

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNA SILVEIRA SAHADI

**O PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL PELO ARTIGO
535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A NEGATIVA DA
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELOS TRIBUNAIS LOCAIS**

BRASÍLIA

2015

BRUNA SILVEIRA SAHADI

**O PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL PELO ARTIGO 535 DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A NEGATIVA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL PELOS TRIBUNAIS LOCAIS**

Trabalho de Dissertação apresentado
ao Curso de Pós-Graduação em Direito
como requisito parcial para obtenção
título de Pós- Graduação em Direito
Processual Civil.

Orientador: Bruno Burini

BRASÍLIA

2015

BRUNA SILVEIRA SAHADI

**O PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL PELO ARTIGO 535 DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A NEGATIVA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL PELOS TRIBUNAIS LOCAIS**

Trabalho de Dissertação apresentado
ao Curso de Pós-Graduação em Direito
como requisito parcial para obtenção
título de Pós Graduação em Direito
Processual Civil.

Brasília-DF, 09 de dezembro de 2015.

Prof. Bruno Burini

Professor Orientador

Prof.

Membro da Banca Examinadora

Prof.

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, além de criar o Superior Tribunal de Justiça, também instituiu a figura do Recurso Especial, utilizado como mecanismo para garantir a correta aplicação das leis federais. O legislador processual, por sua vez, estabeleceu diversos pressupostos para a interposição do Recurso Especial, sendo um deles o prequestionamento, pelo qual se exige que a matéria levada à apreciação da Corte Superior tenha sido debatida previamente pelas instâncias ordinárias. No entanto, existem situações em que as partes não conseguem obter do órgão Julgador a expressa manifestação das questões federais suscitadas, o que impede o seu acesso à via excepcional ao Superior Tribunal de Justiça. Diante dessa recusa do Tribunal de origem em discutir a matéria aventada pela parte, seja pela oposição de embargos de declaração prequestionadores ou pelo retorno dos autos por determinação do Superior Tribunal de Justiça para novo julgamento da causa, o presente estudo buscou expor os prejuízos causados à parte recorrente, bem como apresentar soluções para garantir a abertura da via especial.

Palavras-chave: Constituição Federal – Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial – Prequestionamento – Embargos de Declaração

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 create the Superior Court of Justice also established the position of Special Appeal, used as a mechanism to ensure the correct application of federal laws. The procedural legislator, in turn, established several assumptions for bringing the special appeal, one of the prequestionamento, by which is required that the matter brought to the appreciation of the Superior Court has previously been debated by the ordinary courts. However, there are situations where the parties fail to get the body Judging the express manifestation of federal issues raised, which prevents access to the exceptional way to the Supreme Court. Faced with this refusal of the court of origin to discuss the matter outlined by the party or by the opposition prequestionadores requests for clarification or return the file by decision of the Superior Court for retrial of the cause, this study sought to expose the damage caused to of the appellant as well as present solutions to ensure the opening of the particular route.

Keywords: Federal Constitution - Superior Court of Justice - Special Appeal – Prequestionamento - Requests for clarification

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 RECURSO ESPECIAL	8
1.1 Um novo tribunal – Uma nova competência recursal	8
1.2 Procedimento	21
2 PREQUESTIONAMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	25
2.1 Dos diversos conceitos atribuídos ao termo “prequestionamento”	25
2.2 Configuração do prequestionamento explícito e implícito.....	31
2.3 Prequestionamento e Embargos de Declaração.....	37
2.4 Embargos de declaração e a função prequestionadora	38
2.5 Meios recursais cabíveis para buscar o prequestionamento da matéria rejeitada em sede de embargos de declaração.....	56
3 A NEGATIVA DA DEVIDA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM FACE DA DECISÃO DE PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, PELO STJ, COM BASE NA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, II E 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	61
3.1 O prejuízo causado à parte ante a resistência do Tribunal <i>a quo</i> em suprir a omissão do julgado anulado	61
3.2 A utilização da reclamação constitucional como meio de garantir a autoridade da decisão de provimento do recurso especial pelo STJ	64
3.3 O prequestionamento ficto no novo código de processo civil – análise do artigo 1.025 da Lei 13.105/2015.....	67
3.4 Configuração do prequestionamento ficto pela interposição do segundo recurso especial por violação aos artigos. 165, 458, II e 535, II, todos do CPC.....	69
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

O objeto principal da pesquisa consiste em demonstrar como a recalitrância dos Tribunais de origem, no cumprimento da decisão de provimento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na violação aos artigos 165, 458, inciso II e, especialmente, ao artigo 535, inciso II, todos do Código de Processo Civil, acarretam prejuízo à parte recorrente, na medida em que se vê impedida de ter a matéria, que entende ter sido violada, analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, em virtude da ausência do prequestionamento do tema.

Buscou-se analisar as medidas tomadas pela Corte de origem em face da decisão de provimento do recurso especial pelo STJ, determinando o retorno dos autos para novo julgamento do ponto omissis, tendo em vista que, diante de tal determinação, espera-se o regular cumprimento da decisão pelo Tribunal local, a fim de sanar a omissão e, conseqüentemente, realizar o prequestionamento da matéria suscitada pelo Recorrente, para que seja aberta a via do recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça.

Foram desenvolvidos três capítulos. O primeiro capítulo teve por escopo o estudo do recurso especial desde o surgimento do Superior Tribunal de Justiça, buscando ressaltar as hipóteses de cabimento preceituadas na Carta Constitucional, os pressupostos para o seu regular processamento e admissibilidade, bem como o seu procedimento.

Posteriormente, a análise do segundo capítulo restringiu-se ao instituto do prequestionamento, abordando os diversos conceitos atribuídos pelos doutrinadores e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, fazendo um paralelo com o recurso de embargos de declaração, utilizado como meio para sua configuração em determinados casos. Também procurou analisar o instituto do prequestionamento com base nas disposições contidas no Novo Código de Processo Civil que, em seu artigo 1.025, institui a figura do prequestionamento ficto para abertura das vias excepcionais.

Por fim, o terceiro capítulo, foi destinado ao estudo quanto à resistência dos tribunais de origem no novo julgamento dos embargos declaratórios, mesmo após decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça

dando provimento ao recurso especial por violação aos artigos 165, 458, II e 535, II, do Código de Processo Civil.

O tema proposto será desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica de processualistas brasileiros, com enfoque no entendimento defendido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de elaborar um crítica quanto ao formalismo exagerado exigido pela referida Corte Superior, para que a parte recorrente, efetivamente, possa ter aberta a via excepcional para discussão da matéria violada pelo tribunal de origem, mesmo após o retorno dos autos para novo julgamento da questão tida por omissa.

1 RECURSO ESPECIAL

Antes que adentremos no mérito quanto à natureza jurídica do recurso especial, importa tecer algumas considerações históricas sobre o seu surgimento e o tribunal competente para julgá-lo.

1.1 Um novo tribunal – Uma nova competência recursal

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, as matérias que hoje são afetas à figura do Recurso Especial, eram submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Recurso Extraordinário.

Dessa forma, pelo sistema constitucional anterior à Carta Magna vigente, o recurso extraordinário era interposto com o objetivo de demonstrar afronta tanto à legislação constitucional como à legislação infraconstitucional.

Entretanto, com o passar dos anos o Supremo Tribunal Federal entrou numa fase de perpétua crise, na medida em que o número de recursos aumentava exponencialmente e sua estrutura permanecia intacta.

Mesmo com a criação de diversos mecanismos, como por exemplo, a arguição de relevância, os óbices regimentais, a repercussão geral e a súmula vinculante, o problema não foi de todo solucionado.

Visando estancar o cenário de crise, a comunidade jurídica nacional houve por bem prestigiar sugestão formulada pelo Professor José Afonso da Silva, qual seja, a criação de um Tribunal Superior de Justiça, com a principal competência de julgar os recursos sobre questões de direito federal infraconstitucional comum¹.

Sensível ao cenário vivido pelo STF, o constituinte de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça, deslocando a competência de julgamento dos recursos que versassem sobre questões de direito infraconstitucional para o referido tribunal, bem como criou a figura do recurso especial.

¹ Assim: ATHOS CARNEIRO. Requisitos. 1999, p. 98; CARLOS VELLOSO. O Superior. 1991, p. 7, 8 e 9; JOSÉ AFONSO DA SILVA. Curso. 16ª ed., 1999, p. 554, nota 4; e RODOLFO MANCUSO. Recurso especial. 4ª ed., 1996, p. 58.

Colaciona-se a lição de Bernardo Pimentel Souza:

(...) o constituinte de 1988 transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a missão de zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional comum. E para a novel corte poder cumprir tal encargo, foi instituído o recurso especial, que passou a ser a via processual adequada para submeter, à apreciação de tribunal superior, as ofensas à legislação federal perpetradas pelos tribunais de segundo grau, assim como os dissídios jurisprudenciais acerca da interpretação do direito federal infraconstitucional.²

Oportunas, também, são as palavras de José Afonso da Silva a respeito do tema:

O que dá característica própria ao Superior Tribunal de Justiça são suas atribuições de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal, consubstanciando-se aí jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo que constitui um valor jurídico, que resume certeza, garantia e ordem, valor esse que impõe a necessidade de um órgão de cume e um instituto processual para a sua real efetivação no plano processual.³

Sobre a matéria, também ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha que o Superior Tribunal de Justiça “mantém a função de interpretar a legislação infraconstitucional, corrigindo ilegalidades cometidas no julgamento de causas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça”.⁴

Frise-se, outrossim, que além do papel de realizar a interpretação e a preservação da legislação infraconstitucional, também foi conferido ao Superior de Tribunal de Justiça a função de uniformização da jurisprudência em âmbito nacional, função esta relacionada ao princípio da segurança jurídica.

Entretanto, sobreleva ressaltar que, agora, com o advento do Novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça deixa de ser uma

² SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, p. 619.

³ SILVA, Jose Afonso da. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 207.

⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 304.

corte de controle e jurisprudência, passando a ser uma corte de interpretação e precedentes.

Pede-se vênia para transcrever os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Enquanto as Cortes de Justiça – os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais – assumiram o posto de cortes de controle e de jurisprudência, cuja preocupação é voltada para a prolação de uma decisão justa e para o fomento do debate a respeito dos mais diversos significados que o discurso do legislador pode assumir no âmbito interpretativo, as Cortes Supremas galgaram o posto de cortes de interpretação e de precedentes, cuja missão não está apenas na guarda da Constituição e do direito federal, mas na sua efetiva reconstrução interpretativa, decidindo-se quais os significados devem prevalecer a respeito das dúvidas interpretativas suscitadas pela prática forense, e na sua vocação de guia interpretativo para todos os envolvidos na administração da Justiça Civil e para a sociedade como um todo.⁵

Isso porque a Lei 13.105 de 16.03.2015, que institui o novo Código de Processo Civil, conferiu ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal a verdadeira caracterização de Corte Suprema, na medida em que determinou às referidas Cortes, bem como aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça o respeito aos precedentes e à jurisprudência formada, conforme preveem os artigos 926 e 927 do Novo CPC:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 963.

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Feitas tais considerações, passa-se ao exame das principais características do recurso especial.

Quanto à sua conceituação, adota-se o entendimento definido por Luiz Orione Neto:

O recurso especial é o meio próprio pra controlar a fundamentação das decisões judiciais, proferidas pelos tribunais de segundo grau, com escopo de uniformizar, em âmbito nacional, o entendimento das normas federais.⁶

Já no que tange à competência para a sua análise, prevê o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que o julgamento do recurso especial é de competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

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;

⁶ ORIONE NETO, Luiz. Recursos cíveis. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 498.

- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.⁷

Com relação ao objeto, sobreleva ressaltar as lições de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, pelas quais resta evidenciado que, podem ser objeto de recurso especial as decisões (acórdãos) tomadas em última ou única instância. Significa dizer, portanto, que o recurso especial não pode ser manejado enquanto houver recurso cabível na instância de origem⁸.

A referida exigência é, inclusive, objeto da Súmula nº 207 do Superior Tribunal de Justiça, que está assim redigida: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

Também não é cabível recurso especial contra acórdão proferido por Turma Recursal dos Juizados Especiais. Esse é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 203 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

Feitas tais considerações, importante salientar as hipóteses de cabimento do recurso especial.

Conforme exposto anteriormente, as hipóteses de cabimento do recurso especial estão elencadas no art. 105, inciso III, alíneas a, b e c, da Constituição Federal.

Dispõe a Carta Constitucional em seu art. 105, III, que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em sede de recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais

7 BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 105. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

8 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 266.

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 válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Vê-se, portanto, que o constituinte referiu-se, expressamente, a *tribunais*, bem como exigiu que as decisões fossem de última ou única instância, tomadas de forma colegiada.

No que tange à expressão constitucional “*causas decididas*”, importante salientar, consoante leciona Eduardo Arruda Alvim, que tal termo abrange qualquer acórdão que seja proferido por Tribunais locais, podendo ser proferido em sede de apelação, embargos infringentes, agravo de instrumento, entre outros. O importante é que tal decisão tenha sido proferida por um colegiado de Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça⁹.

Dessa forma, o termo “*causas decididas*” abrange os processos com julgamento de mérito, sem julgamento de mérito e até questões incidentais decididas na causa, desde que a decisão seja proveniente do Poder Judiciário.

Seguindo a leitura do dispositivo constitucional, relevante destacar que o constituinte também exigiu que a causa fosse decidida por um órgão colegiado dos Tribunais Regionais Federais ou de Justiça, em única ou última instância, a fim de não haja supressão de instância e para a regular abertura da via especial. Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2009) lecionam:

Os recursos extraordinários e especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única. Não podem ser exercitados *per saltum*, deixando in albis alguma possibilidade de impugnação. As cortes de cúpula só devem manifestar-se sobre questão que tenha sido resolvida na instância ordinária.¹⁰

⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, p. 860.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 266.

Nesse diapasão, é incabível o manejo de recurso especial contra decisão monocrática de membro de determinado tribunal, pois esta estaria sujeita ao recurso de agravo interno¹¹.

Conclui-se, desse modo, que a via especial só é aberta quando não for mais cabível nenhum recurso ordinário na instância de origem, posto que, somente assim restará configurado o esgotamento das vias ordinárias de impugnação.

Consoante preceitua a alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, é cabível recurso especial por contrariedade e negativa de vigência a tratado ou lei federal.

Doutrinadores como Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha diferenciam as expressões “*contrariar*” e “*negar vigência*”, nos seguintes termos:

O termo “*contrariar*” é mais abrangente do que *negar vigência*. Com efeito, *contrariar* “supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplica-lo às hipóteses que a ele devem subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentido do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal”. Em outras palavras, *contrariar* um texto é *mais* do que *negar-lhe vigência*. Em primeiro lugar, a *extensão* daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar a certos respeitos, o outro; segundo, a *compreensão* dessas alocações é diversa: ‘*contrariar*’ tem uma conotação mais difusa, menos contundente.¹²

Nesse contexto, tem-se por “*contrariar*” um vício em relação à interpretação dada à determinada lei federal, e por “*negar vigência*” um vício quanto à aplicação ou não de determinada norma.

No mesmo sentido é a lição de Daniel Assumpção Amorim Neves:

De qualquer maneira, “*contrariar*” significa distanciar-se da *mens legislatoris* ou da finalidade da norma, incluindo uma má interpretação que importe o desvirtuamento de seu conteúdo, enquanto “*negar vigência*” significa deixar de aplicar a norma

¹¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, p. 624.

¹² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 306.

correta no caso concreto. Tanto a contrariedade como a negativa de vigência, impedem a lei federal de ser aplicada como deveria, sendo nesses termos vícios da mesma gravidade.¹³

De se observar, ainda, que a alínea “a” do permissivo constitucional refere-se a tratado e lei federal.

A *lei federal*, para efeito de cabimento de recurso especial, abrange: **(a)** lei complementar federal; **(b)** lei ordinária federal; **(c)** lei delegada federal; **(d)** decreto-lei federal; **(e)** medida provisória federal; e **(f)** decreto autônomo federal.

Conforme ressaltar Didier e Carneiro da Cunha, “os demais atos, diplomas ou instrumentos normativos, uma vez desatendidos, não são objeto de análise em recurso especial”.¹⁴

Também não é cabível a interposição de recurso especial sob alegação de violação a regimento interno do tribunal. O Supremo Tribunal Federal possui orientação jurisprudencial consolidada e enunciado sumular editado à época que possuía competência para o julgamento do recurso especial: “399. Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal”.

Oportuno salientar, ainda, que existem *leis federais* que, analisadas sob o ângulo formal, são, na verdade, materialmente locais, porquanto tem alcance limitado a determinado território, não ensejando a interposição de recurso especial¹⁵. Nesse mesmo sentido manifestou-se o STJ, dizendo que não cabe a análise, por exemplo, da Lei nº 4.878/65, que trata do regime jurídico dos Policiais Civis do Distrito Federal¹⁶.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 743.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 307.

¹⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial. 2ª edição, 2012, p.163.

¹⁶ “3. Está pacificado nessa Corte o entendimento de que a Lei n. 4.878/65, que trata do regime jurídico dos Policiais Civis do Distrito Federal, muito embora seja formalmente federal, materialmente ela é local, impedindo a sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça.” (AGI n. 494.139/DF – Agrg, 6ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 22 de abril de 2008).

Ademais, a *lei federal* tratada na alínea “a” do permissivo constitucional também abrange o direito estrangeiro e os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Frise-se, ainda, que os tratados internacionais são incorporados ao nosso ordenamento jurídico somente após serem celebrados pelo Presidente da República, referendado pelo Congresso Nacional, promulgados e publicados pelo Presidente da República, consoante a regra disposta nos artigos 49, inciso I, e 84, incisos IV e VIII, da Constituição Federal.

Quanto ao tratados de direitos humanos, impende ressaltar que os mesmos, sendo aprovados em dois turnos de votações na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, por três quintos dos votos, adquirem natureza constitucional, o que inviabiliza o manejo do recurso especial.

Ainda à luz do conceito de “lei federal”, também é importante deixar claro que o recurso especial não é o instrumento adequado para a interpretação de cláusulas contratuais, a teor do que dispõe a Súmula nº 5 do STJ: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”.

No mais, não é cabível a interposição de recurso especial que enseja o reexame do arcabouço fático-probatório dos autos. É o que impõe o enunciado nº 7 da Súmula do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Diante do exposto, vê-se que o recurso especial somente é viável para suscitar afronta a direito federal infraconstitucional perpetrada por Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça no âmbito de suas atribuições, desde que seja cabível nenhum outro recurso na origem.

Já nos termos da alínea “b” do inciso III do art. 105 da CF/88, será cabível o recurso especial quando o acórdão recorrido julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.

O termo *julgar válido*, nos dizeres de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha: “remete à necessidade de um contraste entre o ato do governo local e uma norma federal”¹⁷.

E prosseguem:

Nesse caso, se o ato de governo local foi *julgado válido*, significa que a lei federal restou afrontada. Entre a lei federal e o ato de governo local, o acórdão recorrido optou por este último, quedando por possivelmente violar a lei federal. Significa que o ato administrativo pode ter violado a lei federal. Ao julgar válido o ato administrativo, o acórdão restou, igualmente, por violar a lei federal, cabendo recurso especial. O STJ é chamado a manifestar-se sob esse possível contraste entre o ato administrativo local e a legislação federal.¹⁸

Por *ato de governo local*, assim entende Bernardo Pimentel:

A expressão constitucional “ato de governo local” alcança tanto os atos normativos quanto os atos administrativos provenientes dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim do Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal. Com efeito, desde que não veiculada discussão acerca de lei local, a impugnação de decreto, instrução, portaria ou qualquer outro ato proveniente de alguma das autoridades públicas de Estado-membro, do Distrito Federal ou de Município à luz de legislação federal, com o posterior julgamento pelo tribunal de origem em prol da validade do ato impugnado, autoriza a interposição de recurso especial pela atual alínea “b”, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça julgue acerca da contrariedade à lei federal.¹⁹

Note-se, portanto, que a abertura da via do recurso especial pela letra “b” do permissivo constitucional só ocorre quando o tribunal de origem decide em favor da validade do ato de governo local (atos normativos e administrativos emanados dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como de todo o Poder Judiciário). Dito de outro modo, o cabimento do recurso especial, nesse caso, não será viável quando o julgamento da Corte local é contrário à validade do ato de governo local.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 308.

¹⁸ Ibidem. p. 308.

¹⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial. 2ª edição, 2012. p.171.

Bernardo Pimentel ainda sustenta que não cabe recurso especial quando a discussão gira em torno de lei emanada do Poder Legislativo estadual, distrital ou municipal, na medida em que, nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal é o detentor da competência para analisar eventual violação ao direito, consoante dispõe o artigo 102, inciso III, alínea “d”, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004²⁰.

Diferentemente do que ocorre nas hipóteses das alíneas “a” e “b”, a letra “c” do permissivo constitucional autoriza a interposição de recurso especial quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal”.

Vê-se que a referida alínea reforça o papel conferido pelo constituinte de 1988 ao Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o de uniformizar a jurisprudência nacional acerca da interpretação da lei federal pelos tribunais do país.

Nesse sentido é a lição de Bernardo Pimentel:

Diferentemente da uniformização de jurisprudência do artigo 476 do Código de Processo Civil, incidente que visa a eliminar dissenso intra muros, o recurso especial pela alínea “c” serve para pacificar o dissídio jurisprudencial externo. Por conseguinte, dissenso interno não autoriza recurso especial, conforme revela o preciso enunciado nº 13 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”.

Na verdade, a divergência que importa para admissibilidade de recurso especial é a que existe entre a corte regional ou local e “outro tribunal”. Ao contrário do acórdão recorrido, julgado que deve ter sido proferido por Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça o paradigma pode ter sido prolatado por qualquer “outro tribunal”, até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.²¹

Ressalte-se, ainda, que nessa hipótese, o recurso especial deve comprovar a divergência, realizando o regular cotejo analítico entre o acórdão recorrido e o paradigma, a fim de demonstrar a efetiva divergência de

²⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, p. 642.

²¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial. 2ª edição, 2012. p.172.

entendimento quanto à aplicação do direito federal infraconstitucional tido por violado.

Nesse sentido é a regra disposta no parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil e no artigo 255 do Regimento Interno do STJ, veja-se:

Art. 541. (...)

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.²²

Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo.

§ 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita: (Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)

a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 6, de 2002)

b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados. (Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)

§ 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. (Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)

§ 3º São repositórios oficiais de jurisprudência, para o fim do § 1º, b, deste artigo, a Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Revista do Superior Tribunal de Justiça e a Revista do Tribunal Federal de Recursos, e, autorizados ou credenciados, os habilitados na forma do art. 134 e seu parágrafo único deste Regimento. (Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991).²³

²² BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 541. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno. Artigo 255. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/regimento>. Acesso em: 13 jul. 2015.

Vê-se, a partir da leitura dos dispositivos acima transcritos que além da demonstração de divergência de interpretação de determinada lei federal, também deverá o recorrente transcrever trechos dos acórdãos confrontados, a fim de evidenciar o dissenso.

Assim é a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Feita a comprovação da divergência, deve o recorrente proceder ao chamado *cotejo* ou *confronto analítico* entre o julgado recorrido e o julgado paradigma, o que significa que deve o recorrente transcrever os trechos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Em outras palavras, não é suficiente, para comprovar o dissídio jurisprudencial, a simples *transcrição de ementas*, sendo necessário que o recorrente transcreva trechos do relatório do acórdão paradigma e, depois, transcreva trechos do relatório do acórdão recorrido, comparando-os, a fim de demonstrar que trataram de casos bem parecidos ou cuja base fática seja bem similar. Após isso, deve o recorrente prosseguir no cotejo analítico, transcrevendo trechos do voto do acórdão paradigma e trechos do voto do acórdão recorrido para, então, confrontá-los, demonstrando que foram adotadas teses opostas. Trata-se, pois, de proceder ao método *distinguishing*, a comparação entre o precedente invocado e a decisão recorrida.²⁴

No mais, também é necessário à comprovação da divergência a apresentação de um dos documentos elencados no artigo 541 do Código de Processo Civil para a comprovação de existência do acórdão adotado como paradigma, quais sejam, certidão do tribunal que a proferiu, cópia autenticada, citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência ou reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte.

José Miguel Garcia Medina ressalta, ainda, que mesmo havendo a indicação de decisões divergentes, o recorrente deve demonstrar e apontar a violação à legislação federal:

Logicamente, ao interpor o recurso com fundamento na alínea c, o recorrente deverá demonstrar que a decisão recorrida é a que deu interpretação contrária à lei federal, em contraposição

²⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 310.

a outra(s) decisão(ões), que deverá(ão) ser colacionada(s) a fim de se demonstrar a divergência jurisprudencial.²⁵

Portanto, a interposição de recurso especial pela alínea “c” deve observar as exigências dispostas na legislação processual, bem como no regimento interno do STJ, a fim de possibilitar a análise do mesmo pela Corte Superior.

1.2 Procedimento

O recurso especial, conforme debatido nos tópicos anteriores, é um instrumento processual destinado a garantir e unificar a interpretação da lei federal, por meio da aplicação correta da lei federal com a devida uniformização da jurisprudência nacional pelo Superior Tribunal.

Dito isso, é de suma importância destacar como se dá o processamento do referido remédio processual.

Assim como as ações ordinárias, que, por seu turno, devem preencher os pressupostos processuais e as condições da ação para serem conhecidas pelo magistrado *a quo*, o recurso especial também deve preencher os requisitos de admissibilidade exigidos pela legislação processual, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça possa analisar a existência ou não de maltrato à lei federal infraconstitucional, bem como a divergência jurisprudencial.

Analisando os requisitos básicos de admissibilidade, comuns a todos os recursos, a parte que interpôs o recurso especial deve cumprir outros pressupostos, considerados próprios dele. São os requisitos prévios ou preliminares e os requisitos pertinentes aos permissivos constitucionais (específicos).

O nosso sistema recursal aplica, em regra, o duplo exame de admissibilidade. Isso quer dizer que, cabe ao Tribunal de origem, órgão responsável pela interposição do recurso especial, a primeira análise quanto aos requisitos indispensáveis para o regular processamento do recurso

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, p. 86.

especial. Após o primeiro exame de admissibilidade positivo, o recurso especial é remetido ao Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pelo julgamento do mérito do recurso manejado que, por sua vez, também realiza uma nova análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Nesse contexto, segundo Bernardo Pimentel Souza, é possível afirmar que essa segunda análise, realizada pelo órgão julgador, é soberana em relação à análise feita pelo órgão de interposição²⁶.

O artigo 541 do Código de Processo Civil em vigor prevê que o recurso especial deve ser direcionado ao Presidente ou ao Vice Presidente do Tribunal de origem, por meio de petição autônoma.

Dessa forma, seguindo a regra do juízo bipartido de admissibilidade, o Tribunal a quo realiza o prévio exame acerca dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, podendo, quando verificar o não preenchimento dos mesmos, inadmiti-lo, devendo o recorrente interpor recurso de agravo, previsto no art. 544 do Código de Processo Civil.

A nova sistemática recursal, instituída no novo Código de Processo Civil, dá fim ao juízo bipartido de admissibilidade, determinando o imediato envio do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça que, por seu turno, deverá realizar um único exame de admissibilidade. Portanto, a figura do agravo contra decisão denegatória de recurso especial passa a não existir na nova legislação processual civil.

Com relação ao prazo de interposição do recurso especial, o artigo 508 do Código de Processo Civil estabelece ser de 15 (quinze) dias, bem como para a apresentação de contrarrazões:

Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias.²⁷

Além disso, o recurso especial deve observar o regular recolhimento do preparo. Isso porque, desde 2007, com a edição da Lei Federal n. 11.636-

²⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, p. 92.

²⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 508. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.

2007, passou-se a exigir o recolhimento de custas nos processos em trâmite no Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido é o artigo 10 da referida lei, o qual estabelece que, o recolhimento do preparo (custas e porte de remessa e retorno) deve ser realizado no tribunal de origem, no mesmo prazo da interposição do apelo especial.

A parte recorrente deve, portanto, comprovar o preparo no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção, conforme preceitua o artigo 511 do Código de Processo Civil em consonância com a Súmula n. 187 do Superior Tribunal de Justiça: “*É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não resolve, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos*”.

Frise-se, ainda, que, sendo o valor do preparo recolhido a menor, inclusive do porte de remessa e de retorno, a parte será intimada a complementá-lo e, não o fazendo no prazo de 5 (cinco) dias, terá seu recurso considerado deserto. Esta é a regra inserta no §2º do art. 511 do atual Código de Processo Civil e §2º do art. 1.007 do novo Código de Processo Civil.

Além da tempestividade e do preparo, o recurso especial deverá obedecer outro requisito para ser admitido: o prequestionamento dos artigos tidos por violados. Significa dizer que a matéria suscitada no recurso especial deve ter sido objeto de análise pela instância de origem. Entretanto, o referido pressuposto será objeto de análise detalhada no próximo capítulo.

Ainda quanto ao procedimento do recurso especial, não se pode olvidar da hipótese em que a decisão recorrida possui fundamentos de natureza constitucional e infraconstitucional. Bernardo Pimentel Souza, tratando do assunto destaca que, frisa que “quando os fundamentos têm natureza diversa, sendo um de cunho constitucional e o outro de índole infraconstitucional, torna-se necessária a interposição simultânea de recursos especial e extraordinário”.²⁸

²⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, p. 658.

Tal regramento é, inclusive, objeto de enunciado da súmula nº 126 do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação pede-se vênica para transcrever:

É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Sendo admitido o recurso especial pelo tribunal de origem, os autos deverão ser encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento (tanto do conhecimento quanto do mérito).

Por fim, havendo interposição simultânea de recurso especial e de recurso extraordinário, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (se admitidos na instância *a quo*), e após o julgamento do apelo especial haverá julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, caso a matéria não tenha sido declarada prejudicada.

2 PREQUESTIONAMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

2.1 Dos diversos conceitos atribuídos ao termo “prequestionamento”

Prima facie, cumpre tecer breves argumentos a respeito da origem do prequestionamento.

Teresa Wambier, discorre que a “noção de prequestionamento, como se sabe e como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo um fenômeno que dizia respeito à atividade das partes”²⁹. Isso porque, são as partes que *questionam e discutem* no decorrer do processo a questão federal ou constitucional que será objeto de posterior recurso excepcional.

A Constituição Federal de 1891, a exemplo do regramento estabelecido no *writ of error* do direito norte-americano, passou a estabelecer que o cabimento do recurso extraordinário estaria vinculado ao prévio questionamento pela parte recorrente, a respeito da validade ou incidência de tratados ou leis federais.

Acontece que a Constituição de 1946, ao contrário do que dispunha as Constituições anteriores, não repetiu a expressão “questionamento”, o que abriu margem para o entendimento de parte dos doutrinadores quanto a não exigência do referido pressuposto.

Igualmente a Constituição Federal de 1988 também não fez qualquer menção expressa ao referido termo, prevalecendo, assim, o entendimento jurisprudencial a respeito de sua exigência para o cabimento dos recursos extraordinário *lato sensu*.

Nesse sentido é a lição de Teresa Wambier:

A noção de prequestionamento passou a referir-se, ao longo do tempo, à necessidade de que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional. Prevaleceu, assim, o entendimento jurisprudencial de que o prequestionamento (presença da questão na decisão recorrida) é imprescindível ao cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial.
(...)

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.397.

A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu.

Trata-se, na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.³⁰

Dito isso, passa-se a conceituação do referido requisito para o regular processamento do recurso especial.

O prequestionamento, como visto acima, é um dos requisitos para a admissibilidade do recurso especial, pelo qual se exige a demonstração, por parte do recorrente, de prévia apreciação, pelo Tribunal de origem, da questão federal suscitada. O referido pressuposto “consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para o Tribunal Superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido”.³¹

Isso se deve ao efeito devolutivo limitado e horizontal do recurso especial, sendo de rigor que toda matéria objeto do recurso tenha sido tratada na decisão proferida pelo tribunal de origem.

Sobreleva ressaltar, ainda, que o prequestionamento não se limita às questões de direito, isto é, a parte pode utilizar-se dos meios recursais cabíveis para prequestionar, também, as questões de fato omitidas pelo órgão julgador.

Isso se dá em virtude da impossibilidade das Cortes Superiores analisarem os fatos e provas, ficando vinculadas à moldura fática descrita pelo Tribunal de origem.

Quanto ao conceito de prequestionamento, Paulo Gustavo M. Carvalho, dispõe que:

O prequestionamento no recurso especial decorre da expressão “causas decididas” contida no inciso III do artigo 105 da Constituição da República Federativa do Brasil, o que demonstra a necessidade de o Tribunal a quo ter analisado a questão para possibilitar a abertura da via extraordinária.

³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.400-401.

³¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 816.

André Luiz Santa Cruz Ramos, seguindo a mesma linha de entendimento, defende que o prequestionamento decorre da expressão “causas decididas”, *litteris*:

O requisito do prequestionamento para o conhecimento do recurso especial e extraordinário é uma decorrência do texto constitucional, embora não esteja nele expressamente previsto. Com efeito, quando a Constituição Federal afirma, em seus arts. 102, III, e 105, III, que cabem o recurso extraordinário e o recurso especial contra causas decididas em única ou última instância, está exigindo implicitamente que a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão a quo, para que possa ser apreciada no recurso excepcional.³²

Note-se, pois, que o prequestionamento consiste em requisito intrínseco de admissibilidade, tanto do recurso extraordinário como do especial, de forma que, não havendo prévia discussão da questão suscita pela parte recorrente, não poderão ser admitidos o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto é a lição de Angélica e Eduardo Arruda Alvim, *litteris*:

[...] percebe-se claramente que a questão federal há de ter sido enfrentada pelo acórdão local. Isso quer dizer que sem o requisito do prequestionamento, inviável será a interposição de recurso especial em qualquer das hipóteses elencadas no inc. III do art. 105 da CF.²⁷ Assim, pode-se concluir que o prequestionamento não é mera criação da doutrina ou da jurisprudência. Ele decorre da exigência, do próprio texto constitucional, de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para o Tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido.³³

Acontece que, a definição exata quanto à expressão “prequestionamento”, gera diversos debates na doutrina e jurisprudência.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José da Carneiro da Cunha trazem, de forma simplificada, as três concepções que residem na divergência doutrinária:

Primeiramente, tem-se o prequestionamento como manifestação do tribunal recorrido acerca de determinada

³² RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252.

³³ ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 397, n. 104, p. 3-29, maio/jun. 2008. p.4.

questão jurídica federal ou constitucional. A segunda concepção vê o prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, hipótese em que se configura como ônus à parte. Para essa concepção, prequestionar é ato da parte, independentemente de o tribunal de origem manifestar-se ou calar-se a respeito da questão federal ou constitucional suscitada. E, por fim, a posição eclética, em que se somam as duas tendências citadas, sendo o prequestionamento o prévio debate acerca de questão federal, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.³⁴

Vê-se, pois, que os três posicionamentos doutrinários a respeito do tema podem ser assim definidos:

- a) prequestionamento é o debate anterior acerca de determinado tema, realizado pela parte antes da decisão recorrida;
- b) prequestionamento é a manifestação inequívoca do Tribunal recorrido acerca do tema, ainda que não se tenha verificado um debate anterior; e
- c) prequestionamento é o prévio debate acerca do tema, acompanhado de manifestação inequívoca do Tribunal a esse respeito.

Leônidas Cabral Albuquerque se coloca a favor da primeira definição de prequestionamento, *verbis*:

Prequestionar é questionar antes. É provocar decisão acerca da matéria antes do ato de julgamento do recurso. O modo mais comum e seguro de fazê-lo é mediante petição escrita, durante as fases postulatória e instrutória, provocando, então, a manifestação explícita do julgador a respeito, quando do proferimento da decisão³⁵.

Do mesmo modo é o posicionamento de José Miguel Garcia Medina, no sentido de que o prequestionamento resulta do debate prévio da parte recorrente acerca da questão suscitada em seu recurso:

(...) O Prequestionamento, como se viu, decorre de manifestação das partes, manifestação esta que deve ocorrer perante o órgão judicante para que este se manifeste sobre a questão constitucional ou federal, determinando o cabimento do recurso extraordinário ou especial em relação a tal pronunciamento. Daí se inferir que o prequestionamento deve

³⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 260.

³⁵ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. Admissibilidade do recurso especial. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996. p. 58.

ocorrer, necessariamente, antes da decisão recorrida, e não depois.³⁶

Divergindo desse primeiro entendimento, Eduardo Ribeiro de Oliveira, defende que o prequestionamento resta configurado a partir da manifestação do Tribunal de origem a respeito do tema de direito constitucional ou federal, ainda que não haja postulação anterior da parte recorrente. Transcreve-se:

(...) O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema, objeto do recurso, haver sido examinado pela decisão atacada, constitui conseqüência inafastável da própria previsão constitucional, ao estabelecer os casos em que cabíveis extraordinário e especial. Não há nenhum amparo legal ou constitucional, entretanto, para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule a provocação da parte, antes do julgamento.³⁷

Bernardo Pimentel posiciona-se da mesma forma:

O prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Com efeito, não basta a parte ter suscitado o tema, ainda que à exaustão. Se a matéria jurídica não foi decidida no julgado recorrido, não está satisfeita a exigência do prequestionamento.³⁸

Por fim, há quem defenda que o prequestionamento exige tanto a manifestação anterior da parte a respeito do tema, como o prévio debate pelo tribunal de origem. Cite-se a lição de Athos Gusmão Carneiro:

(...) Para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida explicitamente (ainda que não imprescindível a expressa menção ao artigo de lei).³⁹

³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 337.

³⁷ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98. São Paulo: RT, 1999. p. 249

³⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, p. 627

³⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98. São Paulo: RT, 1999. p. 107.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, adota o mesmo entendimento defendido por Bernardo Pimentel Souza, Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, no sentido de que o prequestionamento resta configurado a partir da manifestação do Tribunal local a respeito do tema suscitado.

Pede-se vênua para transcrever alguns julgados em que se evidencia o posicionamento da Corte Superior de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL.
PREQUESTIONAMENTO.

O prequestionamento constitui requisito indispensável ao conhecimento do recurso especial, que exige o pronunciamento judicial específico; é preciso que o tribunal *a quo* tenha decidido a respeito do tema suscitado. Recurso especial desprovido.⁴⁰

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA
DEPREQUESTIONAMENTO. CONFIGURAÇÃO
DO PREQUESTIONAMENTO. VOTO-CONDUTOR

RECORRIDO. 1.- "Para configurar-se a existência do prequestionamento não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o tribunal, sendo necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor dos dispositivos legais, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto. Nesse diapasão, também não é suficiente a simples menção da norma considerada violada, seja no relatório ou no voto condutor, sem que se atenda aos requisitos adrede mencionados." (AGA 348.942/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16.4.2001, DJ 13.8.2001, p. 139). 2.- "Para que se configure o prequestionamento é necessário que os dispositivos legais ou a matéria jurídica a eles relacionada tenham sido debatidos no voto-condutor recorrido". (AgRg no Ag 440.126/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO) 3.- Agravo improvido.⁴¹

Note-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça considera o prequestionamento como a apreciação das questões federais pelo acórdão

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1304882/SP. 1ª Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJe 20/08/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23996516/recurso-especial-resp-1304882-sp-2011-0120541-3-stj/relatorio-e-voto-23996518>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1417431/SC. 3ª Turma. Relator Ministro Sidinei Beneti. DJe 09/12/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24804559/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1417431-sc-2013-0374474-2-stj>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

recorrido, sendo que a ausência de manifestação pelo tribunal *a quo* inviabiliza a interposição do apelo especial.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal, por muitos anos, aplicou o entendimento de que o prequestionamento restaria configurado pela simples oposição dos embargos de declaração pela parte litigante. Significa dizer, portanto, que o prequestionamento era ato da parte e não do órgão julgador.

Em que pese a jurisprudência ter se consolidado nesse sentido, desde 2013 alguns julgados da Suprema Corte, especialmente da 1ª Turma, vem se manifestando em sentido diverso, ressaltando não ser cabível a interposição de recurso com base em violação constitucional que não se manifestou o Tribunal de origem⁴².

2.2 Configuração do prequestionamento explícito e implícito

No que se refere à configuração do prequestionamento, impende registrar que também existe divergência doutrinária a respeito de sua classificação em prequestionamento implícito e explícito.

Isso porque, parte da doutrina entende que tendo a decisão recorrida mencionado o dispositivo legal violado, resta configurado o prequestionamento explícito. Ao revés, quanto aprecia somente a tese jurídica, sem indicar a norma legal suscitada pelas partes, se está diante do prequestionamento implícito.

José Theophilo Fleury, ao tratar do tema, manifestou-se nos seguintes termos:

(...) não se chegou ainda a um consenso sobre o significado deste requisito e diversas têm sido as formas de prequestionamento tidas como passíveis de viabilizar o conhecimento dos recursos especial e extraordinário. Ora se fala em prequestionamento explícito, ora em prequestionamento implícito, ora em prequestionamento ficto; contudo, não se deu solução ainda a este requisito que tem

⁴² Exemplos: STF, AgRg no RE com Agravo nº 678.139, relatado pela Min. Rosa Weber (1ª Turma), j. 06.08.2013 e EDcl no RE nº 661.521, relatado pelo Min. Luiz Fux (1ª Turma), j. 17.04.2012.

obstacularizado milhares de recursos especiais e extraordinários perante o STJ e o STF.⁴³

Diante da complexidade da matéria, Teresa Arruda Wambier, resume a controvérsia da seguinte maneira:

Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida, não menciona a norma jurídica violada, e prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida. Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão. Há, ainda, quem denomine de implícito o prequestionamento enquanto atividade das partes (...).⁴⁴

José Garcia Medina, por sua vez, indica que há duas concepções doutrinárias e jurisprudenciais acerca do prequestionamento implícito e explícito:

Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada, e prequestionamento explícito ocorre quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida. Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão.⁴⁵

Por seu turno, Perseu Gentil Negrão, seguindo a primeira concepção exposta por Teresa Arruda Wambier e José Garcia Medina, reforça que o prequestionamento explícito ocorre quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pelo acórdão recorrido, e o prequestionamento implícito quando,

⁴³ FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF x súmula 211/STJ? In: ALVIM, Eduardo pelegri de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2000. p. 409.

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005. p. 278.

⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 233.

apesar de não haver menção expressa à norma, a questão jurídica tiver sido enfrentada. Veja-se:

Prequestionamento explícito é aquele onde houve expressa menção a determinado texto de lei. Já o prequestionamento implícito é aquele onde determinado texto de lei foi examinado, mas não referido expressamente ou de modo claro.⁴⁶

Nelson Nery Júnior também defende que a ocorrência do prequestionamento explícito se dá quando o acórdão recorrido decide expressamente a questão federal, e do prequestionamento implícito quando a questão foi discutida em sede de primeiro grau, mas, no entanto, não mencionada no aresto recorrido.⁴⁷

Já com relação à segunda concepção, tem-se como defensores Angélica e Eduardo Arruda Alvim. Essa parte da doutrina considera como prequestionamento explícito a ocorrência de pronunciamento efetivo acerca da matéria no acórdão recorrido, ainda que seja prescindível a expressa menção ao dispositivo legal ou constitucional; e, como prequestionamento implícito, a hipótese de a questão ter sido posta à discussão no primeiro grau, sem ser mencionada no acórdão. Veja-se a opinião de Angélica e Eduardo Arruda Alvim:

É preciso, pois, que haja prequestionamento explícito para que esteja aberta a via do especial. Deve-se, porém, entender corretamente a expressão prequestionamento explícito como referente à hipótese em que tenha havido pronunciamento efetivo sobre a questão federal emergente da lei federal que se pretende tenha sido ofendida. Acertada a conceituação do Prof. Nelson Nery Jr.: Para aqueles que exigem o prequestionamento explícito o acórdão tem que decidir efetivamente a questão (...) já o prequestionamento implícito significa que a questão foi posta à discussão no primeiro grau mas não foi mencionada no acórdão.⁴⁸

Existe ainda, uma terceira concepção defendida por José Garcia Medina e Nelson Luiz Pinto, segundo a qual o prequestionamento explícito se dá pela

⁴⁶ NEGRÃO, Perseu Gentil. Recurso especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53.

⁴⁷ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004, p. 287.

⁴⁸ ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1997. p. 169.

manifestação expressa do recorrente; e, o prequestionamento implícito se configura na hipótese de o tribunal de origem, apesar da ausência de manifestação do recorrente a respeito do tema, ter o dever de se manifestar acerca de determinada matéria que, por força de lei, deve ser conhecida de ofício, como no caso das condições da ação e dos pressupostos processuais:

[...] As condições da ação e os pressupostos processuais devem, necessária e obrigatoriamente, ser objeto de exame *ex officio* por qualquer juiz ou tribunal, antes de se adentrar o julgamento do mérito, independentemente de ter havido ou não requerimento das partes. Assim, pode-se dizer que essas matérias de ordem pública estariam, por força de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito.⁵² [...] Somente é possível diferenciar-se prequestionamento explícito de prequestionamento implícito se, tomando-se por prequestionamento a atividade realizada pelos litigantes com o fito de levar ao órgão julgante matéria a ser por este julgada, entender-se por explícito o prequestionamento quando o mesmo se realizar expressamente, e implícito quando, a despeito de não haver manifestação expressa da parte a respeito, nas razões recursais, dever o órgão julgador manifestar-se acerca de determinadas matérias, em virtude de determinação legal.⁴⁹

Tratada a divergência doutrinária, sobreleva ressaltar o posicionamento firmados pelas Cortes Superiores a respeito do tema.

O Superior Tribunal Justiça adota a primeira concepção exposta por José Garcia Medina, admitindo que, tendo a decisão recorrida tratado da tese jurídica, sem haver, necessariamente, a menção expressa do dispositivo legal tido por violado pela parte recorrente, resta configurado o prequestionamento implícito. É o que se depreende dos seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECONHECIMENTO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça admite o chamado prequestionamento implícito, caracterizado quando a instância de origem exara cognição a respeito dos pontos invocados no recurso especial, ainda que não tenha feito menção direta aos dispositivos legais. Precedente. 2. É possível a fixação de regime inicial diverso do fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, com base na

⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 239.

análise dos critérios estabelecidos no art. 33 do Código Penal. 3. In casu, considerando o quantum de pena fixado para o crime de tráfico atribuído ao réu - 5 anos e 6 meses de reclusão - e as circunstâncias judiciais amplamente favoráveis, o regime semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena atribuída ao ora agravado. Acórdão reformado nesse ponto. 4. Agravo regimental não provido.⁵⁰

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MUDANÇA DE REGIME RIBUTÁRIO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie. 2. A jurisprudência desta Corte entende não ser necessária a menção explícita aos dispositivos legais no texto do acórdão recorrido para que seja atendido o requisito de prequestionamento, bastando, conseqüentemente, que a questão jurídica tenha sido debatida, como na espécie, porquanto abordada a temática referente à possibilidade de mudança de regime tributário. 3. Inaplicável o óbice da Súmula 7/STJ, pois o recurso especial aborda tão somente questão jurídica referente, repisa-se, à possibilidade de mudança na apuração do regime tributário. 4. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem. Embargos de declaração rejeitados.⁵¹

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal exige o prequestionamento explícito. No entanto, no âmbito da Suprema Corte existem alguns posicionamentos jurisprudenciais divergentes acerca da matéria.

Parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o prequestionamento explícito se configura de duas maneiras, sendo a primeira delas como a efetiva decisão acerca da questão, havendo necessidade de menção ao dispositivo previamente trazido pela parte:

AGRAVO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO.	REGIMENTAL	NO AUSÊNCIA	RECURSO DE CONHECIMENTO.
---	------------	----------------	--------------------------------

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 488792/RJ. 6ª Turma. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. DJe 10/03/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178420718/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-488792-rj-2014-0062401-7>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp nº 1266367/PE. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe 20/02/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24927488/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1266367-pe-2011-0166418-4-stj/inteiro-teor-24927489>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

IMPOSSIBILIDADE. 1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 2. Se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem, são ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido.⁵²

A segunda corrente jurisprudencial defende que o prequestionamento se dá quando há efetiva decisão pelo acórdão recorrido a respeito da matéria constitucional suscitada pela parte recorrente em seu recurso extraordinário:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL – RECURSO IMPROVIDO
A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário.⁵³

Em síntese: o Superior Tribunal de Justiça adota o prequestionamento implícito, configurado pela apreciação prévia da tese jurídica pelo acórdão recorrido, sem a necessidade de menção expressa do dispositivo legal tido por violado. Já o Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que o prequestionamento da matéria constitucional deve ser explícito.

No entanto, como visto acima, a Corte Suprema possui dois entendimentos acerca do prequestionamento explícito. Parcela da jurisprudência entende que o prequestionamento é numérico, ou seja, é necessário que o acórdão recorrido faça referência expressa ao dispositivo constitucional tido por violado. No entanto, há uma corrente que entende configurado o prequestionamento explícito, desde que tenha sido debatida a

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE nº 372698. 1ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. DJe 09/03/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2083327>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 810092/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 22/08/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4566722>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

questão constitucional no corpo do acórdão recorrido, independente de menção expressa ao dispositivo constitucional aventado.

A fim de sanar a discussão quanto à dicotomia entre prequestionamento explícito e implícito, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha apontam a discussão como inócua, na medida em que, de acordo com a sua visão, o que importa para a real configuração do prequestionamento é a manifestação pelo órgão jurisdicional, ou seja, causa decidida. Desse modo, ainda que o dispositivo legal não tenha sido expressamente indicado na decisão, a matéria, se tivesse sido decidida, restaria prequestionada.⁵⁴

2.3 Prequestionamento e Embargos de Declaração

O instituto do prequestionamento, conforme discorrido nos tópicos antecedentes, surgiu a partir da atividade das partes, de questionarem ao longo do processos as questões federais e constitucionais entendidas por violadas.

Caso o prequestionamento da questão não fosse posto na decisão, teria havido verdadeira omissão do Judiciário em apreciar a matéria suscitada, abrindo margem para oposição dos embargos de declaração.

É nesse sentido que leciona Eduardo Arruda Alvim:

(...) se o tribunal não se manifestar sobre questão federal oportunamente levantada, devem ser manejados embargos declaratórios, sem deturpação de finalidade, ou seja, os embargos de declaração se amoldam principalmente à hipótese do art. 535, II, com vistas à supressão dessa omissão. Após a prolação do acórdão, não é dado à parte opor embargos declaratórios, com vistas à discussão de questão nova, que não tenha sido oportunamente agitada pelo interessado.⁵⁵

Por esse motivo, consoante aponta José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Wambier que:

(...) defeituoso o acórdão e interpostos embargos de declaração para que sejam supridas omissões, esses devem ser

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 262.

⁵⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, p. 879.

necessariamente julgados, sob pena de se estar também aqui diante de outra ilegalidade (violação ao art. 535, II, do CPC).⁵⁶

Em igual sentido, é a lição de Paulo Gustavo M. Carvalho, *litteris*:

Com efeito, caso o acórdão impugnado não tenha enfrentado o tema suscitado na instância a quo deve o recorrente opor embargos de declaração com o objetivo de sanar a omissão do julgador, antes da interposição do recurso especial, porquanto a matéria não se encontra decidida, inexistindo, conseqüentemente, o devido prequestionamento da matéria.⁵⁷

Conclui-se, portanto, diante da falta de manifestação, pelo tribunal de origem, acerca da questão federal suscitada pelas partes, deverão ser opostos embargos de declaração, a fim de sanar a omissão no acórdão recorrido. Caso o tribunal permaneça silente a respeito do tema, surge, então, a violação aos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do Código de Processo Civil, o que abre a via para interposição de recurso especial.

A fim de expor o tema de forma mais aprofundada, faz-se imperioso o estudo introdutório a respeito dos embargos de declaração e sua função prequestionadora.

2.4 Embargos de declaração e a função prequestionadora

A fim de expor o tema de forma mais aprofundada, faz-se imperioso o estudo introdutório a respeito dos embargos de declaração e sua função prequestionadora.

Primeiramente, oportuno se faz tecer breves considerações acerca do conceito dado aos embargos de declaração pela doutrina processualista.

Conforme entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Os embargos de declaração constituem um recurso, por estarem capitulados no rol do art. 496 do CPC, atendendo, com isso, ao princípio da taxatividade; são cabíveis quando houver, na sentença, ou no acórdão, obscuridade ou contradição, sendo igualmente cabíveis quando houver omissão, ou seja, quando

⁵⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 234.

⁵⁷ CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 778.

juiz ou tribunal tiver deixado de apreciar ponto sobre o qual deveria pronunciar-se.⁵⁸

Em suma, os embargos de declaração constituem um instrumento processual pelo qual as partes de um processo judicial requerem ao Juízo a revisão ou esclarecimento de determinados aspectos da decisão proferida , quando houver omissão, contradição ou obscuridade na mesma.

Nosso ordenamento jurídico atribui aos embargos de declaração natureza jurídica de recurso. Tanto é assim que o legislador os inseriu no rol dos recursos, conforme previsto no artigo 496, inciso IV, do Código de Processo Civil atual.⁵⁹

Consoante o ensinamento de Bernardo Pimentel Souza, a natureza jurídica dos embargos de declaração também se revela na disposição contida nos artigos 538 e 554 do mesmo Código:

A expressão “outros recursos” inserta no caput do artigo 538 do mesmo diploma também revela a natureza recursal dos embargos declaratórios. Por fim, o artigo 554 reforça tal conclusão. A cláusula “se o recurso não for de embargos declaratórios” igualmente afasta eventual dúvida acerca da natureza jurídica do instituto.

Confirmando o referido posicionamento quanto à natureza jurídica de recurso dos embargos de declaração, André Luiz Santa Cruz Ramos, afirma que, diante do que preceitua os artigos 496, IV, e 535, I e II do Código de Processo Civil, não há por que questionar se os embargos de declaração constituem uma espécie de recurso, já que atendem ao princípio da taxatividade.⁶⁰

Ademais, Teresa Arruda Alvim Wambier aponta que os embargos de declaração também têm o condão de obstar os efeitos da coisa julgada,

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.183.

⁵⁹ No novo Código de Processo Civil o recurso de embargos de declaração está previsto no inciso IV do art. 994.

⁶⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 232.

característica essa típica de recursos, o que reforça a tese de que sua natureza jurídica é, de fato, recursal.⁶¹

Ultrapassado o debate acerca da natureza jurídica dos embargos de declaração, impende ressaltar quais as suas hipóteses de cabimento.

O Código de Processo Civil em seu artigo 535 estabelece quais as hipóteses em que será cabível a oposição dos embargos de declaração, veja-se:

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)
I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)
II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)⁶²

Conforme se depreende da leitura do referido artigo, em seus incisos I e II, o pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração é a existência de obscuridade ou contradição na sentença ou no acórdão, ou omissão de algum ponto sobre o qual deveria se pronunciar o julgador.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, a decisão é considerada *obscura* quando:

(...) for ininteligível, quer porque mal-redigida, quer porque escrita à mão com letra ilegível. Um dos requisitos da decisão é a clareza; quando esse requisito não é atendido, cabem embargos de declaração para buscar esse esclarecimento.⁶³

Bernardo Pimentel, no mesmo diapasão, sustenta que a obscuridade de uma decisão judicial é caracterizada quando seu conteúdo é vago, confuso ou ininteligível, na medida em que dificulta ou impossibilita a compreensão de seu teor. De acordo com o autor, a obscuridade pode resultar de falha na transmissão de ideias pelo julgador no momento da redação da decisão, a

⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005. p. 54.

⁶² BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 535. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 16 jul. 2015.

⁶³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 183.

qual, por não ser clara, impede a correta interpretação do pronunciamento judicial.⁶⁴

Por seu turno, uma decisão é contraditória quando há incompatibilidade interna entre as partes da decisão. Nos dizeres de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

A decisão é contraditória quando traz proposições entre si inconciliáveis. O principal exemplo é a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão.⁶⁵

A contradição pode ocorrer tanto entre o relatório e o voto, como exemplificam os autores, como em outras partes da decisão ou em apenas uma delas: entre o relatório e a fundamentação, entre o dispositivo e a ementa, bem como entre tópicos de qualquer destes.

Quanto à omissão, imperioso transcrever os dizeres de Daniel Amorim Assumpção Neves:

A omissão refere-se à ausência de apreciação de questões relevantes sobre as quais o órgão jurisdicional deveria ter se manifestado, inclusive as matérias que deva conhecer de ofício. Ao órgão jurisdicional é exigida a apreciação tanto dos pedidos como dos fundamentos de ambas as partes a respeito desses pedidos. Sempre que se mostre necessário, devem ser enfrentados os pedidos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, sendo que essa necessidade será verificada no caso concreto, em especial na hipótese de cumulação de pedidos, de causas de pedir e de tais pedidos em sua decisão.⁶⁶

Nesse sentido lecionam Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Considera-se omissa a decisão que não se manifestar: a) sobre um pedido; b) sobre argumento relevantes lançados pelas partes (para o acolhimento do pedido, não é necessário o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pela parte, mas para o não-acolhimento, sim, sob pena de ofensa à garantia do contraditório); c) ausência de questões de ordem

⁶⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 633.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 183.

⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 723.

pública, que são apreciáveis de ofício pelo magistrado, tenham ou não tenham sido suscitadas pelas partes.⁶⁷

Além da omissão, obscuridade e contradição, há quem defenda que os embargos de declaração também são cabíveis para correção de erros materiais, na medida em que ao juiz é permitido, de ofício ou a requerimento da parte, a correção de erros ou inexatidões materiais.⁶⁸

Nestes termos traz-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, a fim de evidenciar o cabimento dos embargos de declaração para correção de erro material:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, bem como quando há erro material a ser sanado (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp n. 45.570/MG, Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, 24/10/2013).

2. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos, para dar provimento ao agravo regimental, de modo a autorizar o seu processamento considerando-se presente o instrumento de mandato do advogado que o subscreveu.⁶⁹

Ressalte-se, ainda, que, embora o artigo 535 do Código de Processo Civil mencione o cabimento dos embargos apenas contra “sentenças e acórdãos”, o referido recurso pode ser manejado em qualquer outro pronunciamento judicial, consoante entendimento de parte da doutrina processual.

Humberto Theodoro Júnior defende a tese de que qualquer decisão judicial comporta a oposição de embargos declaratórios. Nesse sentido aponta o autor:

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 183.

⁶⁸ FERNANDES, Luiz Eduardo Simardi. Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais RT, 2003, p.88-94.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp nº 1155762/SP. 6ª Turma. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. DJe 06/12/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001007462&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 23 jul.2015.

São cabíveis ditos embargos até mesmo da decisão que tenha solucionado anteriores embargos declaratórios, desde, é claro, que não se trate de repetir simplesmente o que fora argüido no primeiro recurso. É preciso que se aponte defeito (obscuridade, omissão ou contradição) no julgamento dos próprios embargos.⁷⁰

Bernardo Pimentel de Souza leciona no mesmo sentido:

A interpretação literal do inciso I do artigo 535 pode conduzir à conclusão de que o recurso de declaração é cabível apenas contra sentença e acórdão. Todavia, o inciso II não contém restrição quanto ao cabimento dos embargos, o que permite acionar tradicional princípio de hermenêutica jurídica: *ubi lex non distiguint, nec interpres distinguere*. [sic]. Realmente, a exegese do inciso II do artigo 535 afasta a limitação do cabimento dos embargos declaratórios tão-somente em relação a sentença e a acórdão. Com efeito, ainda à luz apenas do método gramatical, é possível concluir que o recurso de declaração é cabível contra qualquer decisão de “juiz ou tribunal [...]”.⁷¹

De igual forma é o entendimento manifestado por José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo os quais os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial, seja acórdão, decisão monocrática ou interlocutória e etc.⁷²

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também manifesta-se a favor da oposição dos embargos contra qualquer pronunciamento judicial. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – ART. 1º, § 3º, I, DA LEI N. 9.703/98 – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL – PRECEDENTES.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida.

2. Descumprido o necessário e indispensável exame do dispositivo de lei invocado pelo acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da

⁷⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 707.

⁷¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 629.

⁷² MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 200.

oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que os embargos de declaração são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais, ainda que interlocutórias, suspendendo o prazo recursal para a interposição de outros recursos, exceto se aviados intempestivamente. Precedentes. Recurso especial conhecido em parte e provido.⁷³

O novo Código de Processo Civil, em seus artigos 1.023, *caput* e §2º, 1.024 prevê, expressamente, o cabimento dos embargos nos casos de erro material e nos casos de decisão do relator ou unipessoal do tribunal.

Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

Art. 1.024. (...)

§ 2º Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, o órgão prolator da decisão embargada decidi-los-á monocraticamente.

Desse modo, vê-se que os embargos declaratórios caracterizam-se pela possibilidade de serem opostos contra qualquer pronunciamento judicial, bem como em qualquer procedimento, seja ele comum, executório ou cautelar contra os atos decisórios tidos por omissos, contraditórios ou obscuros, bem como em virtude de erro material.

Quanto ao procedimento dos embargos de declaração, o atual Código de Processo Civil o regulamenta em seus artigos 536 e 537:

Art. 536. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissos, não estando sujeitos a preparo.

Art. 537. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto.⁷⁴

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1196859/RJ. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe 03/09/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001007462&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

⁷⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigos 536 e 537. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 26 jul. 2015.

O novo diploma processual estabelece o procedimento dos embargos em seu artigos 1.023 e 1.024, consoante dito alhures.

À luz dos artigos supramencionados, o recurso de embargos de declaração deve ser interposto por meio de petição dirigida ao prolator da decisão ou ao relator, a qual precisa estar acompanhada das razões recursais, nas quais o embargante deve apontar omissão, obscuridade, contradição ou erro material.

Pela sistemática processual civil atual, não há previsão de contraditório após a oposição dos embargos de declaração, na medida em que não possuem, em regra, o condão de modificar substancialmente a decisão embargada.

No entanto, a Lei 13.105/2015, que regulamento o novo Código de Processo Civil, prevê, expressamente, no §2º do art. 1.023, a intimação da parte embargada para a apresentação de contrarrazões, caso exista a possibilidade de atribuição de efeitos modificativos pelos embargos de declaração opostos.

Cuida-se de medida destinada a garantir o exercício do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal.

A decisão proferida em embargos de declaração que modifica o julgado embargado, sem a oitiva da parte contrária, é nula de pleno direito.

Dito isso, ainda quanto ao instituto dos embargos de declaração, importa destacar quais os efeitos produzidos por esta modalidade recursal.

Como visto anteriormente, os embargos de declaração ostentam natureza própria de recurso. Desse modo, tratando-se de um recurso, os embargos declaratórios possuem o denominado efeito devolutivo, pelo qual não se opera preclusão da decisão embargada.

O efeito devolutivo, segundo a lição de André Luiz Santa Cruz Ramos, decorre da necessidade de que o mesmo órgão prolator da decisão embargada a reexamine para, verificando qualquer dos vícios autorizadores dos

embargos, aclará-la ou complementá-la através da decisão resultante de novo julgamento⁷⁵.

Os embargos de declaração também são dotados de efeito interruptivo e, excepcionalmente, de efeitos infringentes.

A regra geral, disposta no art. 538 do CPC, é que a oposição dos embargos interrompe o prazo para a interposição de outros recursos cabíveis contra a mesma decisão. Entretanto, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tal regra é excepcionada, conforme estabelecido no artigo 50, da Lei nº. 9.099/95, que atribui efeito suspensivo aos embargos de declaração.⁷⁶

Vale lembrar, ainda, que, se os embargos forem intempestivos, não haverá interrupção do prazo para interposição de outro recurso.

Ressalte-se, outrossim, que o atual diploma processual civil não faz menção ao efeito suspensivo dos embargos declaratórios, entretanto, a doutrina é uniforme quanto a sua atribuição nos embargos de declaração, por meio de interpretação sistemática do art. 497 do Código de Processo Civil.

Acontece que, apesar do entendimento majoritário da doutrina, o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.026 preceitua, expressamente, que não terão efeito suspensivo os embargos de declaração, sendo dotados apenas do efeito interruptivo, salvo quando a parte demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou pela relevância de sua fundamentação, bem como se houver risco de dano grave ou de difícil reparação (§1º do art. 1.026 do novo CPC).

Por fim, cumpre tecer algumas considerações a respeito do efeito modificativo ou infringente atribuídos em determinados casos aos embargos de declaração, conforme prevê o art. 436, inciso II do Código de Processo Civil.

⁷⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 235-236.

⁷⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 658.

Não obstante os embargos servirem apenas para o aperfeiçoamento do pronunciamento judicial, aclarando a obscuridade, desfazendo a contradição, suprimindo a omissão ou corrigindo o erro material, excepcionalmente poderá atribuir-se efeito modificativo ao julgado embargado.

Nesse sentido, o acolhimento dos embargos de declaração, nas hipóteses típicas de seu cabimento (omissão, obscuridade, contradição e erro material), possibilita a alteração do julgado, apresentando os embargos, efeitos infringentes. Também são admitidos embargos com efeitos infringentes quando a decisão é teratológica.

Além dos efeitos típicos dos embargos de declaração, também é possível que a sua oposição se dê para a realização do prequestionamento dos dispositivos que a parte pretende levar a apreciação das Cortes Superiores.

Isso porque, consoante salientado nos tópicos anteriores, o prequestionamento consiste na exigência de prévia manifestação do Tribunal de origem acerca de questão de fato ou de direito veiculada no recurso interposto para o Tribunal Superior.

Todavia, ainda que a parte suscite determinadas questões de fato e de direito que entenda ser relevante para o deslinde da controvérsia, o Tribunal de origem poderá incorrer em omissão quanto a análise da matéria, bem como prolatar decisão controversa ou obscura.

É nessa hipótese que aparecem os embargos de declaração com função prequestionadora, pelos quais as partes buscam a inclusão expressa na decisão, dos fatos e/ou do direito que consideram relevantes para o regular conhecimento da causa pelo Tribunal Superior.

Isso porque, conforme cediço, as Cortes Superiores analisam a causa nos limites da descrição posta na decisão proferida pelos Tribunais locais, sem que haja a possibilidade de reexame do arcabouço fático-probatório produzido nos autos.

Dessa forma, estando a decisão recorrida incompleta ou eivada de qualquer outro vício que impeça o exato conhecimento da controvérsia travada nos autos, cabe à parte, exercendo seu direito de prequestionar a matéria, pleitear do órgão julgador, por meio do recurso de embargos de

declaração, que faça constar do acórdão as circunstâncias de fato ou de direito, a fim de delinear a moldura fática toda, incluindo, até mesmo, as parcelas que, eventualmente, não tenham sido consideradas relevantes para a fundamentação do acórdão.

Nesse mesmo sentido é a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier:

Se o tribunal local só inclui expressamente na decisão os fatos em que efetivamente se baseou a solução normativa encontrada e não aqueles que foram por ele desprezados, porque considerados, por exemplo, irrelevantes, não tendo sido levados em conta, *fica difícil*, senão *impossível* para a parte demonstrar, para fins de mera admissibilidade do recurso excepcional, que a decisão deveria ser outra, porque *outros fatos* deveriam ter sido levados em conta pelo Tribunal *a quo* para decidir.

Se se tem considerado que a inadequação do *decisum* aos fatos constantes dos autos é *questão de direito* e pode dar ensejo à interposição e ao provimento de recurso especial ou extraordinário, é necessário que a parte tenha o *correlato direito* de ver incluídos *expressamente na decisão* os fatos que considera relevantes para que se possa considerar ser outra a conclusão a que deveria ter chegado o Tribunal *a quo*.

A única forma de que dispõe para fazer constar da decisão que pretende impugnar por meio de recurso especial ou extraordinário são justamente os embargos declaratórios.⁷⁷

Luís Eduardo Simardi Fernandes, por seu turno, ao se referir aos embargos de declaração com função prequestionadora, acrescenta:

Recebem estes a denominação de “prequestionadores” porque o embargante, embora em um primeiro momento anseie a correção do vício, pretende, a final, o preenchimento do requisito do prequestionamento, para que lhe seja aberta a possibilidade de interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial.⁷⁸

Nelson Luiz Pinto explica, com clareza, a importância da oposição dos embargos de declaração prequestionadores, a fim de que seja aberto o acesso da via excepcional nos Tribunais Superiores:

São também os embargos de declaração utilizados com o objetivo de prequestionamento da questão federal ou de questão constitucional, para efeito de viabilizar a interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário. Trata-se de

⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.405.

⁷⁸ SIMARDI, Luís Eduardo Fernandes. Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 219.

requisito necessário à admissão desses recursos, nos quais não se pode ventilar questões que não foram objeto de tratamento no acórdão recorrido.⁷⁹

Frise-se, todavia, que o manejo dos embargos de declaração fica adstrito à matéria já tratada nos autos pelas partes, não sendo permitida qualquer inovação. Transcreve-se a lição de Eduardo Arruda Alvim:

Releva notar, todavia, que os embargos de declaração não se prestam a fazer com que o tribunal local se pronuncie acerca, por exemplo, de questão federal não levantada em tempo oportuno, vale dizer, os embargos declaratórios não devem ser utilizados para introduzir discussão que diz respeito à questão federal nova, que não tenha sido apreciada pelo acórdão embargado, porque não suscitada. Assim, os denominados embargos declaratórios “prequestionadores” não consubstanciam nova modalidade de embargos de declaratórios. Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, que tem cabimento nas hipóteses do art. 535 do CPC. Isso significa que é cabível a oposição de embargos de declaração com fundamento no art. 535, II, do CPC visando suprir a omissão do julgado local, se a questão federal foi invocada a tempo e modo oportunos e o tribunal local não a apreciou como deveria.⁸⁰

No mesmo sentido é o posicionamento de Nelson Nery Júnior:

Os EDcl prequestionadores, entretanto, não podem ser interpostos em qualquer hipótese. Não basta, portanto, a parte querer levar a matéria ao STF ao STJ, interpondo EDcl com caráter prequestionador. É preciso que esses EDcl sejam admissíveis, isto é, que sejam interpostos com fundamento em um dos motivos do CPC 535. Se a parte arguiu a matéria, ou esta era de ordem pública, e, mesmo assim o tribunal deixou de apreciá-la, o acórdão padece de omissão e, conseqüentemente, está sujeito aos EDcl para que seja suprida referida omissão. Mas, ao contrário, se a parte esqueceu-se de levantar qualquer matéria dispositiva durante a fase recursal, não pode, pela primeira vez, fundando-se na omissão, querer argui-la em EDcl com fins de prequestionamento. Estes são inadmissíveis porque o acórdão não terá incorrido em nenhuma omissão, porquanto a matéria, de direito dispositivo, não foi arguida anteriormente.⁸¹

Ademais, há que se ressaltar que a oposição de embargos de declaração com a finalidade de prequestionamento não é considerada de caráter

⁷⁹ PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

⁸⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, p. 839.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 295

protelatório, na medida em que consiste em uma providência exigida pela própria jurisprudência dos Tribunais Superiores para admissibilidade dos recursos extraordinários, consoante enunciado da Súmula 98 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 98. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.⁸²

Quanto ao tema, José Miguel Garcia Medina salienta que “a interposição não pode ser considerada protelatória, dentre outras razões, porque a jurisprudência tem exigido a interposição dos embargos de declaração para satisfação do requisito do prequestionamento”.⁸³

O Superior Tribunal de Justiça possui inúmeros julgados tratando sobre a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 538 do Código de Processo Civil, na medida em que os embargos de declaração manejado com nítido intuito de prequestionamento não podem ser considerados protelatórios. Veja-se o julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DPVAT. PRESCRIÇÃO. PEDIDO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO. CIÊNCIA DA DECISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO. MULTA IMPOSTA PELO TRIBUNAL A QUO. ARTS. 17 E 18 DO CPC. AFASTAMENTO. SÚMULA N. 98/STJ.

(...)

3. Embargos de declaração opostos com propósito de prequestionamento não possuem caráter protelatório, de forma que não cabe a aplicação da multa por litigância de má-fé de que trata o art. 18 do Código de Processo Civil.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento para afastar a multa.⁸⁴

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=91>. Acesso em: 24 jul. 2015.

⁸³ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009. p. 290.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 222932/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. DJe 03/02/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24875287/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-222932-sp-2012-0179270-0-stj>. Acesso em: 23 jul. 2015.

Ultrapassada tal questão, imperioso destacar, ainda, que o uso dos embargos declaratórios com o intuito de prequestionar determinada questão não é matéria pacífica no âmbito jurisprudencial, especificamente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Tanto é assim que ambos os tribunais editaram os enunciados de Súmulas 211 e 356, respectivamente.

Consoante leciona André Luiz Santa Cruz Ramos, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem entendimento similar apenas no ponto em que, havendo omissão na decisão proferida pelo tribunal de origem, deve a parte opor embargos de declaração, buscando deixar expresso o prequestionamento da matéria:

Tanto o STJ quanto o STF entendem que, sendo omissa a decisão do órgão jurisdicional a quo, deve a parte opor embargos declaratórios para que haja manifestação expressa acerca da questão federal ou constitucional a ser suscitada no REsp ou no RExt, respectivamente. Mas a concordância dos dois tribunais superiores sobre o tema termina por aí.⁸⁵

A divergência entre as referidas cortes Superiores tem início a partir da rejeição dos embargos de declaração opostos, conforme aponta Paulo Gustavo M. Carvalho.⁸⁶

De acordo com o Supremo Tribunal Federal a necessidade de oposição dos embargos de declaração prequestionadores está disposta no verbete sumular 356: “*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*”.⁸⁷

Conforme interpretação dada por alguns precedentes da Corte acerca da Súmula 356, a rejeição, pelo tribunal *a quo*, dos embargos de declaração opostos com o intuito de sanar a omissão a respeito de determinada questão, são suficientes para caracterizar o prequestionamento ficto da matéria.

⁸⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 253

⁸⁶ CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 778.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 356. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em: 24 jul. 2015.

Dessa forma, pelo referido enunciado sumular, mesmo que a matéria não tenha sido enfrentada pelo acórdão recorrido, tendo sido opostos embargos de declaração pela parte, considera-se prequestionada a matéria suscitada.

Nessa linha é a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Há julgados do STF no sentido de que a simples interposição dos embargos de declaração já seria o bastante, pouco importa se suprida ou não a omissão, aplicando-se, literalmente, o disposto no enunciado 356 da súmula do STF. Haveria aí o chamado prequestionamento ficto.⁸⁸

A Suprema Corte quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.934/SP, deixou consignado que, a admissibilidade do recurso extraordinário, fundada em omissão, está condicionada à interposição dos embargos de declaração com função prequestionadora. Entretanto, não é necessário que a omissão seja suprida pela corte de origem para que o recurso extraordinário seja admitido, na medida em que o simples manejo dos embargos de declaração, veiculando o ponto omissivo da decisão, configura o prequestionamento ficto da matéria.⁸⁹

Cite-se, nesses termos, o pronunciamento de Fábio Victor da Fonte Monnerat sobre o entendimento jurisprudencial no STF:

O Supremo Tribunal Federal [...] vem entendendo que se o acórdão recorrido deixou de enfrentar a questão constitucional aventada no processo, a interposição dos embargos de declaração satisfaz o requisito do prequestionamento para o recurso extraordinário, não importando que, persistindo a omissão, o tribunal recorrido não se tenha pronunciado sobre os temas aventados, (...).⁹⁰

Inobstante diversos precedentes da Suprema Corte manifestarem-se a favor do denominado prequestionamento ficto, recentes julgados da Casa não tem aceitado a referida modalidade de prequestionamento.

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 213.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 219934. 1ª Turma. Relator: Ministro Octavio Gallotti. DJe 16/02/2001. p. 140.

⁹⁰ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ: posições contrárias. Revista de Processo, São Paulo, n. 141, p. 197-209, nov. 2006. p. 206.

A exemplo disso, a 1ª Turma do STF, ao julgar o AI 763.915, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, assim decidiu:

Registro, por oportuno, que, ante a ausência de efetiva apreciação de questão constitucional por parte do Tribunal de origem é inadmissível o apelo extremo. É igualmente inadmissível o prequestionamento implícito ou ficto. Nesse sentido: RE nº 681.953/DF-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 9/11/12; e AI nº 735.115/RS-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 11/5/12.⁹¹

Ao julgar o RE 591.961, de relatoria da Ministra Rosa Weber, a 1ª Turma, novamente, apontou a inadmissibilidade do prequestionamento ficto. Frise-se, ademais, que a decisão trata do prequestionamento ficto e do implícito indistintamente, como se as modalidades fossem sinônimas.

Igualmente, por ocasião do julgamento do RE 629.943, de relatoria da Ministra Rosa Weber, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal consignou que:

Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.⁹²

No informativo de jurisprudência 788, divulgado pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 24 de junho de 2015, há a menção de julgado da 2ª Turma pelo qual o Ministro Dias Toffoli, relator do caso, afirmou que um dos fundamentos para a inadmissibilidade do recurso extraordinário em questão seria a ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais aventados pela parte recorrente, a teor do que dispõe as Súmulas 282 e 356 do STF. É o que consta do Informativo nº 788 – “(...) asseverou [o Min. Dias Toffoli], ainda, não se admitir recurso extraordinário quando os dispositivos

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 763.915. 1ª Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2692863>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 629943. 1ª Turma. Relatora Ministra Rosa Weber. DJe 19/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3947887>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

constitucionais indicados como violados carecessem do necessário prequestionamento”.⁹³

Note-se, pois, que o entendimento da Corte Suprema não está totalmente consolidado a respeito da matéria.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também há divergência jurisprudencial a respeito dos embargos de declaração prequestionadores.

Diferentemente do que acontece no Supremo Tribunal Federal, o STJ não aceita o prequestionamento ficto da matéria. Tanto é assim que editou a Súmula nº 211: “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo*”.⁹⁴

Significa dizer, pela interpretação do enunciado acima transcrito, que toda vez que houver oposição de embargos de declaração prequestionadores, com o intuito de abrir acesso à via excepcional e os mesmos foram rejeitados pelo Tribunal de origem, sob o argumento de inexistência de qualquer dos vícios que autoriza o acolhimento do recurso de embargos, deverá a parte sucumbente interpor recurso especial fundado na violação ao artigo 535, incisos I ou II, do Código de Processo Civil. Somente com o eventual acolhimento deste recurso e cassado o acórdão *a quo* é que será cabível a interposição de novo recurso especial para levar ao Superior Tribunal de Justiça a questão infraconstitucional objeto da controvérsia.

Oportuno destacar, nesse diapasão, a lição de Nelson Luiz Pinto:

De acordo com essa Súmula do STJ, não basta para exigência do prequestionamento que da matéria objeto do recurso especial a cujo respeito o acórdão recorrido foi omisso tenha a parte interposto embargos de declaração. Há necessidade de que os embargos sejam providos e que o tribunal a quo se manifeste precisamente sobre a questão federal que será objeto do apelo à instância especial.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 788. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo788.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2015.

Assim, caso haja efetivamente a omissão a respeito da questão federal no acórdão recorrido e sejam rejeitados os embargos de declaração, deve a parte, em seu recurso especial, argüir a nulidade do acórdão, em razão de ser ele infra petita ou omissis e incompleto quanto à sua fundamentação, não podendo discutir no recurso especial a questão a respeito da qual alega ter havido omissão.⁹⁵

Cite-se, oportunamente, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. RECUSA JUSTIFICADA DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. COMPROVADA MÁ-FÉ DA SEGURADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A matéria referente aos dispositivos tidos por violados não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282 do STF e 211 do STJ). (...) 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 406.602/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 30/10/2013)

2. O dispositivo da legislação federal supostamente violado (art. 4º da Lei n. 10.887/2004), a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi debatido na instância ordinária, impossibilitando o conhecimento do recurso especial, haja vista a incidência da Súmula 211/STJ e, por analogia, da Súmula 282/STF. (...) Agravo regimental improvido.⁹⁶

Nelson Nery Júnior posiciona-se no mesmo sentido do entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça:

(...) mas o sistema constitucional assim o determina: não pode o STF e o STJ, em sede de recurso excepcional (RE e REsp), decidir matéria pela primeira vez, que não fora decidida anteriormente pelas instâncias ordinárias. Afigura-se-nos correto, por consequência, o entendimento do STJ exposto no STJ 211, no sentido de que “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”. Esse entendimento é técnico, preciso e, principalmente, constitucional.⁹⁷

⁹⁵ PINTO. Nelson Luiz. Manual dos Recursos Cíveis. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 231.

⁹⁶ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1396224/ES. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe 29/10/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24597412/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1396224-es-2013-0250382-4-stj/certidao-de-julgamento-24597417>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

⁹⁷ NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 296.

Seguindo a orientação da Súmula 211 do STJ, Fábio Victor da Fonte Monnerat, acrescenta:

(...) O Superior tribunal de Justiça (...) não julga o objeto do recurso, caso, mesmo com a interposição dos embargos declaratórios não seja sanada a omissão. Ainda segundo esta corrente o recurso especial, nestes casos, deve ser provido com fundamento na violação do art. 535, II, do CPC para que os autos sejam remetidos ao tribunal a quo e que seja sanada a omissão.⁹⁸

Feitas tais ponderações e demonstrado os entendimentos manifestados pela doutrina e jurisprudência acerca da utilização dos embargos de declaração prequestionadores, importa-nos analisar quais os meios recursais cabíveis para suprir a omissão da questão federal que persiste ante a rejeição dos embargos opostos, bem como demonstrar os prejuízos que pode ser acarretado pelas partes.

2.5 Meios recursais cabíveis para buscar o prequestionamento da matéria rejeitada em sede de embargos de declaração

A despeito da rejeição dos embargos de declaração com a finalidade de prequestionar a questão federal a ser suscitada na via especial, leciona Bernardo Pimentel de Souza quanto aos recursos cabíveis para alcançar o prequestionamento da matéria:

Se o próprio acórdão estiver contaminado por omissão na prestação jurisdicional, pode o irresignado apresentar segundos embargos de declaração, assim como interpor recurso especial com esteio nos artigos 165, 458 e 535, todos do Código de Processo Civil.⁹⁹

Tem a parte, assim, a possibilidade de oposição de novos embargos de declaração, bem como a interposição de recurso especial com fundamento na violação aos artigos 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil.

Pela lição de Bernardo Pimentel Souza: “(...) cabe outro recurso de declaração contra julgado proferido em embargos declaratórios. É que o

⁹⁸ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ: posições contrárias. Revista de Processo, São Paulo, n. 141, p. 197-209, nov. 2006. p. 207.

⁹⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 635.

próprio *decisum* prolatado nos embargos também pode ser omissivo, contraditório e obscuro”.¹⁰⁰

Igualmente é o posicionamento manifestado por Humberto Theodoro Júnior:

São cabíveis ditos embargos até mesmo da decisão que tenha solucionado anteriores embargos declaratórios, desde, é claro, que não se trate de repetir simplesmente o que fora argüido no primeiro recurso. É preciso que se aponte defeito (obscuridade, omissão ou contradição) no julgamento dos próprios embargos.¹⁰¹

Entretanto, ainda que a parte oponha novos embargos prequestionadores, isso não garante que o Tribunal a quo se supra a omissão, podendo continuar silente quanto ao tema, sob o argumento de que a lide encontra-se devidamente fundamentada nos termos do voto da Turma Julgadora, configurando-se mero inconformismo da parte embargante. Podendo, ainda, aplicar multa ao embargante pelo manejo de embargos procrastinatórios.

Nesse sentido tem-se alguns julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO. 1. Cabe ao julgador apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar ponto por ponto todos os argumentos suscitados pelas partes em suas razões de recurso. 2. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.¹⁰²

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS. ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. CELERIDADE JURISDICIONAL. I - Rejeitados os embargos de declaração, porque o acórdão não padece de quaisquer dos vícios previstos no art. 535 do CPC, bem como não se prestam para o reexame de matéria julgada. II - A oposição de embargos com o fim exclusivo de prequestionamento não tem amparo na legislação vigente e

¹⁰⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 636.

¹⁰¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 707

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. APC nº 20130110223553. 5ª Turma Cível. Relatora Gislene Pinheiro. DJe 27/01/2014. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPR OC=20130110223553>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

representa afronta à celeridade da prestação jurisdicional. III - Embargos de declaração rejeitados.¹⁰³

Nesses termos, negando-se o Tribunal de origem a suprir a omissão contida no acórdão recorrido, cabe ao recorrente a interposição de recurso especial por negativa de vigência aos artigos 165, 458 e 535, inciso II, todos do Código de Processo Civil, hipótese em que o Superior Tribunal de Justiça, caso acolha a pretensão recursal, irá cassar o acórdão objurgado determinando o retorno dos autos à instância de origem para que seja renovado o julgado da causa, suprindo-se a omissão contida no *decisum*.

Nesse mesmo sentido é a lição de Nelson Nery Júnior:

Caso o STJ dê provimento a esse REsp pela negativa de vigência do CPC 535, deverá cassar o acórdão recorrido para que o tribunal supra a omissão, acolhendo os embargos de declaração. Somente depois desse novo pronunciamento do tribunal local julgando os embargos de declaração é que terá havido o prequestionamento, ensejando RE e/ou REsp quanto à matéria primitiva.¹⁰⁴

José Miguel Garcia Medina manifesta-se em igual sentido, afirmando que: “Interposto o recurso de embargos de declaração e, mesmo assim, persistindo a omissão, caberá o recurso especial por violação ao art. 535 do CPC. Aponta-se, no caso, vício de atividade, cabendo a cassação da decisão recorrida”.¹⁰⁵

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. Caracteriza-se ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem deixa de se pronunciar

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. APC nº 20130111323324. 6ª Turma Cível. Relatora Vera Andrighi. DJe 20/05/2014 Disponível em: http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPR_OC=20130111323324. Acesso em 24 jul. 2015.

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283.

¹⁰⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 338.

acerca de matéria veiculada pela parte e sobre a qual era necessária a manifestação expressa.

2. A Corte local não apreciou as alegações da Fazenda Nacional de que "no caso em exame não havia nenhuma situação fática impeditiva ao contribuinte de propor a competente ação de repetição de indébito, cumulada com a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária. Também não havia qualquer previsão legal, na hipótese dos autos, para a interrupção/suspensão do referido prazo" (fls. 119-123, e-STJ).

3. Determinação de retorno dos autos para que se profira nova decisão nos Embargos de Declaração. 4. Agravo Regimental não provido.¹⁰⁶

Entretanto, ainda que haja expressa determinação do Superior Tribunal de Justiça ao Tribunal de origem, prolator da decisão cassada, no sentido de renovar o julgamento do feito quanto ao tema tido como omissis, nada impede que a Corte de segunda instância reitere sua conduta em negar a devida prestação jurisdicional à parte litigante.

Cite-se, a esse respeito, o precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM APELAÇÃO. REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS. OMISSÃO. REVISÃO RETROATIVA, LIMITAÇÃO 37 E CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS, INDEXADOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONFORMIDADE. 1.Desacolhidos inicialmente os embargos declaratórios, mas admitido e provido em parte o recurso especial, torna a matéria discutida nesses embargos à Câmara. 2.Omissão reconhecida pelo STJ, porque não abordadas as questões prequestionadas. 3.Pretensão indevida do banco réu de instaurar nova discussão acerca de matérias já apreciadas em sede recursal. Mera insurgência da parte com o julgamento. 2.Prequestionamento. Desnecessária a indicação de todos os fundamentos legais eventualmente incidentes no caso. Circulares e Resoluções administrativas não ensejam prequestionamento. Embargos desacolhidos.¹⁰⁷

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1444641/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 15/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1444641&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso: em 24 jul. 2015.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. EDcl nº 70000462275. 12ª Câmara Cível. Relator: Orlando Heemann Júnior, DJe 29/04/2010. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113151655/apelacao-civel-ac-598371722-rs/inteiro-teor-113151665>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

Vê-se, portanto, conforme os julgados acima transcritos, que mesmo com o provimento do recurso especial com esteio no artigo 535 do Código de Processo Civil, não há garantia, para parte recorrente, de que o Tribunal de segunda instância irá suprir a omissão reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, o que, por sua vez, impede a caracterização do prequestionamento.

Com efeito, transcreve-se o teor do Informativo nº 314 do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

EDCL. REJEIÇÃO INDEVIDA. No recurso anterior julgado pela Terceira Turma deste Superior Tribunal em que se declarava ofensa ao art. 535 do CPC, foi determinado o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que se manifestasse sobre pontos relevantes argüidos nos embargos de declaração. O Tribunal local, a pretexto de atender a determinação do STJ, rejeitou novamente os embargos de declaração e manteve a multa por protelação aplicada no julgamento anterior. A recorrente reitera os argumentos referentes ao mérito da lide e aponta novamente ofensa ao art. 535 do CPC. A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento ao argumento de que não é lícito ao Tribunal local rejeitar novamente os embargos de declaração, quando a omissão neles apontada já foi declarada pelo Superior Tribunal de Justiça. Resta à instância precedente, nessa situação, acolher os embargos e sanar a omissão. REsp 604.785-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 20/3/2007.

Posto isso, faz-se imperioso realizar uma análise crítica e minuciosa acerca dos prejuízos acarretados à parte recorrente ante a negativa da efetiva prestação jurisdicional pelos Tribunais de origem quando da determinação de novo julgamento da causa pelo STJ, bem como, levando-se em consideração o formalismo adotado pelo referido Tribunal Superior, a exemplo do precedente acima colacionado, analisar os impactos causados na celeridade e na economia do processo. Passe-se, dessa forma, a expor o tema principal da presente monografia.

3 A NEGATIVA DA DEVIDA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM FACE DA DECISÃO DE PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, PELO STJ, COM BASE NA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, II E 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme amplamente debatido nos capítulos anteriores, a abertura da via especial para o Superior Tribunal de Justiça depende de diversos requisitos, sendo que, um deles, de importante relevo para o presente estudo, é o instituto do prequestionamento.

O segundo capítulo buscou demonstrar as maneiras pelas quais as partes podem buscar para que reste configurado o prequestionamento, nos termos dos entendimentos defendidos pelo Supremo Tribunal Federal e, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se agora analisar, diante do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os prejuízos acarretados à parte pela resistência das Cortes de origem em sanar a omissão contida no acórdão anulado, pelo provimento do recurso especial, com base na violação aos artigos 165, 458, II e 535, II, todos do Código de Processo Civil.

3.1 O prejuízo causado à parte ante a resistência do Tribunal *a quo* em suprir a omissão do julgado anulado

Consoante dito linhas atrás, o STJ possui entendimento consolidado no sentido de que, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, caso a omissão não seja sanada pelo Tribunal local, é inadmissível a interposição de recurso especial.

Tanto é assim que o enunciado de Súmula nº 211 dispõe ser “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.¹⁰⁸

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf > Acesso em 14 ago. 2015.

Nesse viés, caberia à parte que teve os embargos prequestionadores rejeitados, manejar recurso especial com fundamento na contrariedade ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

Cássio Scarpinella Bueno leciona com clareza sobre o tema:

Em termos facilitado e práticos, a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça quer significar que toda que vez que ‘embargos de declaração prequestionadores’ forem opostos visando à oportuna interposição de recurso especial e foram rejeitados pelo Tribunal de Segunda Instância sob o fundamento da inexistência do vício que motiva a oposição daquele recurso (...), deverá o sucumbente interpor recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, por violação ao art. 535, incisos I ou II, do Código de Processo Civil.¹⁰⁹

Francisco Cláudio de Almeida Santos destaca em sua obra a possibilidade de interposição de recurso especial pela violação ao artigo 535 do CPC, mas faz ressalva acerca dos prejuízos acarretados à parte:

É verdade restar, porém, o recurso extraordinário com alegação de ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou à necessidade de motivação das decisões judiciais e o recurso especial com expressa violação do art. 535 do CPC, mas certamente são graves os prejuízos causados às partes pela demora no julgamento final, tudo em detrimento do princípio da economia processual.¹¹⁰

Acontece que, ainda que o Superior Tribunal de Justiça venha a anular o acórdão proferido pelo Tribunal local, acolhendo a violação ao artigo 535 do CPC, suscitada pela parte em seu reclamo especial, se a omissão não for sanada com o retorno dos autos à origem, a parte continua tendo seu direito à devida prestação jurisdicional negado.

A recalcitrância do tribunal local em cumprir com determinação do STJ, quanto à anulação do *decisum*, fecha a possibilidade da parte recorrente levar sua questão de mérito à análise da Corte Superior, ao passo que a esta não é permitida qualquer incursão no arcabouço fático-probatório dos autos.

¹⁰⁹ BUENO. Cassio Scarpinella. Prequestionamento, reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20-%20S%C3%BAmula%20211.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2015.

¹¹⁰ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 347-365, 2005.

Diante dessa resistência dos tribunais de origem em suprir a omissão sobre determinada questão federal, bem como da imposição de multa por recurso supostamente protelatório, é que o doutrinador, Francisco Cláudio de Almeida Santos, critica o entendimento defendido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Daí, mantido o ponto de vista estreito contido na Súmula n. 211/STJ, pouco adianta retardar a apreciação do mérito do recurso especial com sucessivas decisões de provimento do recurso especial por violação do art. 535 do CPC. Sabendo-se que o rejuízo de um recurso destes na instância ordinária consome pelo menos dois anos, a Justiça tardia não mais será útil.¹¹¹

No mesmo sentido, Frederico Augusto Leopoldino Koehler também critica a posição do tribunal local, face ao descumprimento da decisão de provimento do recurso especial pelo STJ:

Realmente, o novo julgamento do Tribunal inferior será, invariavelmente, no sentido de informar que os dispositivos que se querem prequestionar não devem ser aplicados à lide. Assim, haverá um retorno à estaca zero, com o início de novo recurso especial no intuito de julgar a questão de fundo (que por um período ficara totalmente obnubilada), quando tudo já poderia ter sido resolvido antes, com maior celeridade e economicidade e dando maior ênfase à efetividade processual do que ao formalismo.¹¹²

Diante desse cenário, a insistência das cortes locais em suprirem a omissão do acórdão anulado pelo STJ, acarreta inúmeros prejuízos às partes, na medida em que se veem impedidas de terem as questões de mérito devidamente analisadas pelo Tribunal Superior, dado à falta de prequestionamento dos artigos tidos por violados.

É daí que surge a necessidade de analisar o meio recursal cabível para forçar o cumprimento da determinação do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de caracterizar negativa da prestação jurisdicional à parte litigante.

¹¹¹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 347-365, 2005.

¹¹² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8976/do-prequestionamento-ficto-como-meio-para-efetivacao-dos-principios-da-instrumentalidade-economicidade-e-celeridade-do-processo>> Acesso em: 14 ago. 2015.

3.2 A utilização da reclamação constitucional como meio de garantir a autoridade da decisão de provimento do recurso especial pelo STJ

A reclamação constitucional encontra fundamento na Constitucional Federal, especificamente nos artigos 102, I, 1, 103-A, §3º, e 105, I, f, encontrando-se regulamentada pelos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, e pelos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e 187 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

O referido instituto jurídico destina-se à garantia das autoridades das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como para preservar a sua competência.

De se ver, portanto que a reclamação é utilizada nas hipóteses em que há desobediência pelos órgãos administrativos ou jurisdicionais das instâncias ordinárias - tribunais inferiores e juízes - das decisões ou súmulas proferidas pelo STF ou STJ ou mesmo na situação de usurpação da competência dos referidos Tribunais Superiores.

Na hipótese tratada no presente trabalho, é conferida à parte que tem seu direito de ver a omissão suprida pela Corte de origem, após a decisão de anulação proferida pelo STJ, propor a reclamação constitucional com o intuito de garantir a autonomia da referida decisão e, conseqüentemente, ter sanada a omissão aventada.

É de bom alvitre destacar alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STJ OU DESCUMPRIMENTO DE SUAS DECISÕES. INEXISTÊNCIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. 1. A reclamante pretende, com a presente medida, cassar o acórdão que rejeitou seus Embargos de Declaração, ao argumento de que o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial interposto na ação originária, já havia determinado que fosse apreciada questão relevante para o deslinde da controvérsia. 2. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região atendeu à decisão do STJ e proferiu novo julgamento dos Aclaratórios, mantendo o entendimento anterior, mas por outros fundamentos (observando a jurisprudência do STJ firmada em recurso repetitivo). 3. Se a parte não se conformou com o que foi decidido, compete-lhe fazer uso dos instrumentos legais previstos para sua reforma. A ocorrência de omissão no novo

julgamento dos Embargos de Declaração é matéria que será apreciada e decidida no Recurso Especial interposto pela ora reclamante, no bojo do qual, saliente-se, a empresa aponta, em preliminar, nulidade do acórdão por ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC.

4. A Reclamação prevista no art. 105, I, "f", da Constituição Federal, dirigida ao STJ, não pode ser utilizada como sucedâneo recursal. 5. Agravo Regimental não provido.¹¹³

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECLAMAÇÃO. APONTADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. RECLAMAÇÃO UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O agravante defende que a Corte Regional teria desrespeitado a decisão proferida no REsp 1.331.558/SC em virtude de que o novo acórdão prolatado pela Corte Regional não se pronunciou sobre a prescrição dos créditos tributários, mesmo após a determinação do retorno dos autos à origem para tanto. 2. A presente reclamação foi utilizada como sucedâneo recursal, o que evidencia a sua inadequação. Isto porque, o acórdão do TRF, ora reclamado, poderia ser combatido por novo apelo especial, com fundamento na violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil. Agravo regimental improvido.¹¹⁴

Note-se que a Primeira Seção tem entendido pela impossibilidade de manejo de reclamação constitucional nos casos em que o Tribunal de origem não supre a omissão no acórdão anulado pelo STJ, pois estaria sendo utilizada como sucedâneo recursal, devendo a parte interpor novo recurso especial.

Inobstante tais precedentes manifestarem-se dessa forma, a Segunda e Terceira Seção tem defendido a utilização da reclamação constitucional como meio de garantir a autoridade da decisão de provimento do recurso especial pelo STJ. Eis os julgados:

RECLAMAÇÃO. OFENSA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL QUE DETERMINOU NOVO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. -

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl nº 5.751/DF. 1ª Seção. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 09/09/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24737149/agravo-regimental-na-reclamacao-agrg-na-rcl-5751-sc-2011-0151494-9-stj/certidao-de-julgamento-24737152>>. Acesso em: 24 jul.2015.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl nº 12.626/SC. 1ª Seção. Relator Ministro Humberto Martins. DJe 25/11/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24737149/agravo-regimental-na-reclamacao-agrg-na-rcl-12626-sc-2013-0151494-9-stj/certidao-de-julgamento-24737152>>. Acesso em: 24 jul.2015.

Caracterizado o descumprimento da decisão deste Tribunal que declarou a nulidade do Acórdão que julgou os Embargos de Declaração e determinou a remessa dos autos ao Tribunal de origem para se que proceda à integração do julgado, com novo julgamento dos Embargos, focalizando de expresso a matéria por eles deduzida, deve ser novamente anulado o Acórdão e determinada a realização de novo julgamento dos Embargos de Declaração para que seja sanada a omissão apontada. 2. - Reclamação julgada procedente.¹¹⁵

RECLAMAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. INSURGÊNCIA PROVIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA ANULAR JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECONHECENDO VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NOVO JULGAMENTO DOS ACLARATÓRIOS. OMISSÃO NÃO SANADA NO ACÓRDÃO RECLAMADO. DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DESTA CORTE. PEDIDO JUGADO PROCEDENTE. 1. O Ag n.º 1.415.222/RS foi conhecido para dar provimento ao recurso especial e anular o julgamento dos embargos de declaração, a fim de que outro fosse proferido, com a efetiva análise de omissão sobre questão de fato que, inclusive, foi analisada pela sentença condenatória desconstituída pelo acórdão que absolveu o réu. 2. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entretanto, descumpriu a determinação deste Superior Tribunal de Justiça, pois apenas reafirmou a inexistência de omissão ao julgar novamente os aclaratórios, o que não lhe cabia fazer. 3. Reclamação cujo pedido é julgado procedente, para cassar o acórdão reclamado, a fim de que outro seja proferido, com a efetiva análise da alegação do recurso integrativo que se manteve omissa, decidindo a Corte Estadual como entender de direito.¹¹⁶

Em pese os precedentes acima colacionados manifestarem-se a favor da reclamação constitucional, o entendimento não é pacificado pela Corte Superior. Ao contrário, a jurisprudência majoritária defende a necessidade de interposição de novo recurso especial pela violação ao artigo 535, do Código de Processo Civil.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCL nº 14.433/SP. 2ª Seção. Relator Ministro Sidinei Beneti. DJe 08/04/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303170589&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 24 jul.2015.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCL nº 9790/RS. 3ª Seção. Relator Ministra Laurita Vaz. DJe 30/04/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23116984/reclamacao-rcl-9790-rs-2012-0182186-0-stj/certidao-de-julgamento-23116988>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

3.3 O prequestionamento ficto no novo código de processo civil – análise do artigo 1.025 da Lei 13.105/2015

Conforme já noticiado nos tópicos anteriores, a figura do prequestionamento não é um tema pacificado nos Tribunais Superiores.

O Supremo Tribunal Federal, até pouco tempo atrás, possuía jurisprudência consolidada no sentido de que a simples oposição de embargos de declaração pela parte já preenchia o requisito do prequestionamento (Súmula 356/STF).

Com efeito, precedentes recentes do STF não têm aceitado, entretanto, o prequestionamento ficto. A 1ª Turma do STF, ao julgar o Agravo Regimental no AI 763.915, de relatoria do Min. Dias Toffoli, assim decidiu: *“Ante a ausência de efetiva apreciação de questão constitucional por parte do Tribunal de origem, incabível o apelo extremo. Inadmissível o prequestionamento implícito ou ficto”*.¹¹⁷

Igualmente, a 1ª Turma, ao julgar o Agravo Regimental no RE 629.943, de relatoria da Min. Rosa Weber, concluiu nesse mesmo sentido, não aceitando a figura do prequestionamento ficto:

Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.¹¹⁸

No Informativo de Jurisprudência nº 788, já citado anteriormente, divulgado pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 24 de junho de 2015, há a menção de julgado da 2ª Turma pelo qual o Ministro Dias Toffoli, relator do

¹¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. AI 763.915. Relator Min. Dias Toffoli. DJe 11/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2692863>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

¹¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 629.943. Relator Min. Rosa Weber. DJe 19/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3947887>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

caso, afirmou que não é admissível recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais suscitados não foram prequestionados pelo Tribunal de origem.

Dessa forma, vê-se o Pretório Excelso vem abandonando a figura do prequestionamento ficto, passando a condicioná-lo a prévia manifestação do Tribunal local.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, já possui entendimento consolidado acerca do tema, asseverando ser inadmissível o recurso especial cuja questão federal, a despeito da oposição do recurso de embargos, não houver sido apreciada pelo tribunal *a quo*.

Buscando solucionar a questão, o legislador, ao redigir o Novo Código de Processo Civil, buscou consolidar o entendimento defendido pela doutrina e pacificar a divergência jurisprudencial a respeito do prequestionamento, ainda que haja rejeição dos embargos de declaração.

Nesse contexto, dispôs no artigo 1.025 a figura do prequestionamento ficto, a fim de possibilitar à parte a discussão da violação dos dispositivos infraconstitucionais ou constitucionais perante as Cortes Superiores, ainda que os embargos de declaração opostos com o fim de prequestionar a matéria, sejam rejeitados. Veja-se:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Pela nova regra processual, a configuração do prequestionamento independe da prévia manifestação da Corte origem acerca do tema, tampouco o acolhimento dos embargos de declaração.

Rodolfo Botelho Cursino faz ressalva quanto à utilidade dos embargos declaratórios nesses casos, mas adere ao posicionamento, destacando que:

(...) é inegável a necessidade de pôr em prática a duração razoável do processo no contexto do judiciário atual. A universalização do prequestionamento ficto objetivada pelo Projeto do novo CPC trará, sem sombra de dúvida, maior

celeridade, facilitando o acesso das partes aos superiores tribunais.¹¹⁹

A referida inovação representa um ganho inegável às partes, que, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil terão a possibilidade de aventar, em sede de recurso especial, questões federal de relevância para o deslinde da controvérsia, que não foram apreciadas pelas Cortes de origem.

Outrossim, o excesso de formalismo exigidos pelos Tribunais Superiores, a despeito da ilação trazida pelos verbetes das Súmulas 211/STJ e 282/STF, acabavam por ferir a celeridade e economia processuais.

Passa-se, assim, a evitar a necessidade de devolução dos autos à instância de origem, por violação aos artigos 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil para que fosse renovado o julgamento da causa.

3.4 Configuração do prequestionamento ficto pela interposição do segundo recurso especial por violação aos artigos. 165, 458, II e 535, II, todos do CPC

Diante de tudo o quanto exposto, nota-se que foram demonstrados os prejuízos causados à parte recorrente pelo atual entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II, do CPC. Isso porque, o caminho a ser percorrido pela parte para alcançar o prequestionamento dos artigos tidos por violados, a fim de abrir a via especial para o STJ, é danoso e, muitas vezes, sem fim, na medida em que o Tribunal local não se vê obrigado a cumprir a decisão que determina o novo julgamento do acórdão anteriormente proferido.

Nesse sentido, esta pesquisa, fundamentada no entendimento doutrinário e jurisprudencial, buscar propor solução passível de aliviar parte do infundável ônus do prequestionamento, evitando que o recorrente fique à mercê de convicções pessoais do julgador que, a pretexto de estar perfeito o julgado, se nega, reiteradamente, a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos.

¹¹⁹ CURSINO, Rodolfo Botelho. Breve análise das mudanças no requisito de prequestionamento com base no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL nº 166/2010). Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3053, 10 nov. 2011. Disponível em: . Acesso em: 14 set. 2014.

A título exemplificativo parte-se da seguinte situação fática:

- A parte opõe embargos declaratórios prequestionadores, os quais são rejeitados pelo Tribunal *a quo*;
- Diante da rejeição dos embargos, a parte interpõe recurso especial, alegando contrariedade aos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC;
- O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, dá provimento ao recurso especial, reconhecendo a omissão suscitada pela parte recorrente e determinando o retorno aos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento dos embargos de declaração com o consequente esclarecimento das questões relevantes ao esclarecimento da lide;
- Após o retorno dos autos ao Tribunal de origem, os embargos de declaração são novamente rejeitados, sob o argumento de inexistência de vício a ser sanado por aquela via;
- Inconformada, a parte recorrente interpõe novo recurso especial, alegando, mais uma vez, violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC.

Tal situação foi bem ilustrada no voto do Recurso Especial nº 626.148/MA, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

(...) Trata a presente demanda de Embargos à Execução em sede dos quais arguiu o ora Recorrente equívoco na elaboração dos cálculos. Os Embargos foram julgados improcedentes em Primeiro Grau, tendo o Eg. Tribunal a quo mantido a r. sentença por meio de acórdão assim ementado:

(...)

A Recorrente sustentou, naquela oportunidade, violação ao art. 535, II, do CPC acentuando que os embargos de declaração então opostos foram rejeitados sem os esclarecimentos necessários à adequada solução da controvérsia. O Recurso Especial foi provido sob os seguintes fundamentos:

“(...) Resta patente, portanto, a violação do art. 535 do CPC, uma vez que o Egrégio Tribunal a quo deixou de se manifestar sobre ponto pertinente à lide, expressamente ventilado pela ora recorrente e indispensável à apreciação do apelo extremo. (...) Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial e determino a remessa dos autos à instância de origem a fim de que se proceda ao novo julgamento dos embargos considerando-se os argumentos expendidos pelo ora recorrente”.

Novamente apreciada a questão sub judice, desta feita à luz dos dispositivos legais invocados pelo ora Recorrente, o C. Tribunal a quo manteve a rejeição dos embargos declaratórios. Insurge-se o ora Recorrente, aduzindo persistir a omissão outrora assinalada.¹²⁰

No caso em análise, a parte viu-se obrigada a manejar novo recurso especial, na medida em que o Tribunal local negou-se a suprir a omissão apontada no acórdão anulado pelo STJ.

Dessa forma, com o manejo desse segundo recurso especial, houve a discussão acerca da configuração de uma espécie de prequestionamento ficto, a fim de garantir à parte o acesso à Corte Superior e a análise da matéria de fundo suscitada.

Tanto é assim que, na hipótese do julgamento, o Ministro José Delgado, após o pedido de vista dos autos, assim de manifestou:

O recurso merece exame sobre ângulo determinado por esta Corte em decisão anterior quando impôs ao Tribunal a quo que procedesse a um novo julgamento considerando os argumentos expendidos pelo Estado do Maranhão (fl. 163).

Que argumento são esses? A resposta está na alegação de que há erro material na elaboração dos cálculos, haja vista que o valor em cruzeiros imaginado pela perícia (fls. 67/68 – dos autos principais) é fictício, considerando que à época 1988/9 da prestação do serviço e emissão da Nota de Empenho o padrão monetário era o Cruzado (Cz\$), que teve vigência até 14.01.89, seguindo-se, a partir de 15.01.89, o Cruzado Novo (Cn\$) adotado até 14.03.90, e só a partir de 15 do mesmo mês e ano, passou a vigorar o cruzeiro.

Não se pode imaginar, conforme está nos autos, que “... mesmo se o padrão monetário originário tivesse sido o Cruzeiro, o valor encontrado de Cz\$ 4.290.485,30, não poderia ser transformado, mesmo inclusos os juros de 0,5% ao mês, na quantia de R\$ 4.597.493,27” (fl. 214) dos autos principais.

Na verdade, o que se tem como real nos autos é o fato de que, após as conversões da moeda, o valor real do débito é de R\$ 59.147,63, como informa o Estado do Maranhão (fl. 8), em data de 7.12.99.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 626148. Relator Ministro Luiz Fux. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064_015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 14 ago. 2015.

Diante o exposto, e por o Tribunal de origem não ter cumprido a determinação deste tribunal, o meu voto é conhecendo do recurso e, desde logo, dando-lhe provimento quanto ao seu mérito para fixar o valor da execução, em data de 7.12.99, no valor de R\$ 59.147,63 (cinquenta e nove mil, cento e quarenta e sete reais e sessenta e três centavos).

É como voto.¹²¹

Na ocasião, o Ministro Francisco Falcão acompanhou a dissidência:

O Estado do Maranhão interpôs recurso especial, arrimado na violação do art. 535 do Código de Processo Civil. Tal recurso foi julgado por esta colenda Corte, a qual lhe deu provimento, por entender ter restado omissa a decisão a quo, na medida em que "deixou de se manifestar sobre ponto pertinente à lide, expressamente ventilado pelo recorrente e indispensável à apreciação do apelo extremo" (fl. 169).

Retornados os autos ao Tribunal de Justiça local, rejeitando-se os embargos de declaração opostos, foram estes rejeitados, novamente, ao argumento de que, de fato, inexistia vício a ser sanado por aquela via. Daí a interposição de outro recurso especial, em que se alega, novamente, afronta ao art. 535 da Lei Instrumental Civil.

Distribuídos os autos ao em. Ministro Luiz Fux, por prevenção, votou Sua Excelência pelo não conhecimento do apelo, ausente a sustentada contrariedade à norma federal.

Após pedido de vista, o il. Ministro José Delgado, por sua vez, à consideração de que o Tribunal de origem não cumpriu determinação desta eg. Corte, votou pelo provimento do recurso especial, já quanto ao seu mérito, "para fixar o valor da execução, em data de 7.12.99, no valor de R\$ 59.147,63 (cinquenta e nove mil, cento e quarenta e sete reais e sessenta e três centavos).

Foi então que também pedi vista dos autos para melhor exame da matéria. Acompanho a dissidência, entendendo como o nobre Ministro José Delgado que restou consignado nos autos a delimitação da conversão monetária, exurgindo, então, o valor acima indicado, conforme informa o recorrente.

Tais as razões expandidas conheço do recurso e dou-lhe provimento.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 16/05/2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064_015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 14 ago. 2015.

É o voto vista.¹²²

Seria o caso, aqui, de uma modalidade de prequestionamento ficto configurado não pela interposição dos embargos de declaração, como entende o STF, mas pela interposição do segundo recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do CPC.

Acontece que, alguns doutrinadores como Nelson Nery Jr., entendem que a configuração do prequestionamento ficto pelo STJ, no caso de interposição de novo recurso especial, acabaria por configurar uma supressão de instância, na medida em que a Corte Superior passaria a se manifestar sobre tema nunca tratado na origem.

Em contrapartida, Teresa Arruda Alvim Wambier, defende que o simples fato de o Tribunal local insistir em não suprir a omissão quando do novo julgamento dos embargos de declaração, obrigando a parte a interpor outro recurso especial, já caracteriza maltrato ao princípio da economia processual.¹²³

No mesmo sentido, se pronunciou Fábio de Oliveira Camilo, in litteris:

Não concordamos, absolutamente, com os argumentos de que se estaria suprimindo um grau de jurisdição, porquanto o tribunal *a quo* já teve a oportunidade de se pronunciar, inclusive, por duas vezes, e não o fez, não sendo concessa máxima vênua, obrigação da parte o fazer. De igual forma, não há ofensa ao princípio do contraditório, pois se a decisão foi omissa, só pode o ser sobre questão já debatida anteriormente pelas partes, ressalva feita somente ao caso em que a questão federal surgiu no próprio julgamento, situação na qual, no entanto, será da parte ex adversa intimada a manifestar-se nas contra-razões do recurso especial ou extraordinário, garantindo-se, assim, vigência ao sobredito princípio.¹²⁴

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 16/05/2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064_015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 14 ago. 2015.

¹²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.

¹²⁴ CAMILO, Fábio de Oliveira. Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e STJ e o princípio da razoável duração do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 159, p. 239-258, maio 2008. p. 254.

Em síntese, ter-se-ia o seguinte contexto: diante da interposição do recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do CPC, o STJ, se entender pela omissão, deve, como de costume, dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja feita a integração do acórdão, conforme inteligência de sua Súmula 211, o que já caracteriza afronta à exigência social da célere prestação jurisdicional.

Entretanto, havendo recusa do Tribunal de origem para se manifestar sobre o ponto omissis da decisão, após a determinação do Superior Tribunal de Justiça, o recorrente deverá interpor um segundo recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do CPC, devendo, o STJ, considerar configurado o prequestionamento no momento da interposição desse segundo recurso especial, sem a necessidade de nova devolução dos autos à instância a quo para novo julgamento dos embargos de declaração, já que nova determinação de integração do acórdão, provavelmente, não será cumprida na instância ordinária.

Isso porque, não se mostra nem um pouco razoável a exigir do recorrente algo que foge ao seu alcance. Se a parte litigante utilizou-se de todos os meios processuais disponíveis, a fim de configurar o prequestionamento da matéria e, mesmo assim, o acórdão padece de omissão por ter o Tribunal de origem se recusado a acatar a determinação do STJ, reiterando o argumento de estar perfeito o julgado, o recorrente não tem com interferir nessa decisão. Deve o STJ, nesses casos, assegurar a entrega da prestação jurisdicional, julgando a questão de fundo no momento da interposição do segundo recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do Código de Processo Civil.

Afasta-se, assim, o formalismo exacerbado imposto à parte recorrente pelo atual entendimento do STJ sem, contudo, banalizar a interposição do recurso especial, cujo cabimento continuará dependente do cumprimento de requisitos constitucionalmente estabelecidos.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1998, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, conferiu ao referido Tribunal a função de interpretação e preservação da legislação infraconstitucional, por meio do recurso especial, bem como a uniformização da jurisprudência em âmbito nacional, função esta relacionada ao princípio da segurança jurídica. O Novo Código de Processo Civil, sensível às alterações sofridas ao longo dos anos, passou a conferir ao Superior Tribunal de Justiça a função de corte de interpretação e precedentes, não mais atuando como corte de controle e jurisprudência.

O primeiro capítulo, além de destacar as funções atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça, buscou enfatizar a figura do recurso especial, seus pressupostos e as matérias objeto de sua interposição.

Posteriormente, o estudo se deu, especificamente, quanto ao instituto do prequestionamento, suas diversas concepções e momento de configuração de acordo com a doutrina e jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores. Em seguida, analisou-se o recurso de embargos de declaração, com enfoque especial em sua função prequestionadora, a fim de permitir à parte a abertura da via especial para o Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese à utilização dos embargos de declaração com caráter prequestionador, viu-se que, na maioria das vezes, o Tribunal local se nega a entregar à parte litigante a devida prestação jurisdicional, sob o argumento de inexistir qualquer omissão no acórdão recorrido, o que impede o acesso do recorrente à Corte Superior.

Diante desse cenário, a parte recorrente deverá interpor recurso especial alegando violação, especialmente, ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, visando à obtenção da anulação do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, para que, após o retorno dos autos ao Tribunal de origem, seja proferido novo julgamento dos embargos, com a efetiva apreciação da matéria declarada omissa pelo Superior Tribunal de Justiça.

Acontece que, consoante destacado na presente dissertação, mesmo após o provimento do recurso especial, pela violação ao artigo 535, do

Código de Processo Civil, várias são as situações em que a Corte *a quo* insiste na declaração de inexistência de vício do acórdão, obstando à parte o acesso efetivo ao Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria federal violada, ante o óbice imposto pela Súmula 211/STJ.

Diante dessa recusa é que surge a problemática tratada neste estudo. Isso porque, poucos são os meios disponíveis à parte recorrente para a configuração do prequestionamento da questão federal a que pretende suscitar em seu reclamo especial.

A Reclamação Constitucional, apesar de destinar-se a garantir a autoridade das decisões dos Tribunais Superior, conforme entendimento manifestado pelo STJ, não se presta a compelir o Tribunal local a se manifestar sobre a questão omissa, já reconhecida quando do provimento do recurso especial. Dessa forma, a parte recorrente se vê obrigada a manejar um novo recurso especial, levando-a a um ciclo interminável em busca do prequestionamento, dado que o Superior Tribunal de Justiça não aceita o prequestionamento ficto da matéria.

O Novo Código de Processo Civil, por seu turno, prevê a figura do prequestionamento ficto no âmbito das Cortes Superiores – STJ e STF. Acontece que, até que entre em vigor a nova legislação processual, os litigantes se veem obrigados a interpor mais de um recurso especial para a caracterização do prequestionamento.

Diante desse cenário, foi apresentada uma proposta visando a caracterização do prequestionamento, mesmo diante da recusa do Tribunal local em suprir a omissão no acórdão anulado pelo STJ, qual seja, a interposição de um segundo recurso especial com base na contrariedade aos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do Código de Processo Civil.

Tal entendimento encontra respaldo em dois votos-vista proferidos no julgamento do Recurso Especial nº 626.148/MA, pelos Ministros Francisco Falcão e José Delgado.

Assim, diante de todos os argumentos esposados no presente trabalho, em consonância com o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de

Justiça no julgamento do recurso especial referido acima, conclui-se que a interposição de um segundo recurso especial, ante o cenário de resistência dos Tribunais locais, parece ser maneira mais plausível para a caracterização do instituto do prequestionamento, com vias a possibilitar o acesso da parte recorrente ao Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. Admissibilidade do recurso especial. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996.
- ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 397, n. 104, p. 3-29, maio/jun. 2008.
- ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1997.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.
- ATHOS CARNEIRO. Requisitos. 1999, p. 98; CARLOS VELLOSO. O Superior. 1991, p. 7, 8 e 9; JOSÉ AFONSO DA SILVA. Curso. 16^a ed., 1999, p. 554, nota 4; e RODOLFO MANCUSO. Recurso especial. 4^a ed., 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 10 jun. 2015.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 508. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 535. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 541. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf > Acesso em 14 ago. 2015.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1396224/ES. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe 29/10/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24597412/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1396224-es-2013-0250382-4-stj/certidao-de-julgamento-24597417>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. AI 763.915. Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília 11, de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2692863>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp nº 1155762/SP. 6ª Turma. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. DJe 06/12/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001007462&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 23 jul.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 626148. Relator Ministro Luiz Fux. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 14 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 14 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl nº 12.626/SC. 1ª Seção. Relator Ministro Humberto Martins. DJe 25/11/2013. Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24737149/agravo-regimental-na-reclamacao-agrg-na-rcl-12626-sc-2013-0151494-9-stj/certidao-de-julgamento-24737152>>. Acesso em: 24 jul.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl nº 5.751/DF. 1ª Seção. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 09/09/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24737149/agravo-regimental-na-reclamacao-agrg-na-rcl-5751-sc-2011-0151494-9-stj/certidao-de-julgamento-24737152>>. Acesso em: 24 jul.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 222932. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24875287/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-222932-sp-2012-0179270-0-stj>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 222932/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. DJe 03/02/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24875287/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-222932-sp-2012-0179270-0-stj>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 488792/RJ. 6ª Turma. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJe 10/03/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178420718/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-488792-rj-2014-0062401-7>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1417431/SC. 3ª Turma. Relator Ministro Sidinei Beneti. DJe 09/12/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24804559/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1417431-sc-2013-0374474-2-stj>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1444641/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 15/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1444641&aplicacao=process>

[os.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MO
RTO](#). Acesso: em 24 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp nº 1266367/PE. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe 20/02/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24927488/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1266367-pe-2011-0166418-4-stj/inteiro-teor-24927489>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCL nº 14.433/SP. 2ª Seção. Relator Ministro Sidinei Beneti. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília 08 abril de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303170589&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 24 jul.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCL nº 9790/RS. 3ª Seção. Relator Ministra Laurita Vaz. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23116984/reclamacao-rcl-9790-rs-2012-0182186-0-stj/certidao-de-julgamento-23116988>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de novembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 14 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de novembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064>

015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea > Acesso em 14 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1304882/SP. 1ª Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJe 20/08/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23996516/recurso-especial-resp-1304882-sp-2011-0120541-3-stj/relatorio-e-voto-23996518>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=91>. Acesso em: 24 jul. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 629.943. Relator Min. Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 19 novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3947887>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE nº 372698. 1ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. DJe 09/03/02006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2083327>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 763.915. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2692863>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 763.915. 1ª Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2692863>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 810092/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 22/08/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4566722>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 788. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo788.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 788. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo788.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219934. Primeira Turma. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 14 de junho de 2000. Diário de Justiça, 16 fev. 2001. p.140

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 629.943. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3947887>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 629943. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3947887>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 629943. 1ª Turma. Relatora Ministra Rosa Weber. DJe 19/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3947887>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 356. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. APC nº 20130110223553. 5ª Turma Cível. Relatora Gislene Pinheiro. DJe 27/01/2014. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi->

bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20130110223553>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. APC nº 20130111323324. 6ª Turma Cível. Relatora Vera Andrighi. DJe 20/05/2014 Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20130111323324>. Acesso em 24 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. EDcl nº 70000462275. 12ª Câmara Cível. Relator: Orlando Heemann Júnior, DJe 29/04/2010. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113151655/apelacao-civel-ac-598371722-rs/inteiro-teor-113151665>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BUENO. Cassio Scarpinella. Prequestionamento, reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20-%20S%C3%BAmula%20211.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2015.

CAMILO, Fábio de Oliveira. Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e STJ e o princípio da razoável duração do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 159, p. 239-258, maio 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98. São Paulo: RT, 1999.

CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006.

CURSINO, Rodolfo Botelho. Breve análise das mudanças no requisito de prequestionamento com base no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL nº 166/2010). Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3053, 10 nov. 2011. Disponível em: Acesso em: 14 set. 2014.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERNANDES, Luiz Eduardo Simardi. Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais RT, 2003.

FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF x súmula 211/STJ? In: ALVIM, Eduardo pelegri de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2000.

JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8976/do-prequestionamento-ficto-como-meio-para-efetivacao-dos-principios-da-instrumentalidade-economicidade-e-celeridade-do-processo> Acesso em: 14 ago. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ: posições contrárias. Revista de Processo, São Paulo, n. 141, p. 197-209, nov. 2006.

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

NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98. São Paulo: RT, 1999.

ORIONE NETO, Luiz. Recursos cíveis. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIMENTEL SOUZA, Bernardo. Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial. 2ª edição, 2012.

PINTO, Nelson Luiz. Manual dos Recursos Cíveis. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 347-365, 2005.

SILVA, Jose Afonso da. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SIMARDI, Luís Eduardo Fernandes. Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial. 2ª edição, 2012.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.