



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do
Trabalho e Processo do Trabalho**

Rosemary Ferreira de Lima

**O PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO
TRABALHO**

Brasília/DF

2011

Rosemary Ferreira de Lima

**O PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO
TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Orientador: Prof. Osmar Mendes Paixão Côrtes

Brasília/DF

2011

Rosemary Ferreira de Lima

O PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Aos meus amados filhos, Gabriel e Laura e ao meu querido e eterno Eduardo, pelo apoio incondicional.

Agradeço ao caro professor Osmar Mendes Paixão Côrtes, a quem admiro desde o primeiro dia de aula, pela orientação.

“A alegria que se tem em pensar e aprender
faz-nos pensar e aprender ainda mais.”

Aristóteles

RESUMO

O objeto do presente estudo é o exame do instituto do prequestionamento que, por conta de divergências de entendimento existentes no meio jurídico, destaca-se no âmbito da Justiça do Trabalho, por sua evolução e nuances, notadamente no que diz respeito à admissibilidade do recurso de revista e, em especial, a Súmula 297 do TST. Para tanto, faz-se um exame da legislação, principalmente na seara Constitucional, do posicionamento e interpretação dos Tribunais Superiores e da atual doutrina e jurisprudência correlata. A presente monografia inicia-se com o conceito de prequestionamento, sua configuração, natureza jurídica e classificação. Será analisada a origem e desenvolvimento do referido instituto com um breve estudo acerca das divergências sobre sua constitucionalidade. São tecidas considerações acerca da exigência do prequestionamento nos Tribunais Superiores, alcançando-se a esfera do Tribunal Superior do Trabalho, objeto do presente estudo. Ao adentrar-se ao tema, efetivamente, verifica-se a divergência de entendimentos entre os Tribunais Superiores no tocante à recepção do prequestionamento na análise dos recursos excepcionais destacando-se duas correntes: a primeira corrente perfilhada pelo STF e pelo TST segue no sentido de adotar o prequestionamento ficto e segunda corrente, vislumbrada pelo STJ, que não reconhece a figura do prequestionamento ficto em sua instância extraordinária. Segue-se, ainda, com a análise do anteprojeto de lei que altera o Código de Processo Civil e abarca dispositivo que trata da inserção no prequestionamento ficto na análise de recepção dos recursos excepcionais.

PALAVRAS-CHAVE: prequestionamento, divergências, âmbito jurídico, constitucionalidade, exigência, Tribunais Superiores, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 297 do TST, prequestionamento ficto, novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The object of this study is the examination of the institute of prequestionamento – the necessity of previous questioning of legal articles and thesis by lower courts as a requirement of an appeal to a Superior Court - that, because of differences of understanding between legal applicants, stands out in Labour Courts by its evolution and the nuances of their use, especially with regard to the admissibility of the appeal of revision and, in particular, the application of the Precedent # 297 of the TST. Therefore, we made a review of the legislation - especially at Constitutional level – and of the interpretation of these norms given by Superior Courts and the current doctrine and jurisprudence related. This monograph begins with the concept of prequestionamento, its configuration and legal classification. We will analyze the origin and development of that institute with a brief study of the differences over its constitutionality. Considerations are woven about the requirement of prequestionamento in the Superior Courts, reaching the realm of the Superior Labor Court (TST), the object of the present study. By entering to the theme, in fact, there is a divergence of understanding among the High Courts in respect of the analysis of prequestionamento as a requirement to the reception of an appeal, In this respect there are two lines of interpretation: the first, espoused by the Supreme Federal Court (STF) and by the TST in order to accept fictitious prequestionamento and the second one, envisioned by the Superior Court of Justice (STJ), which does not recognize the figure of the fictitious prequestionamento. Also, the proposed amendments to the Code of Civil Procedure were examined, especially in respect of the reception of the fictitious prequestionamento as a requirement of an appeal to a Superior Court.

KEYWORDS : prequestionamento, divergence, legal sphere, constitutionality, requirement, Superior Courts, Superior Court of Labour, Precedent # 297 of the TST, fictitious prequestionamento , new Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
INTRODUÇÃO	10
1. CONCEITO DE PREQUESTIONAMENTO	12
1.1. Configuração e Natureza Jurídica	14
1.2. Classificação.....	18
2. PREQUESTIONAMENTO E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	21
2.1. Origem e Desenvolvimento.....	21
2.2. Discussões sobre a constitucionalidade do prequestionamento..	26
3. A IMPORTÂNCIA DO PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO JURÍDICO.....	29
3.1. Prequestionamento e os Embargos de Declaração.....	30
3.2. O Prequestionamento e as questões de ordem pública	34
3.3. O Prequestionamento e o cabimento dos recursos	35
4. O PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DO TST	37
4.1. A evolução da Súmula 297 do TST	39
5. O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ...	46
6. CONCLUSÃO	48
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

O instituto do prequestionamento, a despeito de consagrar entendimento antigo no ordenamento jurídico, presente na Constituição de 1891 e já devidamente sumulado nos Tribunais Superiores, ainda desperta inúmeras divergências de interpretação, mormente quando, dentro de um mesmo Tribunal revelam-se as mais variadas discordâncias. Nessa linha, em sendo um instituto cercado por diversas formas de entendimento nos mais variados aspectos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, exsurtem dúvidas, não só acerca do que efetivamente seja prequestionamento como também como ele surge e qual sua finalidade específica.

Inicialmente, destaca-se que o prequestionamento pode ser considerado como um “requisito implícito”, ou melhor, ínsito ao requisito maior do cabimento dos recursos processados nos tribunais superiores, cujo amparo legal deriva não de disposição da legislação processual, mas de interpretação de dispositivos constitucionais.

Essa situação, o fato de derivar de construção hermenêutica, gera uma condição peculiar entre os requisitos de processamento dos recursos excepcionais, já que sua compreensão varia entre os tribunais superiores e entre os doutrinadores.

Com efeito o prequestionamento assumiu patamar de extrema importância na jurisprudência dos tribunais superiores, onde não é excessivo indicar que se constituiu um dos mais notáveis tópicos de exame, sendo responsável pelo não processamento de grande número de recursos que inobservam a fundamentação vinculada.

No âmbito da Justiça do Trabalho, por sua vez, a análise do instituto do prequestionamento foi tratada de forma mais detalhada, cujo entendimento restou consagrado na Súmula 297 e nas Orientações Jurisprudenciais 118 e 119 da SbDI-1, todas do Tribunal Superior do Trabalho, que sedimentaram a melhor exegese

acerca da aplicabilidade do prequestionamento na ordem jurídica trabalhista, dignas de nota neste trabalho.

1. CONCEITO DE PREQUESTIONAMENTO

Muitos doutrinadores discutem o real significado da expressão “prequestionamento”, todavia, destacam-se três correntes que se formaram para este fim. Para a primeira corrente, o prequestionamento consiste na necessidade de que a matéria federal ou constitucional tenha sido suscitada pelas partes antes do julgamento da decisão recorrida.

A segunda corrente sustenta que para que a matéria seja considerada prequestionada, é suficiente que tenha sido decidida, independentemente de ter sido previamente levantada ou debatida pelas partes.

Finalmente, a terceira corrente conjuga as duas anteriores e assevera que a presença do prequestionamento depende não apenas de a matéria ter sido suscitada pelas partes, mas também pelo fato de ter sido efetivamente decidida pelo aresto recorrido.

No entanto, a visão que alcança ampla aceitação jurisprudencial é aquela que defende que, para a configuração do prequestionamento, há necessidade de existir na decisão recorrida expressa manifestação acerca da questão federal ou constitucional discutida. Assim, “diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito”¹.

José Miguel Garcia Medina², de outra parte, entende que o prequestionamento não é uma atividade do órgão julgador de decidir a questão federal ou constitucional, mas sim, o ato das partes de debater sobre algum ponto, anteriormente à decisão judicial. Desse modo, não aceita a alegação de que o

¹ JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios Fundamentais –Teoria geral dos recursos. 6ªEd. São Paulo: RT, 2004.

² MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: RT, 2009.

prequestionamento se dá na decisão recorrida, mas sim que sua ocorrência é necessariamente anterior a ela.

Assim, entende o doutrinador ser requisito dispensável para a admissão dos recursos extraordinário e especial, não devendo ser visualizado como requisito de admissibilidade dos mesmos.

O posicionamento do mestre processualista, no entanto, não se coaduna com os principais doutrinadores e a jurisprudência majoritária que seguem no sentido de que o prequestionamento é indispensável para que o recurso extraordinário e o recurso especial possam ser conhecidos; que desnecessário que as partes tenham provocado a presença da questão no acórdão e que a matéria, efetivamente, conste do aresto, mesmo que o fato se dê de ofício, independentemente de provocação das partes, independente da indicação do dispositivo legal entendido por violado.

Segundo Mauro Schiavi³, o prequestionamento é próprio dos recursos extraordinários uma vez que nos recursos ordinários o efeito devolutivo transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de todas as teses jurídicas invocadas pelas partes, ainda que não examinado pela sentença (CPC, art. 515, §1º).

A despeito de a Constituição Federal de 1988 ter criado o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial, tanto quando regula o recurso extraordinário, como ao disciplinar o recurso especial, não fala especificamente em prequestionamento, sequer utiliza o termo “questionar”.

Assim, impossível dizer que o prequestionamento não deve ser exigido para a admissão dos recursos extraordinário e especial, mas onde se encontra seu respaldo legal?

Luís Eduardo Simardi Fernandes⁴ assevera que:

“o fundamento legal para a exigência do prequestionamento encontra-se nas disposições dos arts. 102, II, e 105, III, da Constituição Federal. Afirma-

³ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 2ª Ed. São Paulo. LTr, 2009.

⁴ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Embargos de Declaração. Efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. RT, 2008.

se nesses dispositivos – o primeiro disciplinando o recurso extraordinário e o segundo o recurso especial -, que compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de “causas decididas” em única ou última instância.”

Assim, eis as hipóteses de cabimento dos referidos recursos:

Recurso Extraordinário [em sentido estrito]: quando a decisão recorrida (a) contrariar dispositivo da Constituição Federal; (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (CPC, art. 541, CF, art. 102, III e 321 e ss do RISTF);

Recurso Especial: quando a decisão recorrida (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; (b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou (c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal (CPC, art. 541, CF, art. 105, III e 255 e ss do RISTJ).

Desse modo, somente ocorrerá uma dessas circunstâncias, contrariedade ou negativa de vigência de lei federal ou constitucional se a questão que envolve a lei federal ou a Constituição Federal tiver sido efetivamente julgada. Em ausente manifestação sobre os temas abordados, os respectivos recursos extraordinário e especial não poderão ser admitidos.

Finalmente, tem-se que o prequestionamento significa, o trato, pela decisão a que se pretende recorrer, da matéria a ser reexaminada pelo Tribunal Superior, de modo que não basta que esteja meramente invocada no recurso extraordinário, deve, necessariamente, estar debatida na decisão objeto do recurso⁵.

1.1. Configuração e Natureza Jurídica

Como visto, o prequestionamento é um instituto cercado por divergências de entendimento dos mais variados aspectos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ficando estas divergências mais evidentes no tocante a sua própria definição. Tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial encontram-se

diversas definições para o prequestionamento, num terreno bastante diversificado de opiniões, não havendo ainda uma uniformidade de entendimento científico a respeito da conceituação desse instituto. Há dúvidas não só acerca do que seja prequestionamento, como também de como e quando ele surge⁶.

Segundo Medina⁷, de maneira geral, pode-se sistematizar, atualmente, as concepções jurisprudenciais acerca do que se deve entender por prequestionamento, em três grupos:

1) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema – orientação dominante nos Tribunais Superiores (STJ e STF);

2) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que muitas vezes é considerado como ônus atribuído à parte – Embora essa orientação seja minoritária nos Tribunais Superiores, tem relevância em relação ao entendimento de que seria imprescindível a interposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento;

3) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.

Com relação à doutrina, afirma que essas concepções são traduzidas em duas correntes: os que defendem que o prequestionamento decorre simplesmente do pronunciamento do Tribunal *a quo* acerca do tema de direito federal ou constitucional⁸ e aqueles que se manifestam no sentido de que o prequestionamento

⁵ CÔRTEZ. Osmar Mendes Paixão. Recurso Extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro, Ed. Forense, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006. p. 254.

⁶ LINS, Artur Orlando de Albuquerque da Costa. O prequestionamento como requisito específico de acesso aos Tribunais Superiores. In. Revista dialética de direito processual, nº 87, p. 9-17. Junho-2010.

⁷ MEDINA, op. cit., p. 217/218.

⁸ Segundo Medina defendem esse entendimento dentre outros doutrinadores Antônio de Pádua Ribeiro (Função do recurso especial, Revista Forense, v. 309, p.4); Jurandir Fernandes de Souza (Aspectos práticos da interposição dos recursos extraordinário e especial, Revista dos Tribunais, v. 693,p.95); Marco Aurélio Mendes de Faria Mello (O prequestionamento e o recurso de revista, Revista LTr, v. 51, p. 1.044), Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim (Recurso especial e prequestionamento, um Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, p. 166).

é a manifestação ou provocação das partes anterior à decisão recorrida, no sentido de tornar controverso determinado ponto atinente ao direito federal ou constitucional⁹ – entendimento que segundo Medina parece ser majoritário em sede doutrinária. Ressalte-se que há inclusive nessa corrente, opiniões no sentido de que a questão federal ou constitucional deve estar presente desde a petição inicial.

Ao escrever sobre o prequestionamento no Recurso Extraordinário Fábio Lima Quintas¹⁰ assim se manifesta:

“Não obstante prosperarem diversos entendimentos sobre o que seja prequestionamento, parece haver um núcleo comum de significado para o instituto, a representar a necessidade de a tese contida no recurso extraordinário ser controvertida nas instâncias ordinárias (sobretudo no Tribunal recorrido), emergindo desse contexto uma questão constitucional. Noutras palavras, o núcleo do prequestionamento (no que tange ao recurso extraordinário) é visto como a manifestação do juízo a quo acerca da questão constitucional versada no recurso extraordinário. [...] O certo é que há muito o prequestionamento foi erigido, pelo Supremo Tribunal Federal, a verdadeiro requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário, sem o qual a impugnação estará fadada ao não-conhecimento, nos termos das Súmulas nº 282 e 356 do STF (cabe lembrar que o STF mitigou em situações peculiares, o cumprimento do prequestionamento).”

No que concerne à configuração da questão constitucional ou federal surge ainda outro fator que tem sido alvo de controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência que é a necessidade de que o dispositivo constitucional ou de lei federal que se afirma violado seja expressamente mencionado na decisão recorrida, ou, se basta, para a configuração da questão constitucional ou federal, que a matéria ou tese relativa ao preceito constitucional ou de lei federal tenha sido levantada e discutida, mesmo que não indique expressamente o dispositivo legal ou constitucional violado.

A necessidade de menção expressa da norma violada na decisão é entendida por parte da doutrina e da jurisprudência como prequestionamento

⁹ Segundo Medina defendem esse entendimento dentre outros doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil comentado, p.202, nota 18 ao art. 102 da CF; Luiz Sérgio Rizzi (Do recurso extraordinário, Revista do Advogado, v.27, p.44); Theotonio Negrão (O novo recurso extraordinário, Revista dos Tribunais, v.656, p.246; Fernando da Costa Tourinho Filho (Processo Penal, v. 4, p. 408).

¹⁰ QUINTAS, Fábio Lima. A Nova Dogmática do Recurso Extraordinário: o Advento da Repercussão Geral e o Ocaso do Prequestionamento. In Revista Direito Público, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v.5, nº 22 – Jul/Ago 2008.p. 07-23.

explícito. A referência a tese mesmo que a decisão recorrida não indique expressamente o dispositivo violado é chamado de prequestionamento implícito.

Ressalte-se, no entanto, que não há uniformidade de entendimento sobre o que seja prequestionamento implícito e explícito, ante a existência de outra concepção na doutrina e jurisprudência sobre essa classificação, considerando como prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que apesar disso a recusa implicitamente, e, prequestionamento explícito quando há decisão expressa acerca da matéria no acórdão. Portanto, deve-se ter cuidado com a expressão prequestionamento implícito, pois pode ter duas acepções diferentes, a depender da corrente doutrinária adotada.

Na jurisprudência, a corrente majoritária tanto do STF quanto do STJ admite estar configurado o prequestionamento independente de menção expressa aos dispositivos legais invocados, desde que a matéria trazida pelo recurso tenha sido enfrentada na decisão recorrida. Em sentido inverso há uma corrente minoritária que exige que o dispositivo legal ou constitucional julgado violado seja expressamente indicado na decisão recorrida¹¹. O entendimento do TST será explicitado mais adiante, quando da análise da Súmula 297/TST.

No que tange a natureza jurídica do prequestionamento, Medina¹² defende a tese de que apesar desse instituto ser tido pela maioria da doutrina e da jurisprudência como um requisito cuja presença é exigida para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, sendo entendido por alguns doutrinadores até mesmo como requisito jurisprudencial, é na verdade, mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo em relação ao recurso que provoca a manifestação do Tribunal *a quo*, acerca da questão constitucional ou federal, portanto, não é requisito de admissibilidade para a interposição desses recursos.

Fundamentando a sua tese, exemplifica: pode ocorrer num determinado caso em que apesar de não haver menção das partes acerca de questão constitucional ou federal, que o Tribunal se manifeste a respeito, aplicando a

¹¹ MEDINA, op. cit., p. 269.

¹² Ibid, p. 269.

Constituição ou lei federal, ou ainda, conheça de questão de ordem pública sem que tenha havido manifestação das partes. Nesse caso, haverá questão constitucional ou federal, mas não terá havido prequestionamento pelas partes e caberá recurso extraordinário ou especial. Portanto, não pode ser considerado requisito de admissibilidade. Conclui-se, nessa linha, que o prequestionamento como atividade realizada pelas partes não é condição de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial. O que é indispensável para a admissibilidade desses recursos é que a questão constitucional ou federal tenha sido objeto da decisão recorrida.

1.2. Classificação

O pensamento jurisprudencial e doutrinário acerca da existência do prequestionamento desenvolveu, a partir das reiteradas decisões, estudos sobre o instituto, podendo-se hoje classificá-lo em numérico, explícito, implícito ou ficto, conforme abaixo:

"A propósito, prequestionamento é classificado pela doutrina e pela jurisprudência em razão da evidência e até da efetiva ocorrência do julgamento da questão federal, ou não. O prequestionamento numérico consiste na existência de menção expressa ao preceito de regência da questão federal, no bojo da decisão recorrida. Há prequestionamento explícito quando a questão federal é resolvida no julgado recorrido, ainda que sem menção ao respectivo preceito legal de regência. O prequestionamento é implícito quando a questão federal não é solucionada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais (*verbi gratia*, petição inicial, contestação, razões recursais, contra-razões). Por fim, há o prequestionamento quando a questão federal não é resolvida no julgamento recorrido, nem mesmo após a interposição de embargos declaratórios. A rigor, só há prequestionamento se for numérico ou, no mínimo, explícito. É o que revela o enunciado n.211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*"¹³

A referida classificação encontra-se sedimentada tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, revelando, contudo, posicionamentos opostos entre as cortes.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.420.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, exige-se o prequestionamento se este for numérico, explícito ou ficto, não se admitindo sua ocorrência implícita. No tocante ao prequestionamento ficto, cumpre destacar que o STF, em entendimento contrário a posição do STJ, por originalidade no julgamento do RE 210.638/SP do ministro relator Sepúlveda Pertence, por sua Primeira Turma (Informativo nº 107 do STF) e depois, por seu Pleno (vencido o Min. Marco Aurélio), no RE 219.934-2/SP, relator ministro Octávio Gallotti, julgado em 14.6.2000 (Informativo nº 193), decidiu reinterpretar a sua Súmula 356 de modo a entender que, opostos os embargos de declaração, já se encontra prequestionada a matéria, incumbindo ao Tribunal Superior, de logo, examinar a questão de fundo.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há a admissão da existência do prequestionamento expresso, além do prequestionamento implícito, contudo não se admite a modalidade numérica.

Quanto ao prequestionamento ficto, a orientação da Corte é no sentido de não acolhimento, não havendo alteração de seu posicionamento, a despeito da reinterpretação da Súmula 356 pelo STF.

Na doutrina, o entendimento acerca da classificação do prequestionamento segue linhas opostas.

Aqueles que defendem a tese que prequestionamento é ato da parte e não do órgão julgador, afirmam que o que parte da doutrina defende ser prequestionamento implícito ou explícito relaciona-se, na verdade, à existência da questão constitucional ou federal, porquanto esta é que deverá estar presente na decisão, para efeito do cabimento do recurso extraordinário ou do recurso especial, e que a exigência de menção expressa à norma violada é descabida, ou seja, se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é obvio que se trata de matéria 'questionada' e isso é o que basta¹⁴.

¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. 3 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 321.

Há quem defenda ser inócua a discussão quanto à possibilidade do chamado prequestionamento implícito. O que importa é a efetiva manifestação judicial causa decidida.

Sobre prequestionamento ficto, posiciona-se parte da doutrina que através de embargos de declaração não é possível realizar-se, uma vez que, a rigor, o prequestionamento eminentemente necessário já é de ter sido realizado quando da apresentação das razões recursais.

Quanto à defesa do prequestionamento implícito, há na doutrina duas concepções. Para uma, ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada; para outra, ocorre quando a questão foi posta a discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente¹⁵.

¹⁵ MEDINA. Op. Cit., p 339.

2. PREQUESTIONAMENTO E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

2.1. Origem e Desenvolvimento

As origens remotas do instituto do prequestionamento podem ser encontrados no *writ of error* típico do direito anglo-saxônico e na *demande en cassation* do direito francês. Em ambos os casos, trata-se de um pedido de revisão do próprio julgamento, não de uma reapreciação dos elementos materiais da ação originária. Trata-se, destarte, da utilização de instrumento para a verificação dos aspectos puramente jurídicos da decisão.

No direito brasileiro, onde jamais foi adotado o modelo francês de uma instância de julgamento com capacidade, unicamente, para efetuar a cassação das decisões de juízos de 1ª instância e de tribunais, o instituto do prequestionamento termina por ser, inicialmente, uma espécie de compromisso entre essa capacidade de cassação e a capacidade de reforma, concedida inicialmente ao Supremo Tribunal Federal, das decisões dos tribunais estaduais.

Assim, a atuação do Supremo Tribunal Federal foi concebida como uma instância de uniformização das jurisprudências estaduais, no tocante à legislação federal, dentro de uma concepção de federação – a da República Velha, muito mais descentralizada que a que vemos implementada hoje em dia.

A Constituição de 1891, primeiro diploma constitucional que cuidou do Recurso Extraordinário no Brasil, já exigia o prequestionamento para sua interposição. Assim dispunha em seu art. 59:

“Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

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

Com efeito, já nessa época, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Lúcio de Mendonça, em análise ao cabimento do recurso extraordinário, destaca a relevância do instituto do prequestionamento:

“a) O recurso extraordinário é exclusivamente interposto para o Supremo Tribunal Federal;
 b) Só se admite de decisões proferida em última instância; e
 c) Precisa que a questão que o provoca tenha sido effectivamente suscitada e decidida.
 (...)
 d). Para que caiba este recurso, é necessário que a questão que o provoca tenha sido effectivamete agitada em processo movido perante as justiças estaduaes e lá tenha sido julgada: não basta que tal questão se possa ou pudesse suscitar naquella ordem judiciária. Isto é expresso no *Judiciary Act*, a que mais de uma vez nos termos referido como a origem remota do nosso recurso: *But to authorize the removal under that act, it most appear by the Record, either expressly or by clear and necessary intendment, that some one of the enumerated questions did arise in the State court, and was there passed upon. It is not sufficient that might have arisen or been applicable.*”
 Ainda neste ponto assentou o Supremo Tribunal a sã doutrina no Accordam de 11 de maio de 1895.”¹⁶

Assim resta notório o papel do Supremo Tribunal Federal para apreciar causas efetivamente julgadas em última instância por outros Tribunais, assegurando-lhe a finalidade de resguardar a Constituição Federal e as leis federais vigentes no país.

Com o advento da Constituição de 1934, moldada pela preocupação política com questões sociais, por influência da tendência europeia do pós-guerra, o recurso sofreu algumas alterações, que refletiam a preocupação maior do Estado com a regulamentação do intervencionismo e com garantias sociais.

Assim, as disposições contidas no artigo 76, 2, III, da Carta Magna, eram no sentido de que competia à Corte Suprema julgar, em sede de recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância, quando, a decisão fosse contra lei federal; quando se questionasse sobre a vigência ou

validade de lei federal; quando se contestasse a validade de lei ou ato, dentre outros.

Verifica-se, pois, que não se exigia a efetiva contrariedade, tão-somente, bastando que houvesse o efetivo questionamento ou contestação da parte recorrente.

Nesse ponto, ressalta Osmar Mendes Paixão Côrtes¹⁷ que a Constituição de 1934 foi mais clara do que a de 1891, ao utilizar a expressão “sobre cuja aplicação se haja questionado”, revelando que a afronta ao texto constitucional deveria, efetivamente, ter sido tratada na decisão recorrida, e, ainda, que deveria ser questionada pela parte e a decisão deveria tê-la afrontado perante a Constituição, de modo que a necessidade do prequestionamento revelava-se evidente.

A Carta de 1937, por sua vez, não alterou significativamente a evolução dos recursos extraordinários, transferindo-o, apenas, para o artigo 101, III.

A Constituição de 1946¹⁸, entretanto, alterou notoriamente as regras de cabimento dos recursos extraordinários de forma inovadora em relação às Constituições anteriores, visto que, no art. 101, inciso III, alínea “a”, não se exigia mais que a parte questionasse previamente a aplicação da legislação tida como violada. Para o cabimento do Recurso Extraordinário era necessário apenas que a decisão fosse contrária a dispositivo da Constituição ou à letra de tratado ou lei federal. Eis o teor do dispositivo constitucional:

“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.”

¹⁶ MENDONÇA, Lúcio de. *Do Recurso Extraordinário*, pp. 26-27. *Apud* CÔRTEES. Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*. Ed. Forense, 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2006, pp. 202-203.

¹⁷ Op. cit., p. 213.

¹⁸ MEDINA, Op. cit., p.2016.

A partir desse momento, deixou-se de exigir o prequestionamento sobre a aplicabilidade a lei federal suscitada pela parte, bastando que houvesse afronta a norma legal pela decisão proferida.

Destaca José Afonso da Silva:

“hoje, não se exige prequestionamento sobre aplicação da lei federal, para interpor-se o remédio constitucional; basta que a decisão a tenha vulnerado; Significa, pois, que não importa ser a lei malferida a invocada, mas qualquer uma existente na ordem jurídica-positiva estatal; do mesmo modo, pouco importa que a lei aplicada seja a invocada ou outra qualquer, desde que dominadora da espécie, eliminada estará a legitimidade do remédio extremo constitucional. O dispositivo não visa proteger, em princípio, o direito subjetivo das partes, mas a inteireza da ordem jurídica objetiva. Ora, a aplicação de uma norma qualquer, desde que pertinente, satisfaz aquela exigência de certeza e segurança que o remédio, no caso, postula. - Ao contrário, dará motivo ao remédio iuris constitucional, se qualquer norma jurídico-objetiva for vulnerada, ainda que não a invocada pela parte. Mas, nesse caso, necessário há de ser que a ofensa à lei traga prejuízo à parte, para que se legitime o seu interesse em recorrer, pois não existe entre nós, como em outras legislações, a interposição do Recurso no interesse exclusivo da Lei”¹⁹

Assim, excluindo-se a exigibilidade do prequestionamento, a despeito de não ter sido invocada pela parte, a norma violada pela decisão recorrida poderia dar ensejo ao conhecimento do recurso extraordinário.

Com a Carta Magna de 1967, a referência a esse questionamento prévio desaparece finalmente, de forma explícita, tratando do tema em seu art. 114, inciso III, alíneas “a” a “d”. Verifica-se que a partir desse diploma constitucional houve a efetiva supressão do termo “questionar” também da hipótese referente à validade de lei federal²⁰. Veja-se:

“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;

¹⁹ "Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro", Revista dos Tribunais, 1963, nº 77, pp. 198-199).

²⁰ CREMASCO, Suzana Santi. O Prequestionamento das Questões Federais e Constitucionais: a Divergência de Entendimento entre o STJ e o STF. Editora Magister - Porto Alegre. Data de inserção: 02/12/2009. Disponível em: www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=608 . Data de acesso: 26/07/2011.

- 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.”

Com a Constituição Federal de 1988 o antigo recurso extraordinário se bipartiu entre os recursos especial e extraordinário, sendo a apreciação do primeiro de competência do Superior Tribunal de Justiça e do segundo do Supremo Tribunal Federal, assim dispondo:

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

[...]

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III- julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:”

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Verifica-se dos dispositivos constitucionais transcritos acima que para viabilizar a interposição do recurso extraordinário e do recurso especial, é indispensável que a decisão recorrida tenha enfrentado, respectivamente, uma questão constitucional ou uma questão federal.

Segundo Vito Antônio Boccuzzi Neto²¹ as expressões “contrariar” e “contestar” indicam a existência de uma questão enfrentada pela decisão recorrida, um ponto controvertido que o julgador viu-se obrigado a dirimir, decorrendo desse entendimento a posição doutrinária e recepcionada pela jurisprudência de que a

²¹ NETO, Vito Antônio. Recursos Excepcionais- O prequestionamento e a matéria de ordem pública. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins/coordenação Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v.11.) p.439 a 448.

decisão recorrida para ser impugnada por qualquer dos recursos excepcionais deve necessariamente indicar uma questão federal ou constitucional.

Como se verá adiante, a despeito de algumas interpretações no sentido de que o instituto do prequestionamento na Justiça e na prática forense consiste sobretudo na dinâmica da jurisprudência e da doutrina - mormente porque imposto em decorrência de entendimento perfilhado por determinado Tribunal na interpretação de dispositivo de lei -, a evolução legislativa culminada com a redação trazida na Constituição Federal em vigência, levou a imposição de que a decisão recorrida deve necessariamente abordar a questão Federal ou constitucional, com vistas a ensejar a interposição dos recursos excepcionais.

2.2. Discussões sobre a constitucionalidade do prequestionamento.

Consoante se disse, a partir da Constituição Federal de 1967, o termo "questionar" foi excluído do texto constitucional, no tocante aos dispositivos referentes ao cabimento dos recursos excepcionais. Desde então, por não estar contido de forma explícita, inclusive na Constituição Federal de 1988, começaram a surgir indagações sobre a constitucionalidade do prequestionamento, se seria apenas criação jurisprudencial.

Alcides de Mendonça Lima²², um dos expoentes dessas vozes na doutrina que questiona a constitucionalidade do prequestionamento, assim leciona:

“Em nenhum dispositivo de Código ou lei esparsa aparece o pressuposto do prequestionamento para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, ainda que ambos sejam fundados. (...) Tal orientação é tanto mais grave, porque afasta o julgamento final até de matéria constitucional, prevalecendo, assim, o vício grave.

Guimarães Caldas da Cunha²³ defende a inconstitucionalidade do prequestionamento de forma mais explícita, o fazendo nos seguintes termos: “A exigência do pre-questionamento da questão federal, para ensejar o cabimento do

²² LIMA, Alcides de Mendonça. Apud MEDINA, op. cit., p. 307.

²³ CUNHA, Guimarães Calda. Apud MEDINA, op. cit., p. 307.

recurso especial, imprimida pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça, é hoje, inconstitucional.”

Medina²⁴ entende pela constitucionalidade do instituto, tendo assim se manifestado:

“[...] apesar da Constituição Federal não mencionar, expressamente, o termo ‘questionar’, como o faziam algumas das anteriores, isso não quer dizer que não há necessidade da presença da questão constitucional na decisão recorrida [...] A exigência do prequestionamento é constitucional porque não vai contra as normas constitucionais, servindo para instrumentalizar o conhecimento da questão constitucional ou federal pela decisão recorrida, decorrendo, assim, de manifestação do princípio dispositivo e do efeito devolutivo perante a instância inferior.”

De igual modo preconizou Suzana Santi Cremasco²⁵:

“[...] a exigência de prequestionamento, embora não esteja expressamente prevista na Constituição, decorre de indução constitucional. Sendo assim, os Tribunais Superiores apenas interpretam o texto constitucional, inferindo que a matéria que se deseja discutir em sede de recursos excepcionais, para ser objeto de apreciação, deve estar prequestionada, ou seja, deve ter sido decidida. É cediço que a jurisprudência do Pretório Excelso não possui competência para criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial, na medida em que essa tarefa cabe exclusivamente à CF, que é responsável pela sua criação e pela sua regulamentação. Assim, sábias são as palavras de Nelson Nery Júnior, que afirma: ‘O prequestionamento não foi criado pela Súmula do Pretório Excelso (STF 282 e 356). Nossa Corte Suprema apenas explicitou o texto constitucional, interpretando-o. Quer dizer, o STF apenas interpretou o sentido da expressão “causas decididas”, constante do texto constitucional.’ Desse modo, percebe-se que o prequestionamento não possui sua origem ligada ao entendimento jurisprudencial, embora várias sejam as considerações acerca desse tema na jurisprudência.”

Leciona, ainda, no mesmo sentido, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro²⁶:

“A ‘questão federal’ há de ser prequestionada, ou seja, é necessário que o Tribunal *a quo* a tenha apreciado. Portanto, o prequestionamento é um dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Sobre o assunto cumpre ressaltar que, a partir da Constituição de 1967, houve quem sustentasse a desnecessidade do prequestionamento. Isso porque a referida Constituição não faz referência à palavra ‘questionar’. (...) Tal orientação, contudo, afigura-se-me que não se compatibiliza com a razão de ser do recurso especial, que, conforme se pode deduzir da explanação antes feita, é um recurso que tem por escopo a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais. Sem que, concretamente, o acórdão haja apreciado as questões pertinentes aos

²⁴ MEDINA, op. cit., p. 438.

²⁵ CREMASCO, op.cit.

²⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. ‘Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça’ p. 54. *Apud*, CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, op. cit., pp. 253-254.

citados objetivos, consubstanciados nas três letras do permissivo constitucional, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente para decidir o aludido recurso.”

3. A IMPORTÂNCIA DO PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO JURÍDICO

O prequestionamento presta-se a exaltação das decisões proferidas pelos órgãos *a quo* e ao princípio do acesso à efetiva prestação jurisdicional, bem como dirime pontos controvertidos referentes a questão federal ou constitucional no âmago das relações jurídicas.

Ademais, o sistema dos recursos extraordinário, especial e de revista respeita os interesses de ordem pública, quais sejam, a garantia do respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais federais. Assim, é razoável que sua interposição obedeça a critérios mais rigorosos de admissibilidade, pertinentes ao caráter de excepcionalidade que possuem, diferentemente dos recursos ordinários.

Importante ressaltar que não se trata, aqui, de uma valorização de tecnicismos, ou formalismos exacerbados, mas sim, da preservação da ordem e da segurança jurídica, pois uma diversidade simultânea de entendimentos pode causar séria perturbação na funcionalidade do próprio Direito.

Com efeito, o prequestionamento atua como um divisor indicando os limites subjetivos para a interposição dos recursos excepcionais. Assim, a princípio, somente a matéria concretamente conhecida pelo órgão *a quo* será objeto de apreciação do Tribunal *ad quem*, pois o debate fora realmente exaurido pela decisão recorrida.

Desse modo, tem-se que a finalidade primacial do prequestionamento é de que os tribunais superiores possam manifestar-se sobre a matéria controvertida posta e apreciada pela instância *a quo*, de modo que, sem qualquer dificuldade seja possível proceder ao respectivo enquadramento da hipótese temática suscitada no apelo na moldura legal pertinente, com a conseqüente emissão de um juízo de valor, quer positivo (dando-se pela infringência ao texto constitucional ou legal

prequestionado) quer negativo (não se divisando ofensa ao texto constitucional ou legal prequestionado).

A doutrina tem apontado as finalidades básicas do prequestionamento: a) evitar a supressão de instância, de modo que nenhum juiz ou tribunal deixe de analisar a questão, até o envio ao Tribunal Superior (Súmula 281 do excelso STF); b) manter a ordem constitucional das instâncias no sistema jurídico brasileiro, segundo a ordem dos juízes e tribunais previstas nos códigos e na constituição federal; c) evitar a surpresa da parte contrária, na medida em que ela poderia desconhecer a matéria analisada em grau de recurso excepcional, na hipótese de ausência da necessidade do prequestionamento.

O prequestionamento, como é curial, informa exclusivamente a índole dos recursos de natureza extraordinária ou excepcional, de competência dos tribunais superiores, que veiculam exclusivamente matéria de direito, eis que tem como função precípua uniformizar o entendimento do direito federal e de assegurar proteção às normas constitucionais.

Assim, é importante que se pontue por razoável a limitação de acesso aos órgãos de cúpula, haja vista que a razão de ser dos Tribunais Superiores, conforme já exposto, é intrinsecamente ligada à garantia de direitos constitucionais e federais, ademais, há que se visar o óbice aos recursos protelatórios, desafogando a atividade cognitiva dos órgãos jurisdicionais.

Desse modo, a importância do prequestionamento se revela por ser a expressão de um formalismo legítimo, ou melhor, um instrumento eficaz no controle jurisdicional, sendo imperioso que se imponha um diferencial à admissibilidade dos recursos especiais, que demandam análise de questões federais e constitucionais, merecedoras de tratamento cauteloso, sério e de destaque notoriamente distinto.

3.1. Pquestionamento e os Embargos de Declaração

Diante da exigência posta pela jurisprudência por meio de Súmulas, de oposição de embargos declaratórios para prequestionar a questão constitucional ou

federal, surgiu para parte da doutrina o entendimento da existência de duas modalidades de embargos de declaração: os “esclarecedores” (que propõe esclarecer dúvidas, obscuridades ou contradições) e os “prequestionadores” (os que visam abordar questões federais ou constitucionais que o acórdão não ventilou, interpostos com o fim específico de transpor o óbice das Súmulas 282 e 356 STF com vistas a viabilizar a interposição do RE)²⁷.

Leonardo José Carneiro Cunha discorda dessa classificação e no ensina que²⁸:

“[...] não existem embargos declaratórios ‘prequestionadores’, ou seja, com a finalidade única e exclusiva de obter o prequestionamento. O que há é uma omissão quanto a um ponto, não havendo, em razão dessa omissão, a configuração do prequestionamento. Os embargos cabem não para obter o prequestionamento, mas sim para suprir omissão. Suprida a omissão, obtém-se, por consequência, o prequestionamento.”

Além dessa divergência de entendimento quanto a existência ou não dessa nova figura recursal, embargos de declaração prequestionadores, ainda surgem discussões em torno da necessidade ou não de prequestionamento pela parte, por meio dos embargos de declaração, quando a violação a norma constitucional ou federal surge no acórdão recorrido.

Nos casos em que a parte suscite na instância ordinária determinada questão constitucional ou Federal e a matéria não tenha sido tratada no acórdão, não há dúvidas que a decisão colegiada foi omissa e, portanto, não terá ocorrido, tecnicamente, o necessário prequestionamento da questão, não cabendo diretamente o recurso extraordinário (questão constitucional) ou especial (questão federal)²⁹ sendo o uso dos embargos de declaração o remédio processual para solucionar essa situação³⁰.

Assim, havendo omissão no julgado, que não se manifestou sobre determinada questão constitucional ou federal arguida pelas partes na instância

²⁷ MEDINA, op. cit., p. 357/358.

²⁸ CARNEIRO, Leonardo José apud LINS, op.cit.

²⁹ LINS, op. cit.

³⁰ COSTA, Marcus Vinícios Americano da. Embargos de declaração: prequestionamento, efeito modificativo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins/coordenação Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São

ordinária é indubitável a necessidade de oposição dos embargos declaratórios para que seja sanada a omissão e conseqüentemente obter-se o prequestionamento da matéria já ventilada pelas partes, sob pena de preclusão, impossibilitando o exame da questão pela via do Recurso especial ou extraordinária a depender da matéria.

Consoante se disse, a divergência acerca da necessidade ou não de oposição de embargos de declaração para prequestionar a matéria, surge nos casos em que a violação da norma jurídica ocorre na decisão recorrida, a chamada violação originária. Medina³¹ perfilha do entendimento de que não é necessária a oposição de embargos de declaração nesses casos, manifestando-se nos seguintes termos:

“Quando a própria decisão recorrida viola a norma jurídica, não há falar em necessidade de prequestionamento pela parte, através de embargos de declaração. Efetivamente, não há razão lógica para tal exigência, pois o requisito imposto pela Carta Magna à admissibilidade do recurso extraordinário ou especial já se encontra presente. Ademais, os embargos de declaração não se podem prestar a agitar matéria que já existe na decisão embargada, a não ser que haja contradição, obscuridade ou omissão.”

Ressalte-se, no entanto, conforme afirma Artur Orlando de Albuquerque da Costa Lins, que esta não é a posição adotada pelo STJ e STF, que sustentam a necessidade de oposição dos embargos de declaração para prequestionar a norma violada e legitimar a interposição dos recursos excepcionais³².

Opostos os embargos de declaração principalmente nos casos de omissão no acórdão, caso o Tribunal não aprecie a matéria suscitada surge outra indagação, agora acerca da conduta processual a ser adotada pelo interessado. Nesse ponto o STF e o STJ adotam entendimentos díspares, conforme será demonstrado adiante.

Para o STJ a simples apresentação dos embargos de declaração não satisfaz o requisito do prequestionamento se o tribunal não apreciar a matéria nele suscitada, inviabilizando o manejo do recurso especial, conforme a vedação contida na Súmula 211/STJ, ante a ausência de saneamento da omissão pelo Tribunal *a quo*. Dessa feita, competirá a parte interpor o Recurso Especial com fulcro na alínea

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v.11.) p.232 a 237.

³¹ MEDINA, op. cit., p. 361.

“a” do artigo 105, II da CF/88, alegando violação ao artigo 533, II, do CPC com vistas a obter a anulação do acórdão recorrido e a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que profira um novo acórdão examinando expressamente a matéria omissa suscitada nos embargos de declaração, obtendo assim o prequestionamento e viabilizando a interposição do recurso especial quanto a matéria de fundo³³.

De forma diversa, parte da jurisprudência do STF, considera prequestionada a matéria pela simples apresentação dos embargos declaratórios, sendo irrelevante o seu provimento ou não pelo Tribunal de origem. Ou seja, mesmo que o Tribunal de origem não examine a matéria suscitada nos embargos de declaração, inexistindo o saneamento da omissão apontada, tem-se por prequestionada a matéria controvertida. Sendo este entendimento decorrente de interpretação dada à Súmula 356 da Suprema Corte, do seguinte teor: *“O ponto omissa da decisão sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”*

Ressalte-se que há várias críticas a essa interpretação dada à Súmula 356/STF, pois, os precedentes jurisprudenciais que a embasaram trataram de casos em que não houve a oposição de embargos declaratórios mesmo diante de omissões no julgado, nenhum dos precedentes abarcaram a hipótese de oposição de embargos e omissão do Tribunal.³⁴

Artur Orlando de Albuquerque da Costa Lins³⁵ assim manifesta ao dissertar sobre o prequestionamento no âmbito do STF :

“Trata-se do denominado ‘prequestionamento ficto’, que se configura com a mera oposição dos embargos declaratórios destinados a suprir omissão acerca de questão constitucional ou federal, sendo irrelevante o resultado do julgamento, isto é, mesmo se o tribunal de origem não examinar matéria suscitada em embargos de declaração, persistindo na conduta omissiva, estará atendida a exigência do prequestionamento. Então, caso o tribunal local ou regional deixe de apreciar a questão constitucional, ainda que suscitada em sede de embargos declaratórios, nada mais resta à parte interessada do que interpor o competente recurso extraordinário dirigido ao STF, alegando-se não só a violação do dispositivo constitucional cuja

³² LINS, op. cit.

³³ Ibid.

³⁴ Segundo MEDINA, op. cit., p. 403, essa interpretação dada pelo STF à Súmula 356, está em desacordo com a Constituição Federal que exige a existência da questão constitucional ou federal decidida no acórdão recorrido como também com a própria Súmula 356.

³⁵ LINS, op. cit.

apreciação foi omitida, como também aquele garantidor do respeito ao devido processo legal ou *due process of Law* (artigo 5º, LIV, da CF/88)”

Cumprido salientar, no entanto, que essa posição não é pacífica no STF vez que a segunda Turma da Suprema Corte possui entendimento semelhante ao do STJ de que é preciso haver anulação do acórdão para que outro seja proferido em seu lugar. Para referida Turma, interposto o recurso de embargos declaratórios e, não obstante, persistir o tribunal na omissão, cabe RE com base em violação do art. 5º, LV e XXXV e art. 93, IX da CF.³⁶

3.2. O Prequestionamento e as questões de ordem pública

Outra questão bastante debatida na doutrina e na jurisprudência, não havendo uma posição uníssona acerca do assunto, diz respeito a indagação sobre a possibilidade de conhecimento de ofício de matéria de ordem pública quando da apresentação dos recursos excepcionais ainda que não atendida a exigência do prequestionamento.

José Miguel Garcia Medina³⁷ entende pela necessidade de prequestionamento de matéria de ordem pública, com os seguintes argumentos: a decisão que não se pronuncia acerca de matéria que deveria conhecer *ex officio*, em virtude de determinação legal, é omissa, assim, considerando que nesse caso cabe a parte opor embargos de declaração esta decisão não é definitiva, pois, cabe recurso na instância ordinária. Dessa feita, não cabe recurso especial ou extraordinário em relação a questões não decididas, ainda que se trate de matéria de ordem pública, visto que, a omissão da decisão é suscetível de correção através dos embargos de declaração, o que impede que se considere a decisão omissa como definitiva.

Em contraposição, Nelson Luiz Pinto³⁸ entende que deve ser dispensado o prequestionamento quando se tratar de questões de ordem pública, evitando, assim, o trânsito em julgado de decisão viciada, que poderá ensejar a propositura de ação

³⁶ CREMASCO, op. cit.

³⁷ MEDINA, op. cit., p. 367.

³⁸ PINTO, Nelson Luiz apud NETO, op.cit.

rescisória. Para referido autor as questões de ordem pública estariam, por força de lei, implicitamente prequestionadas.

No que tange à jurisprudência, as decisões do STJ oscilam, as Turmas de direito privado apontam no sentido de não admitir o processamento do recurso especial quando a matéria ainda que de ordem pública não tiver sido prequestionada³⁹, já as Turmas de direito público tem entendimento majoritário de que as matérias de ordem pública quando importarem violações graves, relacionadas a validade do processo, podem ser argüidas a qualquer tempo e grau de jurisdição ainda que não prequestionadas e ainda que não tratadas no recurso.

3.3. O Prequestionamento e o cabimento dos recursos

Em sendo o prequestionamento o trato da matéria pela decisão recorrida, não se pode considerá-lo um requisito a mais para o cabimento dos recursos excepcionais interpostos aos Tribunais Superiores, na verdade, ele se encontra ínsito ao próprio cabimento.

É sabido que os Tribunais Superiores, em sede extraordinária, não reexaminam matéria fática, sobre a qual as instâncias ordinárias são soberanas. Isso advém da própria natureza de tais recursos, porquanto visam preservar a integridade do ordenamento objetivo⁴⁰.

Para indicar que o recurso extraordinário não permite o exame das questões de fato controvertidas na causa e decididas pelas instâncias ordinárias, é frequente dizer-se que, em tal instância superior, é vedado o reexame de fatos e provas.

Neste sentido, aliás, o entendimento Sumulado pelo STF, no verbete 279, com o seguinte enunciado: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Na esteira do entendimento da Corte Suprema, o STJ também firmou seu posicionamento jurisprudencial, gizado na Súmula 211: “Inadmissível Recurso

³⁹ NETO, op. cit.

Especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo".

Assim, diante do óbice já sumulado pelos Tribunais Superiores, o prequestionamento se faz indispensável à admissibilidade dos recursos, pois seu cabimento pressupõe que questão constitucional ou federal tenha sido objeto da decisão recorrida.

Com efeito, o prequestionamento se encontra, pois, intrinsecamente ligado ao próprio cabimento do recurso, não tratando de requisito autônomo, uma vez que sempre se exigiu que a decisão tratasse efetivamente do tema objeto do apelo, mesmo no *writ of error* do Direito Inglês e do Direito Norte-americano, em que se exigia a existência de erro que aparecesse no *record* (registro) da decisão recorrida.

Nesse sentido, a observação do Ministro Lúcio de Mendonça⁴¹:

“Para que caiba este recurso, é necessário que a questão que o provoca tenha sido effectivamente agitada em processo movido perante as justiças estaduaes e lá tenha sido julgada: não basta que tal questão se possa ou pudesse suscitar naquella ordem judiciária. Isto é expresso no *Judiciary Act*, a que mais de uma vez nos termos referidos como a origem remota do nosso recurso: *‘But to authorize the removal under that act, it must appear by the record, either expressely or by clear and necessary intendment, that some on of the enumerated questions did arise in the State court, and was there passed upon. It is not sufficient that might hav arisen or been applicable.’* Ainda neste ponto assentou o supremo tribunal a sã doutrina no *Accordam* de 11 de maio de 1895.”

⁴⁰ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Op. cit., p. 254.

⁴¹ Lúcio de Mendonça. Do recurso Extraordinário, pp. 26-27. Apud, CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, op cit, p. 255.

4. O PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DO TST

O recurso de revista possui previsão expressa no artigo 896, da CLT, sob a seguinte redação:

“Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: (Alterado pela Lei nº 9.756, de 17-12-98, DOU 18-12-98)

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

§ 1º - O Recurso de Revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será apresentado ao Presidente do Tribunal recorrido, que poderá recebê-lo ou denegá-lo, fundamentando, em qualquer caso, a decisão. (Alterado pela Lei nº 9.756, de 17-12-98, DOU 18-12-98)

§ 2º - Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal. (Alterado pela Lei nº 9.756, de 17-12-98, DOU 18-12-98)

§ 3º - Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. (Alterado pela Lei nº 9.756, de 17-12-98, DOU 18-12-98)

§ 4º - A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. (Alterado pela Lei nº 9.756, de 17-12-98, DOU 18-12-98)

§ 5º - Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo. (Incluído pela Lei nº 7.701, de 21-12-88, DOU 22-12-88)

§ 6º - Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República. (Acrescentado pela Lei nº 9.957, de 12-01-00, DOU 13-01-00).”

Como se vê, o artigo 896 da CLT não traz em sua redação qualquer menção aos termos “questionar”, “contestar” ou sequer “causa decidida”, no entanto, diante de sua natureza extraordinária, da mesma forma que os demais recursos excepcionais, o recurso de revista tem como pressuposto intrínseco, entre outros, a existência de controvérsia jurídica a respeito de interpretação de dispositivo constitucional ou de lei ou ofensa direta a ele. Daí decorre, da mesma forma, a exigência da especificidade do julgado, do prequestionamento da tese e da ausência de reexame de fatos e provas.

Mauro Schiavi⁴² cita o prequestionamento como um dos pressupostos subjetivos para a interposição do recurso de revista, asseverando que para o cabimento desse recurso, a decisão prolatada pelo acórdão regional deve debater expressamente a tese jurídica invocada pelo recorrente nas suas razões recursais.

O Tribunal Superior do Trabalho, na mesma esteira do STF, perfilha do entendimento de que o prequestionamento é uma conjunção de um ônus da parte seguido de um ato do julgador. Nessa linha consolidou seu posicionamento acerca da configuração do prequestionamento, de forma extremamente didática, na Súmula nº 297, tentando explicar como o prequestionamento emerge, permitindo o acesso à via recursal, sob a seguinte redação:

“PREQUESTIONAMENTO - OPORTUNIDADE – CONFIGURAÇÃO.

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.”

Para o TST não se faz necessária a referência expressa do dispositivo legal ou constitucional para entender a matéria como prequestionada, no entanto, necessário que conste do acórdão, de maneira clara, elementos que levem à conclusão de que o Regional adotou uma tese contrária à lei ou a Súmula, é o que se infere das Orientações Jurisprudenciais 118 e 256 da SbDI-1 do TST:

⁴² SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 2 edição, São Paulo/SP: LTR, 2009, p. 701.

“OJ-SDI1-118. PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 297. Inserida em 20.11.97. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

OJ-SDI1-256. PREQUESTIONAMENTO. CONFIGURAÇÃO. TESE EXPLÍCITA. SÚMULA Nº 297. Inserida em 13.03.02. Para fins do requisito do prequestionamento de que trata a Súmula nº 297, há necessidade de que haja, no acórdão, de maneira clara, elementos que levem à conclusão de que o Regional adotou uma tese contrária à lei ou à súmula.”

Por outro lado, com relação à violação originária, o TST tem entendimento diverso dos demais Tribunais Superiores (já demonstrado alhures), não exigindo o prequestionamento quando a violação à disposição literal de lei surge no próprio acórdão recorrido. Este é o teor da Orientação Jurisprudencial 119 da SbDI-1:

“OJ-SDI1-119. PREQUESTIONAMENTO INEXIGÍVEL. VIOLAÇÃO NASCIDA NA PRÓPRIA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA Nº 297 DO TST. INAPLICÁVEL. (inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É inexigível o prequestionamento quando a violação indicada houver nascido na própria decisão recorrida. Inaplicável a Súmula n.º 297 do TST.”

No tocante ao papel dos embargos de declaração em face do prequestionamento, o TST deixa, de forma clara, que não basta a mera oposição de embargos para que a matéria seja considerada prequestionada; a matéria trazida nos embargos deve ser, necessariamente, de ordem jurídica, não fática.

Finalmente, para o TST as matérias de ordem pública devem ser prequestionadas, cujo entendimento restou consolidado na OJ 62 da SbDI-1, que assim dispõe: *“Prequestionamento. Pressuposto de recorribilidade em apelo de natureza extraordinária. Necessidade, ainda que a matéria seja de incompetência absoluta.”*

4.1. A evolução da Súmula 297 do TST

Como já dito, o Tribunal Superior do Trabalho, no esforço em fixar a melhor compreensão acerca da exigência do prequestionamento, editou no ano de 1989 a Súmula nº 297, que contava com a seguinte redação:

“Prequestionamento – Oportunidade – Configuração.

Diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. Incumbe à parte interessada interpor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.”⁴³

Diante da complexidade do tema e dos inúmeros debates que se seguiram em relação à efetiva aplicação do referido verbete, o TST, em 2003, procedeu a o reexame da Súmula 297, visando melhorar sua compreensão, de modo que, de forma didática, flexibilizou o conceito inserto na redação original, no que mitigou seu rigor relativamente ao prequestionamento da “questão jurídica”.

Assim restou consagrado o atual entendimento perfilhado pelo TST, com a nova redação dada pela Resolução 121/2003, de 21/11/2003:

“PREQUESTIONAMENTO - OPORTUNIDADE – CONFIGURAÇÃO

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.”

Constata-se, pois, do teor da Súmula 297, que o TST adota duas formas pertinentes a configuração do prequestionamento, quais sejam: a) considera-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada tiver sido adotada explicitamente tese a respeito e b) considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre o qual o tribunal se omite em pronunciar não obstante opostos embargos de declaração.

Assim, nos termos do item I, da súmula em análise, o conhecimento do recurso de revista, subordina-se aos limites do acórdão; à existência de análise, pela decisão recorrida, da incidência e aplicação, ao caso concreto, da norma legal entendida por violada ou do entendimento gerador de divergência jurisprudencial que se pretende discutir.

No caso, afasta-se a provocação da parte, pois será a decisão proferida pelo órgão julgador que marcará o momento do prequestionamento, independentemente

⁴³ Res. 7/1989, DJ 14,18 e 19.04.1989.

daquela. Referido item revela uma primeira posição do TST no sentido de que o prequestionamento é a efetiva apreciação de uma questão por parte do juízo *a quo*.

No particular, a manifestação do julgador é relevantemente mais importante do que a própria alegação da parte e, da mesma forma, se o órgão julgador apreciou determinada questão sem haver sido provocado, o prequestionamento se efetiva, considerando-se, dessa forma, um ato exclusivo do julgador.

O item II, por sua vez, abarca o ônus do recorrente em provocar o pronunciamento expresso a respeito da matéria suscitada no recurso principal ou em contrarrazões, para não se considerar a questão afeta ao recurso de revista, como inovação recursal da parte e, portanto, preclusa.

De forma extremamente relevante, com a inclusão do item III, da mencionada revisão sumular, o TST manteve o rigor em relação à exigência do prequestionamento no tocante à matéria de fato, no entanto, suavizou-a quando se tratar de “questão jurídica”, de modo que, neste último caso, adotou o já mencionado “prequestionamento ficto”, ou seja, quando a parte opõe embargos e, a despeito disso, o tribunal se recusa a suprir a omissão.

No tópico, diversamente do entendimento esposado no item I, houve privilégio da iniciativa da parte em obter o pronunciamento específico a respeito do tema a que se recorre, preservando-a de uma eventual ausência de manifestação do Tribunal *a quo*, a despeito de novamente ser desafiado pela via dos embargos de declaração.

Nesse sentido a jurisprudência do TST:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. (...) PREQUESTIONAMENTO FICTO. SÚMULA N.º 297, III, DO TST. Nos termos da Súmula n.º 297, III, do TST, ao se examinar o Recurso de Revista, considera-se prequestionada a questão jurídica, se referida questão tiver sido invocada no Recurso Ordinário, mesmo que, posteriormente, o TRT tenha se omitido de enunciar tese, desde que sejam opostos Embargos de Declaração. Com efeito, tem-se que a Reclamada não invocou a tese traçada na Súmula n.º 159, II, do TST-vacância do cargo em definitivo e salário do antecessor-, nas razões de seu Recurso Ordinário, tampouco opôs Embargos de Declaração em face da decisão recorrida. Nessa trilha, conclui-se que a matéria é inovatória, não se aplicando, in casu, o prequestionamento ficto-Súmula n.º 297, III, do TST. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. Processo: AIRR - 136800-

39.2009.5.03.0025 Data de Julgamento: 22/06/2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011.”; “(...) aplica-se a orientação inserta no item 3 do texto da Súmula nº 297 desta Corte, a qual contempla a hipótese do prequestionamento ficto, que decorre da iniciativa da parte, reconhecendo-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.RR-134000-27.2008.5.03.0137, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT 28/06/2011.”

“PREQUESTIONAMENTO FICTO - SÚMULA Nº 297, III, DO TST. Nos termos da Súmula nº 297, III, do TST, ao se examinar o recurso de revista, considera-se prequestionada a matéria jurídica, se a respectiva pretensão tiver sido invocada no recurso ordinário, mesmo que, posteriormente, o TRT tenha se omitido de enunciar tese (desde que, nesse caso, sejam opostos embargos de declaração). Verificando-se, todavia, que o reclamante não invocou a aplicação do dispositivo legal em foco nas razões de seu recurso ordinário, conclui-se que a matéria é inovatória e não se aplica o prequestionamento ficto a seu favor. Incensurável, portanto, o despacho que negou seguimento ao recurso de revista. Agravo de instrumento não provido. AIRR 727002620015170006 72700-26.2001.5.17.0006. Rel. José Antônio Pancotti. 4ª Turma, DJ 17/02/2006.”⁴⁴

No tocante ao item III da Súmula 297, leciona Mauro Schiavi⁴⁵:

“O referido inciso III da Súmula n. 297 do Tribunal Superior do Trabalho consagrou o que a doutrina tem denominado prequestionamento ficto ou tácito. Desse modo se a parte opuser os embargos de declaração com o objetivo de prequestionar a matéria, ainda que o Tribunal não se pronuncie sobre questão invocada nos embargos se considerará prequestionada a matéria. Nesse sentido sustenta Raul Armando Mendes: ‘Todas as vezes que fora alegada ofensa à Constituição ou violação à lei ou ao direito federal, deve o recorrente prequestionar a controvérsia no Tribunal a quo, quando das razões do apelo. Em não cuidando o acórdão do tema aventado, deve opor embargos de declaração que providos ou não, afastam o obstáculo à inadmissibilidade’. Com bem adverte Teresa Arruda Alvim Wambier, ‘é imperativo, todavia observar que esta dispensa ou esse considerar fictício o prequestionamento pode resolver a situação da parte e deixar de embaraçar o curso do processo quando se trata, por exemplo, de incluir no acórdão impugnado o dispositivo que teria sido violado, mas nunca quando se trata da necessidade que às vezes existe de fazer constar do acórdão do órgão a quo fatos que deveriam ter levado, segundo o recorrente, a uma decisão diferente daquela que foi prolatada (...) Problemas assim, não há dispensa ou ficção que resolva’.”

Revela ressaltar, que, antes revisão da Súmula 297, quando o Tribunal Regional se recusava a adotar tese explícita mesmo após a provocação da parte, mediante oposição de embargos, era necessário o ingresso de recurso de revista com pedido preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional.

⁴⁴ <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 26/07/2011.

⁴⁵ SCHIAVI, op.cit., p. 703

Referida nulidade deveria, obrigatoriamente, vir fundamentada nos artigos 832, da CLT, 458 do CPC e 93, IX, da Constituição Federal, considerando os termos da Orientação Jurisprudencial 115 da SBDI-1 do TST para que, uma vez acolhida, a decisão fosse alterada, e, conseqüentemente, os autos fossem reenviados ao tribunal de origem para nova análise das razões recursais.

Após a inclusão do item III, no referido verbete, diante da provocação tempestiva e regular de saneamento da decisão mediante embargos de declaração, com pedido de pronunciamento expresso sobre a questão jurídica controversa, o conhecimento destes, portanto, é o que basta para abrir a via de acesso ao conhecimento do recurso de revista, independentemente do desfecho de mérito que a ele se dê.

Não há mais necessidade, portanto, de retorno dos autos ao Tribunal de origem para análise do tema invocado no recurso, de modo que o atual entendimento do TST é de não mais acolher eventual preliminar de nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional, procedendo a análise das razões recursais de modo imediato.

Nessa linha, o entendimento da SbDI-1 do TST:

“(...) NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - PREQUESTIONAMENTO FICTO - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT. A questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omitiu o Tribunal Regional, apesar de opostos Embargos de Declaração, está prequestionada, a teor da Súmula nº 297, item III, do TST. Correta a C. Turma ao não acolher a preliminar de nulidade do acórdão regional, por negativa de prestação jurisdicional. Ileso o artigo 896 da CLT. Embargos não conhecidos. E-RR-660266-60.2000.5.05.5555, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 13/05/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 21/05/2010”.⁴⁶

Importa ressaltar, que somente se aplica o item III da Súmula 297/TST, quando a matéria trazida nos embargos de declaração não seja fática, nem demande o revolvimento de provas, a matéria deve, sim, ser de ordem jurídica, conforme muito bem advertido por Teresa Arruda Alvim Wambier, citada acima por Mauro Schiavi.

⁴⁶ <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 22/06/2011.

Ademais, constata-se dos precedentes jurisprudenciais que deram origem ao item III da referida Súmula, que trataram de questão jurídica omitida, assim como consta na redação da Súmula. Isso deixa claro, conforme já dito anteriormente, que para o TST não basta a mera oposição de embargos para que a matéria seja considerada prequestionada, a matéria trazida nos embargos de declaração tem que ser necessariamente jurídica.

A finalidade precípua do referido entendimento perfilhado pelo Tribunal Superior do Trabalho é de resguardar a discussão sobre a matéria, considerando prequestionada a questão jurídica que foi invocada no recurso, ainda que a mesma não tenha sido decidida, omitindo-se o Tribunal de pronunciar tese a respeito.

Essa orientação tem fundamento em decisões do STF sobre o tema, quais sejam, RE-349160, 1ª T. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19.03.93, p.40; 2ª T., RE 208.639, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 04.02.02, p. 10; Tribunal Pleno, RE 219.934, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 16.02.01, p. 964, em que se admitiu o prequestionamento para efeito de recurso extraordinário, mesmo que o tribunal inferior não tenha analisado a questão jurídica quando da interposição de embargos de declaração.

A despeito do entendimento perfilhado pelo TST, há doutrinadores que entendem haver supressão de instância nesses casos.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins pontua que⁴⁷

“entendo que se o tribunal examina a matéria pela primeira vez, ainda assim existe supressão de instância. O correto seria devolver o processo ao tribunal de origem, anulando sua decisão, para que se manifeste sobre o tema proposto”.

Nelson Nery Júnior é outro crítico severo dessa orientação. Segundo ele, não se pode conhecer e julgar pelo mérito recurso excepcional interposto de questão não decidida. As cortes superiores são órgãos revisores dos atos das instâncias

⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ordinárias. Não basta, portanto, que o tribunal tenha podido julgar. Ele “tem de, efetivamente, ter julgado, decidido, a questão”⁴⁸.

A bem de eventuais críticas, a celeridade processual, a instrumentalidade e a eficácia do processo são os pontos cruciais objetivados neste procedimento, pois, como é sabido, os recursos excepcionais prolongam-se nos tribunais por anos, às vezes, décadas, sem que haja qualquer notícia de julgamento.

É certo, ainda, que o congestionamento do Poder Judiciário é fato notório, de modo que os processos se acumulam aos milhares nos gabinetes aguardando uma decisão.

Com efeito, ao se acatar o antigo posicionamento de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional e consequente retorno dos autos à origem, ao contrário de solucionar a questão, a demora na prestação jurisdicional para a efetiva prolação de decisão definitiva traria maiores prejuízos aos jurisdicionados que tão ansiosamente aguardam uma solução de seus conflitos.

Como se vê, o atual entendimento perfilhado pelo Tribunal Superior do Trabalho por meio da Súmula 297 visa o atendimento aos princípios da instrumentalidade, celeridade e economicidade processuais, cujo cunho e aplicabilidade práticos são inestimáveis.

⁴⁸ JÚNIOR, Nelson Nery. “Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores”. In NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2001.

5. O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já demonstrado, a forma de prequestionamento, denominada ficto, tem previsão apenas em Súmulas dos Tribunais, no entanto, há um anteprojeto do Novo Código de Processo Civil elaborado pela comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379 de 2009, que, aprovado no Senado em 15/12/2010, tramita atualmente na Câmara dos Deputados, e que contempla essa hipótese, considerando prequestionada a matéria ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos. Veja a redação proposta:

“Art. 940. 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.”

Trata-se de disposição que expressamente admite o chamado "prequestionamento ficto", tema que atualmente põe em lados opostos os entendimentos do STF e do TST em relação àquele perfilhado pelo STJ.

A exigência do prequestionamento, conforme visto, é entendimento pacífico na jurisprudência há décadas, tendo resultado na edição das Súmulas 282 e 356 ambas do STF e datadas de 1963.

Notadamente, a controvérsia doutrinária e que resultou no referido anteprojeto, surge nos casos em que, embora tenham sido opostos os embargos declaratórios, o tribunal persista na recusa em apreciar a questão suscitada.

No STF e no TST, o entendimento é convergente no sentido de que, uma vez opostos embargos de declaração, se considera satisfeita a exigência do prequestionamento, ainda que o tribunal de origem se recuse a manifestar sobre os dispositivos invocados pelo embargante.

Portanto, em tal hipótese, o recorrente poderá interpor recurso requerendo diretamente o julgamento da causa com base nos dispositivos que entende violados, sem necessidade de requerer a anulação do acórdão e a remessa dos autos de volta à origem.

Já no âmbito do STJ, o entendimento pacífico, consagrado na Súmula nº 211 é o de que, não tendo havido manifestação expressa da corte de origem quanto aos dispositivos apontados como violados, não há prequestionamento e, portanto, está impossibilitada sua análise por meio de recurso especial.

Vê-se, pois, que, embora não haja, no texto constitucional, qualquer divergência substancial entre os artigos 102, III, e 105, III, no que se refere à necessidade de prequestionamento, as cortes acabaram por chegar a entendimentos opostos quanto ao tema.

Em face disso, a comissão de juristas decidiu por termo à controvérsia, e o fez optando pelo entendimento mais condizente com os princípios da celeridade e da eficiência, que nortearam os trabalhos de elaboração do Anteprojeto. Isto porque, embora logicamente justificável, o entendimento do STJ, inegavelmente, implica em grande demora no oferecimento da efetiva prestação jurisdicional, pois impõe a interposição e o julgamento de dois recursos especiais, em vez de um, o que adiciona mais alguns anos à tramitação dos processos.

Com efeito, referido projeto visa simplificar os atos processuais, mormente no que diz respeito ao instituto do prequestionamento nos recursos excepcionais e, com a entrada em vigor do novo código, se aprovado na forma proposta, a visão vanguardista do TST e do STF se sobrepujarão ao entendimento perfilhado pelo STJ.

6. CONCLUSÃO

O instituto do prequestionamento é questão bastante controversa no direito processual brasileiro, não havendo uniformidade quanto ao seu conceito, suas classificações e tão pouco quanto a sua configuração.

No entanto, tais divergências doutrinárias e jurisprudenciais não bastam para que o mesmo perca sua relevância na análise da admissibilidade dos recursos excepcionais.

Instituído no Direito Brasileiro na primeira Constituição Republicana, datada de 1891, surgiu por influência do *writ of error* norte-americano, segundo o qual, a admissibilidade do recurso é taxativamente condicionada a ter sido suscitada, discutida e julgada questão cuja solução contrarie norma da Constituição, de Lei Federal ou tratados da União.

O fato de ter sido excluído do texto constitucional posteriormente, passando a derivar de construção hermenêutica, gerou uma condição peculiar entre os requisitos de processamento dos recursos excepcionais, evidenciando as mais variadas compreensões entre os próprios Tribunais Superiores e os doutrinadores.

A falta de uniformidade da jurisprudência quanto à definição do prequestionamento fez surgir diversas classificações para o mesmo, que, embora objetivem facilitar a compreensão do instituto e permitir uma relativa flexibilização de conceitos, haja vista a ausência de consenso, não alcançam uma uniformidade de entendimentos em sede doutrinária e jurisprudencial.

A despeito disso, referido instituto vem ganhando notória importância e complexidade com o passar do tempo, porquanto influencia diretamente no acesso à justiça para todos aqueles que se socorrem aos Tribunais Superiores objetivando o julgamento de suas lides.

Com efeito, o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula 297, vislumbrou, de forma eminentemente didática, a aplicação do instituto do prequestionamento na apreciação dos recursos de revista, de modo que não pairam dúvidas, naquela Corte, quanto ao momento, forma ou necessidade de provocação pela parte recorrente.

Revela ressaltar que, no particular, o Direito Processual do Trabalho não mais se socorre do artigo 769 da CLT, o qual estabelece a aplicação subsidiária do Direito Processual Civil no caso de omissão, para que se justifique a exigência do prequestionamento do Recurso de Revista, porquanto se trata de recurso de fundamentação vinculada, de modo que a exigência decorre de sua própria natureza de recurso excepcional, assim como os recursos especiais e extraordinários.

Reflete-se, então, que o Direito Processual do Trabalho tem revelado verdadeira visão vanguardista em relação ao Processo Civil, notadamente no que diz respeito à aplicação do prequestionamento no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, que antecedeu a revisão do Código de Processo Civil no tocante ao prequestionamento ficto e, conseqüentemente, ultrapassou a necessidade de manifestação do Tribunal originário quando, presente no recurso principal, a alegação da parte não for apreciada, e ainda, quando opostos embargos declaratórios, o Tribunal persistir na recusa em apreciar a questão suscitada.

O Tribunal Superior do Trabalho, com fito na celeridade processual, nesses casos específicos, passa ao exame direto da questão de fundo, o que não caracteriza supressão de instância, conforme pontuam alguns doutrinadores, não havendo que falar em ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a parte oponente já se encontrava ciente das argumentações da recorrente quando da interposição do recurso ordinário.

O fato de o Tribunal originário não se manifestar acerca das argumentações esposadas no recurso ordinário não exime o recorrido da precaução em contrapor os argumentos expostos pelo recorrente. Este é, afinal, o objetivo das contrarrazões.

Nessa linha resta totalmente rechaçada a alegação dos doutrinadores de que a parte recorrida seria surpreendida com a decisão proferida pelo TST, pois,

como se vê, para se acatar o prequestionamento ficto, previsto na Súmula 297, há necessidade de que as argumentações sejam expostas já no recurso ordinário, e, necessariamente, reiteradas em sede de embargos de declaração.

Assim, teria a parte recorrida, no mínimo, três momentos para expor suas contraposições, até que a decisão do TST fosse efetivamente proferida, quais sejam, as contrarrazões ao recurso ordinário, a manifestação sobre os embargos - ambas em sede ordinária -, e as contrarrazões ao recurso de revista em instância extraordinária.

Efetivamente, conforme se infere, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa restam estritamente observados, revelando que o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, em relação ao prequestionamento, na esteira de daquele perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, inova e ultrapassa a barreira imposta pelo STJ aos recursos excepcionais, constituindo um dos mais notáveis tópicos de exame.

Finalmente, observa-se que a exigência do prequestionamento é salutar e recomendável, pois os recursos de índole extraordinária possuem finalidades peculiares e objetivam muito além da justiça no caso concreto. Nesse diapasão, o prequestionamento, mais do que uma figura limitadora e restritiva, afigura-se como peça fundamental de respeito à organicidade procedimental e de homenagem aos princípios constitucionais insculpidos na Carta Magna.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 14 maio 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Prequestionamento ficto. Processo TST-E-RR-660266-60.2000.5.05.5555, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 13/05/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 21/05/2010. Disponível em: <http://www.tst.jus.gov.br>. Acesso em 22/06/2011.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Prequestionamento ficto. Processo TST-AIRR - 136800-39.2009.5.03.0025 Data de Julgamento: 22/06/2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011. Disponível em: <http://www.tst.jus.gov.br>. Acesso em 26/07/2011.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Prequestionamento ficto. Processo TST- RR-134000-27.2008.5.03.0137, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT 28/06/2011. Disponível em: <http://www.tst.jus.gov.br>. Acesso em 26/07/2011.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Prequestionamento ficto. Processo TST-AIRR 727002620015170006 72700-26.2001.5.17.0006. Rel. José Antônio Pancotti. 4ª Turma, DJ 17/02/2006. Disponível em: <http://www.tst.jus.gov.br>. Acesso em 26/07/2011.

CÔRTEZ. Osmar Mendes Paixão. Recurso Extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro, Ed. Forense, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006.

COSTA, Marcus Vinícios Americano da. Embargos de declaração: prequestionamento, efeito modificativo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins/coordenação Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v.11.) p.232 a 237.

CREMASCO, Suzana Santi. O Prequestionamento das Questões Federais e Constitucionais: a Divergência de Entendimento entre o STJ e o STF. Editora Magister - Porto Alegre. Data de inserção: 02/12/2009. Disponível em: www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=608. Data de acesso: 26/07/2010.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Embargos de Declaração. Efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. RT, 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito Processual do Trabalho, Tomos I e II, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

_____. Manual de Direito do Trabalho, Tomos I e II, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios Fundamentais –Teoria geral dos recursos. 6ªEd. São Paulo: RT, 2004.

_____. “Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de delcaração prequestionadores”. In NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 5 ed.São Paulo:LTr, 2007

LINS, Artur Orlando de Albuquerque da Costa. O prequestionamento como requisito específico de acesso aos Tribunais Superiores. In. Revista dialética de direito processual, nº 87, p. 9-17. Junho-2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: RT, 2009.

_____. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. 3 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: RT, 2002.

NETO, Vito Antônio. Recursos Excepcionais- O prequestionamento e a matéria de ordem pública. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins/coordenação Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v.11).

QUINTAS, Fábio Lima. A Nova Dogmática do Recurso Extraordinário: o Advento da Repercussão Geral e o Ocaso do Prequestionamento. In Revista Direito Público, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v.5, nº 22 – Jul/Ago 2008.p. 07-23.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 2ª Ed. São Paulo. LTr, 2009.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.