

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

MARCEL EDUARDO DE LIMA

**O PREQUESTIONAMENTO COMO PRESSUPOSTO DE
ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

CURITIBA

2001

MARCEL EDUARDO DE LIMA

**O PREQUESTIONAMENTO COMO PRESSUPOSTO DE
ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

O PREQUESTIONAMENTO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Por

MARCEL EDUARDO DE LIMA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora formada pelos professores:

Presidente da Banca Examinadora

Membro Componente da Banca Examinadora

Membro Componente da Banca Examinadora

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	ii
SUMÁRIO.....	iii
RESUMO.....	v
1. INTRODUÇÃO.....	01
2. ASPECTOS HISTÓRICOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.....	03
2.1 Os recursos excepcionais sob a égide da Constituição Federal de 1988.....	04
3. RECURSOS EXCEPCIONAIS - ADMISSIBILIDADE E ABRANGÊNCIA.....	07
3.1 Recursos extraordinário e especial - Peculiaridades.....	09
3.1.1 Definitividade do <i>decisum</i> recorrido.....	09
3.1.2 Objeto - Questões de fato x questões de direito.....	10
3.1.3 Sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido.....	13
3.2 Juízo de admissibilidade.....	15
3.2.1 Pressupostos genéricos de admissibilidade.....	15
3.2.2 Pressupostos específicos de admissibilidade.....	16
4. HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	18
4.1 Hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários.....	18
4.2 Hipóteses de cabimento dos recursos especiais.....	19
4.3 Da necessidade de presença da questão federal e/ou constitucional.....	20
5. QUESTÃO FEDERAL E QUESTÃO CONSTITUCIONAL.....	23
6. PREQUESTIONAMENTO - CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	27

7. PREQUESTIONAMENTO - BREVE HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO.....	30
8. O PREQUESTIONAMENTO AOS OLHOS DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA.....	35
8.1 O prequestionamento enquanto decorrência do pronunciamento do Juízo.....	36
8.2 O prequestionamento enquanto atividade exclusiva das partes.....	37
8.3 O prequestionamento como prévio debate somado à manifestação do Juízo.....	39
9. PREQUESTIONAMENTO - SÍNTESE CONCLUSIVA DO INSTITUTO.....	41
10. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO "PREQUESTIONADORES".....	47
11. CONCLUSÃO.....	55
12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

RESUMO

O PREQUESTIONAMENTO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

A presente pesquisa destina-se ao estudo dos mais diferentes aspectos e nuances do instituto do prequestionamento. Estabelece-se como ponto de partida uma breve análise das características inerentes aos recursos extraordinário e especial, seguida de um minucioso estudo de suas condições de admissibilidade. Objetiva-se, assim, atingir uma síntese do instituto do prequestionamento, que, há muito, tem sido reputado requisito indispensável ao conhecimento do mérito dos recursos destinados aos Tribunais superiores. Essa síntese implica, necessariamente, na diferenciação entre o prequestionamento e a efetiva presença, no *decisum* recorrido, da questão federal e/ou constitucional em que terá fundamento o competente recurso a ser interposto. Isso porque, desde o texto constitucional de 1946, já não existe na Lei Maior expressa referência à necessidade de prévio questionamento para a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, para tanto, exige, apenas e tão-somente, a efetiva presença da questão federal e/ou constitucional na decisão prolatada pelo Tribunal *a quo*. Defende-se, assim, o prequestionamento não como exigência constitucional para a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial - conforme tem feito a esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência pátria -, mas como a atividade das partes anterior à decisão, no sentido de devolver ao Tribunal *a quo* o conhecimento de uma determinada matéria - que, via de regra, não pode ser conhecida de ofício -, obrigando-o a sobre ela manifestar-se, fazendo, só então, surgir a questão federal e/ou constitucional, de acordo com o caso específico.

1. INTRODUÇÃO

Muito embora não sejam raras as ocasiões em que Recursos Especiais e Extraordinários esbarram no Juízo de admissibilidade dos Tribunais inferiores, as exigências formais feitas para o conhecimento do mérito desses recursos não têm merecido a devida atenção por parte da doutrina.

É o que acontece, por exemplo, com o instituto do prequestionamento, que, embora amplamente utilizado na prática forense, ainda carece de definição satisfatória, razão pela qual ganha, ao sabor do entendimento de cada doutrinador ou magistrado, contornos absolutamente diferenciados.

Desta sorte, é inadmissível o descaso com que se vem tratando o instituto do prequestionamento. Ora, na condição que tem assumido na atualidade aos olhos da doutrina e da jurisprudência nacional, de requisito indispensável à admissibilidade dos recursos especial e extraordinário interpostos, é absolutamente essencial que o prequestionamento tenha uma definição satisfatória, baseada em parâmetros objetivos, capaz de uniformizar o entendimento acerca do instituto.

Essa necessidade premente é facilmente justificável, eis que não é possível admitir que um instituto capaz de vedar alguém de ver um direito seu apreciado pelo Poder Judiciário - por meio de Recurso Especial e(ou) Extraordinário - não tenha seu conceito definido e seus contornos delineados.

Foi sob essa perspectiva, em que se percebe uma série de questões ainda não suficientemente claras, que se tornou possível sentir que o estudo a que se propõe o presente trabalho poderá criar mais espaço e incitar maiores discussões acerca do instituto do prequestionamento e qual a sua verdadeira dimensão.

Para tanto, abordar-se-á, inicialmente - Capítulos 2 e 3 -, alguns aspectos históricos e característicos dos recursos extraordinário e especial, bem como seus pressupostos de admissibilidade.

Superada essa fase inicial, terá início uma breve análise das hipóteses constitucionais de cabimento dos recursos destinados aos tribunais superiores (STF e STJ) - Capítulo 4 -, e, ainda, da definição de questão (constitucional e federal), cuja presença é indispensável à admissibilidade desses recursos - Capítulo 5 -.

Finalmente, tomará corpo o exame do instituto do prequestionamento (objeto do presente trabalho) - Capítulo 6 a 10 -, em que, a partir da análise dos diversos entendimentos acerca do instituto, pretende-se sistematizar seus aspectos fundamentais, estabelecendo um conceito que o defina satisfatoriamente.

Cumprido frisar, entretanto, que não se tem a pretensão de que um trabalho desta monta possa esclarecer todas as dúvidas acerca do tema ora abordado, mesmo porque, acima de tudo, tem-se a certeza de que a contradição e o erro são inerentes ao próprio ser humano¹, e não seria diferente neste singelo trabalho acadêmico.

¹ Homenageie-se, nesse sentido, o brilhante escólio do Professor Roque Antonio Carraza que, citando passagens de José Souto Maior Borges e Bertrand Russel, assevera, respectivamente: "*Só quem não pensa está imune à contradição e ao erro*" e "*todo conhecimento humano é incerto, inexato e parcial.*" CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Malheiros, 16ª ed., São Paulo, 2001, p. 23.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Antes mesmo de se pretender abordar o tema do prequestionamento - objetivo a que se propõe o presente -, é indispensável traçar um breve histórico dos recursos especial e extraordinário², diferenciando a situação existente anteriormente à promulgação da Constituição vigente (ou seja, sob a égide da Constituição Federal de 1967) da situação atual, posterior ao advento da Constituição Federal de 1988.

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, havia apenas um dos recursos ditos excepcionais³, qual seja, o recurso extraordinário, a partir do qual, mais tarde, viria a surgir o atual recurso especial.

O recurso extraordinário servia, então, tanto para assegurar a legalidade das decisões tomadas em única ou última instância, como para compatibilizar o seu conteúdo com os ditames normativos ínsitos, implícita ou explicitamente, no topo do ordenamento jurídico pátrio, e, ainda, prestava relevante papel na uniformização da jurisprudência, firmando um posicionamento acerca de matérias que obtinham interpretação diversa entre tribunais.

À época, pois, o Supremo Tribunal Federal era destinatário de uma pluralidade considerável de recursos, eis que tanto os processos originários da Justiça Federal de 1º e 2º graus (então representado pelo TFR) quanto os originários

² “O recurso extraordinário é originário, segundo firmemente cremos, do direito norte-americano, e através de sua evolução, tal como existiu até a Constituição Federal de 1967, redação da EC 1/69, veio a se ter o recurso especial.” ALVIM, Arruda. *O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.13.

³ Cumpre esclarecer nesse ponto que, não obstante a significativa parcela da doutrina que designa os recursos extraordinários e especiais sob a denominação "extraordinários", adotar-se-á, no presente trabalho, a nomenclatura "excepcionais", a fim de, simplesmente, evitar qualquer tipo de confusão com os recursos extraordinários propriamente ditos.

da Justiça Estadual, também em suas duas instâncias, nos quais se vislumbrassem, em tese, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, eram a ele encaminhados⁴.

2.1 Os recursos excepcionais sob a égide da Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram extintos os Tribunais Federais de Recursos e criados os cinco Tribunais Regionais Federais (aos quais foi atribuída a competência para o exame dos julgados pertinentes à Justiça Federal) e o Superior Tribunal de Justiça⁵. Ainda, o antigo recurso extraordinário foi desmembrado nos recursos extraordinário e especial⁶.

⁴ "As críticas básicas que se faziam ao controle da legalidade das decisões pelo Supremo Tribunal Federal estavam centradas na lentidão dos julgamentos, decorrentes, obviamente, do volume desproporcional de recursos encaminhados àquele Tribunal(...)" SARAIVA, José. *Os recursos extraordinário e especial - alterações da Lei 9.756/98*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 398.

⁵ "São conhecidos os motivos que levaram o constituinte federal de 1988 à criação do Superior Tribunal de Justiça e à extinção do Tribunal Federal de Recursos. Em última análise, a chamada crise do Supremo Tribunal Federal, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, postos a cargo dos integrantes do Excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária, derivada do exercício de sua função de Corte constitucional, também uma multiplicidade de recursos provenientes de todas as partes de um país sob alto incremento demográfico e com várias regiões em acelerado processo de industrialização e de aumento do setor terciário da economia, acarretando sempre maiores índices de litigiosidade." CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

⁶ "Desde logo ousamos afirmar que o Recurso Especial, tal como o previram os Constituintes de 88, não foge aos parâmetros do Recurso Extraordinário. Se é firme que através desse novo instrumento processual, como já invocamos, o Superior Tribunal de Justiça apreciará as decisões de segundo grau que contrariarem, julgarem válidas ou inválidas leis federais, e fixará a uniformização de Jurisprudência, face aos dissídios no plano do Direito Federal, não é menos exato que alcançará, iniludivelmente, os mesmos contornos do antigo Apelo Extremo que durante 160 anos foi o grande nóculo de embate e de trabalho da Suprema Corte." MÓSCA, Hugo. *O Recurso Especial e seus Pressupostos*, Ideal, Brasília, 1989, p.12.

Em sua nova feição, à luz do texto constitucional de 1988, o recurso extraordinário passou a ter como principal finalidade a compatibilização entre as decisões judiciais e a Carta Magna.

O artigo 102 da Lei Maior prevê, em seus três incisos, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. Este recurso é admissível sempre que a decisão recorrida, manifestamente, contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Carta Magna.

Isto é, o Supremo Tribunal Federal passou, essencialmente, a representar o papel de guardião da Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico pátrio, tendo assumido os contornos de verdadeira Corte constitucional.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça⁷, criado por ocasião do advento da nova ordem constitucional (de 1988)⁸, é responsável pelo julgamento dos chamados recursos especiais. Admite-se esta espécie de recurso para que se assegure, entre outras coisas, a legalidade dos pronunciamentos jurisdicionais.

O artigo 105, III, da Constituição Federal de 1988, em suas três alíneas, estipula as hipóteses em que tal será cabível, quais sejam: a) quando a decisão recorrida contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal; b) julgar válida lei ou

⁷ "(...) o STJ é uma Corte de Justiça Federal situada na pirâmide da organização judiciária nacional, abaixo somente do STF, cuja atribuição constitucional abrange parte da competência antes afeta ao STF, especialmente a relativa ao controle da legalidade das decisões dos Tribunais Estaduais, bem como as oriundas da Justiça Federal, e à uniformidade de interpretação do direito federal em todo território nacional." CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *Admissibilidade do recurso especial*, in *Revista Forense* 329, p. 78 e 79. Rio de Janeiro, 1995.

⁸ "A Constituição Federal de 1988 traz entre suas principais inovações a criação do Superior Tribunal de Justiça e a previsão do Recurso Especial, contemplados, respectivamente nos arts. 104 e 105, III, a, b, e c, daquela Carta Política. A tal novidade corresponde uma aproximação ao sistema europeu continental da Cassação, se observar-se as funções cometidas ao novo recurso, quais sejam as de assegurar a validade do direito federal, garantir a observância da hierarquia das leis e manter a uniformidade da jurisprudência na Federação." FONTOURA, Lúcia Helena Ferreira Palmeiro da. *Recurso Especial - Questão de Fato/Questão de Direito*, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1993, p. 17.

ato de governo local contestado em face de lei federal; e c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Em síntese, enquanto o Supremo Tribunal Federal cuida da compatibilização das decisões com a Lei Maior, o Superior Tribunal de Justiça busca analisar, no recurso especial, as deliberações sob o ponto de vista de sua legalidade e definir uma entre as diferentes interpretações provenientes dos diversos tribunais, acerca da mesma matéria.

Desta sorte, resta incontestável que a estrutura recursal instaurada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um grande passo no sentido da especialização das Cortes de Justiça pátrias, que poderia conduzir, gradativamente, à prestação mais célere e eficaz da tutela jurisdicional⁹, conforme bem determinam os princípios gerais do direito pátrio.

⁹ Nesse sentido, merece destaque o escólio do Professor Luiz Guilherme Marinoni: *“Problema não menos significativo para o estudo do acesso à justiça é o da duração dos processos. A lentidão da justiça civil deve exigir cada vez mais atenção dos estudiosos do processo civil. Não há dúvida de que um dos principais leitmotivs recorrentes na história do processo seja o problema da relação entre a aspiração à certeza – a exigir a ponderação e a meditação da decisão no esforço de evitar a injustiça – e a exigência de rapidez na conclusão*

3. RECURSOS EXCEPCIONAIS - ADMISSIBILIDADE¹⁰ E ABRANGÊNCIA

Da mesma forma que ocorre no que toca à admissibilidade das ações, também no que tange aos recursos, há uma série de requisitos, formais e substanciais, a ensejar sua admissibilidade¹¹.

Por óbvio, tais requisitos são dotados de maior rigor em caso de recursos de natureza excepcional - como os recursos especiais e extraordinários - do que nos recursos ordinários - como a apelação e o agravo de instrumento -. Estes, dirigidos que são a tribunais locais, apresentam juízo de admissibilidade não tão rígido, eis que não comportam quaisquer exigências especiais, possibilitando a discussão tanto de matéria de fato quanto de direito, bastando, para interposição do recurso, a ocorrência de qualquer gravame à parte. Aqueles, por sua vez - e que por ora mais interessam -, destacam-se por uma maior rigidez formal para sua admissibilidade. Dirigidos aos tribunais superiores, os recursos excepcionais apresentam uma série de características que lhe são peculiares, só admitindo discussão de matéria de

do próprio processo.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 4ª ed., 2000, p. 32.

¹⁰ “A admissibilidade do recurso é a “qualidade” de aceitabilidade do recurso interposto.” NEVES, Fernando Crespo Queiroz. *A Influência das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na Admissibilidade dos Recursos Extraordinário e Especial*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 238.

¹¹ “No que tange especificamente aos requisitos de admissibilidade dos recursos, podemos fazer uma co-relação entre ação e recurso, pois que as exigências para a propositura da ação, tais como as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual), deverão ser analisadas *mutatis mutandis* na fase recursal.” RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Requisitos de Admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 182.

direito e exigindo, para sua interposição, não apenas a sucumbência, mas também “(...) *um plus que a lei processual determina e especifica.*”¹²

Trata-se, pois, de uma categoria de recursos que têm uma finalidade diferenciada dos demais, eis que se destinam a velar pela correta aplicação da lei federal e pela salvaguarda da Constituição Federal. Desta sorte, enquanto os recursos ordinários visam à proteção do direito subjetivo violado, em atenção precípua ao interesse privado, os recursos ditos excepcionais somente de forma reflexa protegem o interesse do particular, porquanto pretendem, primordialmente, zelar pela integridade do sistema positivado.

Nesse sentido, merece destaque a lição de Leonidas Cabral Albuquerque, que assim assevera:

*“O excepcional ou extraordinário ocorre quando, apesar de esgotado o âmbito de solução do interesse das partes, abre-se mais uma via recursal, agora para resolver acerca do direito objetivo aplicado. Haverá reflexos sobre o interesse das partes, mas o escopo dessa via extraordinária é a adequação da solução adotada no julgamento da questão ao direito objetivo – seja lei ou tratado federal, seja a Constituição Federal.”*¹³

Dentro desse contexto, e mais especificamente, aparecem os recursos especial e extraordinário. Aquele, previsto pelo artigo 105, III, da Constituição Federal, é dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, tendo cabimento sempre que decisões emanadas dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal impliquem em contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal, julguem válido ato ou lei estadual contestada em face de lei federal ou apresentem interpretação acerca de lei federal divergente da manifestada por outro tribunal. Este, por sua vez, insculpido no artigo 102, III, da Constituição Federal,

¹² MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV, Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 26.

dirige-se ao Supremo Tribunal Federal, sendo admissível sempre que decisões de única ou última instância impliquem em ofensa à Constituição, declarem a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal ou julgarem válida lei ou ato de governo contestado em face da Constituição Federal.

3.1 Recursos extraordinário e especial - Peculiaridades

Dentre as características marcantes desses chamados recursos excepcionais - recurso especial e extraordinário -, e que explicam o rigor que caracteriza o seu juízo de admissibilidade, algumas merecem maior destaque.

3.1.1 Definitividade do *decisum* recorrido

Inicialmente, conforme assevera Rodolfo de Camargo Mancuso, insta destacar que os recursos extraordinário e especial “(...) *pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única, originária.*”¹⁴

Isto significa que só cabe a interposição dos recursos especiais e extraordinários em *ultima ratio*, ou seja, quando já não há quaisquer medidas ou remédios processuais a serem adotados na(s) instância(s) ordinária(s), o que confere definitividade à decisão recorrida, indispensável à interposição de recursos de caráter excepcional. Acerca da definitividade, assevera José Afonso da Silva que

¹³ ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*, Fabris, Porto Alegre, 1996, p. 77.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., São Paulo, 1996, p. 69.

o “núcleo do pressuposto do recurso extraordinário (...) é a definitividade da decisão de que se recorre para o STF. Definitividade que se consubstancia no esgotamento de todos os recursos ordinários, via comum, existentes no sistema judiciário que conheceu da causa.”¹⁵

Em síntese, tanto o recurso extraordinário quanto o recurso especial não podem ser exercitados *per saltum*, isto é, sem o prévio esgotamento das impugnações ordinárias cabíveis. Desta sorte, caso um acórdão em apelação contenha uma parte unânime e uma outra tomada por maioria de votos, aquela primeira - por já não comportar quaisquer recursos de natureza ordinária - é passível de impugnação por recurso extraordinário e(ou) especial, enquanto esta última, para tanto, depende de prévia oposição de embargos infringentes, a fim de esgotar as impugnações ordinárias cabíveis.

3.1.2 Objeto - Questões de fato x questões de direito

A característica mais marcante dos chamados recursos excepcionais, entretanto, parece ser a impossibilidade de, em seu âmbito, discutir-se questões tipicamente de fato.

Com efeito, seu campo de abrangência limita-se, única e exclusivamente, à apreciação de questões de direito, eis que se presume que a matéria de fato já tenha sido devidamente apreciada pela(s) instância(s) ordinária(s)¹⁶.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1982. p. 286.

¹⁶ Nesse sentido, inclusive, firmou entendimento o Superior Tribunal de Justiça através da Súmula nº 7, que assim dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Os recursos extraordinário e especial, institutos processuais, conforme demonstrado anteriormente, de caráter absolutamente excepcional, são incompatíveis com a reabertura da instrução. Nessas condições, todas as questões que impliquem produção ou simples reexame de provas, em suas várias espécies legalmente admitidas, não serão submetidas à apreciação quer do Superior Tribunal de Justiça, quer do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

Evita-se, dessa forma, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tomem os contornos de novas instâncias ordinárias¹⁸, bem como que os recursos extraordinário e especial percam seu caráter de excepcionalidade, haja vista que se destinam à manutenção do império do direito federal e(ou) constitucional e não à mera reapreciação do conjunto probatório já examinado pelas instâncias ordinárias.

Enfim, o que se busca, ao impossibilitar a discussão de questões de fato em sede de recurso extraordinário e especial, é impedir que a pretensão deduzida pelo recorrente vise, apenas e tão somente, à substituição do juízo de valor emanado pelas instâncias ordinárias acerca do conjunto probatório de um determinado feito por um outro, agora proveniente dos tribunais superiores.

¹⁷ “(...) o Recurso Especial, pela sua própria estrutura, não poderá examinar nos pleitos a prova, que é pertinente às Apelações e nas decisões de segundo grau, no máximo, terá que perquirir sua valorização, que é tese diferente porque pesa a *quaestio iuris*.” MÓSCA, Hugo. *O Recurso Especial e seus Pressupostos*, Ideal, Brasília, 1989, p.12.

¹⁸ Ao tratar do tema em questão. Rafael Bielsa assevera que a Corte não se presta a rever os fundamentos da sentença enquanto versem acerca de fatos, pois, desta sorte, os recursos perderiam seu caráter de excepcionalidade, criando uma terceira instância geral de justiça. A Corte, segundo ele, atuaria conforme uma corte de cassação, abstando-se de julgar *iuris litigatoris*, mas apenas *iure constitutionis*, não se ocupando das chamadas *quaestio facti*, mas apenas das *quaestio iuris*. BIELSA, Rafael. *La protección constitucional y el recurso extraordinario*. 2ª ed., v. VII. Buenos Aires, Depalma, 1958.

Ocorre que, embora possa parecer aparentemente simples, a distinção entre as questões de fato e de direito é tarefa árdua, eis que, em muitos casos, elas se misturam e se confundem¹⁹.

Nessas condições, vale citar o escólio do Professor Jeremías Bentham²⁰, que, ao analisar o tema em tela, assevera que questão de fato significa saber se determinado fato ocorreu num certo tempo e lugar, enquanto que questão de direito trata da hipótese em que a lei contém uma disposição dessa ou daquela natureza, aplicável àquele determinado fato²¹.

Brilhante contribuição para a distinção entre as referidas questões é trazida também por Giuseppe Chiovenda²², que ensina que *“a atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente, a dois distintos objetos: ao exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de direito) e ao exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato).”*

¹⁹ Entretanto, tal dificuldade não pode constituir óbice a que os recursos de caráter excepcional atinjam efetivamente seu escopo, consoante bem conclui a Professora Lúcia Fontoura: *“A dificuldade na precisa distinção entre a questão de fato e a questão de direito não deve importar no prejuízo da finalidade do recurso.”* FONTOURA, Lúcia Helena Ferreira Palmeiro da. *Recurso Especial - Questão de Fato/Questão de Direito*, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1993, p. 75.

²⁰ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Trad. Manuel Osório Florit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

²¹ Destaque-se, nesse ponto, que, conforme assevera a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, *“(...) o que se pode dizer é que se, de um lado, o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, a nosso ver, pode-se falar em questões que sejam predominantemente de fato e predominantemente de direito, ou seja, o fenômeno jurídico é de fato e é de direito, mas o problema pode estar girando em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico.”* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 449.

²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. Saraiva, São Paulo, 1969, p. 40.

3.1.3 Sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido

Diz-se, ainda, e por fim, que os chamados recursos excepcionais têm mais uma peculiaridade²³, eis que apresentam sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, ou seja, tanto nos casos de recurso especial quanto nos casos de recurso extraordinário, ocorre a cisão entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito entre o Tribunal *a quo* e o *ad quem*.

Isso significa que a interposição dos Recursos Extraordinários e dos Recursos Especiais se dá perante o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido, em petição na qual deve constar, obrigatoriamente, a exposição do fato e do direito, a hipótese de cabimento do recurso interposto, bem como as razões do pedido de reforma da decisão atacada. Posteriormente à apresentação das contra-razões pela parte recorrida, segue o juízo de admissibilidade, decisão da qual cabe agravo de instrumento aos tribunais superiores.

Destaque-se que, relativamente a esses casos, submetidos ao reexame *ad quem*, seja este representado pela remessa oficial, do próprio órgão julgante, seja consistente na manifestação voluntária da parte que se julgou prejudicada pelo conteúdo do *decisum*, o juízo de admissibilidade cabe ao presidente da Corte julgadora porque embora seja possível o apelo ser apreciado por uma Turma, Seção, Câmara, ou Grupo, todos o fazem em nome da Corte em sua integralidade. A divisão é efetuada apenas para facilitar os trabalhos empreendidos, por uma questão de política processual.

²³ Peculiaridade esta que não é, porém, exclusiva de tais recursos, eis que outros, como a apelação e os embargos infringentes também a possuem. A diferença marcante está na especialidade dos requisitos examinados no juízo de admissibilidade pelo órgão *a quo* - aquele *plus* de que fala Frederico Marques na passagem anteriormente citada. Cf. nota 11.

Resta evidente, assim, que esta primeira aferição de admissibilidade do recurso, realizada pelo tribunal de origem, caracteriza-se como uma espécie de triagem, sujeita ao exame posterior do Tribunal *ad quem*, que é o órgão verdadeiramente competente para aferir essa admissibilidade²⁴.

Felizmente, com o advento da Lei 8.950/94, homenageou-se a celeridade processual ao estabelecer-se um regime que admite a conversão do agravo de instrumento interposto do despacho denegatório de seguimento aos recursos especiais e extraordinários nos próprios recursos²⁵, superando em muito a sistemática vigente anteriormente, que não admitia essa hipótese.

Em tais casos, desde que o relator do recurso especial ou do recurso extraordinário se convença da existência no agravo de todos os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso em si, este terá lugar no corpo do próprio agravo, dispensando-se a determinação da subida dos autos do recurso excepcional ao tribunal competente, consagrando-se, dessa forma, uma prestação jurisdicional mais célere e, certamente, mais eficaz, eis que, de maneira providencial, suprime uma das "etapas" do procedimento de resposta aos anseios dos jurisdicionados.

²⁴ *"Em síntese, a admissibilidade do recurso especial passa por dois "filtros" (equivalentes quanto ao conteúdo e método de análise), antes do enfrentamento do mérito. No primeiro, a que chamamos "juízo de admissibilidade", efetuado pelo presidente do Tribunal a quo, no qual se procede a um fundamentado exame axiológico de seu cabimento, com tolerada (e incentivada pelo Superior Tribunal de Justiça) tangência do mérito. E no segundo, denominado "exame de cabimento" efetuado pelo Ministro relator e pela Turma julgadora, no qual se verifica (além dos pressupostos genéricos) a adequação do apelo às hipóteses descritas no texto constitucional (...), pressuposto específico do cabimento."* SILVA, Miguel Ângelo Barros da. *A admissibilidade do recurso especial*. in Revista de Processo 62, p. 166. São Paulo, 1991.

²⁵ Esta sim uma peculiaridade absoluta, não encontrada em quaisquer outros recursos.

3.2 Juízo de admissibilidade²⁶

Basicamente, o juízo de admissibilidade²⁷ dos chamados recursos excepcionais consiste na verificação, pelo juiz singular ou pelo presidente do tribunal recorrido, da possibilidade de conhecimento do recurso especial ou extraordinário interposto.

Para tanto, cabe ao juiz singular ou ao presidente do tribunal recorrido examinar a existência tanto dos pressupostos genéricos de admissibilidade quanto dos específicos.

3.2.1 Pressupostos genéricos de admissibilidade

Inicialmente, deve-se verificar a presença dos elementos gerais de admissibilidade, como a tempestividade e a observância aos trâmites processuais imanentes aos recursos especial e extraordinário - por exemplo, se foi concedido prazo para contra-razões -, determinados pela Lei 8.038/90 e pelas regras complementares trazidas pelos regimentos internos tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal.

²⁶ "Antes de apreciar o conteúdo do recurso, se afigura imperioso examinar uma série de requisitos, impostos à possibilidade de impugnar o ato decisório, que compõem o chamado juízo de admissibilidade." ASSIS, Araken de. *Condições de admissibilidade dos recursos cíveis*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 12.

²⁷ "Também nos recursos haverá sempre a necessidade de uma investigação prévia, destinada a averiguar se o recurso é possível, numa dada hipótese, e se aquele que o interpôs observou e cumpriu todos os requisitos exigidos por lei para que tal inconformidade merecesse o reexame pelo órgão encarregado de julgá-lo. Este exame preliminar sobre o cabimento do recurso denomina-se **juízo de admissibilidade**, transposto o qual, em sentido favorável ao recorrente, passará o órgão recursal ao **juízo de mérito** do recurso." BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2000, p. 416.

Ainda dentro dos chamados elementos gerais de admissibilidade, deve-se verificar, também, se aquele que interpõe o recurso especial e(ou) extraordinário tem legitimidade e interesse em recorrer, eis que, por óbvio, à parte vitoriosa não aproveitará a reforma do *decisum* alvo da irresignação do recorrente. Exsurge daí que a sucumbência é requisito indispensável à concessão do direito da parte de postular novo pronunciamento jurisdicional acerca de determinada matéria.

Conforme referido anteriormente, é indispensável também que a forma do recurso se enquadre nos ditames processuais, ou seja, que o recurso especial ou extraordinário interposto apresente a exposição dos fatos e do direito em que busca fundamento a irresignação e o pedido de reforma do *decisum* atacado, sempre fundamentadamente²⁸.

3.2.2 Pressupostos específicos de admissibilidade

Apenas depois de superada a fase de verificação da presença desses elementos gerais é que se parte para o exame dos pressupostos específicos de admissibilidade dos recursos, fase do juízo de admissibilidade em que o juiz singular ou o presidente do tribunal recorrido, à luz dos permissivos constitucionais, decidirá se é caso ou não de interposição de recurso extraordinário e(ou) especial e, conseqüentemente, se o recurso interposto é admissível.

²⁸ "Além dos pressupostos genéricos, inerentes a qualquer recurso, como, v.g., ser interponível exclusivamente pelo vencido dentro do prazo próprio cumpridas as formalidades peculiares, devem ser obedecidos os particulares de cada um. (...) Mas tudo é previsto expressamente em lei, tanto no Código de Processo (Civil ou Penal), como em legislação extravagante para os casos respectivos. Fora disso, não cabe ao intérprete ou ao aplicador criar outras hipóteses para reger as espécies que surjam." LIMA, Alcides de Mendonça. *Prequestionamento*, in *Revista dos Tribunais* 692, p. 197. São Paulo, 1993.

Destaque-se, entretanto, que, num primeiro momento, não é possível ao magistrado responsável pelo juízo de admissibilidade adentrar no mérito do recurso interposto. Cabe a ele, pelo contrário, apenas se posicionar acerca do enquadramento, em tese, do recurso extraordinário e(ou) especial em uma ou algumas das hipóteses de cabimento constitucionalmente previstas, as quais ora se passa a abordar.

4. HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Os recursos extraordinário e especial versam sobre questões constitucionais e federais, respectivamente, não importando se relativas ao mérito, ou não.

Cabem os recursos extraordinário e especial de decisões prolatadas pelos Juízos de 1ª e 2ª instâncias, nas quais se possa identificar uma das hipóteses cominadas na Constituição Federal de 1988, ao prever tais institutos.

4.1 Hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários

Quando se cuida de recursos extraordinários, o magistrado responsável pelo juízo de admissibilidade deve buscar a natureza constitucional do tema sob análise, ou seja, deve encontrar qualquer espécie de afronta ou violação ao texto constitucional capaz de justificar a interposição de competente recurso extraordinário.

Desta sorte, deve-se visualizar um motivo para provocação do Supremo Tribunal Federal, que, de fato, o impulsiona a atuar na salvaguarda da ordem constitucional.

A decisão, portanto, conforme também já referido, deverá ser manifestamente contrária a dispositivo da Lei Maior, declarar expressamente a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local claramente inconstitucional. É exatamente o que prescrevem as três alíneas do inciso III do art. 102 da Constituição Federal.

4.2 Hipóteses de cabimento dos recursos especiais

Já quando se cuida de recursos especiais, o exame de admissibilidade se processará sobre a problemática da legalidade do decisório²⁹.

De acordo com o art. 105, III, *a e b*, da Constituição Federal, evidenciando-se uma contrariedade ou negativa de vigência a lei federal e(ou) a validação de lei local incompatível com a dicção de lei federal, será perfeitamente cabível a interposição do competente recurso especial.

Ainda, é cabível a interposição de recurso especial também para uniformização jurisprudencial - hipótese contemplada pelo art. 105, III, *c*, da Constituição Federal -, ou seja, será cabível o recurso especial sempre que o *decisum* atacado adotar posicionamento divergente do de outro tribunal.

Destaque-se que, nesses casos específicos de divergência jurisprudencial, aquele que interpõe o recurso especial deve individualizar a decisão divergente da recorrida, de maneira que não possa subsistir qualquer dúvida acerca da incongruência das teses abraçadas pelas Cortes em confrontação. Ainda, deve-se atentar para o fato de que o permissivo constitucional do art. 105, III, *c*³⁰, da Constituição Federal exige que os julgados divergentes sejam provenientes de

²⁹ "(...) o Superior Tribunal de Justiça, como tribunal nacional, posto acima dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais dos Estados, irá exercer, sem óbices regimentais, a tutela da legislação federal infraconstitucional, nos casos previstos na Lei Maior." CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 98.

³⁰ Com esse permissivo, do artigo 105, III, *c*, da Constituição Federal, ensina o Professor Athos Gusmão Carneiro que "busca-se uniformizar as divergências de jurisprudência entre tribunais diversos. Ou melhor, busca-se, entre duas divergentes interpretações jurisprudenciais de uma mesma norma legal, fixar qual a exegese que corresponde à exata vontade da lei (num determinado momento e contexto histórico), para que essa exegese, além da aplicação no caso concreto, passe a servir como orientação aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais." CARNEIRO, Athos Gusmão. *Ob. cit.*, p. 115.

tribunais diferentes, não servindo julgados de um mesmo tribunal, ainda que de turmas, grupos ou câmaras diversos.

4.3 Da necessidade de presença da questão federal e(ou) constitucional

Deve-se destacar, ainda, que os dispositivos dos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal, que cuidam das hipóteses de cabimento dos recursos ditos excepcionais, referem-se, apenas e tão-somente, a “**causas decididas em única ou última instância**”, sejam decisões de mérito, sejam decisões meramente terminativas³¹.

Assim, de acordo com os exatos termos de nossa Carta Magna, para que se torne possível a interposição dos recursos extraordinário e especial, é indispensável, apenas, que a questão, seja ela constitucional ou federal, tenha sido efetivamente julgada, estando devidamente presente na decisão recorrida, não havendo qualquer menção expressa à necessidade de prévio questionamento da matéria.

Segue daí que, expressamente, a Constituição Federal condiciona a admissibilidade dos recursos de natureza excepcional apenas e tão-somente à presença da questão federal ou da questão constitucional no *decisum* recorrido³², não exigindo, pelo contrário, a ocorrência do prequestionamento³³.

³¹ "Tal como se dá quanto ao recurso extraordinário, afigura-se correto entender que a decisão impugnada não precisa ser de mérito: assim, v.g., será impugnável pelo recurso especial acórdão que, ao extinguir processo sem exame do *meritum causae*, houver adotado, quanto à disposição da lei processual, entendimento diferente do consagrado em decisão de tribunal diverso." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 1999, p.159.

³² É desnecessária, contudo, a expressa menção, no *decisum*, aos dispositivos de lei federal ou da Constituição supostamente violados. Nesse sentido: "A explicitação imanente ao prequestionamento, portanto, tem sido objeto de concepções mais amenas, tendendo a jurisprudência a adotar um posicionamento liberal, dispensando

De qualquer sorte, certo é que, de acordo com a redação dos permissivos constitucionais que instituem os recursos extraordinário e especial - CF, arts. 102, III, e 105, III, respectivamente, -, as questões que não tiverem sido objeto das decisões recorridas não podem ser alvo dos chamados recursos excepcionais.

Nessas condições, é de se concluir, por óbvio, que, sendo os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, taxativos no sentido de que a questão constitucional ou federal deverá estar expressa na decisão recorrida, ou melhor, deverá ter sido decidida pelo Tribunal *a quo*, em não se verificando a existência desse pressuposto de admissibilidade do recurso, o mesmo não será sequer conhecido pelos tribunais superiores³⁴.

E, de acordo com o entendimento de grande parte de nossos magistrados, esta impossibilidade de conhecimento dos recursos excepcionais, na ausência de seus pressupostos de admissibilidade, aplicar-se-ia, inclusive, às chamadas questões de ordem pública, acerca das quais seria possível a manifestação das partes e do Juízo, até mesmo *ex officio*, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

a expressa indicação dos dispositivos tidos como vilipendiados. A menção expressa de tais preceitos caracteriza, pois, à luz do que existe de mais atualizado na interpretação da matéria, um formalismo perfeitamente dispensável." SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Do prequestionamento*, in Revista dos Tribunais nº 673, p. 39.

³³ Nesse sentido, acerca da ausência de exigência constitucional de prequestionamento para interposição dos recursos extraordinário e especial, eis o escólio do Professor Garcia Medina: "(...) a nosso ver, não se pode dizer que a exigência de prequestionamento decorre de tradição constitucional, porquanto já a partir de 1946 - há mais de cinco décadas - as Constituições não mencionam a necessidade de questionamento prévio." MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 188.

³⁴ "A necessidade de prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso especial é (...) espelho da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça, que, através do recurso especial, deve preservar a autoridade e a unidade da lei federal, que, nas várias unidades federadas, é aplicada por diversos órgãos pertencentes ao Poder Judiciário." ARRUDA ALVIM, Angélica e ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Recurso Especial e Prequestionamento*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 161.

Nesse sentido, merece destaque:

“Como cediço, o Recurso Especial não se presta à apreciação de matéria que não tenha sido objeto de exame na instância originária. Ora, se a questão só veio a ser provocada no apelo extremo, não se pode considerar violada a lei, vez que não se deu nenhum pronunciamento a respeito. Esse o entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp. 3.409-AL, que, por pertinente, transcrevo ementa e voto: (...) “Mesmo as nulidades absolutas não poderão ser examinadas no especial se a matéria pertinente não foi, de qualquer modo, cogitada pelo acórdão recorrido, excetuando-se apenas aquelas que decorram do próprio julgamento. (...) Não há como dizer-se que determinada decisão contrariou a lei, se a matéria por ela regulada não foi objeto de cogitação. Isso se aplica mesmo às nulidades absolutas. A índole do recurso não se compadece com o exame de questões não tratadas pelo julgamento recorrido. Excepciona-se, apenas, a nulidade ocorrida no próprio julgamento como, por exemplo, a falta de fundamentação.”³⁵

Insta, portanto, definir o que seja uma questão constitucional e uma questão federal, para que se torne possível identificá-las no corpo das decisões atacadas e, conseqüentemente, discutir de forma mais aprofundada a questão relativa à admissibilidade dos recursos de caráter excepcional.

³⁵ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Especial 30.615-6-SP, Relator Ministro Edson Vidigal, 15/12/1993.

5. QUESTÃO FEDERAL E QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, insta destacar que tanto as chamadas questões constitucionais quanto as chamadas questões federais - enquanto hipóteses de cabimento dos recursos ditos excepcionais - constituem questões tipicamente de direito - ou, no dizer da Professora Tereza Arruda Alvim Wambier³⁶, ao menos predominantemente de direito -, mesmo porque, como demonstrado anteriormente, é estranha aos recursos especiais e extraordinários a discussão de controvérsias relativas a fatos debatidos no processo.

E para que se possa, de fato, definir o que seja uma questão constitucional ou uma questão federal, bem como qual o alcance de expressões como “*contrariar*” ou “*negar vigência*”, presentes nas hipóteses de cabimento dos recursos ditos excepcionais, urge a necessidade de se analisar o conceito de *questão* desenvolvido por Francesco Carnelutti³⁷.

De acordo com Carnelutti, *questão* é a existência de dúvida acerca de quem tem razão relativamente a determinado tema. É a dúvida acerca de uma razão, ou seja, a *questão* surge sempre que houver dúvida acerca de razão alegada pelas partes.

E que não se confundam os conceitos carneluttianos de *questão* e *lide*. De acordo com a teoria desenvolvida por Francesco Carnelutti, embora a *lide* possa se apresentar em apenas uma *questão*, trata-se de conceitos absolutamente distintos. Prova cabal disso é que pode haver várias *questões* a serem decididas para a

³⁶ Cf. nota 16.

³⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. Santiago Santis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, V. I.

solução da *lide*, bem como que uma única *questão* pode se desdobrar em diversas *lides* diferentes.

Partindo dessa formulação carneluttiana, José Miguel Garcia Medina assim ensina:

*"(...) pode-se dizer que questão é um ponto (fundamento da demanda ou da defesa) acerca do qual surgiu uma controvérsia e que, para decidir a lide, o órgão judicante resolve cada uma das questões surgidas, optando entre os pontos que lhe pareçam procedentes."*³⁸

Merece destaque, ainda, o escólio do Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, Catedrático desta Universidade Federal do Paraná:

*"A verificação do que deva ser entendido por pré-questionamento passa necessariamente pelo conceito de questão. Desta, consoante autorizadas opiniões, pode ser dito que se trata de um ponto cujo respeito surgiu controvérsia. Conforme lição dos doutores, o fundamento de fato ou de direito, afirmado e não impugnado, é reputado ponto; porém, se o fundamento é posto em dúvida, o ponto converte-se em questão. Em regra, as questões são suscitadas pelos litigantes; podem sê-lo também pelo Ministério Público, quando atua como fiscal da lei, e pelo próprio Juiz, quando, no exercício de sua função, deva agir de ofício."*³⁹

Explica-se, assim, a possibilidade de surgimento da questão federal ou constitucional apenas no corpo da própria decisão recorrida, eis que um ponto pode suscitar dúvida (tornando-se *questão*) em virtude de atividade única e exclusiva do Juízo, ainda que as partes não o tenham provocado para tanto.

Deriva daí que se caracteriza a *questão* não apenas quando uma das partes contesta as alegações da outra, mas também quando essas razões são postas em cheque pelo próprio juiz, ou seja, mesmo que não haja alegação das partes, pode o Juízo suscitar a dúvida, resolvendo-a ao proferir sua decisão.

³⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 126 e 127.

³⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Pré-questionamento*, in Revista Forense 328, p. 41. Rio de Janeiro, 1994.

E caso se trate de questão de direito, capaz de gerar dúvida acerca da aplicabilidade de alguma norma, seja ela federal ou constitucional, da interpretação de seu texto, ou da sua legitimidade diante de norma hierarquicamente superior, estar-se-á diante das chamadas questões federais ou constitucionais, capazes de ensejar a interposição dos Recursos Especial e Extraordinário, respectivamente.

A fim de definir os contornos da expressão questão federal, insta, finalmente, apreciar o alcance do vocábulo *federal*, que qualifica a questão.

Por influência do direito norte-americano, que alude à chamada *federal question* de modo indiscriminado, muitas vezes se utiliza a expressão questão federal relacionada tanto à Constituição quanto às leis federais, o que, entretanto, não se justifica no nosso direito.

Essa definição de questão federal, hoje descabida, era perfeitamente possível para a ordem jurídica pátria anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

À época, entendia-se que, para que fosse cabível a interposição de recurso extraordinário, deveria estar necessariamente presente a chamada questão federal, expressão então utilizada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para designar qualquer das hipóteses de cabimento do recurso, seja no caso de violação à Constituição, seja no caso de violação à lei federal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, não obstante o antigo recurso extraordinário tenha se bipartido entre os recursos extraordinário e especial da atual ordem constitucional, alguns autores ainda utilizam a denominação questão federal indistintamente, apenas acrescentando a ela os termos constitucional ou infra-constitucional, de acordo com o caso específico.

Mais comumente, porém, costuma-se utilizar - ao que parece de maneira mais acertada - a expressão questão constitucional para designar a hipótese de interposição de recurso extraordinário e questão federal para a hipótese de recurso especial.

Finalmente, delineados os contornos das chamadas questões federais e constitucionais, resta reafirmar que sua presença é absolutamente imprescindível para a admissibilidade dos recursos ditos excepcionais.

Trata-se do que a doutrina e a jurisprudência têm chamado prequestionamento das questões federais e constitucionais, a cujo estudo se destina o presente.

6. PREQUESTIONAMENTO - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Erigido pela doutrina e jurisprudência dominantes à condição de requisito indispensável à interposição dos recursos extraordinário e especial, o instituto do prequestionamento permanece carente de uma definição satisfatória⁴⁰.

Assim, em razão do descaso com que tem sido tratado por boa parte da doutrina, o prequestionamento é um instituto que, embora amplamente empregado, não tem definição exata, ou sequer pacífica.

Nesse sentido, sábias são as palavras de Garcia Medina, que dedicou brilhante obra ao tema:

“Identificar o que é prequestionamento é tarefa árdua. Efetivamente, doutrina e jurisprudência apresentam pelo menos três concepções a respeito: prequestionamento como atividade das partes, perante o Tribunal inferior; prequestionamento como manifestação do Tribunal; e prequestionamento como a soma da postulação das partes com a manifestação do Tribunal a respeito.

Nem sempre, aliás, aqueles que escrevem acerca do prequestionamento precisam qual a sua concepção acerca do instituto. Trata-se do assunto como se seu conceito fosse algo pacífico, até mesmo elementar, quando, na verdade, isto não ocorre.”⁴¹

O que não se pode é conviver com a situação de que o instituto do prequestionamento ganhe, aos olhos de cada doutrinador ou magistrado, perspectivas e dimensões diferentes, baseadas, exclusivamente, no entendimento pessoal de cada um, formado a partir de parâmetros absolutamente subjetivos.

Nessa linha de pensamento, insta destacar o brilhante posicionamento do Professor Samuel Monteiro:

⁴⁰ “O prequestionamento obrigatoriamente (...) continuará a ser exigido, mas enquanto não houver um procedimento específico em lei processual adequada, tal como prevê o Regimento Interno do STJ, não poderá ocorrer os óbices dos quais se valeu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, para se livrar da plethora de Recursos Extraordinários.” MÓSCA, Hugo. *O Recurso Especial e seus Pressupostos*, Ideal, Brasília, 1989, p.12.

“Enquanto o prequestionamento for considerado em requisito-condição do acesso ao STF e ao STJ e ficar ao sabor do entendimento pessoal de cada um (v.g., do presidente ou vice nos tribunais locais, ou dos relatores no STF e no STJ ou no TST, em matéria trabalhista), na inexistência de lei federal conceituando e traçando os limites mínimos aceitáveis, as portas da justiça estarão cada vez mais longe da sua missão e função.”⁴²

Exsurge daí a grande relevância do tema aqui abordado.

Entretanto, ao que parece, faz-se mister, inicialmente, identificar o que é, de fato, o instituto do prequestionamento, para que, só depois, verifique-se a necessidade de existência de lei que regule a matéria, como pretendem alguns - como o Professor Samuel Monteiro.

Para tanto - e aí transparece o objetivo fundamental do presente estudo -, torna-se indispensável uma análise dos diversos entendimentos acerca do instituto, a fim de que se possa estabelecer um melhor entendimento relativamente ao prequestionamento, sistematizando seus aspectos fundamentais, delimitando seus contornos e fixando um conceito que, de fato, o defina.

Ademais, da definição do que é prequestionamento depende uma série de questões extremamente relevantes para o mundo jurídico e que ainda permanecem sem resposta.

Dentre outras, destaquem-se as discussões acerca da constitucionalidade do prequestionamento, da admissibilidade do prequestionamento implícito e da possibilidade de se prescindir do prequestionamento em caso de nulidades, entre outras.

Todas essas questões, entretanto, dependem, fundamentalmente, de uma única resposta: o que é prequestionamento?

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 16.

Outra questão que vem à tona, como resultado da indefinição do conceito de prequestionamento, diz respeito ao infundável conflito entre celeridade e justiça no processo civil. Muitas vezes, a fim de ver tutelado o seu direito de recorrer às instâncias superiores, as partes lançam mão de determinados “artifícios”, que tornam mais moroso o processo, a fim de ver prequestionada a matéria sobre a qual versará o recurso a ser interposto.

Como solucionar essa questão, por exemplo, caso se rejeitassem embargos declaratórios - com intenção de prequestionar determinada matéria - por considerá-los meramente protelatórios? Nessas circunstâncias, em caso de interposição de Recurso Especial ou Extraordinário, poder-se-ia admiti-los apenas caso se entendesse o instituto do prequestionamento como atividade das partes perante o Tribunal inferior. Qualquer outro entendimento acerca do instituto levaria, inevitavelmente, ao não conhecimento do recurso interposto. Daí a grande relevância do instituto e a necessidade premente de buscar conceituá-lo de maneira precisa.

Resulta daí que o que se pretende, através do presente estudo, é oferecer subsídios suficientes à resposta de todas essas questões que ainda permanecem em aberto, procurando dar alguma contribuição para que se firme um entendimento acerca do instituto do prequestionamento a partir de seus aspectos fundamentais.

⁴² MONTEIRO, Samuel. *Recurso Especial e Extraordinário*, Editora Hemus. São Paulo. 1992, p. 64.

7. PREQUESTIONAMENTO⁴³ - BREVE HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO

Conforme demonstrado à exaustão anteriormente, para fins de interposição dos recursos extraordinário e especial, importa que a questão constitucional ou federal, respectivamente, esteja presente na decisão recorrida.

Conclui-se, por óbvio, que, para que se possibilite a apreciação excepcional via recursos extraordinário e especial - desde que fulcrados na inobservância dos preceitos legais e constitucionais -, flagrante e irrefutável deve ser a contrariedade aos dispositivos aludidos, devendo ser verificada, desde logo, de maneira clara e insofismável.

Trata-se do que se tem chamado prequestionamento, cuja presença - para fins de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários - tem sido reputada indispensável tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tendência esta há muito verificada⁴⁴.

Logo, a par da discussão acerca do fundamento da sua exigência, tornou-se cediço que, para que se torne possível a discussão da legalidade e da

⁴³ Insta ressaltar, nesse ponto, entendimento de vasta corrente doutrinária, que acredita que o instituto do prequestionamento, tal qual se apresenta no ordenamento jurídico pátrio, teve origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana que, desde a data de sua publicação - 24 de Setembro de 1789 -, instituiu a possibilidade de interposição de recursos das decisões proferidas pelos tribunais dos estados para a Suprema Corte, recurso este então denominado *writ of error*.

⁴⁴ Destaque-se, inclusive, que, embora a exigência do prequestionamento para fins de interposição dos recursos de caráter excepcional tenha se tornado assente nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, ainda assim são muitos aqueles - dentre os quais merecem destaque Pontes de Miranda e José Afonso da Silva - que acreditam que tal exigência permanece desvinculada de qualquer texto legal, em especial posteriormente ao advento da Constituição de 1946, sendo, pois, desnecessária. Nesse sentido, insta destacar o que assevera o Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira: "(...) não se encontra, seja na Constituição Federal, seja em qualquer outra lei, razão capaz de amparar o asserto de que os recursos extraordinários e especial tenham seu conhecimento condicionado a que a matéria neles agitada haja sido objeto de anterior consideração pela parte." OLIVEIRA,

constitucionalidade de uma determinada decisão, tem-se considerado indispensável o prequestionamento, que consistiria na explicitação da contrariedade aos dispositivos apontados como vilipendiados pelo recorrente.

Com efeito, a fim de limitar ao máximo as causas submetidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial tem se prestado também ao exame desse aspecto, qual seja, a ocorrência do prequestionamento.

Destaque-se: não é a simples opção pelo recorrente de uma determinada interpretação da lei que lhe seja mais favorável que justifica o pedido reformatório, nem tão menos a mera discordância entre duas correntes doutrinárias diversas é capaz de fazê-lo. Repita-se: para que sejam admissíveis os recursos extraordinário e(ou) especial, tem se entendido que flagrante deve ser a contrariedade aos dispositivos aludidos pelo recorrente. Em vista disso, é voz corrente reputar-se indispensável a presença do prequestionamento.

Com efeito, conforme bem assevera Rodolfo de Camargo Mancuso:

“(...) o prequestionamento como pré-requisito do extraordinário é exigência antiga, já constante da CF de 1891 (art. 59, §1º, a: “quando se questionar sobre a validade de leis ou a aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella”); nas de 1934 (art. 76, III, a e b); 1937 (art. 101, III, a e b) e na de 1946 (art. 101, III, b).”⁴⁵

Deve-se destacar, ainda, que, não obstante a ausência de previsão expressa, nos textos constitucionais desde 1946, do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1946, o posicionamento tomado pelo Supremo Tribunal

Eduardo Ribeiro de. Recurso Especial – Algumas Questões de Admissibilidade, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. cit., p. 147.

Federal também já era pela necessidade de prévio questionamento⁴⁶ da questão federal⁴⁷ nas instâncias inferiores⁴⁸.

À época, inclusive, entendia-se o prequestionamento como atividade exclusiva das partes, ou seja, estas deveriam provocar o surgimento da então chamada questão federal para que se tornasse admissível o recurso de caráter excepcional⁴⁹.

Todavia, posteriormente à promulgação da Carta Magna de 1946, passou-se a entender o prequestionamento de maneira diversa à anteriormente exposta. O instituto passou, então, a ser encarado como presente apenas nas hipóteses em que a decisão recorrida tivesse adotado entendimento explícito acerca de tema de direito federal ou constitucional⁵⁰. Isto é, o prequestionamento far-se-ia presente na decisão

⁴⁶ "Em nenhum dispositivo de Código ou lei esparsa, aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, ainda que ambos sejam fundados. A atividade do órgão ad quem, em tal caso, pára na preliminar sem apreciar o mérito do próprio meio. Entretanto, apesar dessa falta de exigência legal, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, sistematicamente, não conhecem daqueles recursos se não tiver havido o prequestionamento nos graus inferiores da questão submetida àqueles venerandos tribunais." LIMA, Alcides de Mendonça. *Prequestionamento*, in Revista dos Tribunais 692, p. 197. São Paulo, 1993.

⁴⁷ Destaque-se, nesse ponto, que a expressão *questão* federal era adotada, à época, também para designação das questões constitucionais, ou seja, era utilizada indistintamente tanto para designar as questões relativas à legislação federal infraconstitucional quanto para designar as questões relativas às normas constitucionais.

⁴⁸ Acerca da origem do instituto do prequestionamento enquanto pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, há autores que insistem, como Luís Fernando B. Lodi, que "(...) por mais que se argumente em sentido contrário, a verdade é que o prequestionamento é, além de um fenômeno decorrente da natureza dos recursos extraordinários lato sensu, uma exigência das Cortes Superiores." LODI, Luís Fernando Balieiro. *Dos Embargos Declaratórios Prequestionadores*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 1999, p. 446.

⁴⁹ Tal entendimento é, ainda hoje, adotado por significativa corrente jurisprudencial. Destaque-se, nesse sentido: "Em tema de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta." (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJU 04/06/90).

⁵⁰ Nesse sentido, e até hoje, várias são as manifestações exaradas pelos tribunais pátrios, dentre as quais merecem destaque as proferidas pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 104899-9-RS - de lavra do eminente Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, atual presidente do STF -, e pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 106276-MS - de lavra do eminente Ministro Adhemar Maciel -.

recorrida e não na simples postulação anterior da parte perante o Juízo *a quo*, conforme se entendia anteriormente.

Ainda, com o passar do tempo, parte da doutrina e da jurisprudência migrou, paulatinamente, para uma espécie de teoria mista, que agrega elementos das duas correntes anteriores, exigindo, para que se caracterize a ocorrência de prequestionamento, tanto a manifestação da parte acerca da questão federal e(ou) constitucional, quanto a análise explícita da matéria no *decisum* recorrido.

Percebe-se, assim, que, conforme referido anteriormente, sob a égide da Constituição Federal de 1891, havia dois momentos bastante distintos a serem verificados na aferição da ocorrência ou não do prequestionamento. Primeiramente, surgia a questão federal ou constitucional e, num momento posterior, prolatava-se sentença contrária à Carta Magna ou a dispositivo de lei federal. Entendia-se, então, prequestionada a matéria objeto do recurso extraordinário - único de caráter excepcional existente à época -, considerando-se este, pois, perfeitamente cabível.

Sob esse prisma, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento - através da Súmula 282 (*“É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”*) - no sentido de que, para que se pudesse considerar prequestionada a matéria objeto do recurso extraordinário, era indispensável que a parte tivesse provocado o seu surgimento⁵¹ e que o *decisum* recorrido tivesse adotado posicionamento expresso⁵² a seu respeito⁵³.

⁵¹ Provocar o surgimento da questão federal significava suscitá-la, nos termos utilizados pela Súmula 282. Suscitar a questão federal era considerada, pois, atividade das partes.

⁵² Trata-se, nos termos adotados pela Súmula 282, de ventilar a questão federal, isto é, de o juízo recorrido manifestar entendimento expresso acerca da matéria objeto do recurso. Ventilar a questão federal era considerada, pois, atividade do juízo.

Deriva daí a grande dificuldade de delineamento dos contornos do instituto do prequestionamento sentida pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, haja vista que não há definição exata acerca de qual desses momentos define a ocorrência do prequestionamento.

Não se sabe, ao certo, se ocorre o prequestionamento a partir da provocação das partes, a partir da manifestação do juízo ou se pela ocorrência sucessiva dessas fases.

⁵³ "No Recurso todas as questões de Direito Federal ou a matéria constitucional federal, devem constar expressamente da petição, a fim de que o tribunal local, delas tomando conhecimento direto, as discuta, debata e decida. Essa decisão expressa sobre a matéria prequestionada, é o que se chama de ventilar a questão federal." LEÃO, Antonio Carlos Amaral. *O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial*. in *Revista dos Tribunais* nº 650, p. 237.

8. O PREQUESTIONAMENTO AOS OLHOS DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

A partir de todo o anteriormente exposto, torna-se possível entender o porquê de haver, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, modos tão diferentes de se entender o instituto do prequestionamento. Nas palavras de José Miguel Garcia Medina:

“(...) podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.”⁵⁴

Há, portanto, acerca do conceito de prequestionamento, duas correntes predominantes - e diametralmente opostas -, e uma espécie de teoria mista entre elas.

Acredita-se, de um lado, no prequestionamento como simples decorrência da manifestação do Juízo recorrido acerca da questão federal ou constitucional e, de outro, no prequestionamento como provocação das partes – anterior ao *decisum* recorrido -, a fim de trazer à tona (suscitar, nos termos da Súmula 282 do STF) a questão federal ou constitucional.

Revela-se, assim, a fraqueza da doutrina e da jurisprudência pátrias no que toca à conceituação do instituto do prequestionamento, que ainda carece de maior atenção e de estudo mais detalhado, devido especialmente ao fato de o instituto do

⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 159 e 160.

prequestionamento estar sendo, constantemente, confundido com a própria questão federal e(ou) constitucional.

8.1 O prequestionamento enquanto decorrência do pronunciamento do Juízo

Boa parcela da doutrina nacional entende que o prequestionamento decorre exclusivamente da manifestação do Tribunal *a quo* acerca de um determinado tema de direito federal ou constitucional⁵⁵.

De acordo com esse entendimento, para que um determinado tema, seja ele federal ou constitucional, possa se considerar devidamente prequestionado, e, conseqüentemente, fundar interposição de competente recurso especial ou extraordinário, é absolutamente indispensável que o Tribunal inferior o tenha apreciado⁵⁶.

Isso significa que, ao menos aos olhos dessa significativa parcela doutrinária, o momento de caracterização do prequestionamento é o da decisão recorrida, a partir da manifestação do Juízo acerca de dado tema.

Destaque-se, inclusive, que tem prevalecido o entendimento de que essa manifestação do Juízo não implica necessariamente a menção a certo dispositivo de lei federal ou a certo dispositivo constitucional. Pelo contrário, entende-se suprido o requisito do prequestionamento apenas com a efetiva apreciação e solução de um determinado tema pelo Tribunal *a quo*.

⁵⁵ Entendimento também adotado por corrente jurisprudencial significativa. Cf. nota 33.

⁵⁶ Nesse sentido: ARRUDA ALVIM, Angélica e ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Recurso Especial e Pquestionamento*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 166.

Esse entendimento reflete-se, também, no posicionamento pretoriano.

Com efeito, não são raros os julgados proferidos pelos nossos tribunais que adotam essa concepção acerca do conceito de prequestionamento. Nesse sentido, merece destaque o pronunciamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de lavra do Eminentíssimo Relator Ministro Adhemar Maciel:

"O recurso especial fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional não ultrapassa o juízo de admissibilidade se a questão federal suscitada para esta Corte surgiu no julgamento proferido pelo tribunal de apelação, mas não foi prequestionada, ou seja, apreciada e solucionada pelo tribunal a quo."⁵⁷

8.2 O prequestionamento enquanto atividade exclusiva das partes

Outra significativa parcela da doutrina nacional⁵⁸, e ao que parece majoritária, inclina-se para o entendimento do prequestionamento enquanto atividade exclusiva das partes, anterior ao *decisum* recorrido, no sentido de gerar controvérsia relativamente a um determinado tema de direito federal e(ou) constitucional.

Assim, de acordo com essa concepção, caracterizar-se-ia o instituto do prequestionamento como o prévio questionamento de um determinado tema, da discussão antecipada desse tema, necessariamente anterior ao pronunciamento do Juízo.

Nessa linha de pensamento, assevera o Professor Sérgio Rizzi que *"prequestionar significa discutir antecipadamente, significa veicular a matéria em*

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Especial 106276-MS, Relator Ministro Adhemar Maciel, 17/04/1997.

⁵⁸ Dentre os quais, merecem destaque os Professores Alfredo Buzaid - RTJ 109/303 -, Nelson Nery Junior - Código de Processo Civil Comentado - e Theotonio Negrão - RT 656/246 -.

*suas razões de apelação ou em suas contra-razões de apelação, de tal modo que o Tribunal seja obrigado a responder à alegação (...)*⁵⁹

Também no que toca a esse entendimento acerca do instituto do prequestionamento, fazem-se sentir os reflexos sobre o posicionamento dos tribunais pátrios.

De fato, a concepção de prequestionamento enquanto atividade obrigatória das partes perante o Tribunal *a quo* tem sido também amplamente adotada jurisprudencialmente.

Destaque-se, nesse sentido, o posicionamento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça relativamente ao tema, em acórdão relatado pelo Eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, que assevera que o instituto do prequestionamento *"...significa o debate (anterior) do tema da causa. Não é a indicação formal dos dispositivos de lei eventualmente aplicáveis à espécie."*⁶⁰

Esse entendimento, inclusive, parece ser bastante adequado, não obstante o conceito que se adote do instituto, no sentido de que, para fins de prequestionamento, o que basta é que um determinado tema haja surgido e sido suficientemente delimitado na causa.

Ao que parece, pois, a fim de evitar formalismos exagerados, e a par da discussão acerca do conceito de prequestionamento implícito e explícito, é de se aceitar que o dispositivo legal ou constitucional em que terá fundamento a irresignação excepcional tenha sido implicitamente debatido (ou que o tema tenha sido debatido), sendo absolutamente desnecessária a expressa menção a um determinado dispositivo legal.

⁵⁹ RIZZI, Sérgio. *Do Recurso Extraordinário*. Revista do Advogado. São Paulo. V. 27. p. 42. 1989.

8.3 O prequestionamento como prévio debate somado à manifestação do Juízo

Por fim, cumpre frisar a existência de uma espécie de teoria mista entre as duas anteriormente esmiuçadas. Trata-se de um concepção que agrega elementos das duas tendências já referidas.

De acordo com os adeptos desse posicionamento, o prequestionamento apenas restaria caracterizado com a prévia manifestação das partes, no sentido de controverter determinado tema federal e(ou) constitucional, somada à apreciação por parte do Tribunal inferior relativamente àquele determinado tema suscitado pelas partes. Apenas a sucessão desses distintos momentos seria capaz de fazer com que restasse plenamente satisfeito o requisito do prequestionamento que, pois, não se restringiria simplesmente à atividade das partes ou do Juízo.

Nesse sentido, eis o que assevera o Professor 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).⁶¹"

Insta destacar, ainda, que também esse entendimento ressoou no posicionamento dos tribunais pátrios, conforme se pode extrair do seguinte julgado do Excelso Supremo Tribunal Federal, de lavra do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello:

"A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação em momento procedimental adequado. Não basta, no entanto, só argüir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a

⁶⁰ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Agravo 7.330-SP, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, 01/02/1991.

⁶¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 107.

satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária.⁶²

9. PREQUESTIONAMENTO - SÍNTESE CONCLUSIVA DO INSTITUTO

A partir dessa breve análise dos diversos entendimentos acerca do instituto do prequestionamento, torna-se um pouco mais branda a tarefa de buscar conceituá-lo satisfatoriamente - objetivo a que se propõe o presente trabalho.

Embora se deva o maior respeito aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais anteriormente expostos, ao menos ao que parece, há de se desfazer, desde logo, uma confusão que há muito tem prejudicado um melhor delineamento dos contornos do que venha a ser o instituto do prequestionamento.

Com efeito, o prequestionamento, enquanto questionamento prévio - anterior ao julgamento -, deve ser tido como atividade exclusiva das partes, no sentido de que estas devem se desincumbir satisfatoriamente do ônus que lhes cabe de apresentar, antes do julgamento, o tema federal ou constitucional que pretendem tornar controverso.

Deve-se ter em mente, todavia, que o prequestionamento não se confunde com a questão federal ou constitucional em si. Enquanto a presença destas apenas se caracteriza no momento da própria decisão recorrida, com a apreciação, pelo juiz ou Tribunal, de determinado tema federal ou constitucional (tenha ele sido previamente suscitado ou não), o prequestionamento é atividade das partes, necessariamente⁶³, anterior ao *decisum* recorrido⁶⁴.

⁶² Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Agravo Regimental 134175-1. Relator Ministro Celso de Mello. 02/04/1991.

⁶³ Perfaz significativa exceção a essa regra a hipótese de impossibilidade material absoluta de prequestionamento anterior ao julgamento, como, por exemplo, quando se decide *ultra petita*, *extra petita* e(ou) *citra petita*, casos em que caberá a interposição de Recurso Especial e(ou) de Recurso Extraordinário não obstante não tenha havido prequestionamento.

Surge daí a grande relevância dessa diferenciação, eis que, como já referido anteriormente, o prequestionamento não é pressuposto essencial de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário - mesmo porque não se encontra previsto na Constituição Federal vigente -, ficando a admissibilidade desses condicionada, nos exatos termos exigidos pela Constituição da República, apenas à presença, na decisão recorrida, da questão federal ou constitucional.

Percebe-se, assim, que, de acordo com o texto constitucional atual, que, no que toca às hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, refere-se exclusivamente a "*causas decididas*", mais importante que o prequestionamento é a efetiva presença, na decisão recorrida, da questão federal e ou constitucional, que, como se demonstrou anteriormente, pode, inclusive, surgir em virtude da atividade única e exclusiva do juízo, isto é, mesmo sem o prévio questionamento (prequestionamento) das partes⁶⁵.

Cumprir destacar, nesse sentido, o que bem ensina o Professor Jorge Tosta relativamente ao instituto sob comento:

"De fato, pré-questionar é debater antes, questionar antes. No entanto, o que se exige para admissão do recurso extremo é decisão anterior sobre a questão constitucional (causa decidida) e não o mero questionamento anterior. As partes podem ter questionado a matéria constitucional durante todo o processo (portanto, pré-questionado), mas de nada valerá tal debate se a questão não foi

⁶⁴ Ao que parece, esse é o entendimento, já há longa data (mesmo antes da vigência da Constituição Federal de 1988), adotado pelo Professor Ovídio Baptista da Silva, que assim ensinava: "*A "questão federal", seja infra-constitucional, no caso de recurso especial, seja constitucional, para ensejar recurso extraordinário, deve não só estar prequestionada na causa, como igualmente sobre ela é necessário ter havido julgamento expresso por ocasião da decisão recorrida.*" BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 458.

⁶⁵ "*Isso ocorre porque há questão constitucional ou federal não somente quando há contestação de ponto alegado por uma das partes, mas também quando o próprio juiz tenha suscitado a dúvida sobre determinado ponto. Desse modo, haverá questão federal ou questão constitucional sempre que o juiz aplicar a lei federal ou a Constituição à hipótese, seja em decorrência de as partes terem controvertido acerca de determinado ponto, tornando-o questão a ser resolvida pelo órgão julgador, seja quando o próprio órgão julgador identificar o ponto, colocá-lo em dúvida e sobre ele resolver.*" MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 179 e 180.

*enfrentada e decidida pelo órgão a quo; não se terá in casu o requisito causa decidida.*⁶⁶

Isso não significa, porém, que o prequestionamento não seja relevante para fins de interposição de recurso especial e(ou) extraordinário. Pelo contrário, sua exigência, tal e qual atualmente verificada na prática forense, é bastante justificável, eis que - em face do princípio dispositivo - é a única forma de se vincular a atuação do juízo, haja vista que o Tribunal *a quo* fica adstrito às questões efetivamente aduzidas pelas partes, estando impedido de manifestar-se acerca de matéria omitida em sede de razões ou de contra-razões recursais⁶⁷.

Nessas condições, caso as partes não prequestionassem determinada matéria (fosse ela federal ou constitucional), a omissão do juízo relativamente a esse ponto seria plenamente justificável, não havendo que se cogitar a possibilidade de interposição dos recursos ditos excepcionais. Por outro lado, caso referidas matérias tivessem sido objeto de prequestionamento, a omissão do julgado seria absolutamente inadmissível, ensejando, inclusive, a oposição de embargos de declaração com fulcro no dispositivo do artigo 535, II, do Código de Processo Civil Brasileiro, e, caso mantida injustificada omissão, teria lugar a interposição dos

⁶⁶ TOSTA, Jorge. *Recurso extraordinário - Ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com o fim de prequestionamento - Consequências*. in *Revista de Processo* 84. p. 376. São Paulo, 1996.

⁶⁷ Eis, nesse sentido, o brilhante escólio do Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão: "*Em grau de recurso são apreciadas e julgadas somente as questões abrangidas pelo efeito devolutivo: (...) Essas questões, é que, por deverem ser ventiladas e resolvidas, são tidas por pré-questionadas. Aos julgamentos proferidos no exercício de competência originária aplicam-se as regras inerentes à formulação do pedido e da defesa e à estabilização do processo, que delimitam o contraditório e influenciam a elaboração da sentença; deverá, pois, o julgador "resolver as questões que as partes lhe submeterem" (art. 458, III), as quais, portanto, têm-se por questionadas. A exigência do pré-questionamento conduz a que só se reputam pré-questionados assuntos regularmente submetidos à apreciação do juízo recorrido, sobre os quais tinha ele o dever de emitir julgamento. Esta a regra geral.*" ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Pré-questionamento*. in *Revista Forense* 328. p. 42. Rio de Janeiro, 1994.

competentes recursos extraordinário e especial (de acordo com o caso) por negativa de prestação jurisdicional.

Ou seja, o prequestionamento é requisito indispensável a que determinada matéria possa ser objeto de julgamento, não podendo o Tribunal *a quo*, na sua ausência, sobre ela manifestar-se⁶⁸, a menos que dela possa conhecer de ofício⁶⁹.

Resta claro, pois, que a importância do instituto do prequestionamento reside exatamente em delimitar a matéria a ser devolvida ao conhecimento do Tribunal *a quo*, vinculando-o a manifestar-se acerca da matéria prequestionada, sob pena de negativa de prestação jurisdicional.

Desta sorte, a partir dessa clara distinção entre prequestionamento e surgimento da questão federal e(ou) constitucional, evidenciam-se duas situações bastante distintas. Enquanto a efetiva presença da questão federal e(ou) constitucional na decisão recorrida determina a real possibilidade de interposição dos recursos ditos excepcionais, o prequestionamento, num momento imediatamente anterior, determina a possibilidade em tese de surgimento dessas questões (federais ou constitucionais), eis que vincula o Tribunal *a quo* a manifestar-se relativamente a determinadas matérias.

Nesse sentido, eis o que brilhantemente assevera o Professor Jorge Tosta:

"Claro está, pois, que o prequestionamento nada mais é senão um pré-requisito que deve anteceder à decisão sobre o tema constitucional (causa decidida), esta sim verdadeiro requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário, e que

⁶⁸ Em sentido contrário, entretanto, com uma perspectiva mais ampla do chamado efeito devolutivo, eis o que assevera a professora Ada Pellegrini Grinover: "(...) nos limites da matéria impugnada ou cognoscível de ofício e desde que não modifique o pedido e a causa de pedir (que delimitam a pretensão), o tribunal poderá livremente apreciar aspectos e questões que não foram suscitadas pelas partes." GRINOVER, Ada Pellegrini. *Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos*. in Revista Jurídica 198, p. 54 e 55. Porto Alegre, 1994.

⁶⁹ Caso em que o surgimento da questão federal e(ou) constitucional suprirá a ausência de prequestionamento, possibilitando a interposição de recurso especial e(ou) extraordinário, respectivamente.

pode se manifestar mesmo que não tenha havido debate prévio sobre o tema (pré-questionamento).⁷⁰

Disso decorre a maior importância da efetiva presença da questão federal ou constitucional comparativamente à verificação de ocorrência de prequestionamento, eis que aquela pode suprir a ausência deste⁷¹, enquanto inexiste a possibilidade contrária⁷².

Mais uma vez recorrendo à autorizada opinião do Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, destaque-se:

"Realmente necessário (como afirmou EPITÁCIO PESSOA) é que a questão esteja resolvida; desde que o tenha sido, cabível é o recurso para impugnar, se for o caso, o julgamento proferido. O requisito, em verdade, poderia ser denominado questionamento.

Mas o prefixo tem razão de ser. Cuida-se efetivamente de pré-questionamento quando o recurso visa a matéria que cabia aos litigantes haver suscitado anteriormente ao julgamento recorrido, mas eles não o fizeram, não a pré-questionaram pois, e o Tribunal, por isso, não tinha o dever de julgá-la, nem poderia fazê-lo de ofício. A situação apresenta-se com freqüência e é rigoroso o policiamento exercido a respeito.

Como regra geral, portanto, o requisito corresponde a questionamento, para indicar que a matéria foi apreciada e julgada (como está escrito na Súmula n. 282, que não fala em pré-questionamento). Por exceção, trata-se mesmo de pré-questionamento com relação aos temas que as instâncias ordinárias

⁷⁰ TOSTA, Jorge. *Recurso extraordinário - Ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com o fim de prequestionamento - Consequências*, in Revista de Processo 84, p. 377. São Paulo, 1996.

⁷¹ É o que ocorre, por exemplo, nos casos já mencionados de surgimento da questão federal ou constitucional apenas no corpo do *decisum* recorrido, seja pela manifestação de ofício do Tribunal *a quo* acerca de matéria de ordem pública não suscitada pelas partes, seja pela ocorrência de julgamento *ultra petita, extra petita e(ou) citra petita*, em que havia impossibilidade material de prequestionamento. Nesses casos, também como já referido, admite-se a interposição dos recursos extraordinário e(ou) especial mesmo na ausência de prequestionamento.

⁷² Para esses casos, em que se verifica plenamente satisfeita a exigência do prequestionamento porém não resta caracterizada a presença da questão federal e(ou) constitucional - conforme se verá mais adiante, no tópico dos "Embargos de Declaração Prequestionadores" - não se admite a interposição dos recursos de natureza excepcional com base na matéria debatida, mas apenas e tão-somente fundados em negativa de prestação jurisdicional.

*não tinham dever de apreciar de ofício e só poderiam fazê-lo por provocação tempestiva dos interessados.*¹⁷³

Sob esse prisma, torna-se possível conceituar o instituto do prequestionamento como a atividade postulatória das partes, anterior à decisão, que vincula o órgão julgador a manifestar-se acerca do tema federal ou constitucional suscitado.

¹⁷³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Pré-questionamento*, in Revista Forense 328, p. 47 e 48. Rio de Janeiro, 1994.

10. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO “PREQUESTIONADORES”

Como referido anteriormente, para parcela significativa da doutrina, prequestionar significa questionar antes ou, por outras palavras, tornar controvertido determinado ponto de forma antecipada. Assim, e nessas condições, prequestionar surge, ao menos aos olhos dessa parcela da doutrina, como dever das partes, através de seus procuradores - por óbvio -, de suscitar toda a amplitude da questão debatida no feito, abordando, inclusive, os cânones constitucionais e infraconstitucionais.

Entretanto, para outros, como o Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira, é indispensável “(...) o exame da questão pela decisão recorrida, pois isso, sim, deflui da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional”.⁷⁴

Não obstante essa diversidade de posicionamentos já anteriormente esmiuçada, repise-se que, conforme já referido à exaustão, para fins de interposição dos recursos de caráter excepcional (extraordinário e especial), importa que a questão constitucional ou federal esteja expressamente presente no *decisum* atacado.

Nessas condições, diante de decisões já proferidas, e que insistem em omitir-se de apreciar o tema constitucional ou federal suscitado, muitas vezes, a única alternativa que se descortina às partes para que se tenha efetivamente ventilada a matéria constitucional ou federal debatida é a oposição dos chamados embargos de declaração “prequestionadores”.

⁷⁴ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Recurso Especial – Algumas Questões de Admissibilidade, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva. 1991.

Para tanto, tornou-se cediço que, para fins de admissibilidade dos recursos destinados aos Tribunais Superiores, os embargos de declaração (originariamente destinados essencialmente à função esclarecedora) passaram a ser utilizados com propósitos “prequestionadores”⁷⁵.

Aliás, analisando as sucessivas súmulas editadas pelos tribunais superiores relativamente ao tema, e em consonância com o entendimento anteriormente exposto acerca do instituto do prequestionamento (Capítulo 9), eis o que ensina o Professor Jorge Tosta:

“Por meio da Súmula 282 do STF chegou-se até a inadmitir recurso extraordinário quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada, com o que despiu-se a parte da possibilidade de impugnar extraordinariamente acórdãos omissos e para cuja omissão não concorreu. Assim, sob a égide de tal Súmula, mesmo que a questão federal houvesse sido debatida durante todo o curso do processo, se sobre ela não tivesse decisão expressa no acórdão recorrido não cabia recurso extraordinário.

Para abrandar o rigor de tal Súmula que, aliás, muitas injustiças originou, na medida em que criava um requisito de admissibilidade que independia da vontade da parte, mas exclusivamente do Tribunal a quo, o qual poderia inviabilizar o recurso extremo simplesmente omitindo-se quanto à questão federal debatida, editou-se a Súmula 356, que veio a dar instrumentos para que o recorrente pudesse suprir o requisito do prequestionamento mediante a oposição de embargos declaratórios quanto ao ponto omissos da decisão.

Passou o recorrente, destarte, a ter o ônus de opor embargos declaratórios sempre que a decisão recorrida houvesse se omitido quanto à questão constitucional debatida. Tal exigência visava, e visa, como já ressaltado, cumprir o requisito exigido pela Constituição de que exista, para o cabimento do apelo extremo, causa debatida. Não se trata, como parece ser voz corrente, de prequestionamento; este, ontologicamente falando, pode até ter ocorrido desde o início da lide, mas, repita-se, se não houver efetiva decisão por parte do

⁷⁵ Merece destaque, como forma de corroborar a tendência de consagração da possibilidade de oposição de embargos de declaração “prequestionadores”, o entendimento sedimentado, ainda que por vias transversas, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal através da Súmula nº 356, que assim dispõe: “O ponto omissos da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

*tribunal a quo quanto à questão constitucional pré-questionada, não se terá o requisito exigido pela Carta Magna.*⁷⁶

Ocorre que, assim, ao aparentemente se solucionar um problema - reconhecendo a possibilidade de oposição de embargos de declaração com escopo "prequestionador" -, abriu-se espaço a uma nova dificuldade nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, relativa à matéria objeto dos embargos em casos como esse.

Com efeito, em princípio, o prequestionamento da questão constitucional ou federal deveria ocorrer concomitantemente à apresentação das razões ou contra-razões recursais, que incitariam a manifestação do tribunal acerca da matéria impugnada, mesmo porque, caso se pudesse controverter determinado ponto à luz da legislação infraconstitucional ou da Constituição Federal posteriormente ao julgamento procedido pelo tribunal de origem, talvez fosse mais acertado se falar em "pósquestionamento"⁷⁷.

Todavia, é inegável que, em hipóteses excepcionais, haverá impossibilidade material absoluta de prequestionamento anterior ao julgamento, como, por exemplo, quando se decide *ultra petita*, *extra petita* e(ou) *citra petita*⁷⁸ ou quando o *decisum* é carente de motivação.

⁷⁶ TOSTA, Jorge. *Recurso extraordinário - Ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com o fim de prequestionamento - Consequências*, in Revista de Processo 84, p. 376 e 377. São Paulo, 1996.

⁷⁷ Recorra-se, nesse ponto, novamente ao escólio do Professor Ovídio Baptista da Silva, que assim assevera: "É de observar que os **embargos declaratórios** interpostos contra a decisão recorrível extraordinariamente não serão nunca veículo adequado para suscitar-se uma dada "questão federal" legitimadora de recurso extraordinário. Se a questão não fora antes prequestionada nos autos, seu aporte apenas no derradeiro momento dos **embargos declaratórios**, não terá a virtude de tornar admissível o recurso extraordinário até então inviável. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Ob. cit., p. 458.

⁷⁸ Com efeito, em casos como esse, o Excelso Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido da desnecessidade do prequestionamento. Senão veja-se: "Dispensável é o prequestionamento quando a ofensa à lei exsurge no próprio acórdão, que julga *ultra petita*." (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Recurso Extraordinário 107617-8-SP, Relator Ministro Rafael Mayer)

Atento a essa realidade, ressalve-se, inatacável a conclusão de Garcia Medina⁷⁹ no sentido de que o prequestionamento realizado a partir de embargos de declaração deve ter, obrigatoriamente, como pressuposto, um anterior debate em sede das razões ou contra-razões recursais acerca do tema⁸⁰. Isso porque, por ser defeso ao tribunal de origem manifestar-se acerca de matéria não argüida pelas partes, não seriam sequer admissíveis embargos de declaração que visassem apenas incitar o órgão julgante a declarar-se relativamente a esse ou àquele tema.

Nessa mesma linha de pensamento, bem assevera o Professor Nelson Luiz Pinto que *“(...) não se admite, portanto, que a parte se utilize de embargos de declaração para levantar, pela primeira vez nos autos, questões que não foram objeto de prequestionamento anterior.”*⁸¹

Ressalte-se que, em casos como esse, é possível até mesmo - conforme, inclusive, tem se repetido constantemente na prática forense - a total rejeição dos embargos opostos, por apresentarem caráter meramente protelatório, nos exatos termos do artigo 538, § 1º, do Código de Processo Civil Brasileiro⁸².

Ocorre que, se, não obstante a omissão contida no acórdão relativamente à questão federal ou constitucional suscitada pela parte, ainda assim forem rejeitados os embargos de declaração opostos⁸³, não seria cabível a interposição de recurso

⁷⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 209.

⁸⁰ À exceção, é claro, dos casos em que o *decisum* versar sobre questão nova, inusitada.

⁸¹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o STJ*. São Paulo: Malheiros. 2ª ed., 1996.

⁸² Nesse sentido, importa destacar o escólio do Professor Roberto Mortari Cardillo: *“(...) é imperioso concluir que, se não houver omissão, imputável ao acórdão - isto é, se não houve a provocação anterior da questão - os embargos serão totalmente impertinentes, podendo até, conforme a conotação da causa e o seu detalhamento fático, ser considerados ‘manifestamente protelatórios’, a teor do art. 538, parágrafo único, do CPC.”* CARDILLO, Roberto Mortari. *Embargos de declaração como pré-condição recursal*, in *Revista dos Tribunais* 693, p. 291.

excepcional com base na questão federal ou constitucional debatida, pois, conforme entendimento absolutamente predominante ao menos na jurisprudência, haverá, no caso, ausência de prequestionamento.

No entanto, conforme anteriormente se afirmou, o prequestionamento não se confunde com o surgimento da questão federal e(ou) constitucional. No caso, a impossibilidade de interposição dos recursos ditos excepcionais decorre apenas da não caracterização da questão federal e(ou) constitucional na decisão recorrida, haja vista que o requisito do prequestionamento estará plenamente satisfeito. Ou seja, em situações como a anteriormente descrita, a partir da oposição dos embargos declaratórios, o requisito do prequestionamento estará plenamente suprido, possibilitando, inclusive, que se interponha recurso de caráter excepcional fundado em nulidade do acórdão por omissão - haja vista que o Tribunal *a quo*, em decorrência do prequestionamento das partes, estava vinculado ("obrigado") a manifestar-se acerca do tema federal e(ou) constitucional suscitado -, sem que com isso se pretenda discutir as questões relativamente às quais foi omissa o tribunal *a quo*⁸⁴.

Com efeito, restaria à parte, em casos como esse, apenas a possibilidade de, por via excepcional - recurso extraordinário e(ou) especial -, alegar nulidade do julgamento realizado por negativa de prestação jurisdicional, isto é, não tendo o tribunal *a quo* enfrentado o tema federal e(ou) constitucional sequer no julgamento dos embargos declaratórios opostos com fundamento na omissão do julgado,

⁸³ Em tal caso, contudo, inadmissível é a alegação de que os embargos opostos com finalidade de "prequestionar" determinada matéria, conforme, inclusive, já sumulou entendimento o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 98): "*Embargos de declaração opostos com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.*"

caberia ao recorrente, por exemplo, argüir infringência ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil Brasileiro.

A partir de então, com o eventual provimento do recurso interposto, onde de fato se constataria a violação da norma do artigo 535, II, do CPC, deveriam os autos ser remetidos ao tribunal de origem, a fim de que fosse procedido novo julgamento dos embargos declaratórios opostos e, conseqüentemente, a fim de que fossem supridas as omissões apontadas.

Nesse sentido, merece destaque o *decisum* prolatado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Eminente Ministro Demócrito Reinaldo:

"Recurso Especial - Ofensa a Lei Federal - Prequestionamento - Imprescindibilidade - Embargos Declaratórios - Rejeição - Violação ao art. 535, II, do CPC - Prequestionamento ficto - Inaceitabilidade.

*É lícito à parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação a qual o acórdão recorrido quedou-se omissivo, embora sobre ele devesse se pronunciar. A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial calcado em violação aos termos do artigo 535, II, do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada".*⁸⁵

Inegavelmente, contudo, a exigência constitucional de presença, no *decisum* recorrido, da questão federal ou constitucional debatida acaba por submeter o direito da parte à atuação do Juízo, ou seja, nessas condições, ainda que a parte lançasse mão de todas as possibilidades de ver seu direito apreciado pelo tribunal *a quo*, caso este insistisse em omitir-se, o direito da parte restaria, ao menos de imediato, desprotegido, situação esta absolutamente inconcebível.

⁸⁴ Tal entendimento, inclusive, teve seu reflexo no posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula nº 211, que assim dispõe: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."

⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo Regimental 55.003-6-SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, 31/05/95.

Nas palavras de Garcia Medina, ocorre, de fato, que:

"(...) confunde-se o prequestionamento com a decisão. Vê-se que, a rigor, na hipótese mencionada, ocorreu prequestionamento, até mesmo explícito, porquanto houve, perante a instância ordinária, manifestação expressa das partes, a respeito. O que não houve é manifestação expressa da decisão proferida acerca da questão constitucional ou da questão federal."⁸⁶

Situação ideal, portanto, até por uma questão de celeridade processual, seria que, caso se rejeitassem embargos declaratórios - com intenção de prequestionar determinada matéria -, ou seja, caso o tribunal de origem insistisse em se omitir de apreciar a questão suscitada pela parte, dever-se-ia, sim, admitir o Recurso Especial ou Extraordinário interposto com base naquela matéria, haja vista que a parte teria satisfatoriamente se desincumbido do ônus que lhe cabia, qual seja, o de esgotar as possibilidades de suscitar o tema federal ou constitucional perante o tribunal inferior, estando, pois, devidamente prequestionada a matéria objeto do recurso de caráter excepcional interposto.

Ciente disso, parte dos doutrinadores nacionais - como José Guilherme Villela e Antônio de Pádua Ribeiro, por exemplo - defende essa possibilidade. Esse também o entendimento de Luís Fernando Balieiro Lodi:

"(...) entendo que os embargos de declaração não providos geram o prequestionamento.

Isto porque o juiz pode entender, pessoalmente e dentro do âmbito de sua liberdade jurisdicional, que o decisum não é passível de complementação, embora o seja; exigir-se do embargante a interposição do recurso especial, por violação às disposições do art. 535, II, do CPC, aguardando-se a decisão deste para só aí interpor novo recurso especial ou extraordinário, é afrontar a exigência social da célere prestação da tutela jurisdicional."⁸⁷

⁸⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 200.

⁸⁷ LODI, Luís Fernando Balieiro. *Dos embargos declaratórios prequestionadores*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 449.

Ocorre que, na prática, não é o que se tem verificado. Em casos como o anteriormente exposto, apenas se tem admitido a interposição de Recurso Especial baseado em flagrante infringência ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil Brasileiro, sob a alegação de nulidade do julgamento realizado por negativa de prestação jurisdicional, como se a questão federal e(ou) constitucional não estivesse devidamente (como de fato estava) prequestionada, quando, em verdade, o que não havia era, simplesmente, a presença da questão federal e(ou) constitucional no corpo do *decisum* recorrido.

Entretanto, não obstante o entendimento que se tenha acerca do instituto do prequestionamento, a partir do exposto, é de se concluir, por óbvio, que (à exceção dos casos em que a violação surgir apenas no corpo do *decisum* recorrido⁸⁸) não é possível, por meio dos embargos de declaração, obter-se o prequestionamento em caráter posterior.

Pelo contrário, os embargos de declaração prequestionadores só se prestam ao suprimento de determinada omissão cometida pelo órgão julgador, suprimento no qual pode eventualmente restar demonstrada a violação a dispositivo federal ou constitucional, restando, pois, devidamente caracterizada (e prequestionada) a hipótese de cabimento do recurso de caráter excepcional.

⁸⁸ "(...) se dispensa o prequestionamento quando a questão constitucional surge, pela primeira vez, no próprio acórdão recorrido. Nesta hipótese não há, em verdade, pré-questionamento (a questão constitucional não foi debatida pelas partes anteriormente), mas o requisito exigido pela Constituição (causa decidida) está presente, pois sobre o tema de direito constitucional houve efetiva decisão a respeito." TOSTA, Jorge. *Recurso extraordinário - Ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com o fim de prequestionamento - Consequências*, in Revista de Processo 84, p. 377. São Paulo, 1996.

11. CONCLUSÃO

Na tentativa de esboçar algumas idéias que deste trabalho se pode extrair, cumpre frisar, de início, que, a partir do exame dos principais aspectos do sistema recursal brasileiro e das condições de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial - objetivo a que se propôs o presente estudo -, germina uma série de interrogações, muitas delas ainda sem resposta, e que, como não poderia ser diferente, não foram devidamente desenvolvidas neste simples trabalho acadêmico.

Com efeito, razões não há para acreditar que o tema ora desenvolvido esteja efetivamente esgotado, eis que, de fato, as circunstâncias com que se depara o operador do direito na prática, dada sua magnitude, serão sempre intangíveis pelas construções meramente teóricas, razão pela qual não se tem a pretensão de que o presente estudo tenha sido capaz de sanar todas as dúvidas relativas ao tema do prequestionamento⁸⁹.

Ressalte-se, inclusive, que as limitações desse trabalho científico não permitiriam uma análise mais aprofundada do tema, esta sim efetivamente capaz de atingir tal objetivo. Nessas condições, tomando emprestadas as palavras do Professor Luiz Edson Fachin, pode-se dizer tratar-se de um estudo muito *"mais para aprender que para ensinar, um princípio de diálogo"*.⁹⁰

⁸⁹ Nesse sentido, insta recorrer, novamente, às sábias palavras do Professor Roque Antonio Carraza, cujo escólio ora se subscreve: "(...) nesta obra, várias questões de tomo ficaram por ser mais bem desenvolvidas. Também algumas dúvidas que tínhamos antes de redigi-la continuam a afligir nosso espírito. Isto, entretanto, não nos preocupa muito, seja porque de dúvidas só estão libertos os ignorantes, seja porque dubitando ad veritatem pervenimus." CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Malheiros. 16ª ed., São Paulo. 2001. p. 23.

⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Renovar, Rio de Janeiro. 1999. p. 4.

Ao que parece, entretanto, alguma contribuição pode se extrair da presente pesquisa. Senão veja-se.

Restou demonstrado que, diferentemente do que supõe a esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência pátrias, o prequestionamento já não representa pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, haja vista que, desde o texto de 1946, a Constituição Federal não faz menção expressa a tal exigência.

O requisito do prequestionamento para o conhecimento do mérito dos recursos de caráter excepcional é, pois, simples exigência jurisprudencial, não encontrando amparo legal no texto constitucional vigente⁹¹.

Aliás, como condição para que se torne possível a interposição dos recursos destinados aos Tribunais superiores, a Constituição Federal de 1988, dentro das devidas hipóteses de cabimento, exige, simplesmente, que a questão federal e(ou) constitucional em que terá fundamento a irresignação esteja efetivamente presente no *decisum* recorrido, isto é, que o tema federal e(ou) constitucional tenha, de fato, sido objeto de julgamento pelo Tribunal *a quo*.⁹²

Há, portanto, dois momentos bastante distintos. Um primeiro, anterior ao *decisum*, em que se caracteriza (ou pode se caracterizar) o prequestionamento, pela atividade das partes no sentido de suscitar previamente um determinado tema, federal ou constitucional, colocando-o ao conhecimento do Tribunal inferior, a fim de vê-lo apreciado. E um segundo, concomitante ao próprio *decisum*, em que, pela manifestação do Juízo relativamente ao tema suscitado pelas partes, surge a

⁹¹ Cf. nota 35.

⁹² Cf. nota 57.

questão federal e(ou) constitucional, capaz de ensejar a interposição dos recursos especial e(ou) extraordinário.

Ocorre, todavia, que, muitas vezes, doutrina e jurisprudência têm confundido o prequestionamento com a própria decisão⁹³. Em casos como esse, o que se verifica é que, ao supostamente exigir o pressuposto do prequestionamento, os tribunais pátrios estão, em verdade, exigindo a presença, no *decisum* recorrido, da questão federal e(ou) constitucional suscitada, nos exatos termos da Constituição Federal de 1988.

Exsurge daí a necessidade premente de se definir os exatos limites entre o prequestionamento e a efetiva presença da questão federal e(ou) constitucional no *decisum* recorrido.

O prequestionamento, ao menos ao que parece, caracteriza-se não mais como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial - eis que inexistente previsão legal nesse sentido -, mas como a atividade das partes, anterior à decisão, no sentido de devolver ao Tribunal *a quo* o conhecimento de uma determinada matéria - que, via de regra, não pode ser conhecida de ofício -, "obrigando-o" a sobre ela manifestar-se, sob pena de negativa de prestação jurisdicional.

Destaque-se, porém, que isso não significa que o prequestionamento não seja relevante para fins de interposição de recurso especial e(ou) extraordinário. Com efeito, sua exigência, tal e qual atualmente verificada na prática forense, é bastante justificável. Isso porque, em face do princípio dispositivo, o prévio questionamento é a única forma de se vincular a atuação do juízo, haja vista que o

⁹³ Cf. nota 65.

Tribunal *a quo* fica adstrito às questões efetivamente aduzidas pelas partes, estando impedido de manifestar-se acerca de matéria omitida em sede de razões ou de contra-razões recursais.

Desta sorte, vislumbra-se o prequestionamento como requisito indispensável a que uma determinada matéria possa ser objeto de julgamento, não podendo o Tribunal *a quo*, na sua ausência, sobre ela manifestar-se, a menos que dela possa conhecer de ofício.

Já a presença, no *decisum* recorrido, da questão federal e(ou) constitucional em que fundar-se-á o recurso a ser interposto, decorre da efetiva manifestação do Juízo relativamente ao tema federal e(ou) constitucional suscitado pelas partes e, na qualidade que tem, de requisito de admissibilidade expressamente previsto pela Constituição Federal, condiciona a possibilidade de conhecimento do mérito dos recursos extraordinário e especial.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre, Fabris, 1996.

ALVIM, Arruda. *O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

AMARAL LEÃO, Antônio Carlos. *O prequestionamento para admissibilidade do recurso especial*, in Revista dos Tribunais 650, p.236 a 239. São Paulo, 1989.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Pré-questionamento*, in Revista Forense 328, p. 37 a 48. Rio de Janeiro, 1994.

ARRUDA ALVIM, Angélica e ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Recurso Especial e Prequestionamento*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ASSIS, Araken de. *Condições de admissibilidade dos recursos cíveis*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos*

polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 1999.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Trad. Manuel Osório Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

BIELSA, Rafael. *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, v. VII. Buenos Aires: Depalma, 2ª ed., 1958.

CARDILLO, Roberto Mortari. *Embargos de declaração como pré-condição recursal*, in Revista dos Tribunais 693, p. 291 e ss.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, V. 1. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 16ª ed., 2001.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *Admissibilidade do recurso especial*, in *Revista Forense* 329, p. 78 e 79. Rio de Janeiro, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1969.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários*, in *Revista de Processo* 74, p.112 a 121. São Paulo, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar 1999.

FONTOURA, Lúcia Helena Ferreira Palmeiro da. *Recurso Especial - Questão de Fato/Questão de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos*, in *Revista Jurídica* 198, p. 39 a 58. Porto Alegre, 1994.

- LIMA, Alcides de Mendonça. *Prequestionamento*, in Revista dos Tribunais 692, p. 197. São Paulo, 1993.
- LODI, Luís Fernando Balieiro. *Dos Embargos Declaratórios Prequestionadores*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2000.
- MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Hemus, 1992.
- MORELLO, Augusto Mario. *Recursos extraordinarios: visión comparada brasileña y argentina*, in Revista de Processo 79, p.10 a 19. São Paulo, 1995.

MÓSCA, Hugo. *O Recurso Especial e seus Pressupostos*. Brasília: Ideal, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Fernando Crespo Queiroz. *A Influência das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na Admissibilidade dos Recursos Extraordinário e Especial*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Recurso Especial – Algumas Questões de Admissibilidade*, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RIZZI, Sérgio. *Do Recurso Extraordinário*, in *Revista do Advogado* 27, p. 42 e ss. São Paulo, 1989.

RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Requisitos de Admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SARAIVA, José. *Os recursos extraordinário e especial - alterações da Lei 9.756/98*, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Miguel Ângelo Barros da. *A admissibilidade do recurso especial*, in *Revista de Processo* 62, p. 161 a 169. São Paulo, 1991.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderlei de. *Do prequestionamento*, in *Revista dos Tribunais* 673, p.35 a 41. São Paulo, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOSTA, Jorge. *Recurso extraordinário – Ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com o fim de prequestionamento – Consequências*, in *Revista de Processo* 84, p.359 a 380. São Paulo, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.