



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

PREQUESTIONAMENTO:

Constitucionalidade, Análise na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e Disciplina no Projeto do Novo Código de Processo Civil

Maria Eduarda Andrade e Silva
10/0114539

Brasília, dezembro de 2014

MARIA EDUARDA ANDRADE E SILVA

PREQUESTIONAMENTO:

Constitucionalidade, Análise na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e disciplina no Projeto do Novo Código de Processo Civil

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Graduação de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Doutor Vallisney de Souza Oliveira

Brasília, dezembro de 2014

MARIA EDUARDA ANDRADE E SILVA

PREQUESTIONAMENTO:

Constitucionalidade, Análise na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e disciplina no Projeto do Novo Código de Processo Civil

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Graduação de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Doutor Vallisney de Souza Oliveira

Brasília, 02 de dezembro de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Doutor Vallisney de Souza Oliveira
Orientador

Prof. Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Membro da Banca Examinadora

Prof. Doutor Ricardo José Macedo de Britto Pereira
Membro da Banca Examinadora

Prof. Mestre em Direito Civil Thiago Luís Santos Sombra
Membro Suplente da Banca Examinadora

RESUMO: O prequestionamento é um requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário que não possui nenhuma sistematização legal ou mesmo constitucional, já que não há previsão expressa de sua exigência na Carta Magna de 1988. Sua legitimidade costuma ser encontrada na expressão “causas decididas”, constante da Constituição Federal. Contudo, a questão da constitucionalidade do prequestionamento não pode ser tão facilmente reduzida e, por isso, será um dos enfoques de estudo do presente trabalho. A importância da pesquisa em torno da constitucionalidade do prequestionamento decorre das implicações da manutenção do requisito com relação ao acesso à justiça. Nesse bojo, é imperioso estudar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, a fim de realizar uma análise dos prejuízos e benefícios advindos das posições dos citados tribunais. Dentro dessa problemática, as inovações trazidas pelo novo Código em muito contribuirão para a solução de alguns impasses e imporão a reversão de orientações que hoje se encontram sedimentadas jurisprudencialmente. Com efeito, serão apresentadas as inovações que o projeto de novo CPC tenciona produzir no assunto, momento em que será realizado o exame e a interpretação dos mais importantes artigos constantes do projeto. Tais preceptivos impactarão sobre o tratamento das matérias constantes apenas do voto vencido; trarão alterações quanto aos embargos de declaração “prequestionadores”; reconhecerão os efeitos translativo e devolutivo amplo nos recursos especial e extraordinário e positivarão a regra de reenvio obrigatório dos autos à instância de piso a fim de solucionar melhor a controvérsia debatida nos autos. Outrossim, em razão do novo Código, mesmo o conceito de prequestionamento poderá vir a ser alterado. Todas essas modificações resultarão em mudanças jurisprudenciais significativas, interferindo na realidade de milhares de jurisdicionados e dos operadores do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Prequestionamento. Jurisprudência. Causas decididas. Inconstitucionalidade. Formalismo. Novo Código de Processo Civil. Embargos de Declaração. Enfrentamento máximo dos argumentos. Reenvio obrigatório. Efeito translativo. Efeito devolutivo.

Lista de abreviaturas

Ag - Agravo

AgRg – Agravo Regimental

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EDI – Embargos de declaração

g.n.- grifos nossos

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

Sumário

1.Introdução.....	2
Capítulo 1.Conceito e classificação do prequestionamento.....	3
1.1.O conceito de prequestionamento.....	3
1.2. As espécies de prequestionamento à luz da jurisprudência do STJ e do STF.....	7
Capítulo 2. A inconstitucionalidade do prequestionamento.....	20
2.1. O prequestionamento possui algum fundamento no direito positivado?.....	20
2.2. Os problemas gerados pela posição do Superior Tribunal de Justiça no atendimento ao prequestionamento. O dever de apreciação dos argumentos das partes.....	35
Capítulo 3. O projeto de novo CPC e as alterações que repercutirão no prequestionamento.....	43
3.1. A regra de reenvio obrigatório dos autos constante do projeto do novo código processual e suas consequências.....	43
3.2. A abertura de instância e a demonstração da desnecessidade do prequestionamento.	52
3.3. A atribuição do efeito translativo e devolutivo amplo aos recursos especial e extraordinário.....	54
Capítulo 4. Capítulo 4 – A positivação do prequestionamento no projeto de novo Código de Processo Civil.....	61
4.1 Embargos de declaração e o prequestionamento automático/ficto no projeto do novo CPC.....	61
4.2 Alterações do projeto do novo CPC quanto à questão do prequestionamento da matéria ventilada somente no voto vencido.....	68
Conclusões.....	71
Referências Bibliográficas.....	75

Introdução

O prequestionamento é uma exigência que obsta o acesso de jurisdicionados às instâncias superiores, cuja parca disciplina é realizada apenas a partir de enunciados sumulares antigos. Não existe contemporaneamente qualquer preceptivo infraconstitucional que normatize a matéria.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias costumam enxergar a legitimidade do prequestionamento na expressão “causas decididas”, constante de nossas Constituições desde 1934. Isso, porém, representa uma distorção da concepção original do requisito, que, até 1967, era constitucionalmente exigido por meio do verbo “questionar”. A interpretação que enxerga “causas decididas” como sinônimo de prequestionamento foi construída para criar um novo alicerce para o mencionado requisito, contornando o silêncio da Constituição, já que o termo “questionar” já não tem assento constitucional há várias décadas.

Assim, entendemos que há um desacerto da opinião daqueles que enxergam no termo “causas decididas” um sinônimo para o prequestionamento. Mesmo porque a nossa Carta de 1988 emprega o mesmo termo em outras passagens de seu texto sem que, nesses casos, ele seja interpretado como sinônimo da exigência do requisito.

Outrossim, cremos que inexiste nenhum objetivo concreto e útil a ser alcançado com o prequestionamento, afora o meramente formal, consubstanciado no conhecimento do recurso. A própria admissão do prequestionamento ficto, isso é, aquele que dispensa o efetivo debate da matéria na decisão recorrida, comprova a ausência de propósito útil ao requisito.

O presente trabalho propõe-se a discutir a legitimidade do prequestionamento, bem como apresentar o tratamento dispensado ao requisito pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Serão ainda analisadas as principais inovações e alterações constantes do projeto do novo Código de Processo Civil, bem como seu impacto sob o aludido requisito de admissibilidade.

Capítulo 1. Conceito e classificação do prequestionamento

1.1.O conceito do prequestionamento

O prequestionamento existe há muito em nosso direito e se insere entre os requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários “lato sensu”¹, consistindo na exigência de que a questão constitucional ou federal veiculada no inconformismo haja sido decidida na decisão recorrida. Não atendido o requisito, o recurso restará não conhecido pela Corte Superior, não superando sequer a barreira de admissibilidade recursal.

Sua origem remonta à Lei Judiciária norte-americana, “Judiciary Act”, de 24/09/1789, que criou o recurso “writ of error”, o qual exigia que a questão federal fosse primeiro suscitada e decidida pela instância de piso².

Em nosso ordenamento, a exigência primeiramente foi introduzida pelo Decreto 848 de 1890³. Desde 1891, passou a desfrutar de assento constitucional. A primeira Constituição da República, em seu art. 60,§1º,alínea “a”, prescrevia que:

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

¹ Diga-se, recursos especial e extraordinário.

² SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no recurso especial*. 1.ed.Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.18.

³ MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? *Revista da Esmape*, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008, p.146.

a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)(g.n.)

As Cartas Magnas que lhe seguiram mantiveram a exigência, o que cessou com a Constituição de 1967⁴. Essa supressão foi interpretada por parte da doutrina como o fim do prequestionamento. A propósito, esclarece Giovanni Mansur Solha Pantuzzo:

Embora reiterada nas Cartas de 1937 e 1946, a partir da Constituição outorgada de 1967, o prequestionamento deixou de constar expressamente no direito positivo como requisito recursal, o que levou alguns juristas na época a argumentarem que tal exigência seria inconstitucional. Cita-se, por exemplo, o insigne José Afonso da Silva, para quem “o silêncio constitucional desonera o recorrente da demonstração do prequestionamento”. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal manteve intacta a exigência. A discussão se reavivou com o advento da Carta Cidadã de 1988, que também silenciou pelo fim da aludida figura constitucional.⁵

Assim, inobstante o silêncio, vingou a corrente em favor da continuidade da exigência, sobretudo por força da jurisprudência.

Quanto à sua conceituação, importa registrar que: *“um dos problemas mais complexos no processo civil é o relativo à definição de prequestionamento, porque vários sentidos são dados a essa expressão, na doutrina e na jurisprudência”*⁶.

Inobstante essa dificuldade, atualmente, o conceito vencedor do prequestionamento impõe a necessidade de que a tese de direito constitucional ou infraconstitucional federal que veiculada do inconformismo haja sido enfrentada pela instância inferior, constando expressamente da

⁴ Art. 67, 2, III da CF/34, art. 101, III da CF/37 e art. 101, III, da CF/46.

⁵ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.87.

⁶ ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria geral do prequestionamento. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n.97, p.71/81, abril 2011, p.81.

decisão atacada⁷, sem o que o próprio recurso especial ou extraordinário não será conhecido.

Dessa feita, o prequestionamento é a exposição, no teor da decisão recorrida, das matérias essenciais à sua fundamentação⁸, que estão sendo objeto de recurso.

Importa esclarecer que o conceito suso mencionado, embora majoritariamente aceito em nossa doutrina e jurisprudência, não desfruta de unanimidade. Por isso, não pode ser olvidada a interpretação minoritária que enxerga no prequestionamento uma atividade exclusiva da parte, segundo a qual o simples debate do tema ao longo de processo, ainda que por parte de apenas um dos contendores, supriria a exigência. A questão é bem resumida por Maria Silvana Felten:

Há a compreensão de duas correntes doutrinárias, sendo a primeira no sentido de ser suficiente ao recorrente suscitar a questão em face anterior à interposição recursal, e a segunda, de que exista julgamento expresso acerca do tema que se pretende revisar. A primeira corrente se ajusta ao estrito sentido etimológico do termo “prequestionar”, bastando que o dispositivo sobre o qual é interposto o recurso tenha sido mencionado no curso da demanda, independentemente de recurso anterior.

Na segunda vertente, torna-se imprescindível que, em decisão pretérita, o tribunal ‘a quo’ tenha se pronunciado sobre o tema recorrido, sendo prévia não a pretensão do recorrente, mas também o momento processual imediatamente anterior ao recurso excepcional. Com efeito, essa é a corrente que atualmente prevalece, sendo exigido um debate, no acórdão recorrido, daqueles dispositivos de lei que serão os futuros fundamentos do recurso excepcional.⁹

A corrente para a qual o prequestionamento é alcançado por meio da atuação processual das partes, hoje sem prestígio jurisprudencial, denota a antiga concepção do prequestionamento.

Corroborar esse entendimento Jean Alves Pereira Almeida ao explicar que

⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol 5. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.238.

⁸ FELTEN, Maria Silvana. O prequestionamento nos recursos excepcionais cíveis. *Revista Jus Plenum*, Caxias do Sul, ano VIII, n.43, (jan/fev.2012),p.97

⁹ *Idem, Ibidem*,p.99

As manifestações mais antigas sobre o tema usam a expressão como *manifestação das partes a respeito da questão*. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal era no sentido da necessidade de *prévio questionamento da lei federal na instância local*, sob pena de não conhecimento do recurso extraordinário.¹⁰ (grifos no original)

No mesmo toar, Jaqueline Brizante Orteney Hipólito, em artigo específico sobre o tema, esclarece a evolução ocorrida quanto ao significado do prequestionamento:

A noção de prequestionamento, como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo um elemento que dizia respeito à atividade das partes. As partes é que questionam/discutem ao longo do processo. No entanto, com o decorrer do tempo, prequestionamento passou a se referir à obrigatoriedade de que conste na decisão impugnada a questão federal ou constitucional tida como violada.¹¹

Dessa feita, como explicado, a conceituação inicial de prequestionamento não é a que hoje vigora majoritariamente em nossa doutrina e em nossos tribunais, mas sim, aquela que considera satisfeito o requisito quando o órgão judiciário emite juízo de valor sobre a temática.

Nesse sentido, a doutrina majoritária e jurisprudência superior enxergam o prequestionamento como o debate da questão no acórdão recorrido¹², e não como atividade da parte¹³.

¹⁰ ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria geral do prequestionamento. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n.97, p.71/81, abril 2011, p.75

¹¹ HIPÓLITO, Jaqueline Brizante Orteney. O prequestionamento como requisito de admissibilidade para os recursos especial e extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n.122, p.64/81, maio 2013, p.65.

¹² C.f. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no AREsp 551.683/RS. Relator: Ministro Humberto Martins. Data do julgamento: 16.09.2014. DJ 23.09.2014. Ementa: "(...)A configuração do prequestionamento pressupõe debate e decisão prévios pelo colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a análise sobre a violação dos preceitos evocados pelo recorrente. 2. Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, os arts. 2º, 3º, I, 4º, V, e 43, I, da Lei n.9.394/95. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.(...). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. ARE 835362 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 21.10.2014. DJ 04.11.2014. Ementa: "(...)A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário (...)".

A propósito, Fernanda Bezerra Morais salienta que

[...] a corrente majoritária na jurisprudência entende que o prequestionamento consiste na previsão da questão federal ou constitucional na decisão recorrida, independentemente disto se dar ou não por manifestação da parte. Sendo assim, seria o prequestionamento ato atribuído ao tribunal recorrido.¹⁴

Assim, sob a ótica amplamente vencedora, para admissão, quer do recurso especial, quer do recurso extraordinário, não é suficiente que os litigantes tenham debatido matéria federal ou constitucional, mas imprescindível que, efetivamente, o tema tenha sido enfrentado no acórdão vergastado. Isso é, prequestionamento é a indispensabilidade da questão veiculada no recurso ter sido discutida no provimento objurgado¹⁵.

1.2.As espécies de prequestionamento à luz da jurisprudência do STJ e do STF.

As espécies de prequestionamento surgiram em decorrência da postura assumida pelos tribunais em relação a seu cumprimento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal costuma classificar o prequestionamento em espécies, conforme a existência e o tipo de pronunciamento judicial sobre a tese jurídica, atribuindo-lhe os adjetivos: ficto, explícito, implícito e numérico¹⁶. Contudo, é grande o desacordo entre os doutrinadores e entre os Tribunais acerca da definição de cada um dessas subespécies.

¹³ Para Miguel Garcia Medina, o prequestionamento decorre da atividade da parte.Cf., MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais,2001.p.144.

¹⁴ MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? *Revista da Esmape*, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008, p.150.

¹⁵JÚNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. Embargos declaratórios: Efeito integrativo (prequestionamento virtual). In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.813.

¹⁶ MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? *Revista da Esmape*, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008, p.155, citando PIRES, 2007, p.126

Registre-se o comentário de Fernanda Bezerra Morais acerca dessa temática:

Existem quatro formas de se prequestionar a matéria. Em verdade, todas criadas a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. São conferidas as denominações de explícita, implícita, ficta e numérica a essas maneiras de prequestionamento. Entretanto, é de se verificar, como fez Roberto Carlos Martins Pires, que na jurisprudência do STF e do STJ não há harmonia quer em relação às definições das formas de prequestionamento quer quanto às maneiras que são adotadas para se ter configurado o prequestionamento¹⁷.

Apresentaremos aqui a classificação majoritária aceita pela doutrina especializada, registrando, porém, a falta de uniformidade no trato da matéria no âmbito jurisprudencial.

De forma sucinta, podemos conceituar o prequestionamento numérico como aquele em que há a expressa menção aos dispositivos legais ou constitucionais utilizados para decidir a questão, indicando explicitamente as normas usadas pelo julgador¹⁸.

Já o prequestionamento ficto é aquele que se contenta com a oposição dos embargos de declaração para o atendimento do requisito, independente do seu acolhimento pelo Tribunal “a quo”.¹⁹

O prequestionamento implícito, por seu turno, é aquele em que não há a análise da questão pelo acórdão²⁰, ou, segundo Cássio Scarpinella Bueno, é aquele “em que o que foi e o que deixou de ser decidido não é tão claro quanto deveria ou poderia ser”²¹. Nesse caso, a questão federal ou constitucional constou do recurso, mas não foi objeto de juízo expresso pelo Tribunal.²²

¹⁷ *Idem, Ibidem*, p.154/155.

¹⁸ SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no recurso especial*. 1. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.76.

¹⁹ *Idem, ibidem* p.94.

²⁰ MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? *Revista da Esmape*, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008, p.155, citando PIRES, 2007, p.155

²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol 5. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.240.

²² MONTEIRO, Samuel *apud* SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no recurso especial*. 1. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.80

Já o prequestionamento explícito ocorre quando a matéria é efetivamente enfrentada na decisão vergastada²³.

Expostas sumariamente as definições, insta voltar-se sobre o tratamento conferido a cada uma delas pela jurisprudência do STF e do STJ.

De início, cumpre esclarecer que é amplamente aceita a orientação de que o atendimento do requisito do prequestionamento não passa pela menção expressa aos dispositivos de regência da questão de direito²⁴ – ou seja, a corrente vencedora repele a necessidade do que se convencionou denominar “prequestionamento numérico”²⁵ - mas se releva suficiente (e exigível) que se realize o exame da matéria jurídica no bojo da decisão vergastada. Ocorrida tal análise, dá-se por satisfeito o requisito.

Assim, podemos afirmar que o entendimento pretoriano caminha no sentido da desnecessidade da expressa menção aos dispositivos de regência da matéria prequestionada.

Tal entendimento é sufragado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça²⁶ e do Supremo Tribunal Federal, de maneira que é vencedora a corrente que pugna pela desnecessidade da menção numérica às regras de direito, bastando que a questão nelas contida haja sido enfrentada e solucionada na instância “a qua”, como bem demonstra a seguinte ementa, desse último sodalício:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREQUESTIONAMENTO. MENÇÃO EXPRESSA AO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL NA

²³ MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? *Revista da Esmape*, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008, p.155, citando PIRES, 2007, p.155.

²⁴ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.95.

²⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol 5. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.239.

²⁶ C.f., v.g. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. AgRg no REsp 1066647/SP . Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu. Desembargador convocado do TJ/RJ. Data do julgamento: 22.02.2011. DJ.21.03.2011. Ementa: “(...) Segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior, para a configuração do requisito do prequestionamento, desnecessário o pronunciamento numérico dos dispositivos legais pertinentes, porém, completamente imprescindível que haja manifestação acerca do thema decidendum.3. A mera interposição de recursos em que se suscita a matéria não tem o condão de tornar prequestionado o tema, porquanto esta Corte não admite o prequestionamento ficto.4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (g.n.)

DECISÃO RECORRIDA. DESNECESSIDADE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. IGUALDADE ENTRE TRABALHADORES URBANOS E RURAIS. AGRAVO IMPROVIDO. I – A exigência do prequestionamento não impõe que a decisão recorrida mencione expressamente o dispositivo constitucional indicado como violado no recurso extraordinário. Basta, para a configuração do requisito, o enfrentamento da questão pelo juízo de origem. Precedentes. II – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de reconhecer a equiparação entre trabalhadores urbanos e rurais para o recebimento de benefícios previdenciários, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Precedentes. III – Agravo regimental improvido.²⁷ (grifamos)

A bem da verdade, a exigência de referência numérica aos preceptivos ditos violados constitui formalismo que há muito vem sendo afastado pela doutrina²⁸ e pela própria jurisprudência superior²⁹, visto que, cada vez mais, rechaçam-se tecnicismos desnecessários que, além de inúteis, embaraçam a prestação jurisdicional.

Ademais, o Tribunal pode conferir aos fatos qualificação jurídica distinta da pleiteada pela parte. Com efeito, os dispositivos vindicados pelos litigantes podem não ser referidos pelo julgador em sua decisão, que pode vir lançada em bases estranhas às defendidas pelos contendores.

Assim, o entendimento dominante se construiu no sentido de que, sempre que houver o enfrentamento da matéria, ainda que sem menção dos dispositivos jurídicos correlatos, ocorre o que normalmente é denominado “prequestionamento explícito”. Ou seja:

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. ARE 713338 AgR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 26.02.2013.DJ.08.03.2013.

²⁸ Cf., v.g. PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. Belo Horizonte:Del Rey, 2013, p.95; MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? *Revista da Esmape*, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008, p.155; e SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no recurso especial*. 1. ed.Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.77.

²⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no REsp 1305728/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell. Data do julgamento:21.05.2013. DJ.28.05.2013. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO NUMÉRICO. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO SUMULAR N. 7/STJ. INAPLICABILIDADE. 1. *No que tange ao "prequestionamento numérico", é posicionamento assente nesta Corte de que não é necessário ao julgador enfrentar os dispositivos legais citados pela parte ou obrigatória a menção dos dispositivos legais em que fundamenta a decisão, desde que enfrente as questões jurídicas postas na ação e fundamenta, devidamente, seu convencimento.*2. Nada impede ao julgador, a partir da análise da moldura fática delineada pela corte de origem, aplique o direito. Tal situação não se confunde com aquela que atrai a incidência do Enunciado Sumular n. 7 desta Corte, a qual demanda efetivamente a redefinição da matéria fático-probatória.3. Agravo regimental não provido” (g.n.)

Considera-se explícito o questionamento, quando o tribunal a quo, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, nem declinar os números que os identificam no Ordenamento Jurídico, enfrenta as regras neles contidas.³⁰

Em suma, exige-se apenas que a matéria haja sido decidida, ainda que não indicados expressamente os dispositivos de lei, para que se configure o prequestionamento, que se denominará explícito.

A consolidação dessa orientação, que permanece até hoje, foi expressa no verbete sumular n.282 do Supremo Tribunal Federal, de 1963, segundo o qual “*é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*”. A “*contrario sensu*”³¹, o verbete exige que a questão constante do recurso tenha sido debatida na decisão recorrida.

Entretanto, nem sempre a matéria versada no recurso especial ou extraordinário foi decidida de forma límpida, evidente e bem delimitada no acórdão combatido. Ou seja, ainda que a tese federal e/ou constitucional haja sido acolhida ou rechaçada, não se extrai tão facilmente ou “*primo ictu oculi*”³², a opinião do Tribunal a respeito. Com efeito, pode ocorrer de a matéria ser enfrentada implicitamente, daí a denominação “prequestionamento implícito”, usada para designar situações que tais.

Devido a esses casos, tornou-se comum a interposição de embargos de declaração fulcrados na obscuridade ou omissão do acórdão recorrido no trato da questão de direito que deveria ascender ao exame do STJ ou do STF.

Em razão de tal prática, o STF editou, em 1964, o verbete n. 356 da súmula de sua jurisprudência dominante. É de se ler seu enunciado: “*o ponto omissão da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o*

³⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. EREsp 155.358/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 17.12.1999. DJ. 28.02.2000, p. 29.

³¹ “Em sentido contrário.”

³² “Ao primeiro olhar”

requisito do prequestionamento". O verbete legitimou a prática de interpor embargos de declaração com o fim de provocar o pronunciamento do tribunal sobre a matéria.

Justificava-se a necessidade de oposição dos aclaratórios ao argumento de que o recurso extraordinário não poderia ser meio de suprimento da omissão do Tribunal "a quo" em decidir a matéria, pois somente com a emissão do juízo de valor sobre aquela temática por parte do juízo de grau inferior se poderia considerar vulnerada a Constituição ou a legislação infraconstitucional, dando ensejo ao cabimento do extraordinário.³³

A jurisprudência do STF, contentando-se com o manejo dos aclaratórios, passou a admitir o que até hoje se denomina "prequestionamento ficto", que pode ser traduzido como aquele que se satisfaz com a simples oposição dos embargos de declaração, independentemente de seu acolhimento.

Tendo o Superior Tribunal de Justiça advindo a partir da letra da Constituição Federal de 1988, o recém-criado sodalício caminhou no sentido de aceitar a interposição dos embargos de declaração quando a temática que deveria ser veiculada no recurso especial não estivesse completamente delineada na decisão recorrida. Com o escopo de respaldar o manejo dos embargos com esse intento, o STJ editou, em 1994, o enunciado nº 98 da súmula de sua jurisprudência dominante, assim redigido: "*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*³⁴".

Contudo, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça não se contentou com o manejo dos embargos de

³³ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE 53484/SP. Relator: Ministro Victor Nunes. Data do julgamento: 09.08.1963. DJ. 12.09.1963.

³⁴ Cf. ementa de julgado da época: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. EREsp 20756/SP. Relator: Ministro Assis Toledo. Data do julgamento: 08.10.1992. DJ.17.12.1992, p.24193. Ementa: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EMBARGOS DECLARATORIOS. MULTA (ART. 538, PARAGRAFO UNICO, DO CPC).NÃO PODEM REPUTAR-SE PROTELATÓRIOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PARA SATISFAZER EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ALEM DISSO, A IMPOSIÇÃO DE MULTA DEVE SER PRECEDIDA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA, NÃO BASTANDO A MERA AFIRMAÇÃO DE SEREM PROTELATORIOS OS EMBARGOS.(...)" (grifamos)

declaração com propósito “prequestionador”, porquanto exigia seu provimento pelo Tribunal recorrido.

Dito de outra forma, seria necessário ao cabimento do recurso especial o enfrentamento, pelo “decisum” vergastado, da integralidade da matéria que se queria veicular no inconformismo. Movido por tal entendimento, o STJ editou o verbete sumular nº 211, em 1998, deixando explícito que é *“inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal ‘a quo’.”*

Uma vez não acolhidos os embargos, seria o caso de interpor o recurso especial apontando como lei federal contrariada, ou a que se negou vigência, o artigo 535, inc. I ou II do Código de Processo Civil.

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça teria condição de, *anulando* o acórdão recorrido, determinar que o sodalício de origem realizasse um por meio de um *novo julgamento dos embargos de declaração*, complementando o enfrentamento da matéria e pronunciando-se sobre a questão federal olvidada.

Após o proferimento do novo julgado, o recurso especial seria interposto pela segunda vez, agora para apreciação da matéria já decidida na instância de origem.

A sistemática descrita é que vigora até os dias atuais, havendo se mantido intacta desde os anos 90. Para corroborar o exposto, leiam-se duas ementas, referentes aos julgamentos do REsp 6720 e do AgRg no REsp 1210578 / MG, ocorridos em 1996 e em 2014, respectivamente, e que mostram a manutenção do entendimento durante todo o período:

(...)II - O REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO CONSISTE NA EXIGENCIA DE QUE O TRIBUNAL "A QUO" TENHA APRECIADO E SOLUCIONADO A QUESTÃO FEDERAL" SUSCITADA NO RECURSO ENDEREÇADO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES. E PRESCINDIVEL, PARA QUE ESTEJA SATISFEITO ESSE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE, QUE O TRIBUNAL INFERIOR FAÇA MENÇÃO AOS DISPOSITIVOS LEGAIS APONTADOS COMO VIOLADOS, BASTANDO QUE DECIDA SOBRE AS MATERIAS JURIDICAS NELES INCERTAS.
III - NÃO BASTA, PARA QUE ESTEJA CUMPRIDO O REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO, A SIMPLES

INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, SENDO NECESSARIO QUE O TRIBUNAL INFERIOR EMITA JUÍZO ACERCA DA QUESTÃO FEDERAL A SER SUSCITADA NO RECURSO EXCEPCIONAL.

IV - SE, APESAR DE PROVOCADO VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, O TRIBUNAL "A QUO" SE NEGA A EMITIR PRONUNCIAMENTO ACERCA DOS PONTOS TIDOS COMO OMISSIVOS, CONTRADITÓRIOS OU OBSCUROS, DEVE O RECORRENTE ESPECIAL ALEGAR CONTRARIEDADE AO ART. 535, CPC, PLEITEANDO A ANULAÇÃO DO ACORDÃO PROFERIDO QUANDO DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS, AO INVÉS DE INSISTIR NA TESE DA VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS LEGAIS, CUJAS MATERIAS NÃO FORAM APRECIADAS E SOLUCIONADAS(...)³⁵

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE DE DIABETES. LEGISLAÇÃO LOCAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ.

1. (...)2. As matérias referentes aos dispositivos legais tidos por contrariados não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem, explícita ou implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, a teor do que preceitua a Súmula 211 desta Corte: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo".

3. A oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, porquanto indispensável o efetivo exame da matéria pela Tribunal estadual. Assim, persistindo a eventual omissão, caberia ao interessado invocar, nas razões do apelo nobre, ofensa ao art. 535 do CPC, o que, entretanto, não ocorreu.

4. Agravo regimental a que se nega provimento³⁶. (grifamos)

No âmbito do Supremo Tribunal Federal o prequestionamento recebe tratamento distinto e, a nosso ver, mais justo, já que, na visão majoritária dessa Corte, a interposição dos embargos de declaração com o pedido de enfrentamento da matéria que se quer ver prequestionada já supre o requisito, independentemente, portanto, da sorte dos aclaratórios. Com isso, ainda

³⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Relator Adhemar Maciel. Data do Julgamento: 10.10.1996. DJ.04.11.1996,p.42454.

³⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no REsp 1210578/MG. Relator: Ministro Og Fernandes. Data do julgamento: 18.06.2014. DJ. 25.06/2014

que o órgão julgador não se pronuncie sobre a matéria e rejeite os embargos, o STF examinará a temática³⁷.

Essa orientação, porém, não é uníssona no âmbito do STF, havendo acórdãos que se posicionam no sentido de exigir o efetivo enfrentamento da matéria que se quer prequestionada, ainda que os embargos de declaração ajuizados a fim de proporcionar esse pronunciamento hajam sido desprovidos³⁸. Esse, porém, é entendimento minoritário.

Ou seja, o fato é que parte do Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça possuem diferentes orientações sobre o atendimento do requisito do prequestionamento. Conforme já exposto, a posição da Corte Excelsa conduz a mais uma forma de prequestionar, denominada “ficta”, isso é, que se contenta com a interposição dos embargos, independente de sua sorte. Confira-se excerto de julgado nesse sentido, corroborando a diferença entre as posições assumidas pelas Cortes:

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. Adota a Suprema Corte o "prequestionamento ficto".

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. Não há interesse jurídico em interpor recurso especial, fundado em violação ao art. 535 do CPC, visando anular acórdão proferido pelo Tribunal de origem, por omissão em torno de matéria constitucional.

³⁷ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 231452. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 31.08.2004. DJ 24.09.2004 PP-00043 EMENT VOL-02165-01 PP-00154 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 169-178

³⁸ Cf., v.g. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 611937 AgR. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 23.08.2011. DJ 175 de 12.09.2011 EMENT VOL-02585-02 PP-00237. Ementa: “O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. 2. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada. (Precedentes: AI n. 793.610-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 17.11.2010; RE n. 569.145, Relator o Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 8.11.10; AI n. 704.599-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 1.2.11; AI n. 758.626-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 23.3.03.11, entre outros). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (g.n.)

4. Embargos de divergência improvidos.
(EREsp 896528/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2008, DJe 04/08/2008).(grifamos).

No mesmo toar, colaciona-se excerto do escólio de Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza:

[...] para o STJ, com relação ao ponto suscitado pela parte, mas não decidido pelo órgão “a quo”, não há o prequestionamento. De outro turno, para o STF, basta a oposição dos Embargos Declaratórios para que se considere como prequestionada a matéria³⁹.

É precisa a explicação de Luís Eduardo Simardi Fernandes a esse respeito:

[...] entende o STJ competir à parte interpor o recurso especial e sustentar, como primeiro argumento, a ocorrência de violação ao artigo 535 do CPC, pois o órgão julgador, por se negar a suprir a omissão efetivamente ocorrida, violou dito dispositivo legal. Reconhecida a violação, o STJ determinará ao órgão “a quo” que aprecie a matéria federal ou constitucional omitida. Vale assinalar que tal entendimento, bastante firme no STJ e consagrado em Súmula, não coincide com a posição do STF. Este, em posição manifestada em diversos julgados, vem entendendo que, ainda que rejeitados os embargos, a providência da parte teria provocado o prequestionamento [...]⁴⁰

Percebe-se que a postura do Supremo, ao aceitar o prequestionamento ficto, não exige o retorno dos autos para suprimento da omissão, praxe contrária à vencedora no Superior Tribunal de Justiça.

Decerto, causa perplexidade que em tempos como os atualmente vividos pela sistemática do processo, em que se enaltecem a economia e a instrumentalidade, o Superior Tribunal de Justiça adote a orientação de conhecer do recurso especial tão-somente para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal “a quo” e determinar que ele se pronuncie expressamente sobre a matéria constante dos embargos rejeitados.

Ora, havendo a parte formulado pedido, no recurso especial, a fim de que o acórdão de piso fosse cassado porque não enfrentada

³⁹ SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no recurso especial*. 1. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.137.

⁴⁰ FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Os embargos de declaração no projeto do CPC. JÚNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. Embargos declaratórios: Efeito integrativo (prequestionamento virtual). In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.275.

determinada matéria, e, se o próprio STJ identifica a omissão no exame da temática a ponto de determinar o retorno dos autos para novo julgamento, resta claro que a questão de direito que se quer prequestionada já foi identificada pelo STJ⁴¹.

Dessa feita, não há razões para deixar de julgar desde logo o inconformismo. O envio dos autos à instância primeira atrasa a solução da lide, depende tempo, dinheiro e contribui para o abarrotamento dos processos no Judiciário, conspirando contra a Constituição, mais precisamente em desfavor do seu artigo 5º, inciso LXXVIII que assim impõe: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

Certamente, a posição jurisprudencial adotada pelo STJ, na qualidade de órgão do Judiciário, atenta contra o destravamento da justiça e permitir uma prestação jurisdicional célere e adequada.

Para Luis Eduardo Simardi Fernandes é:

Impossível negar que a posição hoje consagrada no STJ produz substancial retardamento na solução do feito, já que os autos serão devolvidos ao tribunal “a quo” para supressão da omissão da omissão, e possivelmente voltarão ao STJ para julgamento de recurso quanto à matéria outrora admitida⁴².

Em precedente isolado, a Quinta Turma do STJ conheceu e deu provimento a recurso especial em que não se alegou ofensa ao art. 535 do CPC, portanto, desobedecendo a orientação predominante que impõe ao recorrente alegar a vulneração do mencionado artigo e requerer a cassação do acórdão para que os autos voltem ao grau inferior para novo julgamento, dessa vez com o enfrentamento da questão.

No aludido aresto, o Ministro Jorge Scartezini, relator do caso, propugnou que

⁴¹ No mesmo sentido c.f. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol 5.4. ed.São Paulo: Saraiva, 2013, p.244.

⁴² FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Os embargos de declaração no projeto do CPC. In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Vol. 3.Salvador: JusPodivm, 2014, p.275.

não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, juridicamente reconhecido, ou, como na espécie, na implementação de um direito já julgado parcialmente existente, neste ponto, limitado. Macularíamos, com isso, princípio da segurança jurídica. (sic)

A ementa do referido julgado ficou vazada nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO – PREQUESTIONAMENTO: DIREITO OBJETIVO – SEGURANÇA JURÍDICA – SITUAÇÕES CONCRETAS ANTAGÔNICAS – IMPOSSIBILIDADE – EXCEPCIONALIDADE – CONHECIMENTO – - LEIS NºS 8.622/93 E 8.627/93 - REAJUSTE DE 28,86% - APLICAÇÃO DA DECISÃO DO STF (EMB.DECL. EM RMS 22.307/DF) – CORRETA COMPENSAÇÃO.

1 - No caso sub judice, apesar de ter sido provocada via embargos, a Corte a quo não aceitou o tema trazido à análise dos declaratórios. Desta forma, para que este recurso fosse conhecido, o mesmo deveria ter sido interposto alegando ofensa, também, ao art. 535, do Código de Processo Civil, afastaria na espécie o enunciado contido na Súmula 211 desta Corte. Contudo, não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, como no caso concreto juridicamente reconhecido, porém limitado. Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica. Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. Por tais razões, conheço do recurso pela alínea "a", do permissivo constitucional, na via da excepcionalidade.

2 - Este Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão emanada do Colendo Supremo Tribunal (RMS nº 22.307/DF e respectivo Embargos Declaratórios), já firmou entendimento no sentido de estender aos vencimentos de todos os servidores civis federais, o reajuste de 28,86% concedido aos militares e a algumas categorias civis, por força das Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93. No entanto, o aumento não foi indiscriminado para todas as categorias, devendo ser observadas as devidas compensações decorrentes de eventuais antecipações.

3 - Precedentes (REsp nºs 195.383/CE, 113.872/MG e 209.650/AL).

4 - Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, parcialmente provido para, reformando o v. acórdão a quo, determinar que seja feita, na execução do julgado, sede própria para se discutir o quantum pertinente, a devida compensação de eventual aumento já recebido pelos servidores recorridos⁴³. (g.n.)

É bem de ver que, apesar de o aresto rejeitar o formalismo exacerbado, o que é digno de elogios, implica violação à igualdade na medida

⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. REsp 525718/SP. Relator: Ministro Jorge Scartezini Data do julgamento: 05.08.2003, DJ. 13.10.2003, p. 436.

em que elege um determinado caso para dispensar o rigorismo técnico, conferindo orientação mais branda em favor de alguns jurisdicionados, sem, contudo, adotar padrões e critérios uniformes, claros, objetivos e igualitários a serem aplicados a todos os litigantes.

Entendemos que a orientação do STJ em favor do retorno dos autos à instância de origem supervaloriza o aspecto formal do processo em detrimento de uma prestação jurisdicional de qualidade. Sob esse prisma crítico, nota-se que, apesar da quebra da isonomia, o indigitado precedente não teve o condão de modificar a jurisprudência do STJ, a qual se manteve firme em sentido oposto⁴⁴.

Saliente-se, por fim, que há julgados do STJ que embaralham as definições aqui lançadas, denominando de explícito o prequestionamento numérico e de implícito o que chamamos de explícito.

Isso é, há inúmeros precedentes em que o STJ entende como explícito o tipo de prequestionamento que menciona as regras jurídicas de forma expressa, numericamente⁴⁵. Com efeito, o tribunal denomina de explícito o prequestionamento em que a norma jurídica violada constou do acórdão recorrido.

Já o termo implícito muitas vezes é usado pelo STJ ao denominar o tipo de prequestionamento normalmente alcunhado de explícito. Ou seja, para precedentes desse sodalício, há prequestionamento implícito quando a decisão soluciona a tese jurídica, mesmo sem mencionar a norma específica⁴⁶:

Para se configurar o prequestionamento implícito, faz-se necessário que o Tribunal de origem tenha decidido a controvérsia com base nos

⁴⁴ No capítulo 4 serão feitas considerações sobre os artigos constantes do projeto do novo Código Processual, que, se aprovados, interferirão definitivamente nessa seara.

⁴⁵ MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? *Revista da Esmape*, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008, p.156.

⁴⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no REsp 1441499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins. Data do julgamento: 02.10.2014. DJ.13.10.2014. Ementa: "PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. TESE ENFRENTADA PELA CORTE DE ORIGEM. (...) *Considera-se, in casu, que houve o devido prequestionamento implícito dos artigos apontados, porquanto tem-se o enfrentamento de questão jurídica pela Corte de origem.*" (g.n.)

dispositivos legais tidos por violados, ainda que não lhes faça expressa menção, o que não aconteceu na presente hipótese⁴⁷.

Colha-se o seguinte fragmento da ementa de um julgado recente, que ilustra bem a diferente classificação levada a efeito em alguns arestos do STJ, que denominam de explícito o prequestionamento numérico e de implícito, o explícito:

Entende-se como prequestionada a matéria que foi objeto de análise e decisão do acórdão recorrido, sendo despicienda a referência expressa a dispositivo de lei federal (prequestionamento explícito), bastando que a questão jurídica tenha sido efetivamente decidida na instância a quo (prequestionamento implícito)⁴⁸.

Ou seja, não há coincidência entre as terminologias usadas pelo STF e pelo STJ, dissonância que certamente contribui para dificultar a compreensão da exigência, e, em consequência, para atendê-la.

Nesse particular, Medina sustenta que essa falta de harmonia jurisprudencial no âmbito do prequestionamento prejudica a clareza que deveria pautar o requisito:

É justamente nesse sentido, segundo nosso entendimento, que a função constitucional do STF e do STJ é prejudicada pela elevada divergência jurisprudencial existente acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial e, particularmente, em relação ao prequestionamento. Isso porque, em vez de funcionarem como Tribunais que dêem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem a discrepância acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos criados para este fim, referidos pelos Tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a *confusão* acerca de quais são e de como se configuram, efetivamente, os requisitos constitucionais dos recursos extraordinário e especial⁴⁹. (destaque no original).

⁴⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no AREsp 240.539/SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 21.10.2014. DJ.13.11.2014.

⁴⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. REsp 1390617/SC. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: 18.06.2014. DJ 01.07.2014. No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp 1309253/PR. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data do julgamento: 18.12.2012. DJ.14.02.2013. "(...) *A falta do prequestionamento explícito de dispositivos legais não prejudica o exame do recurso especial, uma vez que a jurisprudência desta Corte é uníssona em admitir o prequestionamento implícito.*" (g.n.)

⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 6. ed. São Paulo:RT, 2012 p.269.

Enfim, a dissonância jurisprudencial é fruto exatamente da carência de disciplina em torno do prequestionamento, tema que será tratado no próximo capítulo.

Capítulo 2. A inconstitucionalidade do prequestionamento

2.1. O prequestionamento possui algum fundamento no direito positivado?

O prequestionamento é uma exigência antiga no direito brasileiro.

Como explicado, sua origem repousa no “writ of error” norte-americano, de 1789, que serviu de inspiração para o nosso recurso extraordinário, o qual, até a criação do Superior Tribunal de Justiça, abarcava as questões de direito infraconstitucional federal⁵⁰.

O art. 60 §1º da Constituição de 1891, previa que:

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação; (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).(g.n.)

Note-se que nas palavras constitucionais consta o verbo “questionar”. Esse foi o supedâneo original da exigência de enfrentamento da questão jurídica no Tribunal de piso. Do mesmo modo, eram as redações das Constituições seguintes, de 1934 e de 1937, que repetiram o termo. Confirmam-se, respectivamente:

⁵⁰ SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no recurso especial*. 1.ed.Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.18.

Constituição brasileira de 1934:

Art 76 - A Corte Suprema compete:

2) julgar:

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; (g.n.)

Constituição brasileira de 1937:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.(g.n.)

Constituição brasileira de 1946:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal. (g.n.)

À época dos aludidos textos constitucionais, o prequestionamento era enxergado como uma atividade da parte, que deveria

provocar o órgão julgador de piso quanto a determinadas matérias antes da interposição do seu recurso extraordinário⁵¹.

Em razão dessa interpretação, conferida pela jurisprudência do Supremo ao verbo “questionar”, surgiu pretorianamente a expressão “prequestionar”. A introdução do prefixo denotava a importância da atuação prévia da parte a fim de alcançar o cumprimento do requisito, fazendo surgir o debate da questão ainda no Tribunal local.

Confira-se o quanto consignado por Jean Alves Pereira Almeida em sua Teoria Geral do Prequestionamento, outrora citada:

As manifestações mais antigas sobre o tema usam a expressão como *manifestação das partes a respeito da questão*. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal era no sentido da necessidade de *prévio questionamento da lei federal na instância local*, sob pena de não conhecimento do recurso extraordinário. Assim, a utilização do termo *prequestionamento* surgiu na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria provocar o surgimento da questão federal ou constitucional perante a instância superior.⁵² (grifos no original)

A Constituição Federal de 1967, entretanto, deixou de exigir que a questão a ser apreciada pela Suprema Corte tivesse sido objeto de questionamento preliminar na instância de origem. O art. 114, III, que tratava dos recursos ao STF, dispensou o inconformismo da exigência ao omitir o termo “questionar”. Confira-se a redação do artigo:

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

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

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

⁵¹ ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria geral do prequestionamento. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n.97, p.71/81, abril.2011, p.75.

⁵² ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria geral do prequestionamento. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n.97, p.71/81, abril.2011, p.75.

Com a emenda Constitucional nº 1 de 1969, que deu origem à Constituição de 1969, houve a manutenção exata dos termos usados na Carta anterior, acima transcritos.

Conclui-se então que a base constitucional do prequestionamento foi suprimida por inteiro desde 1967, com a abolição dos termos “questionar” e “questionado”.

Almeida explica que:

Ante essa modificação, parte da doutrina entendeu que havia sido dispensado o requisito do prequestionamento, entendimento, contudo, que não logrou prosperar. A jurisprudência, conflitante no início, acabou por considerar que, apesar de a norma constitucional não trazer expressamente a exigência do prévio questionamento, esta encontrar-se-á implícita, em face da natureza excepcional do recurso⁵³.

Com efeito, desde então não há mais fundamento constitucional para o prequestionamento, malgrado a jurisprudência e parte da doutrina insistam em considerá-lo vigente no silêncio da Carta Magna.

No mesmo sentido, colha-se a lição de Márcia Silvana Felten:

A palavra ‘questionar’ permaneceu presente como requisito para interpor recurso extraordinário no texto das Constituições de 1934, 1937 e 1946. Contudo, a partir da Carta de 1967 a expressão não mais constou, incluindo a de 1988, pelo que se elevou a discussão entre os aplicadores do Direito acerca da manutenção de dito pressuposto ou não, prevalecendo, jurisprudencialmente, a continuidade de sua exigência. Nesse esteio, as Cortes judiciárias uniformizaram seu entendimento majoritário sumulando a necessidade do prequestionamento nos recursos excepcionais cíveis nas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, relativas ao Extraordinário e também adequadas ao Especial, fixando o que Rodrigues denomina de “óbices jurisprudenciais e regimentais” e Santos de “pressuposto jurisprudencial de admissibilidade”. Inobstante exista a omissão constitucional sobre a temática, as súmulas permaneceram vigentes e aplicadas pelas Cortes judiciárias em seus pronunciamentos, razão pela qual estas tornaram sólida a necessidade de apresentar, na interposição de qualquer dos recursos excepcionais cíveis, o prequestionamento, pena de não conhecimento destes⁵⁴ (g.n.)

⁵³ *Idem, Ibidem*, p.74

⁵⁴ FELTEN, Maria Silvana. O prequestionamento nos recursos excepcionais cíveis. *Revista Jus Plenum*. Caxias do Sul, v.8, n.43,p.95/103 (jan/fev.2012), p.98, citando RODRIGUES, Fernando Anselmo. Requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso

Além do silêncio da Constituição, também não existe absolutamente qualquer lei que mencione o prequestionamento (ou o antigo “questionamento”), de molde que hoje a referida exigência é tão-somente uma construção jurisprudencial do STF e do STJ⁵⁵, expressa por meio de cinco verbetes sumulares⁵⁶, com amparo em parte da doutrina processualista.

Nesse diapasão, Karpov Gomes Silva e Guilherme Caldas da Cunha afirmam que a inconstitucionalidade do prequestionamento reside exatamente fato de ele não estar previsto no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, de forma que a omissão da Carta Magna teria sido uma opção do legislador. Dessa feita, sua exigência representaria uma afronta à Constituição⁵⁷.

Rememore-se, porém, o ensinamento atualmente corrente no sentido de que o alicerce do prequestionamento estaria na expressão “causas decididas”⁵⁸. Nessa toada, o dizer de Cássio Scarpinella Bueno é preciso:

A expressão “causa decidida” desempenha a mesma função que tradicionalmente exerceu a palavra “prequestionamento”, cunhada, ao que tudo indica, a partir das previsões constantes das Constituições Federais de 1891 a 1946 [...]. O prequestionamento, a despeito de a Constituição Federal não empregar, desde a de 1967, a fórmula destacada, deve ser entendido, para todos os fins, como sinônimo de “causas decididas”⁵⁹.

extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997, p. 215 e SANTOS, Moacir Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2003, p. 163, 177 (grifos do autor)

⁵⁵ SANTOS, Moacir Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163, 177.

⁵⁶ Verbetes ns. 98, 211 e 320 do STJ e ns. 282 e 356 do STF

⁵⁷ SILVA e CUNHA apud MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? *Revista da Esmape*, Recife, v. 13, n. 27, jan/jun. 2008, p. 152.

⁵⁸ Ver, por exemplo, BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 138, bem como LINS, Artur Orlando Albuquerque da Costa. O prequestionamento como requisito específico de acesso aos tribunais superiores – uma imposição legítima? *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 87, págs. 9/17, junho, 2010, p. 17.

⁵⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. Vol 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237/238.

É bem de ver que o termo “causas decididas”, na verdade, esteve em todas as Constituições desde 1934 e nunca foi considerado o fundamento do prequestionamento⁶⁰.

A esse propósito, importa trazer a irreprochável e bem fundamentada crítica de Jorge Amaury Maia Nunes:

Parcela da doutrina tenta sustentar que o requisito do prequestionamento está mantido por força da expressão “causas decididas” que consta no inciso III do artigo 102. O argumento vale zero. A uma porque de causas decididas não se pode, nem por larga concessão hermenêutica, inferir a necessidade do prequestionamento. Causas decididas quer dizer causas em que houve deliberação judicial. A duas porque as Constituições de 1934 e 1937 possuíam nos incisos III dos arts. 76 e 101, respectivamente, a mesma expressão “causas decididas”, mas, nas alíneas “a” havia a exigência de que tivesse havido questionamento sobre a matéria federal. Dizendo de forma bem clara: a exigência do questionamento sempre esteve na alínea “a” e não na cabeça do inciso dessas constituições.

Quando o legislador constituinte efetuou a modificação na redação das alíneas “a” dos textos constitucionais subsequentes (ressalvada a hipótese de cochilo do constituinte, o que não se pode presumir) fê-lo porque entendeu necessário mudar o sistema. Se antes o exigia, depois deixou de fazê-lo.

Sem embargo da clara modificação constitucional, o Supremo Tribunal Federal continuou a exigir o requisito do prequestionamento, chegando a editar a súmula nº 282, dispondo que é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Ora, com certeza, a edição da súmula em questão, que não homenageia o direito constitucional brasileiro, ocorreu como forma de impedir que o STF sucumbisse literalmente sobre o peso dos recursos que desabariam sobre ele após a supressão da exigência constitucional do prequestionamento. Assim, a medida preconizada na súmula atende muito mais à necessidade de construção de uma *jurisprudência defensiva* (como tem sido apelidado esse fenômeno) do Supremo Tribunal Federal do que propriamente ao direito que passou a vigorar com a Constituição de 1946.⁶¹ (destaques no original)

Ou seja, dos excertos das Constituição retrotranscritos nota-se a presença do termo “causas decididas”, seja nas Cartas de 1934, de 1937, de

⁶⁰ Considerações dessa ordem também foram feitas pelo Professor e Advogado Jorge Amaury Maia Nunes em seu blog, na postagem denominada “Recursos em espécie”, de 14/05/2013. Disponível em < <http://professoramaury.blogspot.com.br/2013/05/recursos-em-especie-apelacao-recurso.html>>. Acesso em 21/09/2014.

⁶¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. Recursos em espécie. Disponível em <<http://professoramaury.blogspot.com.br/2013/05/recursos-em-especie-apelacao-recurso.html>>. Acesso em 15/11/2014.

1946, de 1967, de 1969 e também na atual, de 1988, nos artigos 102, inc.III, 105, inc.III e 108, inc. II.

A mudança da interpretação tradicionalmente conferida ao termo demonstra o quanto é questionável a manutenção da exigência de um requisito que desapareceu das cartas republicanas.

Se corretamente interpretada, a expressão “causas decididas” significa que somente podem ser objeto de recurso ao Supremo (e desde 1988, ao STJ) decisões de natureza judicial, e não aquelas de jaez administrativo, ainda que proferidas pelo Judiciário, em sua função atípica.

Nesse sentido, Bernardo Souza Pimentel leciona que, sobre a expressão “causas decididas”:

Não há dúvida que a cláusula constitucional engloba todos os julgados proferidos em processos judiciais, sendo irrelevante a natureza do procedimento e da jurisdição [...] Com efeito, a exigência constitucional da existência de causa decidida depende da ocorrência do julgamento no Poder Judiciário e no exercício da função jurisdicional⁶²

Da mesma forma, Nelson Ney Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que a palavra “causa” significa:

toda questão decidida por meio da atividade jurisdicional, em última ou única instância. Questões administrativas, ainda que decididas por órgão do Poder Judiciário, não configuram causa para fins de RE.⁶³

Com a supressão da exigência do questionamento do próprio texto constitucional, consideramos que é uma distorção hermenêutica manter o requisito a partir de um termo que nunca foi utilizado com essa finalidade.

Ainda nesse bojo, insta salientar que a tese de que o prequestionamento residiria na expressão “causas decididas” é totalmente errada por mais um motivo.

⁶² Importa salientar que o autor também vislumbra na expressão “causas decididas” a exigência do prequestionamento, com o que não concordamos. Cf. PIMENTEL, Bernardo Souza. *Introdução aos recursos Cíveis e à ação rescisória*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, págs. 634, 635 e 699/702.

⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade *apud* MANGINE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Coleção Direito e Processo – técnicas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.85.

O artigo 108 da Constituição Federal também exige que o recurso de apelação dirigido aos Tribunais Regionais Federais se refiram a causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Observe-se que a Constituição usa exatamente a expressão “causas decididas”. Confira-se o teor do dispositivo:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Ora, caso se entenda pela correção do raciocínio que identifica, em “causas decididas” a expressão legitimadora do prequestionamento, por via de consequência, as apelações no âmbito da justiça federal estariam sujeitas ao atendimento desse requisito de admissibilidade.

Na hipótese de se levar adiante a identificação do termo “causas decididas” com a necessidade de prequestionamento, as apelações dirigidas aos Tribunais Regionais Federais também estariam sujeitas ao cumprimento desse pressuposto de admissibilidade, por expressa dicção constitucional.

Dito de outra forma, caso se considere verdadeira a orientação que enxerga o termo “causas decididas” como sinônimo de prequestionamento, consoante defendem muitos autores e ampla parcela da jurisprudência nacional, então a conclusão decorrente dessa premissa seria exigir o prequestionamento no bojo da justiça federal, em razão do art. 108, inc. II da CF/88. Contudo, é evidente que não há quem cogite dessa exigência na esfera dos TRFs. Isso se deve ao motivo de que a expressão “causas decididas” não significa prequestionamento de modo algum.

Isso é, a falsidade da consequência mostra o engano da sua premissa.

Como corolário, percebe-se a falta de sentido e de correção na interpretação que identifica o requisito na decisão da causa. Rememore-se que, conforme exposto, a fonte legitimadora do prequestionamento sempre

residiu apenas no termo “questionar”, que já não persiste mais em nosso ordenamento desde 1967.

Desde então, não há nenhum supedâneo constitucional para que se exija da parte o prequestionamento das matérias veiculadas em qualquer tipo de recurso.

Ainda dentro desse raciocínio, embora essa monografia volte-se essencialmente à processualística civil, cumpre incursionar brevemente pelo processo do trabalho a fim de demonstrar, por mais um motivo, que o termo “causa decidida” em nada se relaciona a prequestionamento.

A Constituição Federal não usa sequer a expressão suso referida no âmbito da Justiça Trabalhista (artigos 111 a 117). Contudo, o requisito é indispensável para a admissão do recurso de revista, como demonstra o seguinte julgado:

Este Colendo Tribunal Superior tem entendido que o conhecimento do recurso de revista depende do prequestionamento explícito pela decisão revisanda da tese ou teses que a parte pretende veicular no recurso de revista, que é de natureza extraordinária. Daí a necessidade de ser suprida a omissão apontada nos embargos declaratórios opostos no momento oportuno, sob pena de nulidade do julgado (TST, RR 1.147/87, rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva)⁶⁴

A fim de respaldar a exigência do prequestionamento, o Tribunal Superior do Trabalho editou o verbete sumular n.297, o qual enuncia que:

PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.
II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.
III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

Com isso, pergunta-se: se os recursos especial e extraordinário extrairiam a legitimidade do prequestionamento da expressão “causas

⁶⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro Nascimento. *Iniciação ao processo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.1289 (versão eletrônica)

decididas”, como sustentam veementemente muitos doutrinadores⁶⁵, como explicar a sua exigência no âmbito processual trabalhista ante o silêncio da Constituição?

Pontue-se ainda que, mesmo sem que a Constituição faça menção às “causas decididas”, a Justiça do Trabalho impõe a observância do prequestionamento. Já na Justiça Federal de segunda instância, ainda que a Carta da República refira-se explicitamente ao termo “causas decididas”, não se cogita de prequestionamento.

Mais uma vez demonstra-se a total inconsistência da teoria doutrinária e jurisprudencial que tenta respaldar constitucionalmente esse requisito de admissibilidade.

Ademais, tudo leva a crer que há razões de ordem não-jurídica a alicerçar a questionável conclusão no sentido da constitucionalidade do prequestionamento.

Certamente, a grande quantidade de processos é uma delas, fato que há muito já vem sendo apontado como gerador da jurisprudência defensiva:

É cediço que o Judiciário brasileiro, notadamente os Tribunais Superiores, têm convivido com uma enormidade de processos para julgamento. Segundo dados do Supremo Tribunal Federal somente em 2008 66.873 processos foram distribuídos, o que dá uma medida de 16 processos por dia por ministro (isso sem levar em conta os sábados, domingos e feriados, nos quais não há normalmente expediente forense), algo, em verdade, verdadeiramente impraticável. Por conta dessa enorme carga de trabalho, muitas medidas têm sido tomadas, dentre as quais se destacam as já citadas alterações legislativas e constitucionais, as restrições da admissibilidade dos processos e, sobretudo, recursos junto aos Tribunais de Cúpula nacional⁶⁶. (g.n.)

No mesmo sentido, em artigo específico sobre o tema, Fernanda Farina constata a presença dos malefícios à prestação jurisdicional oriundos da jurisprudência defensiva:

⁶⁵ Ver, por exemplo, BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil*. Vol.5. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. 2.13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p.138.

⁶⁶ FARIA, Márcio Carvalho. *O acesso à Justiça e a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores*. Disponível em http://www.academia.edu/3499271/O_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a_e_a_jurisprud%C3%Aancia_defensiva_dos_Tribunais_Superiores_- *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais v. 16.*, pág. 11 Acesso em 15.11.2014

A missão relevantíssima dos Tribunais Superiores de uniformização e proteção do Direito objetivo, com a finalidade de garantir a isonomia do cidadão na Lei, tem sido impedida pela crise de eficiência que os acomete – um número de recursos em altíssima expansão, que inviabiliza a produção sistemática e eficiente de julgados com a importância de uma decisão de Corte Superior. Ante o número exorbitante de processos represados, os Tribunais Superiores têm-se utilizado de forma irracional e ampliado o leque de aplicação de entendimentos jurisprudenciais e súmulas que significam óbices ao conhecimento dos recursos extraordinários. A essa barreira procedimental dá-se o nome de “jurisprudência defensiva”. [...] A denominada “jurisprudência defensiva” pode ser caracterizada, hoje, como um excesso de rigorismo processual e procedimental. São decisões que se utilizam indiscriminadamente e estendem a aplicação de entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, que contenham algum óbice ao conhecimento dos recursos. Se voltam exclusivamente a reduzir o número de processos julgados pelas Cortes Superiores, deixando de entregar uma prestação jurisdicional plena⁶⁷. (sic)

Assim, é indene de dúvidas que STJ e STF construíram o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva, que nada mais é que a criação pretoriana de óbices – às vezes a partir de uma leitura tendenciosa das normas processuais – com o fito de reduzir o número de recursos pendentes de julgamento.

Em 2008, o próprio Ministro Presidente do STJ Humberto Gomes de Barros admitiu a existência da jurisprudência defensiva no âmbito daquela Corte:

Para fugir a tão aviltante destino, [o STJ] adotou a denominada “jurisprudência defensiva”, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos.⁶⁸

Como corolário dessa prática, os jurisdicionados experimentam grande insegurança jurídica e passam a se sujeitar não ao império da lei ou da Constituição, mas do direito processual ditado pelas Cortes superiores, detentoras exclusivas do direito de interpretação jurídica.

⁶⁷ FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Jurisprudência Defensiva e a função dos Tribunais Superiores*. *Revista de Processo*. vol. 209. São Paulo: RT, p. 105.

⁶⁸ Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros na Presidência do STJ. Disponível em <http://ftp.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057>. Acesso em 14.11.2014.

No mesmo discurso, o então recém-empossado presidente do Superior Tribunal de Justiça declarou a forte ligação entre o excesso de processos e a insegurança jurídica oriunda das decisões conflitantes:

O exagerado número de feitos intensificou a frequência dos julgamentos, aumentando a possibilidade de erros, tornando insegura a jurisprudência.

Insegura a jurisprudência, instaura-se o império da incerteza.

Sem conhecer a correta e segura interpretação dos enunciados jurídicos, o cidadão queda-se no limbo da dúvida.

O Superior Tribunal de Justiça deixou de ser o intérprete máximo e definitivo do direito federal.

Desviado de sua nobre função, tende a se tornar um fator de insegurança⁶⁹.

Decerto, o que a jurisprudência defensiva dá com uma mão, é tirado com a outra. Isso porque a redução dos processos em tramitação, na medida em que imprime (ou deva imprimir) maior celeridade no julgamento dos feitos, restringe o próprio acesso à justiça.

Insta salientar que o nosso sistema, ainda que originariamente inspirado no modelo romano-germânico, com aproximações contemporâneas cada vez maiores em relação ao “common law”, vem, na prática cotidiana, conferindo amplo respeito e reverência à jurisprudência, de forma que, ainda que se almeje confrontar a adequação de determinada orientação pretoriana à Constituição Federal, não existe instrumento em nosso arcabouço jurídico que contemple esse objetivo.

Isso porque somente podem ser objeto de controle de constitucionalidade leis ou atos normativos⁷⁰. Os precedentes judiciais, porém, não se enquadram em quaisquer dessas categorias, ficando a salvo da declaração de inconstitucionalidade.

Reféns dessa prática, os jurisdicionados e os advogados.

Seria mais legítimo (para não dizer constitucional) incluir nos textos legais as referidas práticas de jurisprudência defensiva. Ao menos dessa forma, estar-se-ia assegurada a adoção de critérios uniformes para admissão dos recursos. A inexistência desses padrões fere de morte a igualdade, visto que deixa ao alvedrio do órgão julgador ou dos seus juízes individualmente

⁶⁹ *Idem, Ibidem.*

⁷⁰ Art. 102, I “a”, da CF/88

considerados a determinação do que será ou não conhecido, em total desestima da segurança jurídica.

Com efeito, a prática do prequestionamento é um exemplo da jurisprudência defensiva. A violação constitucional que sua existência representa é de mais alto grau.

Isso porque os requisitos especiais de admissibilidade e o cabimento dos recursos especial e extraordinário somente podem estar arrolados na Constituição Federal. Isso se deve ao fato de que a competência para o julgamento dos referidos inconformismos foi constitucionalmente atribuída, bem como definidos na Lei Maior os critérios especiais para sua admissão.

Logo, a única forma de tornar o prequestionamento legítimo é incluindo-o expressamente na Constituição.

Conforme salientado, o prequestionamento está infenso ao controle de constitucionalidade na medida em que constitui uma prática da jurisprudência, disciplinadas apenas por verbetes sumulares, que, por sua vez, não pode ser confrontados diretamente com a Constituição.

Na realidade dos fatos, porém, sua inequívoca utilização pelo STF como requisito do recurso extraordinário já demonstra a aquiescência do Pretório Excelso com sua existência, a qual persiste até hoje provavelmente em razão da memória da época em que o requisito desfrutava de amparo na Constituição.

Porém, ele não possui mais assento na Lei Maior. O mesmo não pode ser dito do princípio do acesso à justiça, esse sim, está consagrado na CF com o “status” de cláusula pétrea (art.5º, XXXV e art.60 §4º, IV). Por meio desse dispositivo, a Constituição assevera que não é permitido à lei criar exceções ao amplo acesso ao Poder Judiciário. O que dizer, pois, quanto às exclusões oriundas de entendimentos jurisprudenciais?

O próprio direito de acesso à jurisdição é tolhido sem base jurídica e também sem qualquer utilidade. Nesse particular, atente-se que o único objetivo do prequestionamento é admissão do recurso. Não se almeja nenhuma outra finalidade com seu atendimento. Em suma, é uma exigência puramente formalista e, por isso, destituída de sentido. Isso porque o fato de a

questão vir decidida ou não no acórdão não tem influência sobre a resolução da lide, pois o juiz conhece o direito (“iura novit curia⁷¹”).

Ora, os Tribunais Superiores já não examinam fatos e provas no âmbito dos recursos especial e extraordinário, o que é justificável haja vista a natureza desses recursos. Com isso, a moldura fática⁷² do caso já vem previamente definida e não pode mais ser remodelada.

Ou seja, a parte apenas veiculará questões jurídicas em seu recurso. O espectro de apresentação dessas questões é restringido pelo prequestionamento sem qualquer objetivo útil, a não ser superar a barreira de admissibilidade.

Assim, torna-se possível perguntar se existe alguma necessidade capaz de justificar a existência do prequestionamento.

Antes de responder a essa pergunta, é essencial voltar a atenção para o propósito do prequestionamento. Temos que esse objetivo é meramente formalista, consubstanciado na superação do juízo de admissibilidade. O enfrentamento da tese jurídica (resultado pretendido pelo prequestionamento) é de todo dispensável. Isso é reconhecido implicitamente pelo próprio Supremo, que, conforme já demonstrado, admite o recurso extraordinário ainda que o Tribunal de origem tenha rejeitado pronunciar-se sobre a questão jurídica. Isso é, o STF admite e julga o recurso extraordinário sem que a matéria haja sido efetivamente decidida, satisfazendo-se com o prequestionamento ficto.

De fato, se o juiz conhece o direito, é de se concluir que, embora o acórdão não tenha emitido manifestação sobre determinada tese jurídica, é certo que se revela possível ao julgador fazer incidir as normas que sejam aplicáveis ao caso de forma independente. Mesmo porque a tese prequestionada pode ceder lugar à outra, eleita pelo Tribunal Superior como mais consectânea com a moldura fática.

⁷¹ “O juiz conhece o direito”.

⁷² Define-se moldura fática como o “arcabouço fático apurado no processo, determinado de forma soberana na decisão guerreada”, ou ainda, o “quadro fático delineado pelo próprio acórdão recorrido”(C.f. PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. Belo Horizonte:Del Rey, 2013, p.82 e SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9.ed. São Paulo:Saraiva, 2013, respectivamente)

Em suma, não há sentido ou necessidade em barrar o acesso às Cortes Superiores a partir do prequestionamento.

2.2. Os problemas gerados pela posição do Superior Tribunal de Justiça no atendimento ao prequestionamento. O dever de apreciação dos argumentos das partes.

Como exposto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exige a efetiva emissão de juízo de valor sobre determinada matéria no bojo do acórdão recorrido. A mera apresentação de embargos de declaração, quando não suprida a omissão, não seria capaz de preencher a condição de admissibilidade. Assim, o STJ não acolhe o prequestionamento ficto, exigindo que o Tribunal “a quo” analise, enfrente e decida a tese de direito que subirá à apreciação do STJ. Em síntese, o Tribunal da Cidadania não admite omissões, e, por esse motivo, determina o retorno dos autos ao juízo de origem a fim de supri-las.

Em que pese esse posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça possui ampla jurisprudência legitimando essas mesmas omissões, o que contribui para criar empecilhos à observância do prequestionamento.

Em outras palavras, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consegue aumentar ainda mais a dificuldade da parte em ter as teses jurídicas enfrentadas pelo acórdão recorrido ao adotar, em seus precedentes, a orientação de que o julgador não precisa apreciar todas as teses jurídicas suscitadas pelos litigantes.

O absurdo dessa construção consiste em legitimar a omissão do tribunal “a quo” quanto a questões que certamente encontrarão óbices no momento de ascenderem ao STJ.

Em outras palavras, o STJ exige que a controvérsia jurídica haja sido objeto de debate no acórdão e ao mesmo tempo afirma que o tribunal não precisa esgotar a apreciação das alegações trazidas pelas partes.

São inúmeros os julgados daquele sodalício que, reiteradas vezes, sustentam que a jurisprudência do STJ é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. (AgRg no AREsp 529.018/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014).

Por ilustrativos:

Não há omissão no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte. Nesse sentido: STJ, REsp 739.711/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU de 14/12/2006. Além disso, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 23/04/2008.⁷³

Os embargos de declaração não se prestam ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de dar efeito infringente ao recurso. Isso porque o julgador não está obrigado a rebater um a um os argumentos da parte, mas apenas apresentar os necessários a seu convencimento.⁷⁴

Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.⁷⁵

No mesmo sentido da crítica aqui realizada, confira-se o escólio de Zulmar Duarte de Oliveira Júnior:

Os embargos declaratórios são apresentados com o fim de prequestionar determinada questão (infra)constitucional, objetivando seu debate explícito pelo Tribunal de origem. Ainda assim, os Tribunais, na grande maioria dos casos, rejeitam tal funcionalidade aos embargos declaratórios, ao argumento de que não estão obrigados a responder todas as questões que as partes lhe

⁷³SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no REsp 1280662/PR. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Data do julgamento: 21.08.2014. DJ. 03.09.2014.

⁷⁴SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no AREsp 439.762/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 04.09.2014. DJ. 11.09.2014.

⁷⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1338292/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data do julgamento: 02.09.2014. DJ. 29.09.2014.

submetem, bastante exteriorizar as razões pelas quais acolhe ou rejeita a pretensão.⁷⁶

O autor explica o problema gerado pela legitimação da omissão no âmbito daquele Poder:

Ainda que o direito seja um caleidoscópio, tal desuniformidade nessa perspectiva asfixia o sistema recursal, estabelecendo um verdadeiro impasse. Apesar de a parte apontar oportunamente a violação a determinado dispositivo (infra)constitucional, reprimando o argumento em sede de declaratórios, o Tribunal de origem nega o seu debate, sob o argumento de não estar jungido a responder todos os questionamentos feitos⁷⁷.

Ou seja, as partes e os advogados ficam de mãos atadas. Pois, se o juiz pode manifestar-se apenas sobre a alegação que lhe seja mais útil ou suficiente para embasar sua decisão, omitindo-se quanto às contrárias, a parte vencida certamente terá grande dificuldade em ver sua tese prequestionada.

Isso porque, por mais que interponha embargos de declaração, provavelmente receberá a seguinte resposta hipotética: “o órgão julgador não precisa enfrentar todos os argumentos das partes, conforme assentam os precedentes emanados do STJ, mas apenas expor sua conclusão de forma coerente e fundamentada; ademais, aclaratórios não são a via adequada para rediscussão das matérias já decididas⁷⁸.”

O pior é que, na prática, ao rejeitar a manifestação sobre uma tese, o julgador geralmente deixa também de delimitar uma moldura fática perfeita. A doutrina geralmente não se pronuncia sobre esse ponto, mas o fato

⁷⁶JÚNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. Embargos declaratórios: Efeito integrativo (prequestionamento virtual). In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.815.

⁷⁷ *Idem*, *Ibidem*, p.814.

⁷⁸Cf.,v.g. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 474.901/SP. Data do julgamento: 18.09.2014. DJ. 24.09.2014. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REITERAÇÃO. OMISSÃO.INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisor ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes. (...)3. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa” (g.n.)

é que há uma grande imbricação ente o prequestionamento e o reexame de provas.

Importa diferenciar as questões de fato das questões de direito, sem deixar de consignar, contudo, que há grande ligação entre as duas, haja vista que o Judiciário não julga teses abstratas, mas casos concretos sobre o qual são erigidas teses jurídicas. Na lição de Cândido Rangel Dinamarco,

Há questões de *fato*, correspondentes à dúvida quanto a uma assertiva de fato contida nas razões de alguma das partes, e de *direito*, que correspondem à dúvida quanto à pertinência de alguma norma ao caso concreto, à interpretação de textos, legitimidade perante norma de hierarquia superior, etc.⁷⁹ (grifos no original)

Ademais, não se olvide que “questão” é um ponto objeto de controvérsia entre as partes⁸⁰.

Ousamos, então, conceituar questão de direito como a qualificação jurídica e controvertida dos fatos. Com efeito, nos recursos extraordinário e especial, o STF e o STJ apenas analisarão as questões de direito e, para desempenharem esse papel, necessitam conhecer o delineamento prévio dos fatos, tarefa que terá sido realizada pelo órgão “a quo”. Estabelecido o contorno fático, ele não mais será alterado pelos sodalícios superiores, mas, tão-somente, por eles qualificado.

Em consequência, quando determinada questão de direito deixa de ser objeto de análise pelo órgão “a quo”, há reais chances de o contorno fático a ele relativo não ter sido bem delimitado.

A fim de demonstrar a correção da assertiva e para conferir mais realismo à situação vivenciada pelas partes, se recorrerá a um caso hipotético, que pode ocorrer no foro:

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 5. ed. rev e atualizada por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2002, Tomo I, p.240 e 241.

⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p.239,284 e 285.

Exemplifique-se que um indivíduo é parte ré em uma demanda declaratória, cujo fundamento jurídico único é o embasamento probatório que demonstraria a existência de um negócio jurídico firmado entre as partes. Ou seja, o pedido inicial foi formulado a fim de que se declare a existência de determinado negócio jurídico, em relação ao qual o autor carrou provas de existência.

A fim de se defender, e rejeitando a ocorrência de negócio válido, o réu elabora duas teses jurídicas: tese A - que gira em torno de uma suposta incapacidade civil no momento de celebração do pretense negócio, em relação a que produz elementos de prova - e tese B - que versa sobre a ausência de provas quanto à existência do negócio jurídico em si mesmo considerado.

A sentença acolhe o fundamento da inicial e, considerando-o bastante para julgar procedente a demanda, não se preocupa em rejeitar uma a uma as teses da defesa, mesmo porque, ao afirmar a suficiência das provas, já afastou, de forma indireta, a tese B do réu (isso geralmente ocorre porque, implicitamente, o juiz considerou a defesa “fraca” em relação à tese vencedora do autor).

Irresignada, a parte ré interpõe embargos de declaração, suscitando omissão quanto ao enfrentamento da tese A, que versa sobre a incapacidade civil (sem pedir a concessão de efeitos infringentes).

O juiz rejeita os embargos ao argumento de que eles apenas denotam inconformismo e explica que não há necessidade de esgotar a análise da argumentação trazida pelo réu, na linha dos precedentes do STJ.

Ainda inconformado, o demandado interpõe apelação com amparo nas mesmas teses A e B.

O Tribunal julga desprovido o recurso, adotando, à semelhança do juiz, a versão articulada na inicial e omitindo-se, na fundamentação, quanto à apreciação total da defesa, limitando-se a afirmar que as provas carreadas permitem a procedência da demanda. Com isso, o Tribunal terá enfrentado apenas a tese B, alusiva às provas do negócio jurídico.

Com o fito prequestionador, o apelante maneja declaratórios solicitando a manifestação expressa sobre a tese A, que versa sobre a incapacidade civil e suas respectivas provas.

A fim de não contradizer sua posição anterior, o Tribunal geralmente a reforça, e explica: a) que os embargos não servem à rediscussão da causa; b) que o embargante pleiteia, na verdade, efeito infringente que não pode ser conferido; c) e ainda afirma a ausência de obrigação quanto ao enfrentamento de todas as questões arguidas pelas partes, posição cuja legitimidade é dada pela orientação do STJ.

No momento de interpor o recurso especial, a tese B, referente à falta de provas, deve ser esquecida, já que esse tipo de pedido é vedado nessa instância. Com efeito, o recurso não poderá ser interposto com base nesse argumento, porquanto “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*” (enunciado n.7 da súmula de jurisprudência dominante do STJ)

Que dizer, pois, sobre a tese A, que trata da falta de capacidade civil?

Como o Tribunal “a quo” omitiu-se sobre seu enfrentamento, provavelmente também não assentou a moldura fática em torno dessas questões.

Isso porque, certamente, não terá exposto no corpo do acórdão a articulação dos fatos apresentada pelo réu especificamente quanto à existência de incapacidade. Por exemplo, se o Tribunal nada falou sobre o fato de o demandado haver firmado o negócio enquanto não possuía discernimento, não há substrato fático para o STJ analisar o ponto.

Assim, o recurso esbarrará no enunciado 7 da súmula do STJ, bem como na ausência de prequestionamento sobre a questão A, a não ser que o recorrente pleiteie, preliminarmente, a cassação do acórdão por ofensa ao art. 535 do CPC, a fim de fazer descenderem os autos para análise da questão.

Abstraída essa possibilidade, que será a única saída do recorrente e que também apresenta seus problemas, temos que o recurso estará fadado ao fracasso e não será sequer conhecido (muito provavelmente o próprio Tribunal de origem negará a admissão do recurso especial, levando ao recorrente a interpor o agravo do 544, o que dificultará mais ainda o acesso à Corte Superior).

Porém, se houvesse ocorrido a manifestação do Tribunal quanto às alegações e fatos em torno das teses A e B, o resultado seria outro. Veja-se:

O Tribunal poderia, por exemplo, ter deixado claro que o tipo de perturbação psíquica crônica aventada e provada pelo réu não implicaria incapacidade e, por isso, decidiria manter a declaração de existência do negócio jurídico a partir das provas coligidas pelo autor. Ou seja, estaria afirmando que a doença “X”, de que o réu é portador desde a conclusão da avença, não causa o comprometimento da capacidade.

Fosse assim, ao manejar seu recurso especial, o STJ teria a seguinte situação já estabelecida, no bojo do acórdão:

1. Há provas cabais da celebração do negócio;
2. O réu (uma das partes do negócio) provou ser portador da enfermidade “X”
3. O acórdão recorrido assentou que essa enfermidade não interfere na capacidade civil, de forma que o ajuste é válido.

Emerge das conclusões acima listadas a seguinte questão jurídica, a ser enfrentada pelo STJ: a perturbação psíquica “X” compromete a capacidade civil do indivíduo para esse tipo de negócio?

Pronto. A tese da incapacidade estaria prequestionada. O STJ a decidiria sob a ótica do enquadramento legal, jurisprudencial e doutrinário que entendesse mais correto.

Com esse desfecho, o recurso teria sido admitido e alcançado sua finalidade, sem que sequer se fizesse necessário o reenvio dos autos para complementação do acórdão.

Para alcançar essa situação ideal, que se apresenta como a mais econômica e justa, seria necessário, ao menos, construir jurisprudencialmente a orientação no sentido de estimular o enfrentamento de todas as teses arguidas pelas partes. Isso é, caso se deseje tornar coerente a aplicação do prequestionamento, a jurisprudência deveria construir uma orientação sólida que incentivasse o debate pleno e obrigatório de todos os argumentos expendidos pelas partes, a fim de evitar os reflexos negativos da omissão do Judiciário sobre o prequestionamento e a estabilização da moldura fática.

A omissão quanto ao enfrentamento de teses de direito que impescindem da apreciação de provas cerca de fatos conduz à ausência de prequestionamento da matéria e, geralmente leva, ainda, a uma moldura fática incompleta e deficiente.

De fato, há razões de economia processual a recomendar a utilização máxima dos argumentos das partes. Isso porque as lacunas deixadas pelas decisões judiciais alimentam o inconformismo da sociedade, que é expresso por meio da oposição de recursos.

O litigante que perde uma demanda, ao ter a análise de certos argumentos omitida pelo Judiciário, dificilmente se convencerá do acerto da decisão, tampouco a entenderá por completo. Isso porque alguns de seus argumentos deixarão de ser confrontados com os da parte vencedora, razão pela qual o vencido jamais terá como adivinhar porque as suas alegações seriam mais fracas que as do seu adversário, ou talvez sempre alimente a certeza de que, caso fossem analisadas, o resultado do julgamento teria sido outro.

A solução para isso é o enfrentamento máximo dos argumentos, ou seja, a assunção do compromisso, pelo Judiciário, em todas as instâncias, de examinar, no bojo de suas decisões, todas as alegações jurídicas

expendidas pelas partes, seja para acolhê-las, seja para rechaçá-las, o que, por via reflexa, favorecerá a estabilização fática da demanda.

Colha-se o escólio de José Carlos Barbosa Moreira, acerca desse assunto:

"A lei não exige senão que se haja omitido ponto "sobre o qual deveria pronunciar-se" o juiz ou tribunal (art. 535, nº II); ora, à luz do art. 458, nº II – aplicável a decisões de qualquer grau, e não apenas à sentença *stricto sensu* (art. 165) -, é fora de dúvida que incumbe ao órgão judicial pronunciar-se sobre "as questões de fato e de direito" relevantes para o julgamento, sem que lhe seja lícito discriminar, manifestando-se a respeito de alguma(s) e silenciando acerca de outra(s)." (in "Comentários ao Código de Processo Civil", Ed. Forense, RJ, 1998, 7ª. edição, p. 540) (grifamos)⁸¹.

Comunga da mesma opinião José Miguel Garcia Medina⁸², conforme extrai do seguinte trecho, que é preciso ao resumir o quanto definido neste trabalho:

Pode-se dizer que a decisão proferida pelo tribunal de origem ao dispor sobre todos os fundamentos suscitados pelas partes e não apenas sobre aqueles reputados suficientes, por propiciar o exame integral e imediato da causa pelo tribunal superior sem necessidade de restituição dos autos ao juízo 'a quo' para a integração do julgado recorrido, é medida que atende ao princípio da economia processual. Tal medida se traduz em uma abreviação do tempo de tramitação do processo, pois se evita o retorno dos autos ao juízo 'a quo' para complementação do acórdão quanto aos temas não examinados, bem como um novo recurso para as instâncias superiores.

Capítulo 3. O projeto de novo CPC e as alterações que repercutirão no prequestionamento.

3.1. A regra de reenvio obrigatório dos autos constante do projeto do novo código processual e suas consequências.

⁸¹ Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. REsp 509.953/RS. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Data do julgamento: 04.12.2003. DJ. 08.03.2004, p. 319.

⁸² MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 6.ed. São Paulo: RT, 2012. p.95.

O projeto do novo Código de Processo Civil, que atualmente se encontra no Senado Federal⁸³, é fruto do trabalho da comissão de juristas formadas por processualistas de alto renome, cujo presidente é o Ministro Luiz Fux e a relatora, Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁴.

Um pouco do espírito do novo código pode ser extraído da exposição de motivos de seu anteprojeto, da qual ressaí o objetivo de resolver muitos dos problemas atualmente identificados pela comunidade jurídica em geral. Quanto ao sistema recursal, a diretiva do projeto caminha no sentido da simplificação dos recursos e do rendimento máximo dos processos. Ademais, há uma busca pela estabilização da jurisprudência como forma de combate à insegurança jurídica. Cumpre transcrever excerto da Exposição de Motivos acerca dessa temática, da qual se denotam os mencionados propósitos:

Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas [...]. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada. [...]

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

⁸³ O projeto foi aprovado no Senado (PL 166/2010) e na Câmara dos Deputados, mas, em virtude das alterações feitas nessa última casa, retornou à primeira: Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/06/11/juristas-tentam-encontrar-solucoes-para-divergencias-entre-versoes-do-novo-cpc>>. Acesso em 17.11.2014.

⁸⁴ Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas Elpidio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho Paulo e Cesar Pinheiro Carneiro. Informações disponíveis no site do Senado Federal, <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_reuniao_para_grafica.pdf>. Acesso em 16.11.2014

[...]

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.[15]

De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos ex tunc. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso.[...]

Significativas foram as alterações, no que tange aos recursos para o STJ e para o STF. O Novo Código contém regra expressa, que leva ao aproveitamento do processo, de forma plena, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou ao improvimento do recurso.[...]

Vê-se, pois, que as alterações do sistema recursal a que se está, aqui, aludindo, proporcionaram simplificação e levaram a efeito um outro objetivo, de que abaixo se tratará: obter-se o maior rendimento possível de cada processo.⁸⁵(grifamos)

Dessa forma, nota-se que o novo CPC buscará o maior rendimento possível de cada processo, o que certamente passa pelo enfrentamento máximo dos argumentos.

Dentro disso, o Código projetado introduzirá importante sistemática no âmbito dos recursos especial e extraordinário, que representará uma garantia para o jurisdicionado e um compromisso com a solução justa do processo. Referida novidade consta o art.988 do projeto⁸⁶:

Art. 988. Sendo o recurso extraordinário ou especial decidido com base em uma das causas de pedir ou em um dos fundamentos de defesa, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal examinará as demais ainda não julgadas, independentemente da interposição de outro recurso, desde que tratem de matéria de direito.

⁸⁵ Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://professormedina.com/2010/06/09/exposicao-de-motivos-do-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 17.11.2014

⁸⁶ Projeto de Lei 8.046/2009, Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C3F855CFD7AAABFA6C837FE3E816AB5C.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em 19.11.2014.

§1º. Se a competência for de outro Tribunal Superior, haverá remessa, nos termos dos arts. 986 e 987.

§2º. Se a observância do caput deste artigo depender do exame de prova já produzida, os autos serão remetidos de ofício ao tribunal de origem, para decisão; havendo necessidade de produção de provas, far-se-á remessa ao primeiro grau.

A cabeça do artigo representa uma garantia de que os sodalícios superiores levarão em consideração todos os fundamentos trazidos pelas partes ao longo do processo.

É louvável exigir que os Tribunais Superiores enfrentem todos os argumentos trazidos pelas partes, o que se coaduna com tudo quanto vem sendo defendido ao longo desse trabalho. Aliás, tal providência deveria ser um dever de todas as instâncias judiciais, e não apenas das superiores. Como dito, o processo deve ser aproveitado em seu máximo, o que, afora se revelar consectâneo com o acesso à justiça, com a lealdade e cooperação processuais, permitindo a composição social das lides, favorece a celeridade e economia.

A riqueza dos dispositivos colhidos, ainda, dão margem a considerações de outras ordens. A importância do artigo transcende a observação feita no parágrafo anterior, porquanto sua redação permite refletir sobre o próprio prequestionamento.

Primeiramente e a bem da verdade, o §2º do artigo positiva uma prática já realizada pelo STJ, consistente no reenvio dos autos à instância de origem para que se analisem pontos que foram abordados pelo recorrente mas permaneceram sem solução pelo Tribunal, cujo exame no âmbito do Tribunal Superior esbarraria no verbete de nº7. O reenvio serve ainda para que haja a reanálise da prova dos autos a partir da fixação, pelo STJ, de determinada tese jurídica.

A positivação dessa jurisprudência é importante para lhe conferir força cogente e representa uma garantia expressa de que os sodalícios superiores levarão em consideração todos os fundamentos trazidos pelas partes ao longo do processo. Assim, ainda que os autos tenham de ser

reenviados ao juízo de piso, essa providência é imprescindível pelos reclamos de justiça, lealdade processual, contraditório e ampla defesa.

Ou seja, o referido artigo contempla a apreciação máxima dos argumentos visando ao maior rendimento do processo.

É de se ver que o reenvio dos autos para produção de provas ou seu novo exame é imbuída da elogiosa intenção de alcançar a melhor solução da lide, sopesando na balança da justiça todas as alegações trazidas pelas partes, o que, certamente, elevará as chances de efetiva pacificação social da controvérsia.

Outrossim, nota-se que o dispositivo alberga a mais correta doutrina processual, que preconiza que o prequestionamento, uma vez situado no momento de admissibilidade do recurso, não pode ser exigido quanto a questões outras que possam surgir ao longo do julgamento. Por isso, cremos que, ao invés de usar o termo “decidido”, a cabeça do artigo deveria empregar a palavra “conhecido”. De toda sorte, o preceptivo quer significar que, uma vez admitido o recurso, o juízo de mérito permitirá a análise de todas as alegações trazidas pelas partes, ainda que não decididas.

Explique-se com um exemplo: determinado litigante possui três argumentos jurídicos, que entende hábeis a promover a reforma de sentença exarada em seu desfavor. Apela, portanto, ao Tribunal, expondo as suas três defesas. O colegiado, considerando suficientemente forte apenas uma delas, acolhe-a, dando provimento ao recurso para reformar a sentença.

A parte que sucumbe, recorre ao STJ, sob a assertiva de que o sodalício de piso equivocou-se ao acolher o fundamento da parte contrária, apresentando com fundamento uma das alíneas do inciso III do artigo 105 da CF. Se o STJ concordar com a parte recorrente, ou seja, entender que de fato houve erro na aceitação do argumento, concluirá que, ao menos por aquele argumento, o acórdão não poderá ser mantido. Antes disso, porém, deve ser lembrado que a parte apresentou, no momento da apelação, três argumentos, dois dos quais tiveram sua análise omitida pelo Tribunal de origem.

Logo, será necessário que o STJ analise as duas alegações remanescentes para, somente após, decidir se o acórdão deve ser de fato reformado, ou não.

Sendo essas alegações eminentemente de direito, ou seja, que possam ser respondidas a partir da atividade de enquadramento ou qualificação legal dos fatos (cuja moldura já tenha sido completamente estabilizada), o artigo 988 do Código projetado determina seu exame imediato pelo STJ. Ou seja, sendo desnecessário o incurso no exame da matéria fático-probatória, que já estará assentada, o STJ deverá analisar e decidir todas as questões de direito⁸⁷.

Ora, observe-se que desse exemplo que, não tendo sido esses argumentos objeto de valoração pelo Tribunal “a quo”, que sobre eles se omitiu (e conseqüentemente não os julgou), é óbvio que eles não estarão prequestionados. Apesar disso, o STJ os enfrentará no juízo de mérito.

E não poderia ser diferente. Seria um absurdo total que o STJ (ou o STF) se negasse à análise das teses ainda não decididas, ignorando-as no momento do julgamento, ou que remetesse os autos ao tribunal de origem apenas para o novo pronunciamento da matéria exclusivamente de direito.

Dentro disso, explique-se que a apreciação inédita de questões em sede de recurso especial e extraordinário não implica supressão de instância, já que havia a possibilidade de o juiz (ou o Tribunal) enfrentar todas as alegações trazidas pelas partes, atividade da qual não se desincumbiu satisfatoriamente, já que sua decisão padeceu de omissão.

Dito de outra forma, se o Judiciário foi omisso ao longo do trâmite processual, deixando de enfrentar certas alegações, não lhe seria legítimo, em grau recursal, fazer os autos voltarem às instâncias inferiores para determinar o julgamento da tese por ele mesmo olvidada.

⁸⁷ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Atualidades sobre o prequestionamento e as possíveis mudanças provocadas pelo projeto do novo código de processo civil. In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. p. 515/538. Salvador: JusPodivm, 2013, p.532.

Dessa feita, as teses debatidas ao longo do processo devem ser devolvidas ao STJ e ao STF, bem assim analisadas no momento de julgar a causa.

A jurisprudência do STJ, em muitos arestos, já se alinha à exata orientação do futuro art. 988 do Código de Processo Civil, analisando as alegações ainda não julgadas.

É assente no âmbito daquele sodalício a separação entre os juízos de admissibilidade e de mérito, na linha sempre defendida por José Carlos Barbosa Moreira⁸⁸, bem como a limitação da exigência do prequestionamento somente àquele primeiro momento.

Tal diretiva, inclusive, vem expressa no verbete de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, de n.456, que estabelece: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

Com efeito, após a demonstração do motivo que justifica a interposição do recurso especial e dos requisitos de admissibilidade exigíveis (dentre os quais o prequestionamento), o STJ fica livre à apreciação de matérias ainda não prequestionadas e que constituirão o mérito do recurso, exercendo livremente o juízo de revisão.

Nas palavras de José Miguel Garcia Medina:

O prequestionamento – no sentido de exame, pela decisão recorrida, da questão de direito constitucional ou federal – é tema relacionado à admissibilidade, e não ao mérito do recurso extraordinário ou especial. Assim, pode o recurso não ser conhecido pela ausência de prequestionamento. Mas, uma vez admitido o recurso, no juízo de mérito podem ser consideradas, pelo Tribunal Superior, fundamentos jurídicos a respeito dos quais não tenha a decisão recorrida se manifestado expressamente.⁸⁹ (g.n.)

⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que significa não conhecer de um recurso? *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.333 p.83. Disponível em :< http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_civil/significa_nao_conhecer_recurso.pdf>. Acesso em 20.11.2014

⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 6. ed. São Paulo: RT, 2012. p.93/34.

Exceções sejam feitas às matérias que demandem exame de provas ou se refiram à delimitação de fatos. Nesses casos, ocorre o reenvio dos autos ao grau inferior. Por bastante elucidativos, confirmam-se arestos que demonstram essa prática:

AGRAVO REGIMENTAL - FRAUDE À EXECUÇÃO - AVERIGUAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROVA DA INSOLVÊNCIA PELO CREDOR - TAREFA AFETA À INSTÂNCIA A QUO - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM - NECESSIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.1. O Superior Tribunal de Justiça deve, em um primeiro momento, debruçar-se sobre a matéria de direito trazida no recurso especial, a fim de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação federal.2. Afastado o fundamento jurídico do acórdão a quo, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando, se necessário, o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF.3. Ao aplicar o direito à espécie, o Superior Tribunal de Justiça poderá mitigar o requisito do prequestionamento ao valer-se de questões não apreciadas diretamente pela Instância de origem nem ventiladas no apelo nobre.4. Quando, porém, a aplicação do direito à espécie reclamar o exame do acervo probatório dos autos, convirá o retorno dos autos à Corte de origem para a ulatimação do procedimento de subsunção do fato à norma.5. Agravo regimental improvido.⁹⁰ (g.n.)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ. CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. HARMONIA ENTRE DECISÃO EMBARGADA E ACÓRDÃOS PARADIGMAS. NÃO CONHECIMENTO.- Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.- Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação.- A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art.5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional.- Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma. Embargos de divergência não conhecidos⁹¹ (g.n.)

⁹⁰ Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg nos EDcl no Ag 961.528/SP. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data do julgamento: 21.10.2008. DJ : 11.11.2008

⁹¹ Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA . 2ª Seção. EREsp 41.614/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 28.10.2009. DJ: 30.11.2009.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. TÉCNICA DE JULGAMENTO.

1. Se o Tribunal local acolheu apenas uma das causas de pedir declinadas na inicial, declarando procedente o pedido formulado pelo autor, não é lícito ao Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial do réu, simplesmente declarar ofensa à Lei e afastar o fundamento em que se baseou o acórdão recorrido para julgar improcedente o pedido.2. Nessa situação, deve o Superior Tribunal de Justiça aplicar o direito à espécie, apreciando as outras causas de pedir lançadas na inicial, ainda que sobre elas não tenha se manifestado a instância precedente, podendo negar provimento ao recurso especial e manter a procedência do pedido inicial.⁹² (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. “(...)

2. A apelação devolve em profundidade o conhecimento da matéria impugnada, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. Em outras palavras, estabelecida a extensão do pedido recursal, dentro dela está o tribunal livre para apreciar, na profundidade do efeito devolutivo, a fundamentação do referido pedido. Não se trata, portanto, de julgamento extra petita, pois a análise feita pelo tribunal a quo adstringiu-se ao pedido recursal, embora tenha imergido em sua profundidade.3. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, de acordo com o art. 257 do RISTJ e com a Súmula n. 456/STF.4. Agravo regimental não-provido.⁹³ (g.n.)

PROCESSUAL. QUESTÃO PREJUDICADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AFASTAMENTO DA PREJUDICIAL. RETORNO DOS AUTOS. Situação em que o Tribunal a quo examinou somente um dos temas versados na apelação, desprezando os demais, por entendê-los prejudicados. Se o Tribunal ad quem afastou a questão prejudicial, os autos devem retornar à Corte de origem, para exame daquelas remanescentes.⁹⁴ (g.n.)

Em síntese: as matérias de direito que se situem além do conhecimento do recurso devem ser julgadas pelo STJ ainda que não tenham sido prequestionadas, ou seja, decididas no acórdão recorrido.

⁹²Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. EREsp 58.265/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal, Relator p/ Acórdão Ministro Barros Monteiro. Data do julgamento: 05.12.2007. DJ.07.08.2008

⁹³Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no REsp 1065763/SP. Relator: Ministro Mauro Campbell. Data do julgamento: 10.03.2009. DJ.14.04.2009.

⁹⁴Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. EREsp 215.393/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 19.12.2000. DJ. 29.10.2001, p. 176.

3.2. A abertura de instância e a demonstração da desnecessidade do prequestionamento.

Essa mitigação ao prequestionamento, em nosso entender, reforça nossa opinião no sentido de que sua exigência não possui nenhum objetivo substancial, mas se traduz em simples formalismo.

Dito de outra forma, o art. 988 do Código projetado acaba por servir à demonstração de quanto o prequestionamento é dispensável e despropositado, ainda que não tenha sido esse o objetivo do legislador.

O escopo da cabeça do artigo alça ao nível legal uma orientação totalmente abalizada e já praticada, dando uma sistematização maior à matéria, o que é bastante positivo, já que, como dito, o STJ e também o STF negariam deliberadamente a prestação jurisdicional caso se furtassem à análise dos fundamentos não prequestionados no momento de julgar o mérito do recurso, ou a retardariam sobremaneira se determinassem o retorno dos autos ao grau de piso para exame das questões exclusivamente de direito.

Por isso, é digna de elogios a positivação de uma praxe que se revela respeitadora do direito das partes de terem seus fundamentos de defesa ou de ação levados em consideração pelo órgão judicial.

Por outro lado, o mesmo artigo reforça a nossa idéia no sentido de que não há razão em exigir a emissão de juízo de valor sobre determinada matéria, já que os julgadores das instâncias superiores poderão, em casos como o exemplificado, decidir, pela primeira vez, questões jurídicas. Assim, o prequestionamento não deveria sequer existir, já que, a bem da verdade, seu atendimento não traz qualquer diferença para o julgamento da causa (abstraída a exigência pretoriana que o considera requisito de admissibilidade), porquanto o juiz conhece o direito (“iura novit curia”⁹⁵ e “da mihi factum dabo tibi jus”⁹⁶)

Não se poderia supor que conhecimento jurídico do magistrado somente pudesse se manifestar num juízo de reexame da questão jurídica. Ora, se matérias até então não julgadas poderão ser objeto de análise inédita

⁹⁵ “O juiz conhece o direito”

⁹⁶ “Dá-me os fatos e eu lhe darei o direito”

pelo STJ e STF, porque fazer o discrimen entre aquelas que são afetas ao conhecimento do recurso (que devem ser necessariamente prequestionadas) e aquelas outras, que poderão emergir no momento de adentrar o mérito (cujo prequestionamento é dispensável)?

A própria jurisprudência do STJ, acima representada pela reprodução de ementas, permite que se conclua que, na realidade, o prequestionamento não tem razão de existir; e o art. 988 do Código projetado serve ao reforço dessa orientação ao positivar sua dispensa, ainda que movido por razões de justiça processual.

Caminha-se, portanto, para o alcance de um rendimento máximo dos processos, em especial, das alegações expendidas pelas partes.

Nesse sentido acenou a Exposição de Motivos do Anteprojeto do CPC, que, ao explicar o motivo da inclusão do art. 988⁹⁷ na codificação, ressaltou a importância de que se enfrentem todas as razões alentadas pelas partes ao longo do processo:

Significativas foram as alterações, no que tange aos recursos para o STJ e para o STF. O Novo Código contém regra expressa, que leva ao aproveitamento do processo, de forma plena, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou ao improvimento do recurso. Sendo, por exemplo, o recurso extraordinário provido para acolher uma causa de pedir, ou a)examinam-se todas as outras, ou, b)remetem-se os autos para o Tribunal de segundo grau, para que decida as demais, ou, c) remetem-se os autos para o primeiro grau, caso haja necessidade de produção de provas, para a decisão das demais; e, pode-se também, d)remeter os autos ao STJ, caso as causas de pedir restantes constituam-se em questões de direito federal.⁹⁸

⁹⁷ Confirmam-se, pois, as alterações a que se referiu o excerto da exposição de motivos e que provavelmente constarão do novo CPC:“Art. 988.Sendo o recurso extraordinário ou especial decidido com base em uma das causas de pedir ou em um dos fundamentos de defesa, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal examinará as demais ainda não julgadas, independentemente da interposição de outro recurso, desde que tratem de matéria de direito.§1º. Se a competência for de outro Tribunal Superior, haverá remessa, nos termos dos arts. 986 e 987.§2º. Se a observância do caput deste artigo depender do exame de prova já produzida, os autos serão remetidos de ofício ao tribunal de origem, para decisão; havendo necessidade de produção de provas, far-se-á remessa ao primeiro grau.”

⁹⁸ Disponível em < <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 17.10.14.

3.3.A atribuição do efeito translativo e devolutivo amplo aos recursos especial e extraordinário.

Há ainda mais um ângulo de análise do art. 988, que diz com o futuro reconhecimento do efeito translativo e devolutivo amplo nos recursos extraordinários, o que consolidará a possibilidade de analisar, no juízo de mérito, matérias de ordem pública não prequestionadas, bem como tornar irrestrita a profundidade da devolução.

Primeiramente, insta esclarecer que efeito translativo diz com a possibilidade de o tribunal conhecer matérias de ordem pública “ex officio” ao julgar o inconformismo⁹⁹, sem que, a seu respeito, tenha havido decisão anterior.

Essa possibilidade é pacificamente aceita no caso dos recursos ordinários. Porém, há grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a existência de efeito translativo nos recursos especial e extraordinário¹⁰⁰. A esse respeito, é preciso salientar que *“a corrente doutrinária contrária ao efeito translativo nos recursos extraordinários encontra fundamento para tal posicionamento na ausência de prequestionamento de tal matéria.”*¹⁰¹

No âmbito específico do recurso especial, Angélica Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim expõem a controvérsia jurisprudencial que envolve a atribuição de efeito translativo a essa espécie recursal nas seguintes palavras:

O STJ tem, com acerto, não admitido a veiculação, no bojo do recurso especial, de questões federais não devidamente prequestionadas, ainda que as mesmas pudessem ter sido objeto de decisão “ex officio” por parte do tribunal local [...]. Todavia, há acórdãos que adotam linha menos vigorosa. Encampam orientação no sentido de que é possível ao STJ vir a conhecer “ex officio” de determinadas matérias em recurso especial, tal como se de recurso ordinário se tratasse, desde que o recurso especial seja conhecido

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 6ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p.672

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p.673

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p.673

(isto é, desde que presentes os pressupostos de admissibilidade desse recurso).¹⁰²

Consoante mencionado na última parte do fragmento suso transcrito, há muito que inúmeros precedentes¹⁰³ do STJ vêm reconhecendo a possibilidade de apreciar de ofício matérias de ordem pública não prequestionadas após a recepção do recurso. Para essa corrente, que, como registrado, já vem encontrando eco no citado Tribunal:

as questões de ordem pública, portanto, somente poderão ser conhecidas, ainda que 'ex officio' se o recurso for conhecido. Caso o recurso especial ou extraordinário tenha como objeto somente a pretensa ofensa a uma matéria de ordem pública que não tenha sido discutida e decidida pelo Tribunal, o recurso não deverá ser conhecido, e assim, de tal maneira, jamais chegará a ser analisada. Mas se outra matéria qualquer foi objeto de prequestionamento e é impugnada pelo recorrente, o recurso deve ser conhecido e, a partir desse momento, admite-se o enfrentamento das matérias de ordem pública (alegadas pelo recorrente ou de ofício)¹⁰⁴.

Dessa feita, uma vez admitido o recurso especial, “abre-se a instância”, permitindo-se a análise “ ex officio” de temas sobre os quais ainda não houve decisão. Com efeito, a fim de se debruçar sobre matérias ainda não decididas (dentre as quais, as de ordem pública), o STJ utiliza-se o verbete

¹⁰² ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro. v.104, n.397, p.3-29, maio/junh. 2008, p.25

¹⁰³ Por exemplo, vide o julgado: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.2ª Seção. EREsp 595.742/SC. Relator: Ministro Massami Uyeda. Relatora para acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data do julgamento:04.12.2011. DJ. 13.04.2012.Ementa: “Alegados pela parte recorrida, perante a instância ordinária, dois fundamentos autônomos e suficientes para embasar sua pretensão, e tendo-lhe sido o acórdão recorrido integralmente favorável mediante a análise de apenas um dele, não se há de cogitar da oposição de embargos de declaração pelo vitorioso apenas para prequestionar o fundamento não examinado, a fim de preparar recurso especial do qual não necessita (falta de interesse de recorrer) ou como medida preventiva em face de eventual recurso especial da parte adversária.5. Reagitado o fundamento nas contrarrazões ao recurso especial do vencido, caso seja este conhecido e afastado o fundamento ao qual se apegara o tribunal de origem, cabe ao STJ, no julgamento do causa (Regimento Interno, art. 257), enfrentar as demais teses de defesa suscitadas na origem.6. Embargos de divergência providos”.

¹⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 6. ed.São Paulo: Método, 2014, p.673

sumular nº456 do STF¹⁰⁵ e o art. 257 do Regimento Interno do STJ, cuja redação determina que:

Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Assim, após ultrapassar o juízo de admissibilidade, o Tribunal poderá ingressar em outros temas, que não estejam prequestionados, bem como apreciar matérias de ordem pública que jamais tenham sido aventadas ao longo do processo, aplicando o direito à espécie.

Importa transcrever a ementa do julgamento do AgRg nos EDcl no Ag 961.528/SP, que, por sua clareza e precisão, resume o raciocínio acima exposto:

AGRAVO REGIMENTAL - FRAUDE À EXECUÇÃO - AVERIGUAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROVA DA INSOLVÊNCIA PELO CREDOR - TAREFA AFETA À INSTÂNCIA A QUO - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM - NECESSIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça deve, em um primeiro momento, debruçar-se sobre a matéria de direito trazida no recurso especial, a fim de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação federal.

2. Afastado o fundamento jurídico do acórdão a quo, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando, se necessário, o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF.

3. Ao aplicar o direito à espécie, o Superior Tribunal de Justiça poderá mitigar o requisito do prequestionamento ao valer-se de questões não apreciadas diretamente pela Instância de origem nem ventiladas no apelo nobre.

4. Quando, porém, a aplicação do direito à espécie reclamar o exame do acervo probatório dos autos, convirá o retorno dos autos à Corte de origem para a ulatimação do procedimento de subsunção do fato à norma.

5. Agravo regimental improvido¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Súmula 456/STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

¹⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg nos EDcl no Ag 961.528/SP. Relator: Massami Uyeda. Data do julgamento: 21.10.2008. DJ:11.11.2008

Com isso, parcela do Superior Tribunal de Justiça já tem reconhecido a existência de efeito translativo também nesse tipo de recurso, o que, por consequência, vem permitindo a análise de matérias de ordem pública quando da análise do mérito do inconformismo¹⁰⁷.

É certo que essa conclusão é uma decorrência lógica do amplo efeito devolutivo¹⁰⁸ que surge no momento do juízo de mérito. Sobre esse aspecto, ensina-nos Bernardo Pimentel Souza, explicando que, em “*decorrência do efeito devolutivo, o efeito translativo faz com que matérias de ordem pública sejam submetidas ‘ex vi legis’ à apreciação da corte de segundo grau.*”¹⁰⁹

Isso porque, como explicado, após a admissão do recurso, ocorre a abertura de instância capaz de permitir a análise de questões outras, ainda não decididas, bem como possibilitar a apreciação de alegações ainda enfrentadas ao longo do processo. Calha rememorar precedente corroborando o exposto¹¹⁰:

¹⁰⁷ ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. *Revista Forense*.V.104, n.397, p.3-29, maio/junh. 2008, p.25.

¹⁰⁸ O efeito devolutivo é a “transferência da matéria impugnada do órgão judiciário a quo para o órgão ad quem.” Cf. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.61. A extensão do efeito devolutivo relaciona-se com a quantidade da matéria impugnada pelo recorrente, e que será apreciada pelo órgão ‘ad quem’. A sua profundidade, por sua vez, diz respeito aos fundamentos e às questões que foram, ou não, analisados pela decisão recorrida. Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. Vol 5. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013,p.105/106.

¹⁰⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.299.

¹¹⁰ No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp 609.144/SC.Relator: Ministro Teori Zavascki. Data de julgamento:06.04.2004. DJ. 24.05.2004, p.197. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA.Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem.*Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ).*3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE ABSOLUTA. PREQUESTIONAMENTO. EFEITO TRANSLATIVO.1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005.2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal "julgar a causa, aplicando o direito à espécie" (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF).3. In casu, o Tribunal a quo atribuiu efeito modificativo aos embargos de declaração, para excluir da condenação da recorrida o pagamento de juros compensatórios e inverter os efeitos da sucumbência, deixando de intimar a recorrente para apresentar impugnação ao recurso.4. Embargos de declaração acolhidos, para dar-lhes efeitos modificativos e prover o recurso especial para determinar o retorno dos autos à instância de origem, para que seja aberto prazo para impugnação aos embargos de declaração opostos pelo ora recorrido, divergindo do E. relator.¹¹¹

A conclusão não poderia ser diferente, haja vista que o art. 542 do nosso atual CPC, em seu §2º, é explícito ao preconizar que “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

Porém, saliente-se ainda há resistência a esse entendimento, expressa por inúmeros julgados¹¹² que insistem em exigir o enfrentamento da

matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.” e Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. EDcl no REsp 1255398/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 07.08.2014. DJ. 22.09.2014. Ementa: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIO. AUSÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO IMPLIQUE REEXAME DE PROVAS.(...). Superado o juízo de admissibilidade e desde que não haja a necessidade de reexame do substrato fático-probatório dos autos, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, da Súmula 456/STF e do § 3º do art. 515, do CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.(...)” (g.n.)

¹¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. EDcl no AgRg no REsp 1043561/RO. Relator: Ministro Francisco Falcão, relator para acórdão Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 15.06.2010. DJ. 03.09.2010.

¹¹² Ver por exemplo, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 1305367/SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 17.04.2012. DJ. 25.04.2012. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. CARACTERIZAÇÃO.1. A análise da questão da prescrição, levantada nos aclaratórios, deveria ter sido feita pela origem, mesmo que não tenha sido suscitada em apelação, por se tratar de matéria de ordem pública.2. Trata-se de ponto relevante para o deslinde da controvérsia, capaz de, por si só, alterar o provimento ora recorrido, porque, reconhecida a consumação da prescrição da presente demanda, não se poderia apreciar a nulidade do procedimento demarcatório, com consequente invalidação da cobrança da taxa de ocupação.

tese em grau inferior no caso das matérias de ordem pública, mesmo que “aberta a instância”.

Creemos que essa não é a orientação que deve prevalecer sob a inteligência do artigo 988 do Código projetado. Isso porque o preceptivo não impõe nenhuma restrição ao julgamento de matérias de ordem pública quando da análise meritória do recurso especial e do extraordinário. Não havendo essa limitação, cremos que se deve entender que os aludidos recursos terão, definitivamente, efeito translativo e efeito devolutivo em profundidade ampla.

Sua redação ordena o exame das *“demais [razões] ainda não julgadas, independentemente da interposição de outro recurso, desde que tratem de matéria de direito”*, sem tecer nenhum condicionante a esse exame, a não ser a vedação à apreciação de provas. Assim, no âmbito do efeito devolutivo em sua dimensão vertical, haverá a devolução automática ao Tribunal de todas as alegações, questões e fundamentos referentes à matéria devolvida¹¹³, também nos recursos especial e extraordinário e independente de sua veiculação nesses inconformismos.

Arruda Alvim concorda com a direção aqui exposta, explicando, acerca do projeto de novo Código:

3. Além disso, apesar de se tratar de matéria de ordem pública, a jurisprudência desta Corte Superior vem encaminhando-se pela impossibilidade de seu conhecimento de ofício na instância especial, ainda que aberta a instância.⁴ Nessa esteira, o silêncio da origem em enfrentar a tese prescricional impede a análise de questão crucial no âmbito do especial.⁵ Recurso especial provido, exclusivamente por ofensa ao art. 535 do CPC, devendo os autos retornarem à origem para rejuízo da petição de fls. 243/247 (e-STJ).e, também, C.f SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .1ª Turma. RE 808546 AgR. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 25.06.2014, DJ:19.08.2014. Ementa: “ Agravo regimental no recurso extraordinário. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Prequestionamento. Ausência. Matéria de ordem pública. Necessidade. Processual Civil. Coisa julgada. Limites objetivos. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. *É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que, mesmo que se trate de matéria de ordem pública, é necessário seu exame nas instâncias de origem para que se viabilize o recurso extraordinário*. 3. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente motivada. 4. *É pacífica a orientação da Corte de que não se presta o recurso extraordinário para a verificação dos limites objetivos da coisa julgada, haja vista tratar-se de discussão de índole infraconstitucional*. 5. Agravo regimental não provido.”

¹¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 6.ed.São Paulo: Método, 2014, p.665.

Verifica-se, também, que o PLS 166/2010¹¹⁴ aumentou o âmbito de devolutividade do recurso especial e do extraordinário de forma que, no julgamento do recurso extraordinário ou especial, estão os Tribunais Superiores autorizados a examinar os fundamentos da causa e da defesa, ainda que não abordados no recurso (art. 949 do PLS 166/2010). Esta regra, que semelhante às disposições concernentes ao efeito devolutivo da apelação (art. 515, § 2.º, do CPC vigente), afina-se com a necessidade de se analisarem, em sede recursal, todos os pedidos e fundamentos sucessivos, independentemente daqueles que tenham sido acolhidos no juízo de origem. É previsão que, no fundo, ajusta-se ao princípio do contraditório, aqui entendido como a necessidade de os Tribunais Superiores virem a responder à integralidade do que foi postulado.¹¹⁵

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves explicita que, como o novo CPC, caso mantida a redação do art. 988 (antes situada no art. 1.047), a profundidade do efeito devolutivo nos recursos extraordinário e especial será ampla:

Apesar de o dispositivo não fazer expressa menção à necessidade de tais questões relevantes já terem sido objeto de decisão prévia, ainda que não expressamente impugnadas pelo recurso, é possível concluir que o dispositivo consagra expressamente a profundidade do efeito devolutivo ao recurso extraordinário e especial, excepcionando-se nesse caso, a exigência de prequestionamento¹¹⁶.

Isso muito contribuirá para a concretização da economia e da celeridade processuais, além de permitir a mitigação do requisito do prequestionamento, favorecendo, além da uniformização do direito federal, uma prestação jurisdicional efetiva¹¹⁷.

¹¹⁴ Número do projeto de lei do Código no âmbito do Senado Federal.

¹¹⁵ ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. vol. 191, p.299, jan.2011

¹¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 6. ed.São Paulo: Método, 2014, p.668.

¹¹⁷ Conferir o voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do EREsp 41614/SP. 2ª Seção. Data do julgamento: 28.10.2009. DJ. 30.11.2009.

Capítulo 4 – A positivação do prequestionamento no projeto de novo Código de Processo Civil.

4.1. Embargos de declaração e o prequestionamento automático/ficto no projeto do novo CPC.

Como já explicado em várias passagens ao longo desse trabalho, a jurisprudência identifica o prequestionamento da matéria quando o Tribunal pronuncia-se efetivamente sobre a controvérsia jurídica.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, particularmente, ausente esse enfrentamento, a simples oposição dos embargos de declaração não supre a omissão, sendo necessário o seu acolhimento ou, em caso negativo, o manejo do recurso especial com o objetivo de cassação do acórdão que julgou os embargos, por ofensa ao artigo 535 do CPC¹¹⁸.

A corroborar, colha-se a lição de Artur Orlando de Albuquerque de Costa Lins:

[...]no âmbito do STJ, a simples apresentação dos embargos de declaração não tem o condão de satisfazer o requisito do prequestionamento, se os mesmos foram improvidos. Caso não sejam acolhidos os declaratórios, percebe-se que o tribunal não supriu a omissão, competindo à parte, nesta hipótese, interpor o Recurso Especial, com fulcro na alínea “a” do artigo 105, III, da CF/88, alegando violação ao artigo 535, II do CPC [...] para só depois, com o retorno dos autos à origem – naturalmente, desde que se dê provimento ao recurso especial -, apresentar outro recurso especial atacando a tese de fundo.

Bem por isso, se, após a rejeição dos embargos de declaração, a parte embargante interpõe o imediatamente o recurso especial, atacando apenas a tese de fundo, sem se insurgir quanto à violação

¹¹⁸Cf., v.g. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 1281276/SP Relatora: Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento: 13.08.2013. DJ. 20.08.2013. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVALIDAÇÃO DE ATO DE NOMEAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO GENÉRICO. ART. 11 DA LIA. OMISSÃO SOBRE QUESTÕES ESSENCIAIS AO JULGAMENTO DA LIDE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA DO ART. 538 DO CPC. DESCABIMENTO. SÚMULA 98/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é omissa o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente nos embargos declaratórios, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado. 2. Os embargos de declaração opostos com intuito de prequestionamento não serão considerados protelatórios, conforme Súmula 98/STJ. Afastamento da multa do art. 538 do CPC. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão dos embargos de declaração e determinar que o Tribunal de origem aprecie as questões nele apontadas”

do art. 535,II do CPC, o STJ não admitirá o recurso , à míngua de prequestionamento, com fulcro na Súmula 211¹¹⁹ (grifos no original).

Sob essa ótica, o prequestionamento dependeria muito mais da atuação do Tribunal que do comportamento processual autônomo das partes¹²⁰.

Excetua-se dessa conclusão o entendimento majoritário do STF, que se contenta com a oposição de embargos declaratórios com o fito de suprir a omissão ainda que esses sejam rejeitados pelo sodalício de origem¹²¹(prequestionamento ficto). Como dito, a referida orientação é majoritária do âmbito do Supremo, mas não unânime, havendo precedentes que, nos últimos anos, têm caminhado em sentido similar ao trilhado pelo STJ, em desproveito da justiça e da segurança jurídica.

À guisa de exemplo, reproduzam-se ementas que bem demonstram a exigência do debate da questão na decisão recorrida, a despeito da rejeição dos embargos de declaração¹²², no âmbito da Suprema Corte:

¹¹⁹ LINS, Artur Orlando Albuquerque da Costa. O prequestionamento como requisito específico de acesso aos Tribunais Superiores – Uma imposição legítima? *Revista Dialética de Direito Processual*. n.87, págs.9/17, junho, 2010, p.15.

¹²⁰C.f.,v.g.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 789780 AgR. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 03.06.2014. DJ. 27.06.2014. Ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente.”

¹²¹ LINS, Artur Orlando Albuquerque da Costa. O prequestionamento como requisito específico de acesso aos Tribunais Superiores – Uma imposição legítima? *Revista Dialética de Direito Processual*. n.87, págs.9/17, junho, 2010, p.15.

¹²² Ver, ainda, no mesmo sentido: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 728753 AgR. Relator: Ministro Luiz Fux.Data do julgamento:18.06.2013. DJ:01.08.2013. “A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”e c.f. também SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 694298 AgR. Relator: Ministro Luiz Fux.Data do julgamento: 04.09.2012. DJ. 20.09.2012.Ementa:[...]“O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. 2. A simples oposição dos

Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”¹²³

O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. 2. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada. (Precedentes: AI n. 793.610-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 17.11.2010; RE n. 569.145, Relator o Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 8.11.10; AI n. 704.599-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 1.2.11; AI n. 758.626-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 23.3.03.11, entre outros). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.¹²⁴

Em consequência, não se pode afirmar que o Supremo Tribunal Federal possua jurisprudência pacífica em torno da dispensa do pronunciamento do órgão “a quo” sobre a questão debatida, motivo pelo qual é possível considerar que essa dissonância interna contribui para o aumento da insegurança jurídica.

Noutro norte, já afastada a interpretação que enxerga no termo “causas decididas” qualquer amparo para o prequestionamento, tarefa realizada em outras passagens dessa monografia, é de se ver que apenas o vernáculo “prequestionamento”, em sua exegese literal, não induz à conclusão

embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada.(...)”.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 591961 AgR. Relator(a): Ministra Rosa Weber.Data do julgamento:05.02.2013. DJ. 25.02.2013.

¹²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma .RE 611937 AgR. Relator(a): Ministro Luiz Fux.Data do julgamento: 23.08.2011. DJ.12.09.2011.

no sentido da necessidade de pronunciamento do Tribunal sobre qualquer questão.

Isso porque que a hermenêutica literal da palavra “questionar” ou “prequestionar” pressupõe a atividade de um único sujeito, que põe em debate determinadas matérias, questionando-as, embora se reconheça que esse seja um entendimento já superado.

Assim, a bem da verdade, do referido termo pode ser inferida, no máximo, a exigência de a parte trazer ao debate certos temas em momento anterior à decisão que os resolverá.

Por esse motivo, ainda que consideremos o prequestionamento uma exigência inconstitucional, pelos motivos já delineados até então, sobretudo os atinentes à falta de previsão expressa na Carta Maior e seus reflexos no âmbito da restrição do acesso à Justiça, entendemos que, caso se opte por se considerar sua existência legítima, o requisito deveria ser exigido a partir de parâmetros objetivos, claros, estáveis e sólidos.

A fim de concretizar esse intento, uma das orientações que certamente precisa ser adotada é no sentido de subordinar seu atendimento exclusivamente à atuação da parte.

Somente por esse caminho o jurisdicionado poderá se libertar da total e constrangedora dependência com relação ao Poder Judiciário, que hoje submete os indivíduos ao sabor do seu entendimento, extremamente criativo para restringir a admissão dos recursos e algumas vezes descompromissado com a segurança jurídica.

Um importante passo nesse sentido poderá ser dado através do novo Código de Processo Civil (projeto de lei 8046/2010). Na sua atual redação, o Código projetado estabelecerá a regra de que os fundamentos não abordados pelo Tribunal recorrido, a despeito da rejeição dos embargos de declaração, já estarão automaticamente prequestionados.

Preconizando essa regra, o art. 979 do projeto de novo CPC possui a seguinte redação, no capítulo que trata dos embargos de declaração:

Art. 979. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade.

Portanto, o prequestionamento caminhará para ser plenamente realizado e admitido na sua forma ficta. A esse respeito, Daniel Amorim Assumpção Neves comenta a orientação encampada pelo projeto de novo CPC:

O entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça foi rejeitado pelo PLNCPC, que preferiu a solução mais pragmática adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. No art 979 está previsto que a mera interposição de embargos de declaração é o suficiente para prequestionar a matéria. Dessa forma, mesmo diante da rejeição dos embargos caberá recurso especial contra o acórdão originário e mesmo que o Superior Tribunal de Justiça entenda que realmente houve o vício apontado nos embargos de declaração e não saneado pelo tribunal de segundo grau, considerará a matéria prequestionada¹²⁵.

O preceptivo milita em favor da economia processual ao dispensar a remessa dos autos para complementação do julgamento, que hoje é determinada pelo STJ (e por parcela minoritária do STF) em razão da infringência ao atual art. 535 do CPC (ou do art. 93, IX da CF, para o caso de recurso extraordinário).

Parcela da doutrina sempre criticou esse reenvio dos autos, reputando-a onerosa e contrária à tendência de agilização da prestação jurisdicional:

[...] é certo afirmar que a posição adotada pelo STJ, no tocante à necessidade do prequestionamento expresso, compromete, substancialmente, a celeridade e instrumentalidade da prestação jurisdicional, pois a parte interessada terá que percorrer um longo e inútil caminho, para atingir o objetivo que poderia ser alcançado

¹²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, p.846.

muito antes, caso o STJ admitisse o recurso e julgasse a tese de fundo nele sustentada¹²⁶.

Com o novo Código, caso mantida a regra atualmente constante no artigo 979 no sentido da aceitação plena do prequestionamento ficto, será prestigiada a atuação exclusiva da parte no cumprimento do prequestionamento.

Nesse rumo é a opinião de Luis Eduardo Simardi Fernandes, externada em artigo específico sobre os embargos de declaração no novo CPC:

Parece-nos, de fato, uma opção saudável, por encurtar a duração do processo e adotar resultado mais justo à parte que se empenhou, ainda que sem sucesso, na obtenção do prequestionamento da matéria. Deixa-se, com isso, de penalizar a parte que fez o que estava ao seu alcance, evitando idas e vindas dos autos, com desnecessário gasto de tempo e dinheiro. Trata-se, pois, de alteração importante, com nítido suporte na economia processual.¹²⁷

Noutro giro, nota-se que, através do novo Código, o prequestionamento terá, pela primeira vez, assento legal e, desde 1967, alicerce no ordenamento jurídico pátrio. Ainda que não se concorde com sua exigência, é preciso estabelecer uma sistematização da matéria de molde a reverter a insegurança que lhe cerca. Nessa toada, os embargos de declaração automaticamente prequestionadores prestigiarão a atuação individual da parte e representarão importante passo no incremento da segurança jurídica e na abreviação do trâmite dos processos.

Haverá, contudo, uma consequência negativa do efeito prequestionador ficto dos embargos de declaração. Ela advirá do fato de que, ainda que se inclua automaticamente no acórdão a matéria constante dos

¹²⁶ LINS, Artur Orlando Albuquerque da Costa. O prequestionamento como requisito específico de acesso aos tribunais superiores – uma imposição legítima? *Revista Dialética de Direito Processual*. n.87, págs.9/17, junho, 2010, p.15.

¹²⁷ FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Os embargos de declaração no projeto do CPC. In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Vol 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p.275.

embargos, muitas vezes a moldura fática¹²⁸ correspondente não terá sido delimitada na decisão recorrida.

Dentro disso, explique-se que as teses de direito omitidas pelo Tribunal, muitas vezes, poderão necessitar da interpretação de fatos, cujo substrato probatório provavelmente não terá sido mencionado no acórdão omissivo. Essa situação foi ilustrada no caso da tese de incapacidade civil descrita anteriormente nessa monografia a título de exemplo hipotético, a que remetemos o leitor.

Assim, mesmo que determinada matéria seja considerada prequestionada em razão do art.979 do projeto, sua moldura fática correspondente poderá ainda estar pendente de apreciação pelo órgão colegiado de origem.

Em consequência, o retorno dos autos para reapreciação dos embargos continuará ocorrendo, com base no precitado art. 988 do projeto, só que, dessa vez, para assentar os contornos fáticos necessários à análise de determinada matéria (que já terá sido automaticamente prequestionada com a oposição anterior dos declaratórios).

O remédio que visualizamos para esse problema é o enfrentamento máximo dos argumentos, ou seja, o dever judicial de enfrentamento de todas as teses levantadas pelas partes ao longo de um processo, com a correspondente obrigação de assentar, ao máximo, o contorno fático-probatório pertinente à lide.

Tal dever, idealmente, deveria ser legalmente previsto ou, ao menos, jurisprudencialmente sufragado.

Por fim, cremos ainda que o art.979 do projeto influenciará o próprio conceito de prequestionamento, uma vez que ele dependerá muito mais da atuação das partes, que da atividade judicial.

¹²⁸ Define-se moldura fática como o “arcabouço fático apurado no processo, determinado de forma soberana na decisão guerreada”, ou ainda, o “quadro fático delineado pelo próprio acórdão recorrido”. (cf. PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. Belo Horizonte:Del Rey, 2013, p.82 e SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9.ed. São Paulo:Saraiva, 2013, respectivamente).

4.2. Alterações do projeto do novo CPC quanto à questão do prequestionamento da matéria ventilada somente no voto vencido.

Antes de ingressar na análise das mudanças que provavelmente advirão à temática do prequestionamento de matéria constante apenas do voto minoritário, insta esclarecer a atual orientação dominante acerca do tema, que foi consolidada por meio do verbete sumular nº320/STJ, que assim preconiza: *“a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”*.

Assim, no caso de a matéria haver sido abordada apenas no voto vencido, o Superior Tribunal de Justiça exige a interposição de embargos de declaração, provocando o Tribunal “a quo” a se manifestar sobre a questão.

A postura do STJ talvez seja fruto do raciocínio de que o voto vencido é, em tese, favorável ao recorrente e, por isso, não poderia ser objeto de impugnação por meio do recurso especial.

Quais seriam as razões a alicerçar essa orientação que desconsidera a matéria constante apenas do voto vencido para fins de prequestionamento?

É sabido que a sucumbência, adicionada à possibilidade de preclusão, são os dois requisitos primeiros dos quais nasce a recorribilidade de qualquer decisão judicial. Decerto, não são recorríveis decisões que não geram gravame para uma das partes (pois não dão ensejo ao interesse de agir recursal) e que não estão sujeitas à preclusão.

Sob a ótica explicada, não haveria sucumbência no voto vencido, portanto, não estaria ele inserido no objeto da impugnação daquele que recorre. Assim, o voto vencido não causaria a necessária sucumbência

àquele que apresenta o recurso contra a decisão não-unânime, pois haveria uma presunção de que a posição vencida seria sempre favorável, em algum grau, ao recorrente¹²⁹.

Outro argumento corrente diz com o termo “acórdão”, que significaria o consenso dos julgadores quanto ao resultado do julgamento. Nesse sentido, leciona Leonardo José Carneiro da Cunha, para quem “o acórdão nada mais é do que a concordância de várias pessoas sobre determinada questão. Vale dizer que acórdão é o conjunto dos votos vencedores¹³⁰”. À vista do próprio conceito de “acórdão”, o voto vencido não estaria nele incluído, o que, em consequência, afastaria o efeito prequestionador do seu conteúdo.

Essas conclusões perderão a procedência com o advento do novo Código processual civil, na forma como atualmente projetado.

Nele, o voto vencido será considerado como parte integrante do acórdão, não podendo ser dele cindido para fins de impugnação.

Concordamos com a regra projetada, pois, a bem da verdade, o que determina que certo voto será vencido ou vencedor não é um critério qualitativo, mas quantitativo. Com outras palavras, um ou alguns dos julgadores têm sua tese rejeitada não porque ela é inferior, desqualificada, mas sim porque se elevou uma maioria em sentido oposto. A questão é eminentemente numérica.

Demais disso, mesmo o voto minoritário pode ser desfavorável ao vencido. Basta imaginar o caso de uma ação de repetição de indébito em que haja acórdão com voto minoritário no sentido de que a repetição deve ser feita na forma dobrada, enquanto a orientação vencedora caminhe no sentido da repetição simples. O réu será prejudicado em qualquer das situações, pois entende não ser devida a devolução de nenhum valor. O voto minoritário,

¹²⁹ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Atualidades sobre o prequestionamento e as possíveis mudanças provocadas pelo projeto do novo código de processo civil. In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Vol 3. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 528.

¹³⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Prequestionamento e voto vencido. *Revista Dialética de Direito Processual*. Agosto-2004. p. 39-48.

porém, lhe será muito mais gravoso que os vencedores. Assim, não se pode presumir que a posição vencida sempre será favorável àquele que recorrerá do acórdão não-unânime.

Em suma, o quanto abordado no voto vencido deve ser considerado integrante da decisão para efeito do prequestionamento. O voto minoritário também decidiu a questão, muitas vezes adotando fundamentos distintos, que podem envolver matérias totalmente diferentes.

Isso porque, muitas vezes, o argumento tido como insuficiente pelos votos vencedores não foi sequer abordado, deixando omissa a apreciação da tese em desfavor daquele que a alegou. Porém, sob a visão do julgador minoritário, a mesma alegação pode ter se revestido de força suficiente à prolação de decisão em sentido oposto. Por isso, constitui um direito da parte ver o voto vencido considerado como parte do acórdão para fins de prequestionamento.

O Código projetado caminhará no sentido aqui defendido, afastando-se da jurisprudência cristalizada no enunciado sumular. A atual redação do art. 896 do projeto assim enuncia, no capítulo atinente à ordem dos processos no Tribunal:

Art. 896. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§3º.O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Em nosso entender, a preocupação do legislador, que pode ser notada a partir da leitura atenta do §3º acima transcrito, certamente foi de que, com a abolição dos embargos infringentes, levada a efeito pela codificação projetada, fosse reduzida a importância processual do voto vencido, o que poderia desestimular mesmo o seu proferimento na sessão de julgamento. Dessa feita, o preceptivo ordena sua declaração e expressamente eleva-o ao mesmo nível dos demais ao anunciá-lo como parte integrante do acórdão para

todos os fins legais, o que não poderia ser diferente. Em nosso sentir, mesmo hoje, não há razões jurídicas para entender de forma diversa.

Conclusões

À luz da argumentação apresentada ao longo dessa monografia, esperamos ter convencido o leitor acerca da inconstitucionalidade do prequestionamento e da sua tradução como mero formalismo, despido de qualquer utilidade real e palpável, que não a simples superação do juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário.

Esperamos, ainda, ter demonstrado o desrespeito ao amplo acesso à justiça causado pela instabilidade jurisprudencial em torno do prequestionamento.

Ademais, percebe-se concretamente que a dificultação da observância do requisito é reforçada pela própria orientação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, externada no sentido de facultar aos juízes a livre apreciação dos argumentos expendidos pelas partes, respaldando a omissão judicial, em desestima da composição das lides e da prestação jurisdicional adequada.

Essa postura ainda implica reflexos negativos em termos de economia e celeridade processuais, além de comprometer a estabilização fática da demanda.

A fim de solucionar ou atenuar esses problemas, sugeriu-se aqui o enfrentamento máximo dos argumentos, na diretiva que inspirou o projeto de CPC, e que pode ser traduzido no compromisso judicial de apreciar, acolhendo ou afastando, todas as alegações trazidas pelas partes desde a instância de origem, sem qualquer tipo de exceção. Tal providência é necessária para conferir às partes uma maior facilidade no cumprimento do prequestionamento, já que as teses arguidas terão sido efetivamente decididas

nas instâncias de piso em sua integralidade e, por isso, sua ascensão aos Tribunais superiores estará autorizada.

Idealmente, esse dever judicial deveria ser legalmente previsto. Porém, a criação de orientação jurisprudencial nessa toada já seria bastante benéfica.

Por outro lado, reconhecemos que a inclusão terminológica e literal do prequestionamento no futuro CPC prestigiará a tese no sentido da validade de sua exigência, já que, enfim, o requisito voltará a ter algum assento no arcabouço jurídico pátrio, ainda que fora da Constituição.

Isso significa que, com o novo Código, a força do prequestionamento será afirmada e admitida, desconstituindo um dos principais argumentos de sua crítica, qual seja, o silêncio da legislação acerca desse requisito de admissibilidade. Com o novo Código, o prequestionamento passará a ser legal, o que não significa, porém, que se tornará automaticamente constitucional.

Nesse particular, acreditamos que subsistirão os argumentos em favor de sua inconstitucionalidade, já que a disciplina parcial que consta do Código projetado não traveste de legítima a identificação do prequestionamento no termo “causas decididas”.

Por outro lado, há vantagens de índole prática nessa inclusão, haja vista melhorar a difícil situação atual dos advogados e jurisdicionados, visto conferir parâmetros mais equitativos para sua exigência. Portanto, o novo CPC disciplinará parcialmente o prequestionamento, o que, espera-se, porá fim a algumas controvérsias e injustiças hoje existentes em razão da babel que cerca o tema.

Isso porque que as dissonâncias jurisprudenciais atuais, demonstradas ao longo deste trabalho, devem-se à carência de sistematização e disciplina que impera em torno do assunto, o que causa dificuldade em atender à referida exigência.

Mencione-se ainda que, mesmo que os embargos de declaração passem a ter efeito prequestionador ficto automático, temos a certeza de que o enfrentamento da totalidade das alegações trazidas aos autos é essencial. Tal conclusão decorre do fato de que, ainda que se considere prequestionada fictamente determinada matéria (que, na realidade, restou sem pronunciamento judicial), o recorrente poderá ter dificuldade em demonstrar ao STJ e/ou ao STF o contorno fático relativo a essa temática, caso a tese jurídica dependa do revolvimento dos elementos probatórios.

Não se pode negar existirem teses que, para serem alegados em juízo, requerem lastro fático-probatório mais denso. Nesse diapasão, ainda que a tese seja tida por prequestionada, o exame do seu correspondente substrato fático provavelmente não terá sido levado a efeito.

Em consequência, a remessa dos autos à instância de origem será única solução para estabilizar a moldura fática. Com isso, permanecerão os prejuízos à celeridade e economia processuais, bem como à eficiência judicial, tal como ocorre hoje.

Mais uma vez, cremos que a solução é introduzir, em nível legal, o dever de apreciação de todas as alegações expendidas pelas partes, ou, ao menos, estimulá-lo jurisprudencialmente, a fim de julgar integralmente a causa e permitir o rendimento processual máximo.

Enquanto isso não for feito, os recursos continuarão a ser interpostos sem necessidade e o Judiciário não desempenhará por inteiro seu papel, que não é o de apenas apreciar teses jurídicas em sentido meramente acadêmico, mas de respeitar a instrumentalidade do processo a serviço da composição das lides.

Em suma, ainda que as novas características dos embargos de declaração favoreçam a atuação da parte e representem a diminuição da dependência quanto ao posicionamento do Tribunal “a quo”, o que é bastante positivo, cremos que ainda poderão persistir os problemas atuais, caso se continue a respaldar a omissão judicial no enfrentamento dos argumentos dos litigantes.

Sobreleva ainda considerar que, com o art. 979 do projeto de CPC, talvez o conceito de prequestionamento contemporaneamente vencedor seja alterado para reconhecer como decisiva a atuação individual das partes ao longo do processo. Assim, o conceito original de prequestionamento como atividade da parte, talvez venha a suplantará a sua definição hodierna.

Noutro norte, o novo CPC, caso aprovada a redação atual do art. 896, §3º, resultará na superação do verbete sumular n.320 do STJ, que exclui o voto vencido do acórdão para fins de prequestionamento, alteração que será muito bem vinda.

Não se esqueça ainda da importância da positivação da regra de reenvio obrigatório dos autos ao grau primevo para produção de provas ou para sua reanálise, constante do art. 988 da codificação projetada. A interpretação desse dispositivo, em nosso sentir, levará ao reconhecimento do efeito translativo nos recursos especial e extraordinário, o que representará grande avanço e a superação de uma orientação pretoriana restritiva, que se nega a julgar matérias de ordem pública não prequestionadas mesmo quando aberta a instância, bem assim tornará ampla a profundidade do efeito devolutivo.

Em síntese, nota-se a grande relevância das modificações a serem trazidas no novo Código de Processo Civil. Resta-nos esperar se as previsões traçadas nesta monografia, de fato, se concretizarão, bem como se os dispositivos serão aprovados na forma que se encontram hoje no projeto de lei n.8046/2010.

De toda sorte, o novo diploma será uma grande oportunidade para que se pacifiquem orientações e se corrijam distorções que hoje existem em torno do prequestionamento, aumentando as chances de prestar a jurisdição de forma mais adequada, pois, mesmo que não se caminhe para extinguir o requisito, ao menos o seu tratamento ganhará certa disciplina, uniformidade e clareza.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria geral do prequestionamento. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n.97, p.71/81, abril.2011.

ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.104, n.397, p.3-29, maio/junh. 2008.

ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto do novo código de processo civil*. São Paulo: RT, vol. 191, p.299, jan.2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, Código de Processo Civil, 1973.

BRASIL. Constituição Federal, 1891

BRASIL. Constituição Federal, 1934

BRASIL. Constituição Federal, 1937

BRASIL. Constituição Federal, 1946

BRASIL. Constituição Federal, 1967

BRASIL. Constituição Federal, 1969

BRASIL. Constituição Federal, 1988

BRASIL, Projeto de Lei n.8046/2009

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. Vol 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

———. Quem tem medo do prequestionamento? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n.57, jul. 2002. Disponível em: < <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf> > Acesso em 28.09.2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

DIDIER, Fredie Jr e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil : meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol.3, 11.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª ed. rev e atualizada por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2002, Tomo I, p.240 e 241.

Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://professormedina.com/2010/06/09/exposicao-de-motivos-do-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil/>

FARIA, Márcio Carvalho. *O acesso à justiça e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores*. Disponível em [http://www.academia.edu/3499271/O acesso %C3%A0 justi%C3%A7a e a jurisprud%C3%Aancia defensiva dos Tribunais Superiores Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais v. 16](http://www.academia.edu/3499271/O_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a_e_a_jurisprud%C3%Aancia_defensiva_dos_Tribunais_Superiores_Revista_do_Instituto_dos_Advogados_de_Minas_Gerais_v._16). Acesso em 15.11.2014

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Jurisprudência Defensiva e a função dos Tribunais Superiores*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT vol. 209, p. 105.

FELTEN, Maria Silvana. *O prequestionamento nos recursos excepcionais cíveis*. *Revista Jus Plenum*, Caixias do Sul, v.8, n.43, p.95/103 (jan/fev.2012).

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. *Os embargos de declaração no projeto do CPC*. In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Atualidades sobre o prequestionamento e as possíveis mudanças provocadas pelo projeto do novo código de processo civil*. In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Vol 3. p. 515/538 Salvador: JusPodivm, 2013.

HIPÓLITO, Jaqueline Brizante Orteney. *O prequestionamento como requisito de admissibilidade para os Recursos Especial e Extraordinário*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 122, p.64/81, maio 2013.

HOUASSIS, Antônio et alii. *Dicionário Houassis de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro:Objetiva, 2001

JÚNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. *Embargos declaratórios: Efeito integrativo (prequestionamento virtual)*. In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências no processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.

LINS, Artur Orlando Albuquerque da Costa. *O prequestionamento como requisito específico de acesso aos tribunais superiores – Uma imposição legítima?* *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.87, págs.9/17, junho, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.330 p.

MANGINE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Coleção Direito e Processo – técnicas de direito processual*. São Paulo: Saraiva 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2.ed.São Paulo:Revista dos Tribunais,2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAIS, Fernanda Bezerra. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?*Revista da Esmape*, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que significa não conhecer de um recurso?*Revista Forense*, Rio de Janeiro. V.333 p.83. Disponível em :< http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_civil/significa_na_o_conhecer_recurso.pdf>. Acesso em 20.11.2014

NASCIMENTO, Amauri Mascaro Nascimento. *Iniciação ao processo do trabalh*.6.ed. São Paulo: LTR, 2011 (versão eletrônica)

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 6.ed.São Paulo: Método, 2014.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Blog do Professor Amaury. Brasília. 21.09.2014. Disponível em < <http://professoramaury.blogspot.com.br/>>.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SCALZILLI Roberta.Dissonância da ordem pública no recurso especial: reflexões sobre o requisito do prequestionamento e sua imprescindibilidade. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, São Paulo, v.12, n.79, p.131-146, set/out. 2012.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no recurso especial*. 1.ed.Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais,2005.

