



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

MARLUCE GONÇALVES NASCIMENTO TEIXEIRA

**A UTILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO NO RECURSO
ESPECIAL**

Brasília
2010

MARLUCE GONÇALVES NASCIMENTO TEIXEIRA

A UTILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO NO RECURSO ESPECIAL

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Processo Civil.

Orientador: Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Brasília
2010

MARLUCE GONÇALVES NASCIMENTO TEIXEIRA
A UTILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO NO RECURSO
ESPECIAL

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu em Processo*
Civil.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros
Carvalho

Brasília, 08 de novembro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

Ao meu avô RÔMULO GONÇALVES, incansável advogado, defensor dos perseguidos da ditadura, a melhor pessoa que conheci neste mundo e que um dia me deu meu primeiro livro. Vovô, ainda vamos nos encontrar!!!

AGRADECIMENTO(S)

À Deus pelo dom da vida e por ter me dado forças para seguir adiante quando em muitos momentos pensei em desistir.

Aos meus filhos Northon Felipe, Rafael e Isabela por sempre esperarem pela mamãe no portão.

Ao meu marido, Northon, por nunca deixar de acreditar em mim.

Ao meu pai, Márcio Nascimento Couto, pelas infinitas palavras de incentivo.

**"Se não houve frutos valeu a beleza das flores, se não
houve flores, valeu a sombra das folhas, se não houve
folhas valeu a intenção da semente."
Henfil**

RESUMO

O objetivo deste trabalho é discutir como conciliar a exigência do atendimento ao requisito do prequestionamento, no recurso especial, quando quando houve a interposição de embargos prequestionadores e estes não foram conhecidos. O prequestionamento da questão federal suscitada é um requisito do recurso especial, cujo preenchimento causa polêmica pelo fato de não possuir uma conceituação definida. Isto acaba sendo uma das causas da dificuldade em se conseguir que tal recurso ultrapasse a barreira da admissibilidade, para ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça. O prequestionamento se situa no âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos, este compreendido como a análise de satisfação de determinadas condições para que se permita o conhecimento do recurso e a consequente prolação de julgamento de mérito. Há divergência jurisprudencial e sumular existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com relação à solução adotada quanto aos casos em que ocorre omissão em acórdão proferido por Tribunal local, sendo opostos embargos declaratórios prequestionadores, porém os mesmos não sendo conhecidos ou providos. O STF, em função da Súmula 282, exige o prequestionamento explícito do Tribunal a quo sobre a questão suscitada no Recurso Extraordinário. No entanto, admite-se, de acordo com a Súmula 356, o questionamento realizado pelas partes antes do proferimento da decisão, ou seja, o prequestionamento ficto. É uma forma de amenizar o rigor do primeiro entendimento.

Palavras-chave: Recurso especial. Admissibilidade. Requisitos. Prequestionamento. Ficto.

ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss how to reconcile the requirement of the service requirement of prequestionamento, in particular resource, while when there was the interposition of embargoes and these were not prequestionadores conhecidos. O prequestionamento the federal question raised is a requirement of the special appeal, which fill cause controversy because they do not have a defined concept. This turns out to be a cause of difficulty in achieving such a remedy beyond the barrier of admissibility, to be enjoyed by the Superior Court. The prequestionamento lies within the court admissibility of resources, this understood as the analysis of satisfaction of certain conditions for allowing the use of knowledge and the consequent delivery of the merits. There is a divergence between judicial and summarizes the Supreme Court and the Superior Court of Justice, regarding the solution adopted with regard to cases where omission occurs in a ruling issued by Local Court, and declaratory embargos prequestionadores opposites, but they are not known or provided . The Supreme Court, according to the Summary 282, requires the explicit prequestionamento the Court a quo on the question raised at the extraordinary appeal. However, it is accepted, according to Gist 356, the inquiry undertaken by the parties before delivery of the decision, ie the prequestionamento fictitious. It's a way to soften the rigor of primeito understanding.

Keywords: Special appeal. Admissibility. Requirements. Prequestionamento. Fictitious.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 RECURSO ESPECIAL	11
1.1 Breve Histórico	11
1.2 Previsão Constitucional	13
2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL	14
2.1 Cabimento	14
2.1.1 Cabimento pela alínea “a”	18
2.1. 2 Cabimento pela alínea “b”	20
2.1. 3 Cabimento pela alínea “c”	21
2.2 Juízo de Admissibilidade	23
3. PREQUESTIONAMENTO	25
3.1 Histórico	32
3.2 Conceito	35
3.3 Prequestionamento Explícito	40
3.4 Prequestionamento Implícito	42
3.5 Fundamentos Jurídicos	46
4 A UTILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO NO RECURSO ESPECIAL	50
4.1 Divergência Jurisprudencial	58
4.2 Súmula nº 211, do STJ <i>versus</i> Súmula nº 356, do STF: qual deve prevalecer?	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Uma das causas de inadmissibilidade do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça é o não preenchimento do requisito do prequestionamento.

A dificuldade na atenção a tal requisito está intimamente relacionada à imprecisão existente quanto à sua definição; doutrina e jurisprudência divergem sobre a sua abrangência. O recurso especial, além dos requisitos comuns aos demais recursos (cabimento, tempestividade, regularidade formal, preparo etc), exige que a questão federal a ser discutida tenha sido devidamente prequestionada.

Desta forma, torna-se ainda mais complexa a tarefa do operador do Direito que, em muitos casos, necessita recorrer à instância extraordinária, para obter o provimento jurisdicional.

Esta complexidade é um obstáculo de mais difícil transposição quando se trata de matéria constitucional que não foi conhecida no Superior Tribunal de Justiça e portanto não houve o prequestionamento.

Diante desse cenário, o presente trabalho monográfico visa ao estudo do requisito do prequestionamento ficto no Recurso Especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça utilizando-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Trata-se de um tema ainda polêmico. Existe muita discussão quanto à possibilidade de serem apreciadas ou não matéria constitucional quando houve a interposição de embargos prequestionadores e estes não foram conhecidos.

Por outro lado, doutrina e jurisprudência concordam que o silêncio do órgão julgador representa sinônimo de lesão à norma jurídica aventada pela parte como fundamento de seu direito. Com efeito, o papel das partes é explicitar os fatos corretamente, devendo o juiz julgá-los, aplicando o direito à espécie (*iura novit curia*).

Ao não aplicar um artigo de lei, o Tribunal *a quo* já o está lesionando (por negativa de vigência).

No primeiro capítulo do presente estudo, apresenta-se, em linhas gerais, um breve histórico sobre a criação do Superior Tribunal de Justiça, como um desdobramento da competência antes exclusiva do Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso especial (com a função de uniformizar a interpretação e aplicação da legislação federal infraconstitucional

No capítulo dois, abordam-se as questões referentes aos requisitos de admissibilidade do recurso especial, analisando-se, inclusive, as hipóteses de seu cabimento, previstas no art. 105, III, da Constituição Federal.

No terceiro capítulo, discorre-se a respeito das diversas concepções do que vem a ser o requisito do prequestionamento, apresentando-se as correntes que se formaram em relação ao tema, demonstrando-se que a dificuldade enfrentada pelos operadores do Direito encontra-se intimamente relacionada a esta diversidade de interpretações.

No capítulo quatro, apresenta-se o tema central deste estudo, com o confronto entre as diversas tendências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito.

Ao final, são apresentadas as conclusões obtidas após a realização deste estudo.

1 RECURSO ESPECIAL

1.1 Breve Histórico

Ainda nos anos 60, já havia discussão sobre a modificação da competência do Supremo Tribunal Federal, face ao acúmulo de processos judiciais naquela Corte. Todavia, a criação de um “Tribunal Superior de Justiça”, por muito tempo, foi rechaçada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que o deslocamento de parte de sua competência (em sua maioria, de recursos extraordinários, que eram a via própria para a interpretação e uniformização do Direito federal) para um tribunal da União, não seria admitido pelos Tribunais estaduais, que a ele não aceitariam submissão¹.

A argumentação prevaleceu por algum tempo e, para tentar diminuir o cada vez maior número de recursos extraordinários, o STF foi criando mecanismos de restrição à sua admissibilidade, tais como a arguição de relevância e os óbices regimentais.

Ainda assim, não foi possível evitar o que se chamou de “*crise do Supremo*”. Diante de tal crise, a comunidade jurídica nacional acolheu a sugestão do Professor José Afonso da Silva, da criação de um “Tribunal Superior Federal”, tendo como principal competência, julgar os recursos que envolvessem questões de direito federal infraconstitucional comum.

Assim, a Constituição Federal de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça, que passou a ocupar, na pirâmide do Poder Judiciário, posição abaixo, somente, do

¹ PORTELLA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. **Teoria Crítica do Recurso Especial**

a). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7-9.

Supremo Tribunal Federal, com o propósito de interpretar e uniformizar toda a legislação federal infraconstitucional.

Para tanto, foi criado o recurso especial, “que passou a ser a via processual adequada para submeter, à apreciação de tribunal superior, as ofensas à legislação federal perpetradas pelos tribunais de segundo grau, assim como os dissídios jurisprudenciais acerca da interpretação do direito federal infraconstitucional”².

Dessa forma, é correto afirmar que o Superior Tribunal de Justiça surgiu a partir de um desdobramento da competência original do Supremo Tribunal Federal, e não em substituição ao extinto Tribunal Federal de Recursos.

Nos dizeres de Portella: É de se observar, pois, que o Superior Tribunal de Justiça não se originou do Tribunal Federal de Recursos, órgão de segundo grau da Justiça Federal, extinto com a Carta de 1988, mas do próprio Supremo Tribunal Federal, cuja competência foi em parte direcionada ao novo Pretório. Daí ser a colenda Corte, também, um tribunal da Federação³.

Todavia, Barbosa Moreira observa que essa transferência de parte das funções anteriormente exercidas pelo recurso extraordinário (agora responsável somente pela uniformização na aplicação e interpretação do direito constitucional) trouxe relevantes conseqüências, principalmente de ordem prática, porquanto, a partir daí, passaram a coexistir dois recursos possíveis, impugnando o mesmo acórdão proferido por tribunais, o que, evidentemente, acarreta maior demora na prestação jurisdicional⁴.

2 SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 4. ed. ampl. at. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 414.

3 2004, p. 6

4 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 586. Assim consignou o referido doutrinador, verbis: “A bipartição do antigo recurso extraordinário, perfeitamente explicável à luz da reestruturação da cúpula do Poder Judiciário, não deixou de causar problemas de ordem prática. Temos, agora dois recursos em vez de um só, interponíveis ambos, em larga medida, contra as mesmas decisões. Daí a necessidade de articulá-los; e o sistema resultante teria de ficar, como na verdade ficou, bastante complicado em mais de um ponto. É inegável que o novo regime acarreta, muitas vezes, aumento considerável na

1.2 Previsão Constitucional

O art. 105, inciso III, da Constituição Federal, prevê o cabimento do recurso especial, dispondo o seguinte:

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.

Sendo assim, é importante ressaltar que o recurso especial não se presta a discutir possível injustiça que tenha sido cometida pelo Tribunal de segundo grau. O Superior Tribunal de Justiça não é uma instância revisora, mas uma instância especial, cujo objetivo é uniformizar a interpretação dada à lei federal⁵.

Conforme ressaltado por Wambier: Por meio destes recursos não se pode, portanto, pleitear a revisão de matéria de fato (STF, Súmula 279; STJ, Súmula 7). Os tribunais superiores, ao julgarem recurso especial e recurso extraordinário, aceitam a versão dos fatos dada pelo juízo *a quo* (juízo que prolatou a decisão de que se recorreu), para, a partir daí, examinarem o mérito do recurso, que consiste

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. V.1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed.

Iló: Revista dos Tribunais, 2008, p. 661

sempre, direta ou indiretamente, na alegação de ofensa à regra constitucional ou a dispositivo de lei federal.

Misael Montenegro Filho destaca que essa tarefa visa a que seja pacificado o entendimento, dentro da federação, a ser dado às normas infraconstitucionais, para evitar a proliferação de decisões discrepantes sobre o mesmo assunto, o que acarretaria instabilidade judicial⁶.

Em seus dizeres:

As decisões proferidas pelo STJ, no enfrentamento da interpretação a ser dada às normas infraconstitucionais, são de mera orientação, não vinculando a vontade e o poder decisório dos demais magistrados e dos tribunais que integram a ampla estrutura do Poder Judiciário⁷.

Contudo, as decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça não são vinculantes, ou seja, não forçam os demais órgãos do Poder Judiciário a seguirem a mesma linha de raciocínio. Os arestos proferidos pelo STJ são de mera orientação quanto à interpretação a ser dada à legislação infraconstitucional.

⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil. V. II.** (Teoria Geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução). 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 210.

2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

2.1 Cabimento

De modo geral, o requisito de admissibilidade do Recurso Especial consiste na necessidade de que o ato impugnado seja recorrível, que o recorrente utilize espécie prevista no rol taxativo e que a espécie recursal escolhida seja a própria, a singular⁸.

O inciso III, do art 105, da Constituição Federal dispõe sobre os aspectos gerais do cabimento do recurso especial. Traz as expressões: ‘causas decididas’, ‘única ou última instância’, e ‘Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios’.

A expressão ‘causas decididas’ é interpretada em sentido amplo, porque, a rigor, em uma interpretação literal, somente há causa decidida quando há a extinção do processo e com a resolução de mérito. Porém, não é esta a interpretação a ser dada ao inc. III do art. 105 da CF; neste dispositivo, a referida expressão “abrange os processos com julgamento de mérito, sem julgamento do **meritum causae** e até as questões incidentais decididas na causa”⁹.

Assim, há causa decidida em três situações:

a) quando há extinção do processo, com resolução de mérito (que é a causa decidida propriamente dita);

⁸ SOUZA, 2007, p. 40

b) quando há extinção do processo, sem resolução de mérito;

c) quando há uma questão incidental resolvida (decidida) no curso da causa; esse raciocínio permite a interposição de recurso especial contra acórdão proveniente de julgamento de agravo de instrumento. Esse entendimento encontra-se consolidado na Súmula 86 do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

“Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”¹⁰.

Por outro lado, não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão não integrante do Poder Judiciário, ou, embora proveniente do Judiciário não tenha sido prolatada no exercício da função jurisdicional, em razão da inexistência de ‘causa decidida’ nestas hipóteses. Conforme ressaltado por Bernardo Pimentel Souza:

Com efeito, a exigência constitucional da existência de causa decidida depende da ocorrência do julgamento no Poder Judiciário e no exercício da função jurisdicional. Na verdade, o cabimento de recurso processual sempre depende da observância simultânea das duas exigências. Ausente alguma delas, não há lugar para recurso especial, tal como já assentou o Superior Tribunal de Justiça no enunciado n. 311: “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”¹¹.

Ainda na expressão ‘causas decididas’, existe o instituto do prequestionamento, que será abordado adiante, em capítulo específico. A expressão ‘única ou última instância’ refere-se ao esgotamento obrigatório das vias ordinárias, antes da interposição do recurso especial. Portanto, deverão ser interpostos embargos infringentes, quando couber, antes do apelo à via especial, nos termos da Súmula 207/STJ:

¹⁰ ibidem, p. 417 “Não obstante, há a retenção do recurso especial que tem como alvo acórdão de conteúdo interlocutório proferido em processos de conhecimento e cautelar, assim como em ação de embargos à execução, ex vi do § 3º do artigo 542 do Código de Processo Civil”. (ibidem)

207. É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos

*infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem*¹².

Ainda no inc. III do art. 105 da CF, extrai-se a expressão ‘Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios’; significa dizer que não é cabível recurso especial de decisão de juiz de primeiro grau; ou seja, o recurso especial somente pode ser interposto para impugnar pronunciamento de tribunal.

Entretanto, não é cabível a interposição do recurso especial contra acórdão proferido por Turma Recursal de Juizado Especial – cível ou criminal – nos termos da Súmula 203/STJ (“Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”), porque esta não se insere na estrutura do Tribunal de Justiça, ainda que composta por Desembargadores¹³.

Ainda, como corolário lógico, não é cabível a interposição de recurso especial contra acórdão proferido pelos demais Tribunais Superiores (TST, TSE, STM, STF), nem de seus órgãos de segundo grau (TRT, TRE). O texto constitucional é claro ao determinar que o cabimento é somente contra acórdão de Tribunal Regional Federal e Tribunal de Justiça¹⁴.

Esse é o cabimento genérico previsto no inc. III do art. 105 da Constituição Federal. A seguir, as hipóteses de cabimento previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do referido dispositivo.

¹² *ibidem*, p. 416

¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

¹⁴ SOUZA, 2007, p. 41) “[...] o recurso especial também é cabível nas ‘causas decididas’ ‘em única ou última instância’ pelos Tribunais de Justiça Militar, cortes judiciárias estaduais ex vi do artigo

2.1.1 Cabimento pela alínea “a” do permissivo constitucional

A alínea “a” do inc. III do art. 105 da CF/88, estabelece o cabimento do recurso especial quando o acórdão recorrido “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;”. Dessa forma, é necessário delimitar a amplitude da presente hipótese.

Apesar do sentido amplo considerado inicialmente, englobando decretos, regulamentos, portarias, avisos e outros atos normativos, acabou prevalecendo o entendimento no sentido de que, *verbis*:

[...] a expressão ‘lei federal’ abrange apenas as leis, decretos e regulamentos, mais as leis estrangeiras aplicáveis conforme o DIP; não abrange as portarias ministeriais, as resoluções (como as do CMN ou do Banco Central), nem os atos normativos ou de autarquias, nem os convênios sobre matéria tributária (RTJ, 122/839), nem ‘avisos’ de Ministros ou provimento da OAB etc¹⁵.

Bernardo Pimentel de Souza ressalta, ainda, que são alcançados pelo conceito de “lei federal”¹⁶, as leis delegadas e as medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo Federal. Ao contrário, “instruções normativas, portarias ministeriais, avisos, circulares e enunciados das súmulas dos tribunais não estão insertos na expressão ‘lei federal’”¹⁷.

Destarte, a questão de direito invocada no recurso especial, obrigatoriamente, deve cuidar de “lei federal”, incluindo os referidos regramentos. É incabível a interposição alegando ofensa relativa à lei estadual, municipal ou a

15 BUENO, Cássio Scarpinella. **Pré-questionamento – Reflexão sobre a Súmula 211 do STJ**, NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.77.

16 2007, p. 421

direito local do Distrito Federal e dos Territórios, bem como a verbetes ou enunciados de Tribunais¹⁸.

Esse entendimento restou solidificado com a adoção, por analogia, do enunciado sumular nº 280/STF (“Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”).

Impende ressaltar que, em se tratando de lei federal que somente repete o conteúdo de dispositivo constitucional, não era cabível a interposição do recurso especial. Dessa feita, após a promulgação da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que a proteção aos institutos da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88), apesar da previsão no art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, adquiriu *status* constitucional, cuja violação, portanto, somente poderia ser discutida no âmbito do recurso extraordinário, a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a Corte Especial, no julgamento do REsp 274.732/SP (DJ 06.12.2004), ao debater o referido art. 6º, da LICC, o STJ modificou esse entendimento, passando a sustentar que “somente a tutela do direito adquirido é que ostenta natureza constitucional, o que não impedirá o STJ de analisar aspectos infraconstitucionais, relativos à ocorrência ou não, no caso concreto, do direito adquirido”¹⁹.

18 CARNEIRO, 2008, p. 32

2.1.2 Cabimento pela alínea “b” do permissivo constitucional

A alínea “b”, do inc. III, do art. 105, da Carta Magna prevê o cabimento do recurso especial quando o acórdão recorrido “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal” (cf. Redação dada pela EC 45/2004).

Sobre esse dispositivo, Bernardo Pimentel ressalta a abrangência da expressão “ato de governo local” nos seguintes termos:

A expressão constitucional ‘ato de governo local’ alcança tanto os atos normativos quanto os atos administrativos provenientes dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim do Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal²⁰.

José Miguel Nader salienta ser cabível o recurso especial com fundamento nessa alínea, “se um ato administrativo ou normativo do governo dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios é apontado de contrário à lei federal e o acórdão repele a argüição, validando esse ato”²¹.

Na mesma linha, Nelson Luiz Pinto ressalta que, sendo assim, para o cabimento pela alínea ‘b’ do permissivo constitucional é suficiente que o ato de governo local aplicado pelo tribunal *a quo* seja contestado, no recurso especial, em face de lei federal, não se podendo questionar do acerto ou erro do acórdão recorrido (essa discussão diz respeito ao mérito do recurso especial, que será analisado pelo Superior Tribunal de Justiça)²².

O mesmo autor ressalta, entretanto, que não cabe a interposição do recurso especial se o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* decidiu não ser válido o

20 2007, p. 424

21 NADER, Miguel José. **Guia Prático dos Recursos no Processo Civil**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 83.

22 PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 3. ed. amp. at. São Paulo: Malheiros Editores,

ato de governo local, porquanto considerado contrário à lei federal. Nesse caso, segundo ele, “a questão encerra-se, definitivamente, no âmbito do tribunal *a quo*”²³.

2.1.3 Cabimento pela alínea “c” do permissivo constitucional

É cabível a interposição de recurso especial, com fundamento na alínea “c” do inc. III do art. 105, da Constituição Federal, quando o acórdão recorrido “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Infere-se, portanto, que o objetivo do recurso especial com esteio na alínea “c” é a uniformização na interpretação e aplicação de lei federal pelos Tribunais de todo o país. Assim, “dissenso interno não autoriza recurso especial”²⁴

Bernardo Pimentel ressalta que, a partir do texto constitucional, “Ao contrário do acórdão recorrido (julgado que deve ter sido proferido por Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça), o paradigma pode ter sido prolatado por qualquer ‘outro tribunal’”²⁵.

Sendo assim, conclui ser admissível a interposição do recurso especial sob a alegação de dissídio com julgado do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido, em resumo, Vicente Greco destaca que o cabimento do recurso especial, pela divergência, deverá atender aos seguintes requisitos:

- 1) o acórdão confrontado não pode ser do mesmo tribunal em suas câmaras, turmas ou seções. A divergência interna não enseja recurso especial, exigindo-se decisão de outro tribunal; 2) o acórdão confrontado deve ter sido proferido em última instância ordinária, não valendo como divergente a decisão se no tribunal ainda poderiam caber, por exemplo, embargos infringentes. A divergência pode ser, contudo, com decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal,

23 ibidem

24 SOUZA, 2007, p. 425

porque são *outros tribunais*; 3) a interpretação dada à lei federal pelo acórdão que serve de paradigma de confronto não pode encontrar-se superada no próprio tribunal de origem ou pela jurisprudência dos tribunais superiores²⁶.

Além disso, não basta a simples argüição da divergência; essa deverá ser cabalmente demonstrada, por meio da transcrição dos trechos semelhantes entre os julgados, explicitando-se a divergência na interpretação ou aplicação do dispositivo de lei federal em questão, nos termos do art. 541 do Código de Processo Civil e do art. 255 do Regimento Interno do STJ. E ainda, a petição deverá vir acompanhada de cópia integral dos paradigmas apontados, ou de citação em repositório oficial de jurisprudência²⁷. Todavia, é necessário ressaltar que, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a referência ao Diário de Justiça não se inclui entre os repositórios oficiais admitidos (cf. AgRg no AgRg no Ag647.330/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 10/03/2008, entre inúmeros outros) 647.330/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 10/03/2008, entre inúmeros outros)²⁸.

26 GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 19. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 374.

27 SOUZA, 2007, p. 426

28 "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO MÉRITO DO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE. IRREGULARIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREJÚZO PARA AS PARTES. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. omissis.

2. omissis)

3. O dissenso pretoriano deve ser comprovado por certidão, cópia autenticada ou citação do repositório de jurisprudência oficial ou credenciado em que publicada a decisão divergente, com indicação da respectiva fonte, providência a que se furtou o agravante.

4. 'Indispensável, para efeito de configuração do dissídio, que o especial venha instrumentalizado com cópia hábil do acórdão alegadamente divergente ou com menção de repositório autorizado. A tanto não equivale a citação do Diário de Justiça em que tenha sido publicado o aresto.' (REsp 151008/PE, DJU 24/02/2003)

5. Agravo regimental desprovido." SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:

em: 10 ago. 2008.



Saliente-se, ainda, que, em se tratando de dissídio notório, com julgado do próprio Superior Tribunal de Justiça, conforme entendimento adotado pela Quarta Turma daquela Corte, tem sido mitigada a exigência da citação do repositório oficial de jurisprudência. Entretanto, não se prescinde da colação aos autos de cópia do inteiro teor do precedente, admitindo-se, inclusive, que o documento seja extraído das páginas eletrônicas do STJ, disponíveis na *internet*.

2.2 Juízo de admissibilidade

Apesar de todo o discurso proferido acerca dos princípios constitucionais fundamentais a garantir a ampla acessibilidade aos recursos, a utilização de tais mecanismos depende do preenchimento de determinados requisitos, pois se cuida de reflexo do direito de ação com o respectivo prolongamento do processo, sujeitando-se, por isso, a exigências correspondentes às condições da ação descritas no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil – possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual, somando-se a outros requisitos.

O exame de tais condições – que, unidas aos demais requisitos formais para o exercício da atividade recursal, denominam-se pressupostos recursais – constitui o *juízo de admissibilidade* (ou prelibação) dos recursos, o qual deve ter antecedência lógica em relação ao julgamento do pedido formulado pelo recorrente.²⁹

Tais requisitos de admissibilidade apenas corroboram o fato de o recurso ser manifestação do direito de ação, porquanto, conforme leciona Nelson Nery

Junior, no procedimento de primeiro grau, “o juiz tem o dever de observar as condições da ação e os pressupostos processuais, pois do contrário não poderia proferir julgamento sobre a lide posta em juízo”³⁰.

Tratando mais especificamente dos pressupostos gerais dos recursos, vê-se que, dividem-se eles em intrínsecos e extrínsecos.³¹

Os pressupostos recursais intrínsecos são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada, destacando-se seu conteúdo e a forma da decisão impugnada, enquanto os extrínsecos concernem a fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar.

Os pressupostos intrínsecos são:

a) cabimento do recurso, exigência de que “o ato impugnado seja, em tese, suscetível de ataque por meio dele”³²

b) legitimidade recursal, aplainada no art. 499 do Diploma Adjetivo Civil, o qual reza que o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, ainda que tenha oficiado apenas como custos legis³³; e de norma constitucional ou federal.

30 Nelson Nery Junior 2004, p. 273

31 Parte da doutrina (GRECO FILHO; 2003, p. 274-5; THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 508) divide os pressupostos recursais em objetivos (cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental e inexistência de fato impeditivo ou extintivo) e subjetivos (legitimidade e interesse). Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 67) defende a existência de “condições do recurso” (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do recurso), correspondentes, em tudo e por tudo, às condições da ação. Percebe-se, até com certa facilidade, que tais “condições do recurso” são os próprios pressupostos recursais intrínsecos

32 BARBOSA MOREIRA, 2002, 128 - **Questionamento no Recurso Extraordinário e Especial: Fundamentos Jurídicos para sua Exigência** p. 117; , 2003, p. 508

c) Interesse em recorrer, presente quando se puder esperar do julgamento do recurso o advento de situação jurídica mais vantajosa.

Por fim, no tocante aos pressupostos extrínsecos, correspondem eles aos seguintes elementos:

a) tempestividade do recurso, isto é, a necessidade de obediência aos prazos estipulados em lei;

b) regularidade formal;

c) inexistência de fato impeditivo (desistência do recurso, a renúncia ao direito ou reconhecimento jurídico do pedido, não-adimplemento de multas fixadas nos arts. 538, parágrafo único, e 557, § 2º, do CPC etc.) ou extintivo (renúncia ao recurso, aceitação expressa ou tácita da decisão recorrida etc.) do direito de recorrer; e preparo.³⁴

3 PREQUESTIONAMENTO

Consiste na necessidade de a questão constitucional ou federal ter sido ventilada nas instâncias inferiores ou na própria decisão recorrida. É um requisito que causa polêmica pelo fato de não possuir uma conceituação definida, o que acaba sendo uma das causas da dificuldade em se conseguir ultrapassar a barreira da admissibilidade do recurso especial a ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

É tido como um dos grandes empecilhos ao conhecimento do recurso especial. Muitos doutrinadores e operadores do Direito o encaram como um obstáculo criado exclusivamente com a finalidade de impedir a subida do recurso às instâncias extraordinárias.

Entretanto, nos dizeres de Fernandes, “a exigência do prequestionamento não pode ser vista como algo criado por esses tribunais, sem maiores fundamentos legais, com a única intenção de barrar os recursos”³⁵.

Segundo o mesmo autor, essa visão ‘distorcida’ não deve prevalecer. Afirma que cabe ao advogado buscar compreender tal exigência de modo claro, para que, preenchendo tal requisito, consiga a admissão e posterior subida do seu recurso às instâncias especiais. Ademais, ao contrário do que se pode pensar, a exigência do prequestionamento possui fundamento na Constituição Federal³⁶.

Bruno Mattos e Silva explana que “a grande relevância do prequestionamento consiste em poder levar ao conhecimento do STJ ou do STF as

35 FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, **Embargos de Declaração: efeitos infringentes**, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 195-196.

36 *ibidem*, p. 19. Na mesma obra p. 196-200, o autor expõe um estudo histórico das constituições que justificam a exigência do prequestionamento para acesso à instância especial.

questões de lei federal ou constitucionais, por meio de recurso especial e de recurso extraordinário”. Aduz que a matéria que não estiver prequestionada não poderá ser tratada nestes recursos. Sendo assim, assevera que “é o prequestionamento que possibilita sejam abertas as portas das instâncias excepcionais”³⁷.

José Saraiva afirma que, “embora não seja expresso legalmente na forma como tratado pela doutrina e pela jurisprudência, o prequestionamento deflui da própria natureza do recurso especial e da previsão constitucional do seu cabimento”³⁸.

Sobre esse requisito, Garcia Medina reúne as concepções da doutrina e da jurisprudência em três grupos:

a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito³⁹.

Tal diversidade de interpretações deriva do próprio texto constitucional que, no art. 105, III, utiliza o termo “causas decididas”. Fernandes entende que esta expressão é o que legitima a exigência do prequestionamento pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁰.

37 SILVA, Bruno Mattos e. **Pquestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário** (Roteiro para a Advocacia no STJ e no STF). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5.

38 SARAIVA, José. Recurso Especial e o STJ. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 248.

39 MEDINA, José Miguel Garcia. **O Pquestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2005, p. 217-218.

40 Eduardo Simardi, 2008, p. 195-196



Segundo Cássio Scarpinella Bueno, esta expressão significa dizer que, da decisão que é submetida ao recurso especial, não cabe mais qualquer recurso nas instâncias ordinárias, ou seja, pressupõe “exaurimento de instância”⁴¹.

A partir do texto constitucional, Fernandes também afirma que se formaram três correntes interpretativas.

A primeira defende que o prequestionamento consiste na exigência de que a questão federal (já que este trabalho trata especificamente do recurso especial) tenha sido somente suscitada pelas partes⁴².

A segunda corrente sustenta que a questão federal, além de já ter sido suscitada pelas partes, deve ter sido efetivamente decidida pelo Tribunal *a quo* (admitindo-se, ainda, que o Tribunal não tenha expressamente citado os dispositivos de lei federal, limitando-se a resolver a questão).

Por fim, a terceira corrente assevera que, para o preenchimento desse requisito é suficiente que a questão federal tenha sido decidida, independentemente de ter sido previamente suscitada por qualquer das partes.

Athos Gusmão Carneiro filia-se à segunda corrente, ou seja, sustenta que para que uma determinada questão possa ser considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte, mas que “no aresto recorrido a matéria tenha sido *decidida*, e decidida manifestamente (não obstante se deva considerar prescindível a expressa menção ao artigo de lei) ⁴³”.

41 BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 240.

42 FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, 2008, p. 195-196

Importa essencialmente que conste no acórdão recorrido como fundamento, para ser viável a arguição de contrariedade à lei federal.

Fernandes expressa o mesmo entendimento, asseverando ser “desnecessário que as partes tenham provocado a presença dessa questão no acórdão. O que importa é que ela conste do aresto, mesmo que isso se dê de ofício, independentemente de provocação da parte”⁴⁴.

Gladson Miranda também considera ser mais acertada a terceira corrente, afirmando, inclusive, ser a mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Assevera que inexistente, tanto na Constituição Federal, quanto na legislação federal, a exigência de que a questão federal tenha sido previamente suscitada pelas partes.

Assim o autor se manifesta, *verbis*:

Com efeito, não se encontram, seja na Constituição, seja na legislação federal, subsídios para que se proceda à argumentação de que os recursos de natureza extraordinária tenham seu conhecimento condicionado à prévia consideração pelas partes litigantes. Existem questões passíveis de exame de ofício pelo tribunal recorrido, como os pressupostos processuais, condições da ação e remessa obrigatória, sendo que há, ainda, a hipótese em que a violação legal ou constitucional nasce no bojo do acórdão do órgão julgador a quo. Nestes casos, não se verifica nenhum imperativo de que as partes tenham que debater anteriormente sobre o tema.⁴⁵

Bernardo Pimentel, por seu turno, na linha da segunda corrente, entende o prequestionamento como a exigência de que a questão federal tenha sido decidida na causa, em única ou última instância, pelo Tribunal de origem. Ou seja, esse instituto “consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso

44 2008, p. 49

45 MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Prequestionamento nas Questões de Ordem Pública.**

interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido”⁴⁶.

Dessa forma, assevera restar incontroverso que não basta que a parte tenha suscitado a questão; esta deve ter sido efetivamente analisada, discutida e decidida no julgado recorrido.

A propósito, salienta que foram editados os enunciados 282 e 356, da Súmula do STF (aplicáveis por analogia ao recurso especial) sobre o prequestionamento:

282. É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

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

Luiz Fux, também na linha da segunda corrente, salienta que, de modo geral, todas as questões que se pretende sejam examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça, devem estar prequestionadas, ainda que, para tanto, seja necessária a interposição dos embargos de declaração no tribunal de origem. Nesse caso, tal recurso será interposto para suprir omissão quanto à questão a ser levada à instância superior, sob pena de, sequer, ser conhecida⁴⁷.

Essa é a hipótese em que os embargos têm mais evidente a sua função integrativa, porquanto viabilizam a análise da questão no âmbito do tribunal superior. Todavia, o referido autor esclarece que:

[...] mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, deve-se observar os limites traçados no art. 535 do

46 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 4. ed. ampl. at. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 414.



CPC (obscuridade, contradição, omissão). Em consequência, não se pode embargar para 'questionar' pela vez primeira, nem mesmo matérias alegáveis a qualquer tempo, como a prescrição.⁴⁸

Esse é o entendimento de Misael Montenegro Filho que, igualmente, ressalta a indispensabilidade de interposição dos embargos de declaração para que o Tribunal *a quo* se pronuncie sobre o dispositivo de lei federal tido por violado.

Entretanto, ressalta que, se o tribunal, após a provocação, não enfrentar a violação apontada, caberá a interposição do recurso especial, com fundamento na afronta ao art. 535, do Código de Processo Civil, "enquadrando-se o remédio processual na espécie prevista na alínea a do inciso III do art. 105 da Carta Magna".

Na mesma linha, Rita Dias Nolasco salienta a importância da interposição dos embargos de declaração, porquanto entende o prequestionamento "como sendo o meio para se cumprir à exigência da Constituição de que a questão [...] federal tenha sido 'decidida' pelo acórdão recorrido".⁴⁹

Sendo assim, a citada autora sustenta não ser suficiente, para a satisfação de tal requisito, que a questão federal tenha sido suscitada pela parte, mas que esta tenha sido expressamente decidida. Caso contrário, "deverá ser objeto de embargos declaratórios prequestionadores".⁵⁰

E mais, afirma que, se o Tribunal *a quo* permanecer silente sobre a questão suscitada, a parte deverá interpor o recurso especial alegando ofensa ao art. 535, I ou II, do Código de Processo Civil, sob pena de não ser admitido, face ao

48 2006, p. 214

49 NOLASCO, Rita Dias. **Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito.** I NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 480.

disposto no enunciado sumular nº 211, do STJ (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”).

Cássio Scarpinella Bueno filia-se à segunda corrente, afirmando que o prequestionamento deve ser entendido como sinônimo de “causa decidida”. Segundo o autor, para o desempenho da função interpretativa uniformizadora que lhe é própria, é essencial que o Superior Tribunal de Justiça julgue, em sede de recurso especial, somente aquilo que já foi decidido nas instâncias ordinárias, porquanto, “sem prévia decisão, não há como estabelecer em que medida as normas federais [...] foram ou deixaram de ser violadas pelos demais componentes da estrutura judiciária nacional”⁵¹.

Nelson Luiz Pinto faz referência à questão do prequestionamento poder ser implícito. Essa hipótese é admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo como caracterizado o prequestionamento implícito quando a questão federal não foi expressamente disposta no acórdão recorrido, mas consta como inequivocamente discutida e decidida.

Ou seja, o dispositivo de lei federal, cuja violação pretende-se que seja examinada pelo STJ, pode não estar explicitamente identificado no texto do acórdão recorrido, mas a matéria de que este trata deverá ser inequivocamente reconhecida como tendo sido discutida e decidida pelo Tribunal de segundo grau⁵².

51 (2008, p. 240-241)

52 PINTO, Nelson Luiz. Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça – Teoria Geral e

v. at. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 180-181.

3.1 Histórico

O prequestionamento tem sua origem no direito norte americano, em especial, no “Judiciary Act” editado em 24 de setembro de 1789, onde foi exigido o requisito do prequestionamento prévio ao tribunal local que vai julgar o recurso contra a decisão de um juiz monocrático ou singular. Ao se valer do *writ of error* do direito norte-americano para fomentar a criação do recurso extraordinário, trouxe o legislador nacional, igualmente, a exigência do questionamento prévio⁵³ do tema debatido em juízo para conhecimento deste recurso pela Suprema Corte pátria .

Tal requisito foi apelidado por nós de *prequestionamento*⁵⁴, tendo sido instituído no direito brasileiro pela Constituição Republicana de 1891, em dispositivo com a seguinte redação:

Art 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se *questionar* sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas (destacou-se).

A disciplina foi repetida nos textos constitucionais de 1934, 1937 e 1946.

No entanto, a Constituição de 1967 se omitiu quanto à necessidade de se questionar previamente a matéria a ser impugnada no recurso extraordinário:

53 MANCUSO, 2000, p. 163.

54 No modelo estadunidense se exigia que constasse da decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos, expressamente, que as questões federais suscitadas tivessem surgido nos Tribunais dos Estados (BAPTISTA, 1991, p. 133).

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...] III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;
- d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

À época, Pontes de Miranda⁵⁵ aplaudia o silêncio do constituinte quanto ao prequestionamento:

“A Constituição de 1967 atendeu à nossa crítica e retirou “questionar” e “contestar”. Mas já frisávamos: Se na última decisão da justiça, sem se haver questionado sobre a ‘validade da lei ou do ato do governo local em face da Constituição ou da lei federal’, o tribunal (a) contravir a letra do tratado ou lei federal, ou deixar de aplicar lei federal por invalidade (b), ou considerar válido ato do governo local ou de lei local arguida ou não trazida à balha, cabe o recurso extraordinário.

Na vigência da Constituição de 1891, muitos julgados se apontam que exigiam “ter havido” discussão: mas os casos em que se admitiram recursos e foram decididos, sem que se houvesse questionado o assunto, ou só se houvesse invocado o texto, ou só a decisão tivesse sido, por seu dispor, das que permitem recurso extraordinário, foram em número maior (destacou-se).

Contudo, o entendimento preconizado pelos Enunciados nos 282⁵⁶ e 356⁵⁷ da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi mantido e o prequestionamento continuou a ser exigido pelo Pretório Excelso, conforme entendimento consolidado nos autos dos Embargos de Divergência no Agravo

55 Francisco Cláudio de Almeida Santos (2005, p. 352-3), Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, ensina que a expressão foi cunhada pela primeira vez em julgamento do Supremo Tribunal Federal de 10 de janeiro de 1958 pelo então Ministro Lafayette de Andrada.

56 Enunciado n° 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

57 Enunciado n° 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, requestionamento”.

Regimental no Recurso Extraordinário nº 96.802-4 (Plenário. Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 4.11.1983, p. 12.):

1. Constitucional. O prequestionamento supõe não apenas que, na petição de recurso, a parte vencida mencione os cânones constitucionais violados, mas que a matéria tenha sido ventilada e discutida no Tribunal *a quo*, onde ficaram vulnerados. 2. O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designados no art. 114 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário. 3. Inteligência do prequestionamento. Direito comparado [...] (destacou-se).

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, manteve-se a supressão do termo “questionar”, não se alterando, todavia, o entendimento dos tribunais pátrios acerca da exigência de prequestionamento.

Pelo contrário, com a transferência de parte da competência anteriormente pertencente ao Supremo Tribunal Federal ao Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o já declinado no item 2.2, a novel Corte de Superposição, na esteira do posicionamento acima transcrito, editou o Enunciado nº 211 de sua Súmula de Jurisprudência⁵⁸, pacificando a exigência de prequestionamento também da questão federal, desta feita para o conhecimento do recurso especial.

3.2 Conceito

Não obstante se consubstancie em expressão de uso constante na seara do Direito Processual Civil, mostra-se assaz complexa a tarefa de se definir

58 Enunciado nº 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”.

juridicamente o prequestionamento, o que dá ensejo a infindáveis debates acerca da conceituação deste instituto.

A expressão surgiu em razão das expressões questão e questionamento no rol de admissibilidade do recurso extraordinário, desde a Constituição de 1891 até a de 1946. Não podia chegar ao Supremo um tema que não tivesse ao menos sido suscitado no *juízo a quo*.

Constitui-se, evidentemente, em requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e especial, a teor da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Questiona-se, entretanto, acerca do momento processual em que ocorre o prequestionamento e de quais seriam os elementos necessários à sua configuração, razão pela qual se dividiu o entendimento pretoriano e doutrinário em três correntes.

O primeiro agrupamento, mormente fundado no sentido gramatical do termo, considera advir o prequestionamento da realização do debate sobre o tema constitucional ou federal em fase anterior ao pronunciamento da decisão objeto de recurso, verdadeiro ônus atribuído à parte recorrente, ou seja, a matéria argüida em sede de recurso extraordinário ou especial deve ter sido suscitada antes do julgamento recorrido.

Maria Stella Villela Souto Lopes explana que “[a] *matéria do recurso extraordinário, que versa, apenas, questão de direito, é preciso sempre repetir isso,*

*deve ser questionada, desde o início, para que possa embasar o apelo extremo. Por isso que se diz prequestionamento*⁵⁹ (destaque existente no original).

Nesta vereda, outros juristas, também entendem indispensável a provocação anterior do juízo quanto à questão constitucional ou federal, sob pena de preclusão, tendo este último autor concluído o seguinte:

*Em suma, pode-se conceituar prequestionamento como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestarse sobre a questão prequestionada.*⁶⁰

A segunda corrente concebe o prequestionamento como manifestação expressa do órgão *a quo* sobre norma constitucional ou lei federal, independentemente de anterior postulação das partes.

Bernardo Pimentel Souza entende que o prequestionamento se traduz na discussão, pela Corte local, das questões constitucionais ou federais que se pretende submeter aos Tribunais Superiores via recurso excepcional, bastando, pois, que tenha sido ventilada na decisão, emitindo o órgão recorrido juízo de valor explícito a seu respeito⁶¹.

Do mesmo modo, Nelson Nery Junior discorre:

Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. Quando a questão surge no próprio acórdão recorrido, ex officio, está preenchido o requisito do prequestionamento, pois o tribunal a quo se pronunciou a respeito da matéria que será objeto de RE ou do Resp (destaque existente no original).⁶²

59 1997, p. 34

60 MEDINA, José Miguel Garcia 2002, p. 242

61 2001, p. 303-4



É o posicionamento acolhido pela doutrina majoritária, da qual se pode citar exemplificativamente, além dos já nominados, Alexandre Câmara, Bruno Mattos e Silva, Nelson Luiz Pinto, Eduardo Ribeiro de Oliveira, Sálvio de Figueiredo Teixeira *et caetera*.⁶³

De igual modo, Humberto Theodoro Júnior assevera categoricamente:

“Quanto à *questão constitucional* não pode ela ser suscitada originariamente no próprio recurso extraordinário. O apelo extremo só será admissível se o tema nele versado tiver sido objeto de debate e apreciação na instância originária⁶⁴.”

A orientação escolhida pela jurisprudência Supremo Tribunal Federal segue idêntica trilha:

[...] considera-se prequestionada apenas as questões apreciadas pela decisão recorrida, independentemente de a parte tê-las suscitado na apelação. O prequestionamento, portanto, é decorrente do ato do órgão julgador ao apreciar questões. Questão suscitada e não apreciada não é matéria prequestionada, de acordo com essa orientação.⁶⁵

Somando os entendimentos de ambas as diretrizes expostas, surge uma terceira corrente a exigir para a configuração do prequestionamento tanto a manifestação expressa do órgão recorrido sobre a *quaestio juris* constitucional ou federal quanto o prévio debate acerca do tema pelas partes.

Tal posicionamento não encontra muitos adeptos, destacando-se a pregação de Samuel Monteiro (1995, p. 39), arrimado em voto de Marco Aurélio Mello, à época Ministro do Tribunal Superior do Trabalho:

Significa abordar expressamente, de maneira clara, a questão federal, o direito federal ou a ofensa direta à Constituição Federal; é abrir na Apelação Cível

63 CÂMARA Alexandre Freitas 2004, p. 132, SILVA Bruno Mattos 2002, p. 4, PINTO Nelson Luiz 1996, p. 180, OLIVEIRA Eduardo Ribeiro de 2000, p. 248, TEIXEIRA Sálvio de Figueiredo 1993, p. 262
64 THEODORO JÚNIOR Humberto (2003, p. 562)

(no caso do vencido em 1ª instância), nas contra-razões (pelo vencedor), ou, excepcionalmente, no Recurso Adesivo, quando ambos ficarem vencidos em alguns dos pedidos :

[...]. O Min. MARCO AURÉLIO do TST, relatando os E. Decl. em AG. no RR n° 0227/84, Tribunal Pleno, unânime (DJU de 6-6-1986, p. 9985, 1ª coluna), com precisão e concisão, definiu quando ocorre o prequestionamento e o que seja prequestionar: “Diz-se prequestionada determinada matéria, quando o órgão prolator da decisão impugnada, haja adotado explicitamente a tese a respeito e, portanto, emitido juízo. Incumbe à parte interessada provocar o julgador sobre o tema que entende englobar o fato jurígeno suficiente a alterar o desfecho da controvérsia”.

Obviamente, o conceito de prequestionamento encontra outras interpretações além das acima realçadas, cuja descrição, por sua variedade, certamente consumiria páginas a fio e sairia do objeto do presente escrito.

Apenas para demonstrar a instabilidade quanto ao entendimento de tal requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, traz-se à colação o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, respeitáveis processualistas da nova geração, que, diante da confusão existente acerca do tema, acabam por se filiar, também de confusa, a todas as correntes aqui mencionadas:

Também se exige, para a interposição de ambos os recursos, a existência de prequestionamento. A fim de que seja cabível, seja o recurso especial, seja o extraordinário, é necessário que a questão legal ou constitucional já esteja presente nos autos, tendo sido decidida pelo tribunal (ou juízo, no caso de recurso extraordinário) a quo, ou ao menos debatida pelas partes e submetidas ao crivo judicial anteriormente à interposição do recurso [...] (destaque existente no original).⁶⁶

A diversidade de concepções sobre o prequestionamento é fruto, por evidente, da dificuldade de se delimitar precisamente tão delicado instituto,



refletindo-se ainda mais na dissonância existente entre as Cortes de Superposição sobre a caracterização da questão constitucional ou federal a ser recorrida.

Ainda, há divergência em âmbito doutrinário e, principalmente, jurisprudencial no que toca à caracterização do questionamento prévio da matéria constitucional ou federal, surgindo daí as espécies de prequestionamento, a saber: *explícito, implícito e ficto*, objeto do nosso estudo.

De fato, partindo do pressuposto de que, para a configuração do prequestionamento, deva existir menção da *quaestio juris* pelo juízo *a quo*, destoam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quanto à identificação de sua incidência.

3.3. Prequestionamento explícito

O prequestionamento explícito é segundo Theotônio Negrão, a manifestação de maneira clara da matéria federal ou constitucional objeto do recurso. Para ele o prequestionamento deve ser explícito, entendido este como a expressa menção sobre a matéria contida em determinado preceito constitucional ou federal, não significando “que o artigo da Constituição Federal tenha sido expressamente referido no acórdão recorrido. O prequestionamento deve ser explícito quanto à matéria objeto do preceito constitucional.

Já para Luiz Guilherme Aidar Bondioli, o prequestionamento explícito “impõe que no acórdão recorrido conste expressão referênci a ao dispositivo legal ou constitucional tido por ofendido, bem como específica análise do dispositivo”⁶⁷.

67 BONDIOI, Luis Guilherme Aidar Embargos, cit. P. 256. Na jurisprudência não é difícil localizar decisões que não conhecem de recursos extraordinários ou especiais porque o número do dispositivo (constitucional ou legal) que demonstrar ter sido violado não está mencionado. Eis aí o que se pode ser

Esse é o entendimento de Perseu Gentil Negrão:

*“Prequestionamento explícito é aquele onde houve expressa menção a determinado texto de lei. Já o prequestionamento implícito é aquele onde determinado texto de lei foi examinado, mas não referido expressamente ou de modo claro”.*⁶⁸

Tal orientação é externada tanto pela Primeira quanto pela Segunda Turma do Supremo, respectivamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido [destacou-se] (Ag. Reg. no RE 41.416-6/SC, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, DJ 4.2.2005, p. 24).

No mesmo sentido, Leonidas Cabral Albuquerque: “o prequestionamento pode ser explícito, quando a decisão expressamente resolve a questão, ou implícito, se a decisão, apesar de não referir expressamente à controvérsia legal, julga a matéria”⁶⁹.

Esse também é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:

“O chamado prequestionamento implícito há de ser suficiente, desde que esteja fora de dúvida a intenção das partes em discutir a causa sobre fundamentos ligados à ordem jurídica federal. Calcada a discussão sobre determinada categoria jurídica (v.g., vícios do consentimento, responsabilidade civil extracontratual, a regra pacta sunt servanda etc.), consideram-se prequestionados os pontos referentes à disciplina dessa categoria na lei, ainda que a parte ou o acórdão não haja feito expressa alusão a artigos”.⁷⁰

Para o Pretório Excelso, deve o prequestionamento ser *explícito*, ou seja, não se pode prescindir da manifestação do órgão de origem sobre a matéria constitucional, com expressa descrição do(s) dispositivo(s) tido(s) por violado(s).

68 NEGRÃO, Perseu Gentil. Recurso especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53.

69 ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. Op. cit. p. 89.

70 DINAMARCO, Cândido Rangel. Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Coord. Min.

reira. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 255.



AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA A PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. NÃOCONHECIMENTO DO RECURSO.

1- Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão recorrida haja emitido juízo explícito a respeito do tema, *inclusive mencionando o dispositivo constitucional* previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 2 . Se o acórdão recorrido não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido [destacou-se] (Ag. Reg. no RE 30.978-6/MG, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26.4.2002, p. 87).

Parcela da doutrina adere a esse posicionamento, asseverando que o prequestionamento das questões constitucionais ou federais deve ser feito de modo claro, preciso, direto e expresso⁷¹.

Também utilizando a nomenclatura *prequestionamento explícito*, corrente minoritária considera a sua presença em face de exposição da questão constitucional ou federal pelo juízo de origem, ainda que não sejam citados os dispositivos que se alegam infringidos⁷².

Nessa trilha, caso a decisão recorrida não exponha os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis ao caso concreto, deve a parte interessada interpor recurso de embargos declaratórios, com o intuito de forçar o juízo *a quo* a se manifestar sobre os preceitos questionados. São os chamados *embargos de declaração prequestionadores*, fundados no art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, de cuja explanação não se tratará no presente trabalho, sob pena de tangenciamento de seu objeto.

2.4. Prequestionamento implícito

A definição de prequestionamento implícito, por sua vez, não é unânime. Para alguns é aquele “associado à dispensa da indicação do dispositivo tido por

71 MONTEIRO, 1995, p. 27



violado no aresto recorrido, não significando, contudo, prescindir de decisão a respeito da questão federal”.⁷³ Para outros o prequestionamento implícito é a suscitação do ponto controvertido de forma clara, que não compromete a referência a determinado preceito legal.

Observa Candido Rangel Dinamarco que há prequestionamento implícito quando for nítida a intenção das partes quanto à discussão da causa sobre fundamentos ligados à ordem jurídica federal. Assim, segundo o autor, consideram-se prequestionados os pontos mesmo que a parte ou o acórdão não haja feito expressa alusão a artigos. Daí por ser de difícil precisão, o prequestionamento segundo estes entendimentos demonstra a alta conveniência na interposição dos embargos de declaração. Nesse sentido destaca-se a seguinte decisão: “Quando o acórdão recorrido que teria ofendido implicitamente texto constitucional, o prequestionamento se faz mediante a interposição de embargos declaratórios, para que se supra a omissão quanto à questão constitucional por ele não enfrentada”.⁷⁴

Segundo Cássio Scarpinella Bueno é “ a forma menos clara de ver aquilo que foi decidido a qual a ‘tese jurídica’ a ele correspondente”. E acrescenta: “ Não se trata de decidir aquilo que não foi decidido, mas sim de se referir àquilo que, de maneira menos clara, quiçá menos correta, foi efetivamente tratado”.⁷⁵

O Superior Tribunal de Justiça admite o chamado *prequestionamento implícito* se o tribunal local, a despeito de omitir o dispositivo legal teoricamente violado, tratar da matéria federal pertinente:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

73 SARAIVA, José. Recurso especial e o STJ. São Paulo:Saraiva, 2002, p. 269.

74 Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, 123/383

in e Teresa Arruda Alvim Wambier, Aspectos, cit., p. 74.



1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais. [...]

4. Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que ocorreu na hipótese dos autos.

5. Recurso especial improvido (REsp 642.847/RJ, 2ª T., Relatora: Ministra Eliana Calmon. Diário da Justiça, 19 dez. 2005, p. 332.).

*“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I - O prequestionamento implícito consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento implícito. II - São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada”.*⁸²

“Ante a nova orientação traçada pela Corte Especial, tem-se aceito o prequestionamento implícito. Contudo, tal só se dá quando o tema cogitado no especial tiver sido efetivamente debatido e decidido, pelo Tribunal local, com tão contundente ênfase e tão forte nitidez que a olhos desarmados se perceba qual o dispositivo legal que se tratou, ainda que não tenha sido, expressamente, referenciado, o que seria enveredar pelo formalismo exacerbado. Os embargos declaratórios não se prestam para rejuízo da causa. Reconhecido o prequestionamento implícito, aprecia-se, nesse ponto, o recurso especial, mas dele não se conhece, por importar em reexame de prova. Embargos parcialmente

Esta espécie de prequestionamento conquistou vários seguidores entre os processualistas, tendo seu espírito sido sintetizado por Eduardo Ribeiro de Oliveira:

[...] quanto ao prequestionamento implícito, entendo que não deva existir restrição quanto à matéria para a aceitação do mesmo, sempre, obviamente, obedecendo o caso concreto; desde que a matéria exista nos autos e tenha sido abordada no *decisum*, ainda que não tenha servido para fundamentação do mesmo, estará a matéria prequestionada, não dependendo de embargos declaratórios [destaque existente no original]⁷⁶.

Observe-se que o entendimento supra é idêntico ao da segunda corrente relativa ao prequestionamento explícito, havendo distinção meramente quanto à sua denominação.

Demais disso, também os filiados ao prequestionamento implícito divergem entre si, existindo juristas que contemplam a espécie de maneira diversa, no sentido de que esta se configura quando a questão, não obstante tenha sido colocada em debate, não foi mencionada no acórdão, o qual, por tal motivo, a recusa de forma implícita⁷⁷.

Na ânsia de promover esta linha de pensamento, Nelson Nery Junior comete erro ao atribuir a sua disseminação ao Superior Tribunal de Justiça: “O STJ tem admitido o *prequestionamento implícito*, que ocorre quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau mas não mencionada no acórdão⁷⁸” [destaque existente no original].

De ambas as formas de prequestionamento examinadas, bem como de suas ramificações, tem-se a *prevalência da interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal* – ou seja, de prequestionamento explícito, com necessidade de citação do dispositivo tido por violado na decisão recorrida –, em virtude de sua preponderância sobre a Corte Especial na exegese da Constituição Federal, notadamente no que diz com o art. 105, inciso III e alíneas, conforme já decidido pela própria Corte Magna (RE 15.383-1/SP, 1ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 14.3.2003, p. 39).

Toda essa celeuma também evidencia o equívoco da exigência de prequestionamento ante a ausência de dispositivo legal, constitucional ou infraconstitucional, a exigir e regulamentar sua constância, conforme se demonstrará a seguir.

77 MEDINA, 2002, p. 232



3.4 Fundamentos jurídicos

Como visto, desde o surgimento do recurso extraordinário até a sua hodierna bifurcação acarretada pela criação do recurso especial, o prequestionamento é exigido como requisito de admissibilidade de tais recursos excepcionais.

Todavia, os reclamos para o preenchimento deste requisito pelos tribunais pátrios têm assumido – no decorrer da história das multicitadas figuras recursais no direito brasileiro – as mais diversas justificativas.

Inicialmente, amparada pelos textos constitucionais vigentes até 1967, que previam expressamente a necessidade de se “questionar” a matéria federal ou constitucional objeto do recurso, não encontrava a doutrina e jurisprudência pátria qualquer dificuldade em fundamentar a indigitada exigência.

Antônio Macedo de Campos, invocando lições de José Frederico Marques e Alexandre de Paula, reflete com propriedade a visão daquela época:

O “prequestionamento” é um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário nascido da jurisprudência em face da interpretação do art. 59, III, § 1º, letra a, da Constituição de 1891, mantida pela reforma de 1926 e, conforme aqueles dispositivos, o recurso se fazia cabível de sentenças proferidas em última instância pelas justiças estaduais “quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratado ou leis federais e a decisão do tribunal de Estados for contra elas”.⁷⁹ José Frederico Marques, por entendimento próprio e baseado em Alexandre de Paula, assevera ter sido esta a razão da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal, dispondo, por isso, que é “inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Instituições de direito processual civil – Manual de direito processual civil, p. 182). E a de nº 356, por sua vez, declara: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Cumpre observar, porém, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que se deve conhecer do recurso extraordinário, mesmo com fundamento constitucional diverso do invocado pela parte recorrente, quando a respectiva hipótese resultar flagrantemente da discussão do feito (destaque existente no original).

De igual maneira, alude Vicente Greco Filho:

O requerimento do prequestionamento, que é da tradição do direito brasileiro em matéria de recursos aos tribunais superiores, está consagrado pelas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, que eram relativas ao recurso extraordinário, mas que continuam adequadas ao recurso especial e ao próprio recurso extraordinário [...].

Posteriormente, com a supressão do termo “questionar” que constava desde a Carta Política de 1967 – de acordo com o asseverado no item 3.1 –, não obstante tenha a jurisprudência corroborado o prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, encontrou a doutrina sérios óbices para lhe emprestar legitimidade.

Para autores como Aureli, o prequestionamento decorre de construção jurisprudencial, numa clara tentativa política dos Tribunais Superiores em reduzir o número exarcebado de recursos que inviabilizam a escorreita prestação jurisdicional⁸⁰.

Este posicionamento é severamente criticado por José Miguel Garcia Medina:

Discordamos, data venia, dessa concepção. Primeiro, porque, se sequer norma infraconstitucional pode criar óbices à admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial, quanto mais a jurisprudência, mesmo que solidificada em súmulas; em segundo lugar, porque não há, na Constituição Federal, expressa ou implicitamente, referência ao questionamento prévio, pelas partes, perante a instância inferior (destaque existente no original)⁸¹.

Aliás, o doutrinador em referência, acompanhado por Dall’agnol Junior, considera o prequestionamento consectário lógico do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, por entender que não poderia o recorrente inovar em sede de recurso especial e extraordinário, sob pena de supressão de instância.

80 LIMA; LEUZINGUER; SINGUI, 2001, p. 22-4 N 1992, p. 60 .

a Medina 2002, p. 306



O entendimento dominante, contudo, compartilhado por juristas de escol, estabelece que a exigência de prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais teria assento constitucional, pois a Lei Maior, ao se referir a “causas decididas” em seus arts. 102, inciso III, e 105 inciso III, estaria fazendo referência à necessidade de menção da questão constitucional ou federal a ser recorrida.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior aduz que:

Quando o texto constitucional disciplina a competência do STF e do STJ, inclui em sua competência recursal a tarefa de julgar, em grau de recurso extraordinário (STF) e em grau de recurso especial (STJ), as matérias decididas em única ou última instância, nas situações que enumera. Aí se encontra o cerne da questão, pois a CF atribui à matéria que se pretende levar ao reexame das Cortes Superiores o fato de haver sido efetivamente decidida em única ou última instância (destaque existente no original)⁸².

Da mesma forma, Bruno Mattos e Silva e Bernardo Pimentel Souza sustentam que está na Constituição Federal o fundamento para a exigência do prequestionamento, pois, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a necessidade de questionamento prévio residiria na cláusula constitucional “causas decididas em única ou última instância”.

Entretantes, parte da doutrina não enxerga qualquer fundamento jurídico para a permanência do prequestionamento no juízo de prelibação dos recursos especial e extraordinário. José Miguel Garcia Medina traz boa síntese desta corrente minoritária:

Alcides Mendonça Lima, um dos expoentes desta tendência, leciona que “em nenhum dispositivo de Código ou leis esparsas, aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, ainda que ambos sejam fundados [...]. Tal orientação é tanto mais grave, porque afasta o

juízo final até de matéria constitucional, prevalecendo, assim, o vício grave” (*Prequestionamento*. RT. jun. /1993, n. 692, p. 197).

Guilherme Caldas da Cunha vai mais além, defendendo explicitamente a inconstitucionalidade de prequestionamento: “A exigência do pré-questionamento da questão federal, para ensejar o cabimento do recurso especial, imprimida pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça, é, hoje, inconstitucional” (*Controle constitucional do cabimento do recurso especial*. RT 704/38)⁸³.

No mesmo sentido, manifesta-se Eduardo Ribeiro de Oliveira:

Importante assinalar, entretanto, que a jurisprudência é absolutamente pacífica e, com algumas vozes destoantes, também a doutrina se orienta no sentido de que permanece necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais contere o termo acima apontado, ausente também das leis processuais. Mister verificar qual seu fundamento e esse haveria de ser buscado na Constituição. Se nela não se contém, ter-se-ia de concluir pela injuridicidade da exigência, não havendo como considerá-lo indispensável para o conhecimento do recurso. E não se terá dele outro conceito, a toda evidência, que o autorizado pelas disposições constitucionais (destaque existente no original).⁸⁴

Seguem orientação semelhante as juristas acreanas Maria Cesarineide de Souza Lima e Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui, acompanhadas da paranaense Márcia Duquez Leuzinguer, em artigo publicado no primeiro número desta Revista (2001, p. 27-33).

A despeito da coerência jurídica demonstrada por esta última linha de pensamento, tem prevalecido, como já relatado, o entendimento de que a exigência de prequestionamento para a admissibilidade de recurso extraordinário ou especial encontra assento constitucional na expressão “causas decididas”, declinada no inciso III dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, razão pela qual tal posicionamento servirá de paradigma para se travar uma análise conclusiva sobre os fundamentos jurídicos para a necessidade deste questionamento prévio da norma constitucional ou federal.

83 GARCIA MEDINA, José Miguel 2002, p. 281

Ribeiro 2000, p. 65:

4- A UTILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO NO RECURSO ESPECIAL

O pré-questionamento ficto resta configurado quando, por exemplo, a parte recorrente suscita a matéria constitucional ou concernente a lei federal na apelação, mas o acórdão não se manifesta acerca da matéria suscitada. Nesse caso, a parte inconformada interpõe embargos declaratórios que são desprovidos. A despeito do desprovimento desses embargos, a matéria é considerada pré-questionada quando levada aos tribunais superiores. Tais embargos são conhecidos por parte da doutrina como "embargos de declaração pré-questionadores"⁸⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, admite a existência dos denominados prequestionamento numérico e expresso, todavia, não reputa válido o prequestionamento implícito, nem tampouco o ficto. A orientação da Corte é evidenciada na súmula 211 de sua jurisprudência, que prescreve:

Enunciado da súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

Curiosa é a solução do STJ para os casos em que, mesmo diante dos embargos declaratórios, o tribunal *a quo* permanece omissivo. Lembre-se que, em hipóteses quejandas, o STF entende estar evidenciado o prequestionamento ficto, admitindo eventual recurso extraordinário interposto.

85 MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. 3ª ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais,

Pois bem, segundo o STJ, nos casos de reiterada omissão, deve ser interposto recurso especial por ofensa aos artigos 535, II, 458, II, e 165 (em síntese, por negativa de prestação jurisdicional), todos do CPC, forçando a corte de origem a se manifestar sobre a questão legal suscitada. Após a manifestação, aí sim, seria admitido o recurso especial com fundamento na causa decidida.

Observem, então, que o STJ reconhece a omissão do julgado e, ao invés de julgar, remete os autos à corte de origem determinando que ela se manifeste sobre a questão legal discutida. Após a manifestação, a parte interpõe novo recurso especial, agora sob fundamento diverso, qual seja, uma das hipóteses previstas no artigo 105, III, da CF, e só aí a questão poderá ser julgada.

Essa é, em poucas palavras, a solução dada pelo STJ: o mesmo problema que poderia ter sido resolvido com um único recurso e uma única decisão vai, agora, ser solucionada através de dois recursos (salvo eventuais embargos declaratórios novos) e três decisões. Reputa o Tribunal Superior ser esta a solução mais técnica, diante da expressão “causas decididas” contida no artigo 105, III, da CF. Só nos casos em que as causas forem efetivamente decididas serão admitidos os recursos especiais.

Corroborando esse entendimento podemos citar Araken de Assis⁸⁶ que, ao comentar a súmula 211 do STJ, esclarece, *in verbis*:

“A bem da verdade, a conclusão extraída do verbete se mostra incensurável, porque a subsistência da omissão vulnera, de um lado, o art.535, II, e de outro não se pode considerar, justamente por força da omissão, “decidida” a questão federal. Esse raciocínio exclui a necessidade de iniciativa da parte para aflorar a questão federal. A oposição dos embargos não visará a elisão da falta de iniciativa da parte, mas corrigirá a falta de decisão do órgão *a quo*, “que, por essa via, é convocado a enfrentar o tema, já que incabível o recurso a respeito do não decidido”.

Ainda com o mesmo entendimento, BERNARDO PIMENTEL SOUZA⁸⁷ leciona:

“Porém, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a simples interposição de embargos de declaração não afasta o óbice da falta do prequestionamento. É que o órgão julgador pode permanecer silente, apesar de provocado por meio de embargos declaratórios. A propósito, dispõe o enunciado n.211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”. Se o próprio acórdão embargado estiver contaminado por omissão na prestação jurisdicional, pode o irrequieto apresentar segundos embargos de declaração, assim como interpor recurso especial com esteio nos artigos 165, 468 e 535, todos do Código de Processo Civil”.

Vale o peso dos que defendem a posição exposta. Não é essa, porém, a linha aqui adotada. Além de razões de ordem prática, outras tantas de natureza jurídica parecem fulminar o posicionamento encartado pelo Tribunal Superior. Vejamos.

Não é crível que uma questão que pode ser solucionada por uma única decisão, se submeta ao tortuoso caminho proposto pelo STJ. Mesmos aos defensores da corrente combatida, é cediço o entendimento de que o processo é instrumental, não é um fim em si mesmo, constitui um meio pelo qual se aplica o direito material ao caso concreto. Prestigiar a forma pela forma é negar o caráter instrumental do processo.

Analisando o tema, Fredie Didier Jr⁸⁸ comunga do mesmo entendimento:

“O processo não é um fim em si mesmo, mas uma técnica desenvolvida para a tutela do direito material. O processo é realidade formal - conjunto de formas preestabelecidas. Sucede que a forma só deve prevalecer se o fim para o qual ela foi desenvolvida não lograr ter sido atingido. A separação entre direito e processo – desejo dos autonomistas – não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela. A visão instrumentalista do processo estabelece a ponte entre o direito processual e o direito material”.

Ainda na mesma linha, J.J. Calmon De Passos⁸⁹ enfatiza:

“As formas processuais tutelam as partes, ora assegurando-as contra o arbítrio judicial, ora contra os abusos do adversário, bem como tutelam o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado. Mesmo as primeiras,

87 Ob. Cit. P. 307.

88 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed. Salvador: Jus Podium. 2006. Vol 1. P.54.

89 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma Teoria das Nulidades**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. P. 132.

12 Ob. Cit. P.133.

indiretamente, estão a serviço deste último. Norma processual, disse-o Satta, é a que regula o exercício da jurisdição civil. E disse-o bem. Os fins da justiça (legalidade) perseguidos pelo Estado são, inclusive, o interesse das partes, que outra coisa não podem validamente pleitear além da aplicação da lei ao caso concreto, com a cessação do conflito entre elas estabelecido. Toda atipicidade acarreta um prejuízo, um dano, desde que os fins do processo ou os fins particulares dos atos não sejam atingidos”.

Partindo dessa premissa, o sistema das nulidades processuais foi todo construído em razão da existência ou não de prejuízo. Vale para o processo o vetusto brocardo *pás de nulité sans grief*, não há nulidade sem prejuízo. *Ex positis*, nenhuma nulidade existe caso o Tribunal Superior admita e julgue pelo mérito o recurso especial, quando reconhecida omissão da decisão recorrida na análise da questão legal levada à sua apreciação. Vale enfatizar que o caminho proposto pelo STJ, apesar de muito mais longo, conduziria ao mesmo resultado prático, e agir de forma diversa não traria qualquer prejuízo às partes.

Desta mesma forma, conclui o último autor citado⁹⁰:

“Consequentemente, quer seja ou não cominada expressamente a nulidade, a decretação da ineficácia exige que a imperfeição do ato tenha acarretado a intangibilidade do fim que lhe foi atribuído o que, por sua vez, implica em prejuízo para alguma parte e prejuízo para os fins da justiça (em termos de correta aplicação da lei aos fatos verificados no processo)”.

Deve também ser considerado que a corrente ora combatida atribui aos recorrentes um ônus pela prática de um ato que não pode lhes ser imputado. Os recursos especiais são inadmitidos em razão de uma irregularidade cometida pelo tribunal *a quo*, que não se manifestou quando deveria fazê-lo, e não em razão de eventual omissão dos recorrentes na demonstração dos requisitos de admissibilidade do especial. Foge até ao bom senso que se legitime a perda do

direito das partes à solução mais célere do litígio, diante de uma falta cometida pelo órgão julgador.

Um outro problema parece, também, não ser solucionado pelo STJ. O que fazer quando, mesmo diante da decisão que reconheça a negativa da prestação jurisdicional e determine a manifestação do tribunal de origem, este permanecer silente? Os recorrentes perderiam o direito ao recurso especial? Não creio que seja essa a posição mais correta.

Como se não bastassem os argumentos expostos, Canotilho, citado por Alexandre de Moraes⁹¹, enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais. Dentre estes, destacam-se o princípio da unidade da constituição e o da concordância prática ou da harmonização. Pelo primeiro, se estabelece que a constituição deva ser interpretada de forma a evitar contradições entre suas normas, e pelo outro, é exigida a harmonização entre as normas constitucionais em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uma, em detrimento da outra.

Pois bem, a mesma Constituição que traz a expressão “causas decididas em única ou última instância”, que alguns defendem deva ser interpretada restritivamente, prescreve também em seu artigo 5º, LXXVIII, *in verbis*:

Art. 5º.

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Sabe-se que esse novo inciso foi introduzido no texto constitucional pela EC 45 de 8/12/2004 e instituiu o denominado “princípio da celeridade processual”. Dito postulado é fruto da sensibilidade do constituinte derivado, em relação ao principal problema do sistema jurisdicional brasileiro, a morosidade processual. A preocupação com tal problema é, também, evidenciada com as recentes reformas no sistema de execução civil. Diante disso, se pergunta: é essa a parcela de contribuição a ser dada pelo STJ? E mais, é assim que acreditam estarem harmonizadas as regras constitucionais em conflito? Acredito que não.

Ao que me parece, a solução aventada pelo STJ objetiva muito mais minimizar um problema do próprio Tribunal, assoberbado de processos, que propriamente atender aos reclames da população e aos preceitos constitucionais. É uma posição egoísta e, como tal, deve ser combatida.

A toda evidência, a interpretação da expressão “causas decididas em única ou última instância” não deve ser restritiva, nem literal. Diante do direito fundamental a um processo célere, verificada a reiterada omissão da corte *a quo*, o STJ, não só pode, como deve admitir o recurso interposto, julgando-o pelo mérito.

Cássio Scarpinella Bueno, por exemplo, censura a falta de consenso a respeito do que é prequestionamento e do papel dos embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial. Segundo ele, “enquanto for difícil responder à questão ‘o que é e como se dá o prequestionamento?’, enquanto não houver uma segura uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles tribunais é mais ilusório do que real. É mais declaração de direito do que uma efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se

inegavelmente, de um caso em que a forma parece estar suplantando – e em muito – o conteúdo”.⁹²

Se o prequestionamento exige a apreciação e a solução de questão federal e constitucional, é preciso considerar que, muitas vezes, a parte levanta determinado ponto que não chega sequer a ser enfrentado e solucionado, em que pese ter sido regularmente suscitado diversas vezes e por meio de embargos de declaração. Nesse caso, sólida construção jurisprudencial entende haver ocorrido, corretamente, infringência ao direito aos embargos declaratórios, o que provoca violação ao disposto nos arts. 535 e seguintes do Código de Processo Civil e no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal e determina, por consequência, a anulação da decisão recorrida.

O direito aos embargos declaratórios tem fundamento na garantia constitucional da motivação das decisões, que deve ser completa ou íntegra e não simplesmente parcial.

Para diminuir a demora excessiva do processo, o tribunal de superposição deve estar autorizado, verificando que houve um mínimo de análise da questão federal ou constitucional, a enfrentar o mérito do recurso, sem determinar a anulação da decisão recorrida por força da frontal violação ao disposto nos arts. 535 do Código de Processo Civil e 93, inc. IX, da Constituição Federal. A anulação, não há como se negar, revela-se contraproducente e inútil, devendo ser, na medida do que for praticamente possível, evitada. Para serem recebidos os recursos excepcionais existem algumas exigências legais para tanto. Uma delas é o

prequestionamento. Este perquire que a questão federal ou constitucional seja previamente suscitada/analísada na instância inferior.

Ademais, cabem embargos de declaração em face da decisão do Tribunal recorrido, a fim de que este forçadamente se pronuncie expressamente sobre a questão excepcional.

Tem a parte, entretanto, meios para que a omissão não sanada pela oposição declaratórios seja corrigida. Esta deve interpor recurso especial baseado na alínea "a" do artigo 105 da Constituição Federal, evocando violação ao pressuposto estabelecido pelo artigo 535, II, do Código de Processo Civil, qual seja, a omissão no acórdão de questão suscitada.

Sendo esse recurso especial provido, ou seja, se o Superior Tribunal de Justiça constatar que houve omissão, o acórdão é anulado, devendo os autos retornarem à segunda instância para a apreciação da questão omitida no julgamento anterior. Só após isso, a parte poderá interpor o recurso especial fundamentado na matéria que pretendia inicialmente.

Porém há críticas no sentido de que os Tribunais Superiores devem sim julgar o mérito da questão de fundo dos recursos especial e extraordinário, não se limitarem a determinar novo julgamento pelo Tribunal *a quo*. Esse último procedimento deve ser usado apenas quando se trate de *error in procedendo*, e não de *error in judicando*. E o acórdão que não examina determinada matéria, a despeito de ter sido a mesma suscitada pela parte, incide em *error in judicando*, se a sua omissão puder provocar alteração no resultado da lide.

De fato, não há sentido em remeterem-se os autos de volta à Corte de a que esta profira um novo julgamento cuja finalidade é de aclarar

omissão, prequestionando a matéria federal, de modo a abrir à parte a via do recurso especial. Ora, qual o sentido de percorrer-se todo esse iter quando já se sabe com antecedência o resultado que será gerado?

Adotando o prequestionamento ficto, tudo pode ser resolvido antes, com maior celeridade e economicidade e dando maior ênfase à efetividade processual do que ao formalismo.

Em conclusão, comungo do mesmo entendimento da Corte Suprema. Entendo que uma vez opostos embargos declaratórios, persistindo a omissão quanto à questão constitucional ou legal ventilada, deve ser considerada prequestionada a matéria e admitidos eventuais recursos excepcionais interpostos.

4.1. Divergência Jurisprudencial Nos Tribunais

No que pertine à utilização dos embargos declaratórios para fins de prequestionamento, polêmica jurisprudencial deveras interessante é verificada no seio dos nossos Tribunais Superiores. É que o STF e o STJ, conforme já se deu breve notícia, posicionam-se de maneira completamente díspar no que diz respeito às conseqüências do manejo daquela via recursal para o suprimento do requisito ora em foco.

Ora, segundo sua Súmula nº 356, o Pretório Excelso assim se manifesta “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”. Assim, numa interpretação *a contrario sensu*, extrai-se do preceito que, para a Corte Suprema, basta que as partes tenham provocado, através de embargos declaratórios, a instância ordinária à manifestação sobre a questão de mérito, para que reste suprido o requisito do prequestionamento e aberta a via

recursal extraordinária, independentemente do resultado do julgamento dos embargos.

Destarte, ainda que o Tribunal *a quo* se negue a suprir a omissão, negando provimento aos aclaratórios, ou mesmo deixando de conhecê-los, pode a parte valer-se do recurso extraordinário, inclusive quanto à questão de fundo, já que, para o STF, houve o devido prequestionamento.

Cumpre realçar, por absolutamente pertinente, que a premissa desse raciocínio é que os embargos declaratórios sirvam, efetivamente, para o suprimento de **omissão**, isto é, que tragam a tona questão **já deduzida** anteriormente, mas apenas “esquecida” pelo Tribunal *a quo*. Acaso a matéria seja pioneiramente por eles abordada, não se estará a tratar de prequestionamento. Vejamos alguns julgados acerca do tema:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO APESAR DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 211/STJ. CPMF. ALÍQUOTA ZERO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEI N. 9.311/96, ART.8º, III E § 3º. PORTARIAS 06/97 E 134/99 DO MINISTRO DA FAZENDA. 1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*." (Súmula 211 do STJ). 2. Negando-se o tribunal de 2ª instância a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão. 3. As empresas que realizam arrendamento mercantil são equiparadas às instituições financeiras, sujeitando-se, assim, à redução da alíquota a zero na CPMF. Ratio essendi do inciso III, do art. 8º da Lei 9.311/96. Precedentes jurisprudenciais. 4. Dessume-se da análise do artigo 8º, III, e § 3º da Lei n. 9.311/96 e do artigo 3º, XXVI, das Portarias n. 06/97 e 134/99 do Ministro da Fazenda, que o benefício da alíquota zero da CPMF aplica-se às empresas de arrendamento mercantil, uma vez que a própria lei prevê que o favor fiscal restringe-se às operações que estão enumeradas no ato do Ministro de Estado da Fazenda. 5. Consoante assentado em precedentes, o leasing é considerado uma operação financeira, porquanto encerra financiamento da arrendadora ao arrendatário. Em consequência, a operação é incluída entre as operações bancárias. Deveras, no Brasil as empresas de arrendamento mercantil são controladas e fiscalizadas pelo Banco Central (Lei n. 6.099, de 1974, art. 7º). 6. Precedente (Resp n. 332.485/RJ). 7. Recurso especial improvido." ⁹³[sem grifo no original]

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - ADMISSIBILIDADE - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA 211/STJ) - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO, NA FORMA DOS ARTS. 541, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC E 255 E PARÁGRAFOS DO RISTJ. 1. O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios, quando a questão havia sido devolvida ao Tribunal a quo por ocasião do julgamento do apelo, mesmo que o Tribunal se recuse a suprir a omissão. 2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. 3. Recusando-se a Corte de Segundo Grau a deliberar sobre o dispositivo infraconstitucional supostamente violado, apesar de interpostos os declaratórios, o recurso especial deve ser formulado mediante alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, sob pena de incidir nas disposições da Súmula 211/STJ. 4. Para que se caracterize o dissídio, faz-se necessária a demonstração analítica da existência de posições divergentes sobre a mesma questão de direito. 5. Agravo improvido." ⁹⁴[sem grifo no original]

Entretanto, apesar do exposto na súmula 211, a tese jurídica acima descrita, não é pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Ultimamente, o Ministro Peçanha Martins, da segunda turma, que anteriormente considerava que "Se o Tribunal a quo, mesmo após a oposição dos declaratórios deixa de apreciar questões suscitadas, deve o recorrente, ao manifestar este apelo especial, alegar violação ao art. 535 do CPC, sob pena de aplicação das Súmulas 282 STF e 211 STJ." ⁸⁸⁸, passou a entender que o tribunal de apelação deve pronunciar-se acerca da matéria suscitada pela parte. Não o fazendo, mesmo após a interposição pela parte de embargos declaratórios para sanar a omissão apontada a matéria deveria ser considerada pré-questionada, assim como faz o Supremo Tribunal Federal.

Vejamos o que externou o Ministro em voto-vencido de recente acórdão relativo ao tema:

"Presidente, parece-me que a posição do Supremo Tribunal Federal estaria mais consentânea com a celeridade do processo, porque evitaria a volta ao tribunal a quo com o óbice de não podermos obrigá-lo a rejulgar. Além do mais, estamos todos hoje defendendo, aliás, contra o meu voto inicial, a súmula vinculante. Ora, se a mais alta Corte do País segue uma orientação, parece-me que não deveríamos discrepar, sobretudo se não temos o respaldo da lógica e da celeridade. Em razão disso, peço vênia para, daqui

por diante, ficar vencido e aplicar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal." ⁹⁵

Assim como o Ministro Peçanha Martins, o Supremo Tribunal Federal considera configurado o pré-questionamento nesses casos, sustentando que sua admissibilidade decorreria do disposto no enunciado n. 356 de sua súmula, que dispõe, *in verbis*: "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."

Ou seja, nossa corte suprema interpreta o enunciado supracitado no sentido de que, tendo a matéria constitucional supostamente violada sido suscitada pela parte mas não mencionada no julgamento do tribunal *a quo*, se forem opostos embargos de declaração a matéria é considerada pré-questionada, não interessando o fato de os embargos não terem sido providos, e o recurso extraordinário com fundamento nessa matéria é conhecido.

Vejamos o que diz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao analisar a questão:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. - O acórdão recorrido não ventilou a questão da revogação do artigo 102 do Código Penal Militar pelo artigo 125, § 4º, da Constituição, nem foi ela objeto de embargos de declaração, faltando-lhe, assim, o indispensável prequestionamento (súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário não conhecido." ⁹⁶

"EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO MODIFICATIVO. - Procedência da alegação de omissões do acórdão embargado, especialmente no tocante às questões relativas ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição e da não-observância da súmula 339 que se funda nos princípios constitucionais da separação dos Poderes e da legalidade na fixação de vencimentos. - Ofensa pelo aresto recorrido extraordinariamente ao disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna que por ele foi erroneamente aplicado, bem como inobservância do disposto na súmula 339.

95 STJ, 2ª Turma, REsp 553.793 - PE, relatora Ministra Eliana Calmon, j. 20.11.2003, DJU de 22.03.2004.

96 2.605 - MS, relator Ministro Moreira Alves, j. 25.03.2003, DJU 02.05.2003.



Embargos declaratórios recebidos com efeito modificativo, para alterar-se a conclusão do acórdão ora embargado no sentido de se conhecer do recurso extraordinário e se [sic] lhe dar provimento." ⁹⁷

"EMENTA: I. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA 356. O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela. II. Sentença normativa: inexistência de coisa julgada material. Sentença normativa - embora editada por órgão jurisdicional ao cabo de um processo -, é forma de edição de normas gerais e abstratas e, por isso, não faz coisa julgada material: a correção de sentenças em dissídios individuais que não lhes aplique as normas gerais ou as aplique erroneamente se faz mediante recurso de revista (CLT, art. 896, b), do mesmo modo previsto para a revisão das decisões contrárias à lei: o que a respeito se decida na revista, contudo, não pode ser questionado em recurso extraordinário fundado na violação da coisa julgada." ⁹⁸

Apesar de os julgados supracitados representarem o entendimento da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, cabe ressaltar que, assim como ocorre no Superior Tribunal de Justiça, existe posicionamento contrário na própria Corte Suprema a respeito da admissibilidade do pré-questionamento ficto.

Em voto proferido no julgamento do RE 219.934, onde o Tribunal Pleno pacificou a jurisprudência no sentido de que bastaria ter havido a interposição, no momento oportuno, pela parte, de embargos de declaração para que esteja configurado o pré-questionamento, o Ministro Marco Aurélio manteve-se firme em sua convicção solitária, já demonstrada em julgamentos anteriores⁹⁹, acerca da impossibilidade da interposição de recurso extraordinário em casos semelhantes ao supramencionado por ausência de pré-questionamento, conforme veremos a seguir:

97 STF, 1ª Turma, RE 216.482 ED - SC, relator Ministro Moreira Alves, j. 25.03.2003, DJU 02.05.2003.

98 STF, 1ª Turma, AI 173.179 AgR - SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 24.06.2003, DJU 01.08.2003.

99 STF, 2ª Turma, RE 129.877 - SP, relator Ministro Marco Aurélio, j. 03.11.1992, DJU 27.11.1992. STF, 2ª Turma, AgRRE 146.660 - SP, relator Ministro Marco Aurélio, j. 20.04.1993, DJU 07.05.1993. STF, 2ª Turma, AgRRE 146.660 - SP, relator Ministro Marco Aurélio, j. 20.04.1993, DJU 07.05.1993. STF, 2ª Turma, RE 162.308 - AM, relator Ministro Marco Aurélio, j. 29.05.2001, DJU 14.09.2001.

"VOTO:

[...]

Sabemos que dois vícios podem macular uma decisão lato sensu: o de procedimento e o de julgamento. Com o primeiro, quando olvidado um dispositivo instrumental, claudica-se na arte de proceder; no segundo, erra-se na aplicação de um preceito material, envolvendo a interpretação de uma norma substancial. O que incumbia ao Estado de São Paulo veicular nas razões do extraordinário? O vício de julgamento, transferindo ao Supremo Tribunal Federal a apreciação dos embargos declaratórios que não foram julgados quanto à matéria de fundo? A resposta é desenganadamente negativa. Deveria ter argüido o defeito de procedimento, articulando a deficiência na entrega da prestação jurisdicional, a nulidade, no que não examinada uma certa matéria de defesa. E não o fez. O que é o prequestionamento? Qual a sua razão de ser? Como fica configurado? Por ato da parte? Não, concretiza-se mediante o debate e a decisão prévios do tema jurígeno versado nas razões do extraordinário. Tem uma razão de ser que está na existência, no tocante ao recurso interposto, de um pressuposto de recorribilidade específico; está na necessidade de proceder-se a cotejo para dizer-se enquadrado, ou não, o extraordinário em uma das alíneas do inciso III do artigo 102 do que assentado pela Corte de origem – e aqui, em se tratando do concurso público e, também, da época da aposentadoria, nada foi discutido – à luz do dispositivo constitucional que se aponta como vulnerado.

Senhor Presidente, a matéria – sedutora é certo – veiculada nas razões do extraordinário, não consta, como decidida, do acórdão proferido. Não se pronunciou o Colegiado relativamente à defesa apresentada.

Este recurso extraordinário – e, diria o Ministro Francisco Rezek, "não podemos baratear o recurso extraordinário" – visa a uma única coisa: transferir a esta Corte o julgamento dos declaratórios que, repito, não foram apreciados como deveriam ter sido, consignado a Corte de origem a inexistência do concurso público e a irrelevância da segunda matéria de defesa, que é a ligada à época da aposentadoria.

Senhor Presidente, não conheço do extraordinário, que padece da ausência do indispensável prequestionamento."

Interessante notar que, ao contrário do que ocorre quando o assunto é a explicitude ou não da matéria objeto do recurso, onde o Superior Tribunal de Justiça é mais flexível e conhece do recurso especial fundado em questão pré-questionada implicitamente ao passo que a esmagadora maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal [todos, menos o Ministro Marco Aurélio] só admitem o pré-questionamento explícito, no caso do pré-questionamento ficto observa-se outro panorama, dessa forma descrito por Cássio Scarpinella Bueno:¹⁰⁰

"O conceito de prequestionamento bifurcou-se: para o Supremo Tribunal Federal, em função da sua Súmula 356, prequestionamento é, rigorosamente, aquilo que *nega* o seja o Superior Tribunal de Justiça

100 BUENO, Cássio Scarpinella. Pré-questionamento – Reflexão sobre a Súmula 211 do STJ, NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.

Juris dos recursos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p.77

por intermédio de sua recente Súmula 211. O que para aquele Tribunal é chamado de prequestionamento (ficto), é, para este, a partir das considerações constantes no trabalho aqui focado em primeiro plano, chamado de "ritual" e "cerimonial". Prequestionamento é coisa diversa, justamente o que falta na decisão recorrida e o que não pode ser suprido pela 'ficção' criada e implementada pela Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal."

Ante o exposto, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça, na maioria dos casos, é extremamente rigoroso e não considera pré-questionada matéria não mencionada no acórdão proferido pelo tribunal *a quo*, mesmo tendo sido ventilada oportunamente pela parte e também não importando a oposição de embargos declaratórios para sanar a omissão. Conforme já demonstrado, a parte vê-se obrigada a interpor dois recursos para ver julgada a suposta violação à lei que trouxe à baila: um deles baseado no artigo 535, II do Código de Processo Civil com o intuito de sanar a omissão na decisão e, posteriormente, outro relativo à matéria violada.

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a matéria é tida, pela quase totalidade dos julgadores, por pré-questionada apenas pela oposição de embargos declaratórios visando sanar a omissão do julgador de 2ª instância, sendo, portanto, este tribunal, considerando-se o entendimento de sua jurisprudência preponderante, bem menos burocrático que o pacificado no Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, conforme o enunciado nº 211 de suas súmulas, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim entende: "inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*". Destarte, para dita Corte, apenas se a decisão *a quo* resolver a matéria controvertida, apresentada em embargos de declaração, é que se pode manejar o recurso especial quanto à questão de fundo.

Assim, acaso o Tribunal *a quo* não se manifeste sobre a matéria ventilada pela parte nos embargos, não os provendo ou deles não conhecendo por não vislumbrar qualquer de suas hipóteses de cabimento, aquela deve ingressar, primeiramente, com o recurso especial, interposto com base na negativa de vigência ao artigo 535, do Código de Processo Civil, pedindo a anulação do julgado, para que, apenas após a anulação e posterior manifestação expressa da instância ordinária, possa recorrer especialmente quanto ao mérito.

Do exposto, é inexorável a ilação de que os posicionamentos adotados pelas Cortes são divergentes e, portanto, merecem ser uniformizados. A seguir, analisar-se-á os argumentos a favor daquele que se entende o mais adequado ao alcance da efetividade processual.

O fato de alguns (como o STJ) considerarem o prequestionamento implícito (prévio questionamento acerca de determinada questão de forma clara, mas sem a indicação do dispositivo legal violado) como suficiente para preencher o requisito dos recursos excepcionais, e o STF exigir o prequestionamento explícito, ou excepcionalmente o ficto, gera insegurança jurídica na medida em que a parte, seguindo orientação de determinado tribunal, pode ser prejudicada em razão de entendimento diferente adotado por outro, como o do STF.

4.2 Súmula nº 211, do STJ *versus* Súmula nº 356, do STF: qual deve prevalecer?

Descartando-se qualquer argumento que tendesse a resolver a questão ora posta através da aplicação de uma suposta hierarquia entre as Cortes, segundo a qual prevaleceria o entendimento daquela que se incumbe do acertamento hermenêutico das normas constitucionais, assevere-se que a solução aqui

vislumbrada tem como base norteadora a preocupação com o acesso à justiça, com o intuito de fazer prevalecer aquele verbete que melhor o garanta.

Neste diapasão, resta indene de dúvidas que o entendimento que melhor atende a tais ditames está expresso na Súmula nº 356, do Supremo Tribunal Federal, na medida em que, afastando etapas deveras inúteis para o conhecimento da questão de fundo pelo Tribunal Superior, garante à parte o acesso célere à satisfação de seus interesses e, portanto, uma mais rápida e eficiente pacificação social. Eis a exposição pontual de algumas das razões dessa conclusão.

Em primeiro lugar, os maiores argumentos daqueles que são contra a adesão do prequestionamento ficto pelos Tribunais Superiores residem na supressão de instância e no malferimento que dito expediente pode acarretar ao princípio do contraditório, haja vista que a parte contrária não teria condições de se defender quanto aos fundamentos invocados nos embargos declaratórios e, posteriormente, colacionados no recurso extremo.

Ocorre que, quanto à alegada supressão de instância, resai evidente que ela não ocorre, já que a matéria abordada nos embargos declaratórios não o é pela primeira vez no processo, já tendo sido objeto de manifestação anterior, além de, no que diz respeito ao contraditório, ser usual se intimar a parte para responder aos embargos declaratórios quando estes possuem efeitos infringentes, bem como existirem contra-razões nos próprios recursos extremos, nas quais a defesa pode ser efetivamente exercida.

Por outro lado, diante da possibilidade de se atribuir efeito suspensivo aos recursos extremos, mister reconhecer que o posicionamento do STJ possui mais um inconveniente, na medida em que, ao vedar o acesso imediato ao Tribunal Superior,

quando interpostos embargos declaratórios “prequestionadores” não providos, impõe óbice a que a parte lesada obtenha o mencionado efeito obstativo, já que o recurso extremo não versará sobre o mérito, mas sobre simples questão processual.

Por isso, diante dos argumentos supra expendidos, é indubitável, repitase, que o posicionamento do STF é o mais consentâneo com a efetividade processual, na medida em que, considerando suficiente, para a obtenção do prequestionamento, a interposição de embargos declaratórios sobre a matéria já apreciada nos autos, permite o imediato acesso ao Tribunal Superior, com a interposição do recurso extraordinário, e, conseqüentemente, uma solução mais ágil ao litígio, com maior potencial pacificador.

De claridade solar, ademais, o enorme gravame que o entendimento fundamentado na Súmula nº 211, do Superior Tribunal de Justiça, causa à parte – e, em conseqüência, à efetividade - pois que estabelece uma verdadeira *via crucis* a se percorrer até se chegar à apreciação do mérito pelo Colendo Tribunal.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs no presente estudo conclui-se que o prequestionamento é um importante delimitador a corroborar para o fim de garantir integridade e autoridade da Constituição da República e da legislação federal em todo o território nacional. Porém, não há como deixar de perceber a ausência de critério uniforme quanto à sua conceituação. É difícil afirmar que prequestionamento vincula-se exclusivamente à iniciativa das partes ou que derive apenas do conteúdo da decisão que se pretende recorrer ou que exista uma simbiose entre iniciativa das partes e conteúdo da decisão recorrida.

Cabe, ao Supremo Tribunal Federal decidir acerca da interpretação do art. 102, III, bem assim do art. 105, III, uniformizando sua interpretação perante todo o território nacional. As Súmulas 356 do STF e 211 do STJ eixam explícita a necessidade de prequestionamento, e a importância de serem opostos os embargos de declaração para suprir a omissão constitucional ou federal. No entanto, a Súmula do STF possibilita o prequestionamento ficto, bastando a interposição dos embargos para que o requisito esteja preenchido, ainda que eles não sejam acolhidos ou não seja suprida omissão, enquanto que a Súmula do STJ nega tal entendimento, já que não é admitida a interposição de recurso especial para discutir questão federal que não tenha sido ventilada no acórdão, de maneira que se houver oposição de embargos de declaração, e, a despeito deles, a questão permanecer omissa, seja porque não foram conhecidos, seja porque foi negado provimento, o recurso especial será inadmissível.

A Constituição Federal não fala expressamente em prequestionamento mas é bastante clara nos incisos III dos arts. 102 e 105 quanto à circunstância de a

questão constitucional ou legal dever ter sido decidida pelas instâncias locais ou regionais. Somente as *causas decididas* é que podem ser desafiadas pelos recursos extraordinário e especial, respectivamente. Se não for decidida – mesmo que pudesse ter sido -, não há como alcançar aquelas duas Cortes Superiores para tratar de tema que o órgão *a quo* não decidiu.

Os embargos de declaração podem (e devem) ser opostos para sanar a omissão que deveria ter sido decidido e não foi por qualquer motivo. Quando a rejeição destes embargos é errada abre-se o ensejo para a interposição especial para correção deste vício, justamente para buscar a decisão da causa, requisito constitucionalmente imposto para admssibilidade do recurso especial e para o recurso extraordinário. A aceitação do prequestionamento ficto possibilita a interposição (direta) de recursos extraordinário *lato sensu*, sem que seja necessária a manifestação prévia do órgão *a quo* sobre a norma que se diz violada, desde que a parte tenha desempenhado papel atuante ao longo do feito.

Em suma, enquanto não houver um posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a estas divergências, a verificação do que está ou não prequestionado(decidido) e a função dos embargos de declaração para suprir tais vícios de procedimento da decisão a ser recorrida não pode ser generalizada, como usualmente se dá. Cada caso deve ser tratado como tal, para que se constate o que se pediu a partir de qual ou quais fundamentos e sobre o que se decidiu a partir de que fundamentos. O acesso à justiça e o devido processo legal, estão comprometidos por uma questão que, em última análise, é formal. Omissão quanto à este ponto é insustentável em um Estado Democrático de Direito, em que nem a lei pode excluir lesão ou ameaça de direito do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar, Embargos, cit. P. 256.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento? Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002.
- CALMOM DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma Teoria das nulidades**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.
- CAMPOS, Antônio Macedo de. **Dos recursos no processo civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedx.htm>>. Acesso em: 5 jul. 2005.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª Ed. Salvador. Jus Podium. 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988.
- FERNANDES, Luis Eduardo Simardi, Embargos de Declaração; efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. 2 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008, p. 195-196.
- FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2005, p. 1.161.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEUZINGUER, Márcia Duquez; SINGUI, Marize Anna Monteiro de Oliveira. Prequestionamento e interesse público à luz do paradigma do estado democrático de direito, **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre**, Rio Branco, n. 1, p. 13-46, jan./dez. 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de;

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário: requisitos de admissibilidade e recursos retidos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/983**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil V. II Teoria Geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**). 3 ed. São Paulo; Atlas S.^a, 2006, p. 210

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil V. V. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Miguel José. **Guia prático dos recursos no processo civil**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação**. São Paulo: Saraiva, 1997

NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/983. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

NOLASCO, Rita Dias. Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, jan/mar. 2000.

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

PORTELA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. **Teoria Crítica do Recurso Especial (Jurisprudência e Doutrina)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARAIVA, José. **Recurso Especial e o STJ**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Bruno Mattos e. **Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 2. ed. Belo Horizonte: Maza, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/983. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.