema tenha sido tratado em passante, ventilado, como se costuma dizer, nos embargos de declaração. A redação final do art. 1.025, mesmo para quem não queira ver nela alteração que justifique sua inconstitucionalidade formal, destarte, só acaba por aprimorar o ritual de passagem a que fiz referência de início, transportando indevidamente para os Tribunais Superiores o ônus de definir o que foi e o

que não foi suscitado para, verificando o que não foi decidido, embora indevidamente, entender cabíveis recursos que, de acordo com a CF, pressupõem "causa decidida".

Entende o autor haver no art. 1.025 do Novo CPC/2015 inconstitucionalidade formal em completa dissonância com o disposto no inciso III dos art. 102 e 105, III, que apenas reconhece como prequestionada as causas ditas "decididas" pelo Tribunal de origem.

Por fim, ressalta que ao considerar essa nova sistemática, os Tribunais Superiores passariam a ter de maneira indevida a obrigação de verificar caso a caso o que foi e o que não foi prequestionado.

O Superior Tribunal de Justiça também vem dando entendimento diverso ao sentido literal do art. 1.025 do CPC/2015, ao determinar como condição sine qua non a indicação no recurso especial de violação por parte do Tribunal a quo do art. 1.022 do CPC/2015:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 489, § 1º, IV, DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. 1. O Tribunal de origem não examinou a controvérsia sob o enfoque do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ. 2. Esta Corte Superior firmou a compreensão de que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 10/04/2017). 3. Vigora no STJ o entendimento de que o prequestionamento da matéria pressupõe o efetivo debate pelo Tribunal a quo sobre a tese jurídica veiculada nas razões do recurso especial, não sendo suficiente, para tanto, a menção pela Corte de origem de que dá por prequestionado o dispositivo legal suscitado pelo embargante. 4. Agravo interno de Rumo Malha Sul S/A a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1669746, T1 – Min. Sérgio Kukina, DJe. 18/05/2018)

Dessa maneira, o STJ se mostra contrário à vontade do legislador quanto à efetividade plena do prequestionamento ficto, tendo em vista que o ordenamento jurídico não prevê a indicação de violação do art. 1.022 do CPC/2015.

De modo diverso, o texto do dispositivo legal consolida o entendimento de que ainda que opostos embargos declaratórios o Tribunal de origem não reconheça

a omissão, poder-se-ia no âmbito do próprio STJ reconhecer a matéria como prequestionada com vistas a conhecer do recurso especial e proceder à análise da questão federal.

NEVES (2017, p.1722) explica que:

Não resta dúvida da propriedade técnica do entendimento, porque realmente sendo o acórdão omissivo quanto à matéria que se pretende alegar em sede de recurso especial e sendo rejeitados os embargos de declaração oferecidos pela parte, a omissão persiste, permanecendo o estado anterior de ausência de prequestionamento da matéria. Ocorre, entretanto, que essa propriedade técnica estava totalmente divorciada da realidade da praxe forense, tornando a obtenção de prequestionamento para o ingresso de recurso especial em árduo trabalho para as partes interessadas na interposição de tal recurso.

Constata-se, à vista disso, que ainda que persista a ausência de apreciação da questão federal por reconhecida omissão do Tribunal *a quo*, bem mais custoso é para as partes interessadas em recorrer ao Tribunal Superior tão somente para que o Tribunal de origem se posicione sobre a questão.

Por derradeiro, NEVES (2017, p.1722) afirma com entusiasmo o seguinte:

Por isso deve ser efusivamente comemorado o art. 1.025 do Novo CPC, ao prever que se consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. Como se pode notar da mera leitura do dispositivo legal, está superado o entendimento consagrado na Súmula 211/STJ.

Esclarece o referido autor, com alusão ao entendimento trazido pelo art. 1.025 do Novo CPC/2015, que resta superada a Súmula 211/STJ, sendo esta a interpretação pura e simples da vontade do legislador em decorrência da previsão expressa do prequestionamento ficto.

7 Considerações Finais

A inovação legislativa trazida pela leitura do art. 1.025 do Novo CPC/2015 deve ser interpretada de forma sistemática e em consonância com o papel dos

Tribunais, de acordo com os parâmetros de atuação dados pela Carta Magna de 1988.

Em atenção ao clamor das partes e advogados por maior celeridade processual, especialmente em relação aos processos que tramitam nos Tribunais Superiores, o legislador privilegiou a efetividade processual em detrimento do excesso de formalismo quando da elaboração do art. 1.025 do Novo CPC/2015.

No embate entre a jurisprudência defensiva e a efetividade do princípio da primazia do mérito, no que diz respeito aos recursos que chegam às instâncias superiores, deve prevalecer o bom senso, pois há de se reconhecer a função constitucional do STJ e STF cuja essência é a de atuarem como Cortes de precedentes e não meramente revisoras.

Para o STJ, o prequestionamento da matéria pressupõe sua prévia apreciação e discussão pelo Tribunal de origem, não sendo satisfatória e suficiente a simples menção do dispositivo legal.

O prequestionamento ficto, à luz do dispositivo legal, ocorre com a mera oposição de embargos declaratórios em face da decisão do Tribunal *a quo*, mesmo quando não houver sucesso em sua análise, ou seja, ainda que este juízo permaneça omissos.

Não obstante, o STJ, em que pese a admissão do prequestionamento ficto, vem dando ao art. 1.025 do CPC/2015 interpretação diversa do que seria o melhor entendimento do dispositivo, ao exigir a indicação no recurso especial de violação do art. 1.022 do CPC/2015 a fim de possibilitar ao Tribunal verificar o vício no acórdão e, só então, proceder à supressão de instância.

No entanto, esse procedimento, ao que parece, não encontra guarida na legislação processual brasileira e vai de encontro à tentativa do legislador de reverter a postura defensiva da Corte de Justiça, em clara esquiva à possibilidade de apreciação da questão federal proposta pelas partes.

Diante desta nova sistemática, seria de rigor considerar superada a Súmula 211/STJ, e adotar a interpretação do art. 1.025 do CPC/2015 de acordo com a vontade do legislador, buscando-se transpor os entraves propostos pelo Superior Tribunal de Justiça e propiciar uma jurisdição mais célere e efetiva às partes e advogados.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de jun 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 de jun de 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9ª ed. Salvador: JusPdivm, v. único, 2017.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Recurso Especial no Novo Código de Processo Civil**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SÁ, Renato Montans de; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Processo Civil III - Recursos Cíveis e Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Arquivo PDF. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B076BY3639>>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **AgInt no REsp 1668409/MG** – Relator: Min Sérgio Kukina, julgado em 24/5/2018. Disponível em: < https://intrasec.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82986348&num_registro=201700933797&data=20180524&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 de jun 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **AgInt no REsp 1669746/PR**, T1 – Relator: Min. Sérgio Kukina, julgado em 17/05/2018. Disponível em: < https://intrasec.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1711445&num_registro=201701016391&data=20180518&formato=PDF>. Acesso em: 13 de jun 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **Recurso Extraordinário nº 128.519**, Relator: Ministro Marco Aurélio, TRIBUNAL PLENO, julgado em 27/09/1990. Disponível em : < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710758/recurso-extraordinario-re-128519-df>>. Acesso em: 13 de jun 2018.