



Organizadores
Raul Araújo • Cid Marconi • Tiago Asfor Rocha

Temas Atuais e Polêmicos na JUSTIÇA FEDERAL

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 6

Notas sobre o prequestionamento ficto no novo CPC

Raul Araújo Filho
Rommel Barroso da Frota

sys- 1131989

INTRODUÇÃO

Os Recursos Especial e Extraordinário são, por essência, espécies de impugnação de decisão judicial que apresentam grau mais acentuado de formalidade, derivado de sua condição especialíssima de insurgência com assento e delimitação constitucional diretos, destinados a possibilitar o conhecimento de determinadas discussões pelos mais altos Tribunais do País.

Essa maior restrição formal confere peculiar realce à temática pertinente ao que se pode denominar de requisitos de admissibilidade daquelas espécies recursais. E, dentre tais requisitos, ressaí a figura do que se convencionou referir como **prequestionamento**¹.

O vigente Código de Processo Civil (CPC) inovou, em seu art. 1.025, trazendo disposição que objetiva, claramente, atenuar os rigores na exigência do prequestionamento, facilitando o acesso às Cortes Superiores. Com isso, reacendeu ou incrementou o debate em torno do assunto. É preciso, então, compreender com exatidão o real sentido daquele dispositivo, que deve ser cotejado com outras normas processuais, inclusive de índole constitucional, para que se possa extrair seu alcance através de uma interpretação sistemática.

1. Muito embora o Código de Processo Civil (v. g. o art. 941, §3º, e o art. 1.025) grafe o termo "pré-questionamento", com hífen, doutrina e jurisprudência consagraram a escrita "prequestionamento", que igualmente tem o respaldo do Vocabulário da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras (<http://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario> - consulta: 19.09.2017), sendo a utilizada no presente artigo.

O presente artigo se propõe, exatamente, a ofertar contribuição ao instigante estudo sobre essa matéria, principiando por definir o que seria o prequestionamento, deslindando suas espécies básicas, acompanhando, no que é pertinente, a evolução jurisprudencial acerca do assunto para, então, propor uma hermenêutica para o prefalado art. 1.025 da Lei Processual Civil, que tem o seguinte teor:

“Art. 1.025. 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.”

1. DEFINIÇÃO² DE PREQUESTIONAMENTO

O termo prequestionamento já encerra uma noção prévia da sua compreensão: pressupõe, como claramente se percebe, questionar previamente. Cuida da necessidade de ter a parte, ainda antes da eventual interposição dos Recursos Especial e Extraordinário (previamente a eles, portanto), suscitado um ponto ou tema, questionando-o, de modo a vê-lo apreciado na decisão proferida pela Corte que antes julgou a causa. Tal decorre do previsto na Constituição Federal que, ao tratar dos Recursos já assinalados, dispõe:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

...

*III - julgar, mediante **recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.” (destaques inovados)

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

...

2. No sentido de “*declaração do uso corrente do termo em questão*” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4ª ed. (tradução da primeira edição coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti). São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 237.

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.” (destaques inovados).

Nos dois casos, o que se submete às Instâncias Judiciárias Superiores são as causas (no sentido de questões) **decididas** em única ou última instância. É dizer: resta imprescindível que tenha havido uma decisão judicial, na instância inferior imediata, acerca do ponto que se almeja agora ver reapreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mediante Recurso Extraordinário, ou pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em Recurso Especial.

Assim é porque aquelas duas Cortes são Tribunais de **uniformização**, respectivamente, da interpretação da Constituição da República e de lei federal. E somente é possível cogitar de uma uniformização caso exista uma interpretação anteriormente firmada pelo Sodalício *a quo*, a qual se verificará ser ou não correta e compatível com a Carta Magna ou a legislação federal, segundo o entendimento do STF ou do STJ, conforme o caso.

A função daqueles dois Pretórios, no julgamento de recursos Extraordinário e Especial, portanto, não é atuar como uma simples nova instância recursal, mas como vetores de segurança jurídica e de isonomia, de modo a permitir que decisões díspares acerca de uma mesma disposição, constitucional ou legal (a depender do contexto), proferidas por diferentes Tribunais, passem a ostentar uma mesma orientação, consoante o julgado daqueles recursos.

Prestigia-se a segurança jurídica porque a uniformidade de entendimento assegura um horizonte de previsibilidade, de modo que seja razoável esperar que novos litígios com conteúdo fático ou jurídico assemelhado recebam idêntica solução. Do mesmo modo, valoriza-se a isonomia na medida em que se tenta evitar que situações análogas apresentem desfecho judicial distinto. É evidente que nem sempre esses ideais pertinentes à segurança e à isonomia são alcançados, mas a lógica do que se busca no sistema jurídico com as Cortes de uniformização é mais que clara.

Sendo a uniformização de interpretação a função precípua do STF e do STJ, no julgamento de Recursos Extraordinário e Especial, tal pressu-

põe, como já adiantado, a existência de uma hermenêutica já fixada por uma Corte inferior acerca de determinado tema, de forma que a questão tenha sido antes decidida, em única ou última instância, na dicção dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. É justamente nesse ponto que se situa a discussão sobre o prequestionamento.

Pquestionamento, nessa linha, é o prévio debate, pelo Tribunal *a quo*, da tese jurídica relacionada ao dispositivo normativo, constitucional ou legal, conforme se esteja a cuidar de recurso extraordinário ou especial, de modo a formar uma interpretação que possa ser submetida ao crivo dos Pretórios Superiores (assim como consta do art. 1.025, utiliza-se aqui a expressão indistintamente para referir tanto o STF quanto o STJ). E se essa condição não se verifica, resta inadmissível a irresignação, pois não se cuidará de uniformização de hermenêutica³.

A definição acima, não fosse o advento do atual Código de Processo Civil forçosamente deveria sofrer uma limitação: o debate necessitaria ocorrer no voto vencedor do acórdão do Tribunal inferior. A questão suscitada em votos vencidos não ensejava prequestionamento, à luz da jurisprudência⁴ tanto do STF⁵ quanto do STJ⁶. O novo *Codex*, porém, introduz determinação explícita de que o conteúdo do voto vencido integra o acórdão para todos os fins legais, inclusive o de prequestionamento:

-
3. Representativo da jurisprudência amplamente dominante em tal sentido: “... *A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, impede o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento, a teor das Súmulas n. 282 e 356 do STF*” (AgRg no AREsp 353.433/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2017, Dje 18/08/2017).
 4. Translúcido exemplo do que se convencionou referir como “jurisprudência defensiva”: os entendimentos tribunalícios que dificultam o conhecimento das insurgências recursais, reduzindo a carga cada vez mais das Cortes Superiores sem o exame de mérito das controvérsias a elas submetidas.
 5. Nas duas Turmas da Corte há precedentes nesse sentido: “*Não atende o requisito do prequestionamento se somente o voto vencido suscita o debate constitucional trazido no recurso extraordinário*” (AI 647409 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/08/2011, Dje-194 DIVULG 07-10-2011 PUBLIC 10-10-2011 EMENT VOL-02604-03 PP-00375) e “*Em casos semelhantes ao dos presentes autos, esta Corte tem se posicionado no sentido de que não se configura o prequestionamento se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido cuidou do tema suscitado no recurso extraordinário, adotando fundamento independente, sequer considerado pela maioria*” (AI 740527 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 02/08/2011, Dje-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-03 PP-00489).
 6. “*A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.*” (Súmula 320, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/10/2005, DJ 18/10/2005, p. 103)

“Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

...

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.” (destaques inovados).

Por tal razão, não é mais indispensável (como seria no passado) qualquer ressalva quanto ao debate ensejador do prequestionamento ocorrer no voto vencido ou no vencedor.

2. ESPÉCIES DE PREQUESTIONAMENTO

Em sua forma mais usual, que aqui será referida como **expressa**, o prequestionamento pressupõe, portanto, que a Corte inferior tenha se pronunciado de forma expressa, indicando a norma que aplicou à espécie, de modo que tenha sido inequivocamente discutido o sentido a ela atribuído.

O Superior Tribunal de Justiça, porém, tem admitido o que se convencionou referir como **prequestionamento implícito** onde, conquanto não haja menção direta a determinada norma jurídica, a Corte *a quo* emite um juízo de valor indicativo de sua aplicação⁷ no acórdão recorrido. É dizer: o conteúdo da decisão recorrida permite inferir com exatidão a norma jurídica que a direcionou, a despeito da ausência de sua indicação expressa⁸.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, firmou sua jurisprudência em sentido diametralmente oposto, negando-se a aceitar a possibilidade de prequestionamento implícito, somente tendo por satisfeito aquele requisito de admissibilidade recursal quando a norma (no caso, consti-

7. *“Esta Corte admite o prequestionamento implícito nas hipóteses em que as questões debatidas no recurso especial tenham sido decididas no acórdão recorrido, sem a explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão. ...”* (AgInt no REsp 1613394/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 12/06/2017) e *“... Para que se configure prequestionamento implícito, é necessário que o Tribunal a quo emita juízo de valor a respeito da aplicação da norma federal ao caso concreto, o que não ocorreu. ...”* (AgInt no AREsp 1056818/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 26/06/2017), entre vários outros julgados.

8. *“... Somente se poderá entender pelo prequestionamento implícito quando a matéria tratada no dispositivo legal for apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisum objurgado. ...”* (AgInt no AREsp 1060013/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017).

tucional) é explicitamente objeto de deliberação. Isso tem sido aplicado pelas duas Turmas que compõem aquele Sodalício⁹.

Consequentemente, a mesma questão (discussão de uma norma sem sua expressa menção em uma decisão judicial), admite soluções diversas, conforme se cuide de Recurso Especial (REsp) ou de Recurso Extraordinário (RE).

Na primeira hipótese, o STJ, acolhendo o prequestionamento implícito, poderá, salvo a existência de outros óbices, admitir a insurgência, examinando a alegação de violação à lei federal, pois estará uniformizando a interpretação dessa última. No segundo caso, o STF exigirá sejam interpostos embargos de declaração para explicitar o debate sobre a norma constitucional, sob pena de sequer admitir o Recurso Extraordinário.

Mais: se a ofensa à Constituição, suscitada no RE, somente tiver surgido por ocasião do julgamento dos aclaratórios, mas ainda assim sem a explicitação do dispositivo em debate, a Corte Excelsa demanda a interposição de novos embargos de declaração para que haja a expressa menção¹⁰.

E se, opostos esses segundos embargos, ainda assim a Corte *a quo* se recusar a apontar expressamente a norma constitucional que está implicitamente em discussão? Ou, cuidando-se de mácula à lei federal, o tema for suscitado em aclaratórios, mas não for discutido pela Instância Inferior nem mesmo de forma implícita?

A resposta às indagações formuladas no último parágrafo demanda, justamente, a discussão do denominado **prequestionamento ficto** ou **virtual** contido no art. 1.025 do Código de Processo Civil, tanto com relação ao Recurso Extraordinário, quanto no que se refere ao Recurso Especial.

9. *Verbi gratia*: "... A razão do prequestionamento – haver o cotejo para concluir-se pelo enquadramento do extraordinário no permissivo que lhe é próprio – direciona à adoção, na origem, de entendimento expresso sobre o texto constitucional tido como inobservado. Descabe agasalhar o prequestionamento implícito." (RE 177048, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe-026 DIVULG 08-02-2011 PUBLIC 09-02-2011 EMENT VOL-02460-02 PP-00315) e "... O Supremo Tribunal Federal não admite o prequestionamento implícito. Precedentes. ..." (ARE 926722 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 04-05-2017 PUBLIC 05-05-2017).

10. "... Se a suposta violação surgiu no julgamento dos embargos de declaração, fazia-se necessária a oposição de novos embargos declaratórios, a fim de questionar a matéria, o que, de fato, não ocorreu. Incidência das Súmulas n^{os} 282 e 356 da Corte. Precedentes. ..." (ARE 976765 ED-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 02/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 14-02-2017 PUBLIC 15-02-2017).

De momento, e unicamente para o fim de estabelecer uma definição que permita extremar a figura das outras espécies tratadas neste tópico, pode-se afirmar que há **prequestionamento ficto ou virtual** quando a própria lei ou Tribunal, embora não tenha havido efetivo debate pelo Tribunal *a quo* de uma questão suscitada no recurso, considera-a, por ficção jurídica, uma “*causa decidida*” apta a permitir o conhecimento do Recurso Especial ou Extraordinário.

Note-se que, diversamente do prequestionamento implícito, onde a aplicação da norma debatida e não expressamente referida no acórdão recorrido pode ser identificada no conteúdo deste, o prequestionamento ficto ou virtual é tido, por lei ou pelo Tribunal, como existente, uma vez atendidas certas condições, embora a regra alegada pela parte recorrente não conste nem implicitamente da decisão recorrida.

Compreender os exatos contornos do prequestionamento ficto pressupõe, todavia, examinar, antes, a disciplina dos embargos de declaração e, mais especificamente, sua utilização como meio de ensejar o prequestionamento.

Concluindo esta parte sobre as espécies de prequestionamento, cabe ainda referir aquele que a jurisprudência convencionou chamar de pós-questionamento, por ser o questionamento tardiamente provocado pela parte e que merecerá abordagem também no tópico a seguir.

3. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PREQUESTIONAMENTO

O Código de Processo Civil, dentre as várias espécies recursais que disciplina, prevê os embargos de declaração (art. 994, IV). Ditos embargos, ainda na dicção legal, prestam-se a escoimar vícios identificados na decisão, de modo a esclarecer obscuridade (falta de clareza, confusão), eliminar contradição (incoerência, desacordo entre premissas adotadas), suprir omissão (preterição, ausência de menção) ou corrigir erro material (claro engano):

“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.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º."

Das hipóteses de cabimento acima aludidas, a pertinente ao suprimimento de omissão é, no mais das vezes, o meio utilizado para suscitar prequestionamento.

Assim é porque, segundo a Lei Processual, é omissa a decisão que incorra em qualquer das condutas descritas no seu art. 489, §1º¹¹. E aquela norma estipula:

"Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

...

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

Embora várias das situações cogitadas pelo art. 489, §1º, sejam relacionáveis a ofensas à lei federal ou à Constituição, como o fulcro do presente artigo é o instituto do prequestionamento, é indubitável que a maioria dos embargos de declaração com essa finalidade estará centra-

11. Não se vai debater, no presente artigo, a hipótese específica de omissão acerca de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência porque, muito embora a temática de fundo envolva questões de possível violação a normas legais ou constitucionais, o ponto nodal nessa situação é muito mais o de respeito à jurisprudência consolidada e geral acerca de um assunto que propriamente a possibilidade genérica de prequestionamento de ilegalidades ou inconstitucionalidades (conforme o caso), que se aplica a uma gama de recursos muito maior. Apesar disso, muito do que ora se está a suscitar é aplicável também ao art. 1.022, parágrafo único, I, do CPC.

da no inciso IV: *não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.*

Explica-se: se o argumento tiver sido enfrentado no julgamento do Tribunal de Segundo Grau, então a questão legal (utiliza-se o termo ao longo da presente exposição para se referir unicamente à lei federal, visto que máculas a leis estaduais ou municipais não ensejam Recurso Especial) ou constitucional (também aqui cuida-se unicamente da Constituição Federal, cuja violação pode suscitar a admissibilidade de um Recurso Extraordinário) foi decidida, tendo se verificado o prequestionamento expresso (ou implícito, nas condições em que o admite o Superior Tribunal de Justiça). Isso torna desnecessário o manejo de aclaratórios com tal objetivo. É precisamente quando o assunto, a despeito de suscitado¹², não é decidido que os embargos cogitados surgem como meio de efetuar o prequestionamento.

Até o advento do atual Código de Processo Civil, qual era a lógica aplicável?

No âmbito do Recurso Especial, se, mesmo com a interposição dos embargos de declaração, não houvesse enfrentamento da tese pertinente à ofensa à lei federal (com o prequestionamento expresso) ou a abordagem do tema fosse feita sem claramente referir explicitamente aos dispositivos legais violados (com o prequestionamento implícito), não estaria aberta a via recursal excepcional para discutir diretamente a alegada mácula. É dizer: a interposição dos embargos de declaração não era suficiente, por si só, para prequestionar a matéria¹³.

A parte, então, seria obrigada a formular um Recurso Especial alegando sobretudo ofensa ao antigo art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, que previa a utilização dos embargos de declaração como meio de sanar omissões¹⁴. Caso provida a insurgência, o STJ determinaria que a Corte *a quo* se manifestasse efetivamente sobre o tema omissis. Após esse novo julgamento de Segundo Grau, só então poderia restar evidenciada a violação a outros dispositivos de lei federal (aqueles já suscitados desde os embargos de declaração) e, assim, ser viabilizado

12. Mais adiante, far-se-á uma ressalva quanto a essa necessidade de suscitação prévia.

13. *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."* (Súmula 211, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/1998, DJ 03/08/1998, p. 366)

14. *"Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: ... II - for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o tribunal."*

novo Recurso Especial para discuti-la. Isso, evidentemente, caso não remanescesse silente, total ou parcialmente, o Tribunal inferior, obrigando a interposição de novos aclaratórios ou novo Recurso Especial ainda por ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Somente quando o prequestionamento, expresso ou implícito, ocorresse, seria cabível o Recurso Especial para discussão de tema outro que não a violação ao art. 535, II, do CPC de 1973.

Cuidando do Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal adotou, de início, posicionamento diverso: *“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”*¹⁵.

Durante muito tempo, a interpretação que se extraiu do enunciado sumular foi a de que, interpostos os embargos de declaração, mesmo que o Tribunal inferior recusasse o exame do tema constitucional, essa matéria estaria prequestionada. Tinha-se, aí, portanto, o prequestionamento ficto, por construção jurisprudencial.

Proclamava, então, o STF que *“nos termos da Súmula 356, os embargos de declaração representam a garantia do trânsito do recurso extraordinário, se o Tribunal “a quo” se omitiu na apreciação de matéria que a parte propôs no juízo de apelação.”*¹⁶ De forma ainda mais clara: *“constituindo requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, o prequestionamento pressupõe que a matéria alegadamente atingida tenha sido ventilada e discutida na decisão impugnada ou objeto de embargos de declaração.”*¹⁷

Dessa forma, *“o que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a*

15. Súmula nº 356.

16. AI 139740 AgR, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/11/1991, DJ 13-12-1991 PP-18358 EMENT VOL-01646-03 PP-00473.

17. RE 117900, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 15/03/1994, DJ 05-08-1994 PP-19287 EMENT VOL-01752-01 PP-00129

recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela” (RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998)”¹⁸

Nesse sentido, a linha à época adotada pelo STF, mesmo exigindo o prequestionamento expresso como regra, revelava-se muito menos árdua que aquela proposta pelo STJ, pois mostrava-se flexível ao adotar o prequestionamento ficto com o entendimento de que a interposição dos embargos de declaração, mesmo que o tema constitucional não fosse discutido pela Corte *a quo*, era tida por suficiente para fins de prequestionamento no Recurso Extraordinário.

Mais recentemente, porém, é perceptível uma mudança na interpretação conferida pelo STF ao próprio verbete contido na Súmula nº 356, com julgados sustentando ser insuficiente a interposição dos embargos de declaração, se a questão não for efetivamente objeto de discussão pelo Tribunal de Segundo Grau¹⁹. Torna-se a exigir o prequestionamento explícito.

Com isso, lamentavelmente, ficará a parte sem a possibilidade de receber a tutela jurisdicional buscada, não porque se tenha descuidado de ser suficientemente diligente, mas por falha atribuível ao tribunal que anteriormente apreciou a causa de modo incompleto e, com isso, por inesperado que seja, logrou imunizar seu deficiente acórdão quanto ao exame de violação constitucional²⁰.

18. AI 648760 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00068 EMENT VOL-02301-19 PP-03913 RCJ v. 21, n. 138, 2007, p.113.

19. Por exemplo: *“Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.”* (ARE 707221 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)

20. Uma possível solução para essa questão, se persistir o entendimento do Pretório Excelso no mesmo sentido, seria a interposição de um Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, suscitando a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, ante a persistência de omissão após o manejo dos embargos de declaração. Assim, poderia o STJ reconhecer a existência daquele vício e ordenar o seu suprimento, sem adentrar o mérito da questão constitucional omissa propriamente dita, de competência do STF, mas se limitando à mácula ao citado dispositivo da Lei Processual Civil. Dessa forma, como decorrência do provimento do Recurso Especial em tais termos, o Tribunal de Segundo Grau se manifestaria expressamente sobre a temática constitucional, viabilizando um futuro Recurso Extraordinário. Cuida-se, porém, de assunto controverso, que bem merece uma discussão jurídica em separado, mas que somente será mais adequadamente equacionado quando restar conhecida a posição dominante no STF

Essa situação, vale lembrar, não ocorre no âmbito do STJ onde o manejo de sucessivos Recursos Especiais por violação a normas regentes dos embargos de declaração, embora penoso, resolve o impasse criado pela eventual renitência do tribunal *a quo*.

Cumprido, todavia, verificar como evoluirá a jurisprudência da Corte Máxima à luz da inovação trazida pelo art. 1.025 do CPC.

Desse modo, omissis o julgado de Segundo Grau, pode-se afirmar que os embargos de declaração configuravam, à luz do entendimento pretoriano firmado sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o meio por excelência de prequestionar matérias, seja por sua simples interposição com indicação expressa dos dispositivos constitucionais tidos por violados (interpretação clássica da Súmula nº 356, STF), seja por forçar o enfrentamento do assunto (quando, caso persistisse a omissão, não estaria em si prequestionado pela hermenêutica tradicional do STJ, também adotada por decisões mais recentes do STF). Nessa última hipótese, porém, remanescendo omissis o julgado de Segundo Grau, seria possível, ao menos, ensejar deliberação do STJ, nos limites de sua competência, em sede de Recurso Especial no qual suscitada a ofensa às normas que obrigam o suprimento de omissões questionadas em aclaratórios, tudo para que o Tribunal *a quo* efetivamente se pronunciasse sobre o tema.

Na mesma tônica, aspecto mais controvertido surgia (ainda persiste, mas, de momento, está-se a cuidar unicamente da análise do tema nos moldes admitidos pelo Código de Processo Civil de 1973): a suscitação de questão, constitucional ou legal, nos próprios embargos de declaração, sem que ela tivesse sido previamente aventada, ou surgido diretamente do julgamento havido.

Como regra, os embargos de declaração não podem ser utilizados para fins de prequestionamento em tal hipótese. Diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça aludem a essa prática vedada como um verdadeiro pós-questionamento²¹, e parte da doutrina também adota o termo²².

quanto aos embargos de declaração e o prequestionamento no atual CPC, especialmente em função de seu art. 1.025.

21. Entre outros: AgInt no AREsp 1027484/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2017, Dje 19/05/2017 e AgInt no AREsp 1043549/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, Dje 01/08/2017.
22. Também alguns doutrinadores utilizam o termo em idêntico sentido. Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves Castro de e TEMER, Sofia. *Comentários ao novo Código de Processo Civil* (coor-

Considerando-se que a expressão prequestionamento denota a necessidade de prévia discussão e decisão da matéria em instância imediatamente inferior, para que as Cortes Superiores uniformizem a interpretação pertinente, a suscitação de tema em embargos de declaração, ainda na instância *a quo*, não poderia ser considerada, dentro dessa acepção, um questionamento posterior. O parâmetro temporal para que se afira o prequestionamento há de ser o momento da interposição do recurso raro (RE ou REsp). Qual, seria, então, a razão da vedação?

Muito embora os aclaratórios sejam meio de efetuar prequestionamento, não se pode distanciá-los das hipóteses legais de seu cabimento. E, no caso, o comum, já se viu, é aventar que a matéria a ser prequestionada constitui aspecto sobre o qual deveria ter se pronunciado a instância inferior imediata. Daí a omissão, quando tal pronunciamento não ocorre.

Se, porém, o tema nunca fora arguido até então, em princípio, não há omissão no julgado que não o enfrentou. Os próprios embargos de declaração, nesse contexto, seriam incabíveis e o ponto neles aventado deveria ser descartado como verdadeira inovação recursal²³.

Também o Supremo Tribunal Federal não acolhe a possibilidade de se alegar matéria constitucional unicamente em embargos de declaração, para fins de prequestionamento²⁴.

Não havendo necessidade legal de suprimento de omissão acerca de assunto antes não cogitado, evidentemente não se poderia ter manejado os embargos de declaração para prequestionamento quando omissão não havia e, por isso, nem mesmo a interposição dos aclaratórios era legalmente cabível.

denação: Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 1539.

23. Exceção feita, primeiro, aos casos envolvendo fatos supervenientes que interferirem no resultado do julgamento, que devem ser conhecidos quando suscitados em embargos de declaração, aspecto já admitido pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no REsp 1392773/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/08/2015, Dje 10/09/2015), embora haja acórdão já sob a égide do atual CPC negando tal possibilidade, sob o fundamento de que a hipótese não consta expressamente do rol do art. 1.022 do *Codex* (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 560.072/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2016, Dje 17/08/2016). Por igual, existe o tema das matérias cognoscíveis de ofício, enfrentado ao longo do artigo.
24. ARE 970307 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 09-03-2017 PUBLIC 10-03-2017.

Há, contudo, um ponto específico que merece destaque: quando a matéria é suscitada em embargos de declaração no Segundo Grau, sem ter sido anteriormente apontada, mas constitui aspecto cognoscível de ofício (afirmou-se, na nota 12 infra, que chegaria o momento de enfrentar esse aspecto).

É fato que, num cotejo entre o requisito constitucional do prequestionamento (“*causas decididas*”, exige a Carta Magna) e a previsão legal de conhecimento *ex officio*, o primeiro, até por razões de hierarquia normativa, tem primazia, de modo que não se pode tentar abrir a via do Recurso Extraordinário ou do Especial unicamente com matéria não prequestionada, ainda que cognoscível de ofício²⁵.

Se, porém, é no Segundo Grau, cumpre insistir, e através de embargos de declaração, que o tema é suscitado, a questão é diversa.

O Poder Judiciário, ao menos nas instâncias ordinárias, tem a obrigação de conhecer *ex officio* dos pontos que a lei assim designa, de modo que seu silêncio caracteriza omissão, sanável por embargos de declaração²⁶.

Nessa mesma linha, o STJ já decidiu que “*as matérias de ordem pública, conhecíveis de ofício pelas instâncias ordinárias, ainda que suscitadas apenas em embargos de declaração, devem ser examinadas pelo Tribunal de origem, sob pena de omissão.*”²⁷

O Supremo Tribunal Federal, todavia, não faz essa distinção e, mesmo ante matérias cognoscíveis de ofício, vem entendendo pelo descabimento dos embargos de declaração e, conseqüentemente, do prequestionamento que eles poderiam ensejar²⁸.

-
25. Diversa é a questão da cognoscibilidade *ex officio* de questões pelo STF ou STJ **após** a abertura da via extraordinária ou especial, mas, conquanto relevante, ela não apresenta, nesse momento, interesse prático para este artigo.
 26. Na mesma toada: NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 2293.
 27. AgInt no AREsp 660.837/CE, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 16/05/2017. No mesmo diapasão: AgRg no REsp 1218007/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015. Com muito mais razão, isso deve ocorrer no atual CPC, que prevê a cognição de ofício de determinadas matérias “*enquanto não ocorrer o trânsito em julgado*” (art. 485, § 3º).
 28. Entre outros, cf.: ARE 1001357 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2017 PUBLIC 04-04-2017; RE 598123 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-09 PP-01957; AI

Cuida-se de obstáculo excessivo ao trâmite das insurgências raras, cuja adequação à legislação processual, no que se refere à cognoscibilidade de ofício de determinados temas, é discutível, mas que poderá evoluir positivamente à luz da atual codificação processual civil, conforme se demonstrará.

O que muda realmente com o atual CPC? Não se tem dúvida de que os embargos de declaração continuarão desempenhando seu papel de meio basilar de prequestionamento, ante a omissão do exame de questões legais ou constitucionais pelas Cortes *a quo*. Todavia, o art. 1.025 tem potencial para representar uma verdadeira revolução copernicana no trato do prequestionamento, agilizando a prestação jurisdicional.

4. O PREQUESTIONAMENTO FICTO OU VIRTUAL E SEUS REQUISITOS

A regra do art. 1025 do CPC possui um comando (considerar prequestionada a matéria suscitada em embargos de declaração, mesmo que tal recurso seja inadmitido ou rejeitado) e um condicionamento (a admissão, pelo Tribunal Superior, da existência de erro, omissão, contração ou obscuridade).

Princípio-se pelo comando: trata-se de recuperar, com respaldo legal direto, o entendimento que animou originalmente a edição da Súmula nº 356, pelo Supremo Tribunal Federal, como visto no tópico IV supra.

Em dicção mais direta: a interposição dos embargos de declaração, invocando questões legais e constitucionais é suficiente para satisfazer o prequestionamento, independentemente do efetivo exame, pelos Tribunais de Segundo Grau, dos temas suscitados naquela via recursal. Há, portanto, uma *“ficção jurídica estabelecida ex lege, no sentido de que a questão objeto desses embargos se considera decidida, vale dizer, é parte integrante da decisão que cumpre, assim, o requisito constitucional da questão decidida para efeitos de RE”*²⁹ e, indubitavelmente, também de REsp.

521577 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-04 PP-01281

29. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 2292.

É inequívoco que a tônica do dispositivo foi a de evitar a duplicação recursal³⁰ que ocorria (um Recurso Especial somente para reconhecer a existência da omissão e ordenar seu suprimento e outro, em seguida, para agora discutir a questão sobre a qual originalmente recaía a omissão), prestigiando-se a eficiência e a celeridade da prestação jurisdicional.

Resta essencial, todavia, delimitar os exatos contornos do prequestionamento ficto proposto pelo art. 1.025 do CPC e seus limites, de modo a evitar a frustração de futuros Recursos Especiais e Extraordinários.

Nessa ordem de ideais, é indispensável examinar, primeiro, o condicionamento que o próprio dispositivo estabelece: somente há prequestionamento ficto se, tendo o recorrente manejado oportunamente, na instância *a quo*, embargos de declaração, o Tribunal Superior, no julgamento de Especial ou de Extraordinário, vier a reconhecer a ocorrência de erro, omissão, obscuridade ou contradição.

Em outras palavras, é preciso que o julgamento de Segundo Grau tenha recaído em omissão³¹ e que, tendo a parte embargado a decisão recorrida, tal vício seja reconhecido pelo Tribunal Superior.

No caso do Recurso Especial, isso significa que a insurgência deve, primeiro, alegar a ofensa ao art. 1.022 do CPC (antigo art. 535 do CPC/73), que traça as hipóteses de cabimento dos aclaratórios, e, depois, aos demais dispositivos que afirma prequestionados fictamente.

Portanto, para se admitir o prequestionamento ficto é necessário que a parte alegue no Recurso Especial violação ao citado art. 1.022 e também aos demais dispositivos legais a serem apreciados, desde que tenha já anteriormente aduzido vício previsto no mesmo artigo 1.022, em embargos declaratórios opostos na origem. Com isso, estará o STJ em condições de verificar a ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão recorrido, e, sendo o caso, aplicar o art. 1.025, prosseguindo no julgamento em relação aos demais dispositivos legais tidos por violados.

30. Assim também se posicionam diversos doutrinadores. Dentre eles, cf: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 1086.

31. Salienta-se esse vício do rol do art. 1.025 do CPC porque a ênfase do presente artigo é unicamente a questão do prequestionamento ficto que, via de regra, pressupõe omissão, como anteriormente salientado na exposição.

Cumpra, porém, de logo, alertar: mesmo reconhecendo a existência de vício previsto no art. 1.022, nem sempre poderá a Corte Superior prosseguir no exame dos demais dispositivos legais virtualmente prequestionados. Somente se a matéria envolvida em tais disposições for exclusivamente de direito, poderá ser considerada prequestionada e ter a análise de seu mérito, com incidência do art. 1.025. Caso dependa do exame de fatos e provas, caberá ao STJ apenas reconhecer a violação ao art. 1.022 do CPC, anulando o acórdão recorrido, e determinar que outro seja proferido pelo Tribunal *a quo*, sanando o vício constatado. E as razões dessa restrição serão adiante bem explicitadas em tópico específico deste estudo.

Noutras palavras, 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 dispositivos de lei”*³².

Assim é porque cabe ao STJ a uniformização da interpretação da lei federal, inclusive no que se refere à caracterização da omissão, na forma preconizada pela norma de último referida.

Na verdade, a situação é semelhante, nesse primeiro momento (admissão da omissão), ao que se verificava sob a égide do antigo CPC: o STJ deve, antes do mais, reconhecer que a omissão existe, violando a lei processual civil. A diferença está em que, se isso ocorria, até o atual CPC, aquela Corte sempre ordenava o retorno dos autos ao Segundo Grau para suprir a omissão. Na nova conformação legislativa, ultrapassado o reconhecimento da omissão, cabe o exame das matérias prequestionadas fictamente.

Com relação ao Recurso Extraordinário, como não compete ao Supremo Tribunal Federal o exame da legislação federal, não se faz necessária a invocação de violação ao art. 1.022 do CPC. Caberá, assim, à Corte Suprema discutir a ocorrência de omissão unicamente como pressuposto para o reconhecimento do prequestionamento ficto da matéria constitucional, sem vinculá-lo à ofensa de regramento federal. Se assim não for, na prática, estará esvaziado o prequestionamento ficto no âmbito

32. Ver o precedente nesse sentido: REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017.

do STF, o que claramente ficará dissociado dos fins preconizados pela legislação e dos princípios da celeridade processual e da eficiência da prestação jurisdicional. Na realidade, cuida-se aqui apenas de resgatar, como já externado, o posicionamento clássico do próprio Supremo sobre a Súmula n° 356, que acatava o prequestionamento ficto sem necessidade de discutir dispositivos de lei federal.

Posta a necessidade do reconhecimento de omissão, ressurgiu a discussão sobre matérias suscitadas em Segundo Grau unicamente quando da interposição de declaratórios.

A lógica já externada persiste: se o ponto não admite cognição *ex officio* e não surgiu do próprio julgamento embargado, não há omissão a ser suprida. Consequentemente, os aclaratórios são incabíveis e, não havendo omissão passível de ser reconhecida pelas Cortes Superiores, não ocorre prequestionamento ficto. Por outro lado, sendo cabível o conhecimento de ofício, os Tribunais inferiores estavam obrigados a enfrentar o tema suscitado mesmo que apenas em embargos de declaração. Logo, sua resistência em fazê-lo caracteriza omissão a admitir o prequestionamento ficto do tema não enfrentado³³.

Ainda no campo das formalidades, importa destacar que, a despeito de o art. 1.025 do CPC acolher o prequestionamento ficto mesmo que os embargos de declaração sejam “*inadmitidos ou rejeitados*” na origem, se o foram por intempestividade, eles não terão o condão de interromper o prazo para interposição de RE³⁴ ou REsp³⁵, aspecto que, firmado na jurisprudência, não sofreu alteração com o advento do atual CPC. Dessa forma, será despiendo cogitar de prequestionamento ficto ou virtual se os próprios recursos raros forem intempestivos³⁶.

-
33. Nesse ponto, cumpre aguardar a evolução da jurisprudência do STF que, viu-se anteriormente, não acata a possibilidade de prequestionamento através do manejo dos aclaratórios para suscitar, pela primeira vez, temas cognoscíveis de ofício em Segundo Grau.
 34. Cf., entre outros: ARE 822344 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 06-03-2015 PUBLIC 09-03-2015 e AI765311 AgR, Relator(a): Min. ELLENGRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-08 PP-01803.
 35. Nessa linha, à guisa de exemplo: AgInt no AREsp 1006708/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 15/08/2017 e AgRg no AREsp 824.861/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017.
 36. Também com essa compreensão: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 2387.

Uma vez respeitados os contornos delineados neste tópico, é possível o prequestionamento ficto. Todavia, exatamente de quê?

Viu-se, por exemplo, que matérias não cognoscíveis de ofício suscitadas unicamente em embargos de declaração em Segundo Grau não estão abrangidas pelo prequestionamento ficto, pois sequer se pode considerar que haja omissão quanto ao tema (verdadeiro requisito para aplicação do art. 1.025 do CPC). A questão, porém, não é apenas essa. Nem de longe.

5. O PREQUESTIONAMENTO FICTO E AS QUESTÕES DE FATO

Não se pode perder de vista a assertiva que iniciou o tópico II desse artigo: STF e STJ são, por força de imperativo constitucional, Tribunais de uniformização da interpretação, respectivamente, da Constituição e da lei federal.

Assim, os Recursos Especial e Extraordinário não objetivam transformar o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal numa terceira instância, a quem competiria escrutinar os fatos e o direito, como ocorre com as instâncias ordinárias. Eles têm por desiderato unicamente evitar o vilipêndio da lei federal ou da Constituição, conforme o caso, preservando-se-lhes uma unidade de entendimento. São, pois, vias recursais limitadas à discussão das questões de direito, nas quais se veda o reexame fático³⁷.

Com efeito, *“a simples situação de sucumbência, de prejuízo, que basta ao exercício dos recursos comuns, não é suficiente para embasar os de índole excepcional, que ainda requerem o implemento de um plus, no caso*

37. *“DESCABE O REEXAME DE PROVA NO AMBITO DO RECURSO ESPECIAL. [...] O recurso Especial participa da mesma natureza do Recurso Extraordinário, pelo que se afiguram pertinentes as palavras do saudoso Ministro Rodrigues de Alkmim quando do julgamento do RE 84.699: “Não cabe ao STF, sob o calor de ‘valorar a prova’, reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ter como provado o que a instância local disse não estar. Seria indubiosamente, transformar o recurso extraordinário em uma segunda apelação, para reapreciação de provas (que se consideram mal apreciadas) quanto a fatos da causa’ (RT) vol. 86, pág. 559). Não se trata de óbice criado para estreitar a admissibilidade do Recurso Especial. Simplesmente a pretensão de reexame de provas no âmbito do apelo excepcional dá ensejo ao seu não conhecimento. Eis por que José Afonso da Silva lembra voto do insigne Ministro Orosimbo Nonato, de conformidade com o qual ‘o recurso Extraordinário realmente não é o apelo próprio para a revisão de provas, quando se trate de verificar a repercussão da prova no ânimo do juiz, a sua intensidade, a sua força, na espécie’ (‘Do Recurso extraordinário no Direito Processual Brasileiro’, pág. 165, ed. 1963).” (AgRg no Ag 499 SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/1989, DJ 20/11/1989, p. 17295).*

*a existência de uma questão constitucional, ou federal, conforme se trate do extraordinário ou do especial, respectivamente*³⁸.

Na realidade, tem-se um efeito devolutivo limitado, que se resume, quanto ao Recurso Especial, às questões de ofensa à lei federal e, no que se refere ao Extraordinário, às máculas à Carta de 1988. *“A causa petendi da impugnação tem que ser necessariamente essa infração”*³⁹.

Disso resulta que STF e STJ, limitando-se à discussão sobre a interpretação da Constituição e da lei federal, julgam à luz da moldura fática delineada pelos Tribunais de Segundo Grau. Eles podem revalorar fatos reconhecidos pela Corte *a quo*, emprestando-lhes consequências jurídicas diversas das indicadas no acórdão recorrido, pois aqui se estaria discutindo a interpretação jurídica dada aos fatos, mas lhes é vedado reexaminar a própria ocorrência dos fatos afirmados ou negados pelos Tribunais inferiores.

Trata-se do posicionamento longamente consolidado em súmulas das duas Cortes Superiores⁴⁰, que não sofre qualquer influxo do atual CPC, visto que deriva, como salientado acima, da função constitucional atribuída àqueles dois Pretórios.

Se assim é, evidentemente, o que se pode prequestionar é unicamente essa temática de violação constitucional ou federal, que constitui o cerne do Recurso Extraordinário e Especial, respectivamente (questão de direito, não de fato, ou, mais propriamente, a solução normativa aplicada aos fatos descritos pelos Tribunais inferiores). Nada mais. Não poderia, dessa forma, o art. 1.025 do CPC alargar as hipóteses de cabimento do RE e do REsp contidas na Constituição Federal.

Na verdade, o art. 1.025 do CPC deve ser interpretado em conformidade com os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição da República, de modo que não subverta a finalidade constitucional do STF e do STJ, nem desnature os Recursos Extraordinário e Especial quanto a seus contornos fixados pela Carta de 1988.

38. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Especial*. 10ª rev. ampl. e atual. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 157.

39. Nessa linha: FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 1193.

40. *“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”* (Súmula nº 279 – STF) e *“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”* (Súmula 7, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990, p. 6478) – STJ).

Isso significa dizer que os óbices sumulares já referidos quanto ao reexame de questões fáticas remanesçam hígidos no atual CPC e o prefalado art. 1.025 desse diploma processual nada altera nesse tocante, visto que não abarca temáticas simplesmente fáticas⁴¹.

Se o Tribunal *a quo* omitir-se no exame de uma circunstância fática, então, não há insurgência possível, caso não logrem êxito os embargos de declaração reclamando o suprimento da omissão? Existe, mas não por força do prequestionamento ficto do art. 1.025 do CPC. Esse é o ponto a realçar.

Deveras, considere-se a hipótese: a Instância *a quo* deixa de se pronunciar sobre um determinado fato de crucial importância. Ou o afirma inexistente, apesar de comprovado nos autos. Ou, ainda, faz literalmente o oposto: declara a existência de fato não ocorrido. São equívocos de julgamento possíveis de se verificar.

Em todos os casos acima cogitados, não podem o Superior Tribunal e o Supremo Tribunal Federal, por força, respectivamente, de suas Súmulas 7 e 279, alterar o panorama traçado no julgado inferior e não existe prequestionamento ficto de questão fática, como adiantado.

Tal não significa, porém, que a parte esteja fadada a suportar o equívoco cometido pelo Poder Judiciário. Cabe-lhe a utilização dos embargos de declaração, ainda no Tribunal de origem, demandando o suprimento da omissão. Conforme o caso, para: 1) que haja manifestação expressa sobre o fato que altera a conclusão jurídica a que se chegou; 2) apontar a prova do fato tido como inexistente e demandar que ela seja debatida judicialmente; ou, ainda, 3) pleitear seja indicado efetivamente o elemento de convicção de que se utilizou o Colegiado para afirmar existente o fato aventado no acórdão, mas efetivamente não ocorrido.

Muito embora o Poder Judiciário não esteja obrigado a responder todos os pontos esgrimidos pelas partes, não pode se furtrar a suprir omissão pertinente a aspecto relevante para o julgamento⁴².

41. Há já precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido: REsp 1644163/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 19/04/2017.

42. Esse já era o entendimento antes mesmo do atual CPC. Entre vários julgados: AgRg no REsp 1312022/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 15/06/2012.

Dessa forma, os aclaratórios se prestam a corrigir o erro na premissa fática estabelecida pelo Tribunal de origem, viabilizando o Recurso Especial sem ofensa à Súmula nº 7⁴³.

Via de consequência, pode-se concluir que será possível alegar, em Recurso Especial, a violação ao art. 1.022 do CPC, se deixar de ser analisado um argumento, mesmo fático, que poderia infirmar as conclusões do julgado. O detalhe é que, em tal caso, o REsp ficará restrito a essa temática e o STJ, mesmo reconheça a omissão, terá, à semelhança do que ocorria na vigência do CPC de 1973, que remeter o feito de volta à Corte *a quo* para que analise o tema omissis. Não poderá ser aplicado o art. 1.025 do CPC.

E não se poderia invocar o art. 1.034 do CPC para concluir que, no caso de reconhecida violação ao art. 1.022 do CPC pela omissão no exame de questões fáticas relevantes, passadas as fases de admissibilidade recursal (na qual seria examinado o prequestionamento, inclusive ficto) e cassação da decisão recorrida, caberia aplicar o direito à espécie, ou seja, decidir a questão (revisão), inclusive conhecendo a matéria fática amplamente? Eis o teor do dispositivo:

“Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.”

Lido isoladamente, o artigo pode, realmente, fundamentar uma conclusão no sentido de que, ultrapassada a admissibilidade e desconstituída a decisão da Corte *a quo* (cassação), não existiriam mais amarras formais e os Tribunais Superiores poderiam analisar com amplitude todas as matérias⁴⁴, mesmo fáticas.

Dessa lógica poderia resultar a noção de que, se o REsp fosse conhecido pela ofensa ao art. 1.022 do CPC, dada a omissão acerca do exame de aspectos fáticos, seria cassada a decisão de Segundo Grau. Após as

43. EDcl no REsp 1163615/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 27/09/2013.

44. Nessa linha: NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 2340 e 2341.

duas primeiras fases do julgamento, a última (a revisão) seria ampla, incluindo a possibilidade de reexame de fatos e provas.

A questão, todavia, não é tão simples, não se podendo concluir que o art. 1.034, quando se chega à fase de revisão, converte a Corte Superior em Tribunal de Apelação para todos os efeitos.

Persistem as amarras constitucionais do RE e do REsp, inclusive, mas não exclusivamente, as que incluem a limitação do escrutínio do STF e STJ aos fatos descritos pelos Tribunais de origem.

Mesmo a invocação do direito constitucional à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, Constituição Federal) não pode resultar no descumprimento direto do preconizado pelos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição. A *Lex Fundamental* deve ser interpretada de forma harmônica, sem que uma disposição aniquile a outra. É possível, assim, alargar definições (como a de "*causas decididas*", o que será objeto de discussão no tópico seguinte), de modo a prestigiar a celeridade processual e racionalizar o sistema recursal, mas não singelamente ignorar limites, especialmente relacionados à competência, estabelecidos pela Carta de 1988.

Tomando de empréstimo exemplo pertinente da doutrina, "*imagine-se que A entrou em juízo contra o Fisco, afirmando não dever certo tributo, uma vez que a norma que o institui é inconstitucional. Ademais, diz A, a alíquota aplicada é ilegal. Julgada procedente a ação em primeiro e em segundo grau pela inconstitucionalidade, fica o autor impedido de recorrer. Não terá havido até o presente momento, apreciação do Judiciário a respeito da (i)legalidade da alíquota*". Com a interposição do Recurso Extraordinário, "*decide o STF pela inconstitucionalidade do tributo ... a questão da alíquota deve ser resolvida. Mas não pelo STF, pois este Tribunal não tem competência para tanto.*"⁴⁵

Tivesse o art. 1.034 a amplitude que se quer emprestar a ele, caberia ao STF, na situação indicada, atuando como verdadeiro Tribunal de apelação, simplesmente aplicar o direito infraconstitucional ao caso concreto, o que invadiria a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça. A lei, então, estaria criando exceções à Carta de 1988 sem que tivesse autorização para tanto.

45. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 1503.

Da mesma forma, quanto às matérias fáticas não apreciadas em Segundo Grau, vencidas as fases de admissibilidade e cassação, a revisão para reexaminá-las é inviável, visto que isso ultrapassaria a função constitucional de uniformização atribuída às Cortes Superiores.

O que o art. 1.034 permite é que, uma vez reconhecida a ilegalidade ou a inconstitucionalidade, conforme se cuide de REsp ou RE, o STJ ou o STF, examine as questões de direito (aplicação das normas segundo a moldura fática fixada pelo Tribunal *a quo*), dentro de suas respectivas competências constitucionais, necessárias à solução do que o parágrafo único do dispositivo denomina de “*capítulo impugnado*”.

A norma autoriza, à guisa de exemplo, o conhecimento de matérias de ordem pública, ainda que não prequestionadas (evidentemente, como se está a cuidar aqui da possível fase de revisão do julgamento, isso somente ocorrerá se algum outro ponto tiver sido devidamente prequestionado, para que o juízo de admissibilidade seja positivo). No que se refere, porém, ao reexame fático-probatório, mantém-se a vedação vigente já à época do CPC de 1973 e o REsp que alegue ofensa ao art. 1.022 por omissão quanto à análise de fatos, excluídos da moldura posta pelo Tribunal de Segundo Grau, ainda que provido, não poderá resultar no exame direto e imediato dos fatos omitidos.

6. A CONSTITUCIONALIDADE DO PREQUESTIONAMENTO FICTO

Verificados os limites do prequestionamento ficto, o último aspecto discutido no tópico anterior antecipou, parcialmente, a discussão sobre a constitucionalidade da sua previsão. Pondo em termos diversos: dado que o prequestionamento é requisito que decorre da Constituição de 1988, poderia a lei entender como “*causa decidida*” para os fins dos arts. 102, III, e 105, III, da *Lex Fundamental* aquilo que efetivamente não foi objeto de decisão, mas apenas restou admitido como tal por uma ficção jurídica, como acima visto?

Na verdade, como bem observam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “*coube à lei processual dizer quando considera decidida uma determinada questão e isso está dentro da esfera constitucional e regulamentar do CPC*”⁴⁶. A Constituição, realmente, não delimitou pormenorizadamente o que entendia como “*causas decididas*” para fins de in-

46. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 2292 e 2293.

terposição de RE ou REsp. Há espaço normativo mais que suficiente para a especificação desses conceitos através de normas infraconstitucionais.

Afora esse ponto, não se deve olvidar que o prequestionamento ficto tende a contribuir para reduzir o tempo de conclusão de uma lide, privilegiando a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, Constituição Federal), que possui *status* de direito fundamental. Qualquer hermenêutica que se proponha, então, deve ter em mira a realização desse preceito basilar, o que, claramente, não se coaduna com uma interpretação literal da expressão "*causas decididas*" de modo a contemplar apenas aquelas que foram efetivamente julgadas. O alargamento do conteúdo daqueles vocábulos pelo prequestionamento ficto é, nesse contexto, não apenas constitucional, mas adequado à atual realidade (e não se confunde, convém insistir, com a hermenêutica que se pretende conferir ao art. 1.034 do CPC para, no limite, ignorar os contornos constitucionais do RE e do REsp).

CONCLUSÕES

Ante tudo quanto exposto, é possível concluir, sem margem para dúvida, que o art. 1.025 do CPC recupera o sentido original proposto pela Súmula nº 356, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de considerar prequestionadas as questões de direito suscitadas em embargos de declaração, embora o recurso seja inadmitido ou rejeitado no tribunal de origem.

Trata-se, como já afirmado, de uma ficção jurídica afinada com os direitos fundamentais à prestação jurisdicional e à razoável duração do processo e que inclui no âmbito das "*causas decididas*" para efeito do cabimento de RE ou REsp, na forma dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, as matérias suscitadas nos aclaratórios opostos perante o tribunal *a quo*, desde que:

- a) cuidem exclusivamente de questões de direito, pois as questões fáticas omitidas não são prequestionadas fictamente, podendo ensejar Recurso Especial por ofensa ao art. 1.022 do CPC, cujo efeito prático, se provido, será ordenar o reexame da matéria em Segundo Grau, mesmo sob a vigência do art. 1.034 do CPC;
- b) haja o reconhecimento, pelo Tribunal Superior, da ocorrência de "*erro, omissão, contradição ou obscuridade*", na dicção do próprio art. 1.025 da Lei Processual Civil, o que significa, especificamente para o Recurso Especial, a necessidade de se alegar, também, violação ao art. 1.022 do CPC como elemento prévio sem o qual não pode ser aplicado o prequestionamento ficto.

Respeitadas essas lindes, a inovação tende a facilitar a admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário, sem atentar contra suas características especialíssimas.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4ª ed. (tradução da primeira edição coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Especial*. 10ª rev. ampl. e atual. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Alúcio Gonçalves Castro de e TEMER, Sofia. *Comentários ao novo Código de Processo Civil* (coordenação: Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.