

LUCIANO TADAU YAMAGUTI SATO

**PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO E SUA INTERPRETAÇÃO
JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS PRÁTICOS E DOUTRINÁRIOS**

CURITIBA

2004

LUCIANO TADAU YAMAGUTI SATO

**PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO E SUA INTERPRETAÇÃO
JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS PRÁTICOS E DOUTRINÁRIOS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho
Co-orientadores: Prof. Elton Venturi e Prof. Sérgio
Cruz Arenhart**

CURITIBA

2004

LUCIANO TADAU YAMAGUTI SATO

TERMO DE APROVAÇÃO

PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO E SUA INTERPRETAÇÃO
JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS PRÁTICOS E DOUTRINÁRIOS

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

ORIENTADOR:



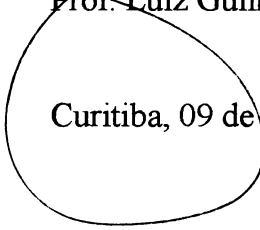
Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho



Prof. Sérgio Cruz Arenhart



Prof. Luiz Guilherme Marinoni



Curitiba, 09 de novembro de 2004

Agradeço aos meus pais, Paulo e Regina, pelo exemplo de vida, dedicação e esforço. À minha eterna “amiga” Francine pelo incentivo e compreensão nos meses que precederam o presente trabalho. E aos professores “amigos da escola”, Elton Venturi e Sérgio Cruz Arernhart, pela atenção e orientação durante todo o aprendizado acadêmico.

SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, O RECURSO ESPECIAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	4
1. Breve Histórico	4
2. A Constituição Federal de 88 e a criação do STJ e do recurso especial	10
3. O recurso extraordinário e o recurso especial.....	11
3.1. O Recurso Extraordinário	11
3.1.1. Alínea “a”: “contrariar dispositivo desta Constituição”	12
3.1.2. Alínea “b”: “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”	14
3.1.3. Alínea “c”: “julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição”	15
3.2. O Recurso Especial.....	17
3.2.1. Alínea “a”: “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”	18
3.2.2. Alínea “b”: “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”	19
3.2.3. Alínea “c”: “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”	20
CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS RECURSAIS.....	21
1. Juízo de Admissibilidade e Juízo de Mérito	21
2. Pressupostos de Admissibilidade	23
2.1. Pressupostos Intrínsecos	24
2.2.1. cabimento	24
2.1.2. interesse recursal.....	24
2.1.3. legitimidade recursal	24
2.1.4. inexistência de fato extintivo do direito de recorrer	25
2.2. Pressupostos Extrínsecos	25
2.2.1. regularidade formal	25
2.2.2. tempestividade	26
2.2.3. preparo.....	26
2.2.4. inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso.....	27
3. Pressupostos de Admissibilidade específicos dos recursos extraordinário e especial	27
3.1. Tratamento apenas de questões de direito.....	28
3.2. Exaurimento das instâncias recursais ordinárias	29
3.3. Causa decidida.....	30

CAPÍTULO III – PREQUESTIONAMENTO	32
1. Conceitos de Prequestionamento	32
1.1. Prequestionamento como manifestação das partes perante o órgão jurisdicional recorrido, bem como sua decisão sobre questão federal “lato sensu”	33
1.2. Prequestionamento como manifestação do órgão jurisdicional recorrido sobre determinada questão federal “lato sensu”	35
1.3. Prequestionamento como questionamento das partes perante o órgão jurisdicional recorrido	37
2. Embargos Declaratórios	39
2.1. Necessidade do provimento dos Embargos Declaratórios para se admitir o recurso extraordinário ou o recurso especial	43
3. Conceitos de Prequestionamento Implícito	45
3.1. Prequestionamento Implícito como as matérias conhecíveis de ofício	47
CAPÍTULO IV – O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS PRÁTICOS	49
1. Divergência entre o STF e o STJ quanto à admissão do prequestionamento na forma implícita no juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais	49
2. Insegurança jurídica	51
3. Impugnação do juízo de admissibilidade proferido pelo STJ, em julgamento de Recurso Especial, por meio de Recurso Extraordinário fundado no art. 105, inciso III, “caput”, da CF	55
3.1. Súmula 400 do STF e a questão de “contrariedade” e “negativa de vigência”	58
3.2. A segurança jurídica ou a interpretação ampla do conceito de causa decidida?	60
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

RESUMO

A presente monografia vislumbra tratar do instituto processual do *prequestionamento implícito*, enfocando o modo pelo qual este tem sido interpretado pela jurisprudência na atualidade, bem como tratar de aspectos práticos e doutrinários que circunscrevem o presente tema. Releva-se, ainda, o fato do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça divergirem quanto à admissibilidade dos recursos excepcionais quando se apresentam *prequestionados* de forma *implícita*. Desprende-se de tal fato, a possibilidade de interposição de recurso extraordinário fundamentado no artigo 105, inciso III, “caput”, da CF, como meio de uniformização de interpretação de norma constitucional pelo Supremo quanto ao juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais.

INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende abordar um tema que tem se mostrado controverso na doutrina e cujo entendimento nos Tribunais Superiores não é pacífico.

Tanto o STF quanto o STJ têm asseverado que o prequestionamento é um requisito para admissão do recurso extraordinário e especial, respectivamente, de maneira que ante a sua ausência ou não configurado de forma suficiente para ensejar o recurso, este não será sequer conhecido.

Não obstante, o fato de os Tribunais Superiores exigirem o prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*, há vozes na doutrina que chegam a questionar tal entendimento diante das disposições constitucionais, não poupando argumentos que apontam para sua inconstitucionalidade. Outros chegam a classificá-lo como um “requisito jurisprudencial” erigido pelos tribunais superiores para conhecer o recurso excepcional interposto.

A despeito dos diversos entendimentos acerca do que seja *prequestionamento*, e do momento em que este se caracteriza, repousa a questão de quando este ocorre de maneira *implícita*.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento que o recurso extraordinário só é cabível sobre decisão que, além de ter tratado sobre questão constitucional, tenha explicitamente aduzido qual o dispositivo normativo aplicado à espécie. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem amenizado tal exigência, bastando que o acórdão recorrido tenha enfrentado suficientemente a questão, prescindindo da menção expressa ao artigo legal tratado na decisão impugnada.

Não obstante o fato de haver divergência de entendimento entre o STF e o STJ quanto à admissibilidade do recurso quando prequestionado *implicitamente*, na doutrina encontra-se ainda outro conceito totalmente diverso de *prequestionamento implícito*.

No entanto, cabe destacar que a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o conceito de *prequestionamento implícito* está, obviamente, subordinado ao entendimento

que se tem acerca do que é *prequestionar*, de maneira que o conceito que se tem daquele depende necessariamente da forma como se concebe este.

Por este motivo, o prequestionamento se torna um conceito a ser profundamente estudado e compreendido, pois é, sem dúvida nenhuma, importantíssimo para o devido entendimento e correta funcionalização dos recursos extraordinário e especial.

O jurista José Miguel Garcia Medina aponta que uma das soluções possíveis para a controvérsia que envolve o acesso aos Tribunais Superiores, por via incidental, seria regulamentar por meio de lei o conceito e os procedimentos necessários para se ter *prequestionado* determinada decisão *a quo* passível de recurso excepcional¹. Entretanto, como bem alerta o ilustre jurista, antes mesmo de se regulamentar por meio de lei o prequestionamento, se faz necessário que a própria doutrina e os Tribunais elaborem um conceito único e coerente sobre o próprio instituto, tendo em vista que na atualidade não há tal consenso.

Na tentativa de elucidar a questão em relação ao *prequestionamento implícito*, sobre o qual esta monografia pretende focar, inicialmente se faz necessário compreender o que vem a ser o prequestionamento, ainda que de maneira sucinta, pois, como dito anteriormente, o conceito de *prequestionamento implícito* decorre do entendimento que se tem sobre prequestionar.

Necessário se faz, também, analisar os requisitos de admissibilidade para interposição dos recursos extraordinário e especial, caracterizando suas peculiaridades e funções dentro do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 88. Ressalta-se que o prequestionamento deve ser compreendido a partir das disposições constitucionais pertinentes aos recursos extraordinários *lato sensu*. Haja vista que há entendimento, tanto na doutrina quanto nos Tribunais, de que aquele se apresenta como um pressuposto de admissão dos recursos extraordinário e especial.

¹ “O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial – e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento”, 2ª ed., p. 24.

Ao final, diante da divergência de entendimento que há entre o STF e o STJ quanto o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais quando *prequestionados implicitamente*, surge-nos a questão quanto à possibilidade de interposição de recurso extraordinário face ao juízo de admissibilidade realizado pelo STJ no recurso especial, no intuito de buscar uma uniformização de entendimento entre os tribunais superiores com o fim último de auferir maior segurança jurídica aos profissionais do direito que diariamente têm de lidar com estes recursos constitucionais.

CAPÍTULO I – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, O RECURSO ESPECIAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

1. Breve Histórico

Nos Estados federativos, diversamente dos Estados unitários, concorrem atribuições quanto ao exercício de parcelas da função administrativa, legislativa e judiciária, entre a União, os Estados e (especificamente no caso do Brasil) os Municípios. Estas atribuições são exercidas nos limites estipulados pelo ordenamento jurídico, de maneira que todos devem exercer suas funções em plena harmonia, com os demais entes políticos.

No entanto, o fato de segmentar o exercício de algumas funções do Estado atribuindo a cada pessoa política parcelas de competência específicas, ora privativamente, ora concorrentemente, não implica, contudo, dividir o poder, seja ele o Legislativo, Executivo ou Judiciário, haja vista que o mesmo é indivisível. O que ocorre, apenas, é a distribuição da competência para exercer parcelas deste poder, o que é inexoravelmente diferente de dividi-lo propriamente.

Todavia o fato de atribuir a cada unidade política parcela de competência para o exercício de alguma atribuição implica, necessariamente, no fato de que cada ente possuirá uma maneira distinta de compreender a realidade, condicionado às circunstâncias e condições peculiares do meio em que se encontra inserido.

Em se tratando de função jurisdicional, é inegável o fato de que cada juiz, singular ou em colegiado, em sede de tribunal, poderá interpretar, aplicar e solucionar determinada questão que se põe à sua frente de maneira diversa da concebida por outro.

Diante da complexidade cultural, econômica e social de nosso país se faz necessário que se construam meios de se assegurar a unidade e coerência do ordenamento jurídico, haja vista que este objetiva primariamente velar pela estabilidade das diversas

relações havidas no meio social de modo a assegurar a paz social, devendo, para tanto, ser aplicado de maneira equânime em todo território nacional.

Inspirado no *writ of error* do direito constitucional norte-americano, porém, emprestando seu nome do *recurso extraordinário* argentino, o legislador constitucional brasileiro dispôs nas constituições federais uma forma de controlar a interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais no caso concreto de forma incidental, por meio de exceção.

Não é de se estranhar que o recurso extraordinário, como um dos meios de se exercer este controle, somente foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da primeira Constituição Republicana a qual consolidou a organização do Estado Nacional brasileiro em entes federativos².

No entanto, mesmo antes da consolidação do governo republicano no Brasil, ainda sob a vigência do Império, havia no ordenamento jurídico pátrio o *recurso de revista* que de longe possuía funções similares ao *recurso extraordinário*³.

Durante o governo provisório, foi editado o Decreto n.º 848, de 24 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal de modo a preparar os alicerces do Estado Federativo que se estabeleceria no ano seguinte. O referido Decreto, em seu artigo 9º, parágrafo único, dispôs que: “haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas em última instância pelos tribunais e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União, qualquer que seja a alçada; b)

² Nesse sentido Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins “proclamada a República e implantada o sistema federativo, com órgãos judiciários autônomos em cada Estado, surgiu a necessidade de um instituto que assegurasse a uniformidade da Constituição e das leis federais em todo o Território Nacional” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 4º volume, p. 218); e Barbosa Moreira “não foi por acaso que o importamos, após a proclamação da República, do direito norte-americano, nem é por acaso que a correspondência mais exata na matéria, sempre se estabeleceu com outros Estados também não unitários” (*Comentário ao Código de Processo Civil*, volume V, 11ª ed., p. 576).

³ ALVIM, Arruda. “O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens”, p. 15, in “Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial”, coord. Teresa A. A. Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 1997.

quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal ou de cláusula de um tratado ou convenção seja posta em questão e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito, privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula”.

A Constituição Federal de 1891 recepcionou quase que integralmente o Decreto n.º 848, promovendo somente algumas alterações em seu texto original mas, entretanto, sem ainda empregar a denominação atualmente consagrada. Dispôs a primeira Constituição Republicana no art. 59, parágrafo 1º, que: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis e atos dos governos dos Estados em face da Constituição Federal e a decisão considerar válidos esses atos e essas leis impugnadas”, deixando claro que para se recorrer ao STF seria necessário o anterior questionamento acerca da aplicação de determinado dispositivo normativo e, concomitantemente, a decisão contrária do tribunal *a quo* em face da lei maior.

Curioso notar que neste mesmo ano foi promulgado o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 26 de fevereiro de 1891, e, alguns anos depois, a Lei 221, de 20 de novembro de 1894. Em ambas disposições normativas se empregou o termo “recurso extraordinário” para se referir ao recurso de competência daquela suprema corte. Contudo, tal denominação só iria restar consagrada no texto constitucional de 1934⁴.

Com a Emenda Constitucional de 1926, a redação referente ao que seria posteriormente denominado de recurso extraordinário passou a ter a seguinte disposição, consoante o artigo 60, parágrafo 1º: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal dos

⁴ ASSIS, Araken de. “Prequestionamento e Embargos de Declaração”, p. 8-9, Revista Jurídica 288 – out/2001, Porto Alegre.

Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas; c) quando dois ou mais tribunais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República; d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional”. Destaca-se que a referida emenda à Constituição de 1891 incluiu uma nova hipótese de propositura do recurso àquela suprema corte nos casos em que houver divergência de julgados de tribunais distintos (alínea “c”).

Foi na Constituição Federal de 1934 que se consagrou definitivamente a denominação “recurso extraordinário”. O artigo 76 dispôs que incumbe ao Supremo Tribunal Federal julgar: “em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal”.

A Constituição Federal de 1937 não trouxe modificação substancial pertinente ao tema em estudo⁵. Todavia, de maneira diversa, a Constituição Federal de 1946 provocou

⁵ Optamos, a título de curiosidade, por reproduzir parte do texto constitucional de 1937: “Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:... III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou de lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões

polêmica na doutrina da época quanto à necessidade de se haver questionado a matéria contida na decisão, em face de lei ou tratado federal, impugnada pelo apelo extremo. Dispôs assim o texto constitucional de 46, em seu artigo 101, inciso III: “julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal”.

Consoante a leitura dos textos constitucionais de 34 e 37, depreende-se que havia a expressão “haja questionado” para se referir à decisão que julgou contra lei ou tratado federal. Entretanto, a redação de 46 deixou de fazer tal referência suprimindo a referida expressão de modo que bastava que a decisão fosse contrária ao dispositivo daquela Constituição ou à letra de tratado ou lei federal para ensejar recurso extraordinário, conforme dispôs a alínea “a” do artigo *supra* mencionado.

Diante desta alteração a doutrina da época discutiu intensamente sobre a necessidade ou não do prévio questionamento para se admitir o recurso extremo. Dentre os que opinavam pela desnecessidade do pré-questionamento da matéria decidida pela decisão passível de impugnação por recurso extraordinário destacam-se a doutrina de Pontes de Miranda e José Afonso da Silva⁶. Todavia, num entendimento que

definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa”.

⁶ As lições dos ilustres juristas são trazidas por Araken de Assis referindo-se, ainda, ao texto constitucional de 1937: “... Pontes de Miranda, lastimando a perda do ‘ensejo para limpar de tais escórias o texto constitucional, porque as expressões só aludiriam, na realidade, ao objeto de cada qual’, e argumentando: ‘ Se, na última decisão da Justiça local, sem se haver ‘questionado’ sobre a disposição literal de tratado ou lei federal, ou sobre a ‘validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal’, o tribunal contravier a letra do tratado ou da lei federal (a), ou deixar de aplicar a lei invocada (b), ou considerar válido acto de governo local ou lei local argüida ou não trazida à balha (c), cabe recurso extraordinário’ ” (*Comentários à Constituição Federal de 1937*, t. 3, p. 117). Já em

consideramos conservador, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não obstante a modificação procedida no texto constitucional quanto à admissibilidade do recurso extraordinário, o prévio questionamento constitui requisito inerente à feição excepcional daquele recurso e, portanto, mesmo diante da omissão do legislador constitucional, o questionamento seria plenamente exigível.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1967 estabeleceu no artigo 114, inciso III, a competência do Supremo Tribunal Federal para: “julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”.

Há que se destacar o fato de o constituinte de 67 diferenciar o cabimento do recurso extraordinário quando fundado em dispositivo constitucional ou em lei ou tratado federal: em relação àquele é necessário que a decisão impugnada o tenha *contrariado*, ao passo que, em face deste, basta que lhe tenha *negado vigência*. Tal disposição consolidou de vez a Súmula da Jurisprudência dominante n.º 400 do STF, que consagrava a distinção já encontrada na doutrina entre os termos *contrariar* e *negar vigência*. Sobre esta questão trataremos em ponto específico⁷.

A Emenda Constitucional de 69 não alterou substancialmente a hipótese de cabimento do recurso extraordinário⁸, mantendo-se incólume o entendimento havido na jurisprudência.

relação ao texto constitucional de 1946, traz as lições de José Afonso da Silva de que “... dará motivo ao remédio *iuris* constitucional, se qualquer norma jurídico-objetiva for vulnerada, ainda que não invocada pela parte” (*Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, n.º 77, p. 198), *apud* “Prequestionamento e Embargos de Declaração”, p. 10, Revista Jurídica 288 – out/2001, Porto Alegre.

⁷ Ver capítulo IV, item 3.1.

⁸ Art. 119, inciso III: “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou

2. A Constituição Federal de 88 e a criação do STJ e do recurso especial

A Constituição Federal de 88 inovou ao criar um recurso específico para velar pela correta interpretação e aplicação de lei ou tratado federal ao caso concreto, qual seja, o recurso especial, bem como ao instituir um novo tribunal superior para apreciar este recurso: o Superior Tribunal de Justiça.

Diante da enorme carga de processos que aguardavam nas prateleiras do Supremo Tribunal Federal para serem apreciados e como consequência do aumento demográfico e do crescimento econômico e industrial de várias regiões do país – o que de fato acaba gerando maior litigiosidade - se fez necessário que fossem adotadas medidas que ao menos amenizassem tais problemas que pairavam sobre aquela corte. Uma das soluções foi a criação do STJ o qual subtraiu parte das atribuições do STF⁹.

Destacamos que no início da década de 60 o ilustre jurista José Afonso da Silva antevia a necessidade da criação de um tribunal nacional com competência para apreciar matéria infraconstitucional. Posteriormente, em 1965, em um simpósio realizado na Fundação Getúlio Vargas, em uma mesa redonda composta por eminentes juristas, presidida pelo Ministro Themístocles Cavalcanti, chegava-se à mesma conclusão quanto à necessidade instituição de um tribunal competente para julgar recursos extraordinários fundados em matéria não constitucional (infraconstitucional)¹⁰.

A questão relativa à sobrecarga de processos para serem apreciados pelo STF foi intitulada por alguns juristas como a “Crise do Supremo” que, não obstante as inovações

lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”.

⁹ Dentre as medidas tomadas para agilizar a prestação jurisdicional destacamos a substituição do Tribunal Federal de Recursos, órgão que funcionava como segundo grau de jurisdição na Justiça Federal, por cinco Tribunais Regionais Federais, tendo os desembargadores daquele tribunal extinto sido promovidos a Ministros do então recém criado Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰ Integravam a mesa os seguintes juristas: Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, Caio Tácito, Flávio Bauer Novelli, Gilberto de Ulhôa Canto, José Frederico Marques, Lamy Filho, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa, Miguel Seabra Fagundes e Miguel Reale. (Athos Gusmão Carneiro, “Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial”, p. 98, *in* “Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98”, coordenação Tereza A. A. Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 1999).

trazidas pela Constituição Federal de 88 e alterações promovidas em diversas normas processuais, aquela realidade não destoa em muito da atual que paira não só sobre aquela suprema corte mas, também, sobre o Poder Judiciário como um todo, por razões diversas que se somam para resultar na realidade de nossa justiça.

3. O recurso extraordinário e o recurso especial

Sub-rogou-se na função do *antigo* recurso extraordinário, o recurso especial e o recurso extraordinário, repartindo as atribuições daquele de maneira que o primeiro passou a ser a via adequada para tratar das questões que envolvem a interpretação e aplicação de leis ou tratados federais (normas infraconstitucionais), e o segundo das normas constitucionais.

Convém destacar que ambos se inserem dentre os recursos excepcionais ou extraordinários (em sentido lato), em contraposição aos recursos ordinários previstos no Código de Processo Civil e em outras leis federais. Atentamos para o fato de possuírem previsão constitucional uma vez que exercem função importantíssima para assegurar a consistência do regime federativo, velando pela uniformidade de interpretação e aplicação das normas federais em todo o território nacional e, consagrando assim, o princípio constitucional da isonomia.

Em que pese ambos possuírem a mesma origem, suas hipóteses de cabimento merecem análise em separado, o que passamos a expor nos tópicos seguintes.

3.1. O Recurso Extraordinário

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão dispostas na Constituição Federal, art. 102, inc. III, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, da seguinte maneira: “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo contestado em face desta Constituição”. Ressalta-se que os dispositivos que prevêm as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário – tal como

do recurso especial, do qual trataremos adiante –, estão todos contidos no texto constitucional, não podendo lei ordinária alguma, quanto menos disposições regimentais, acrescentar ou proceder-lhes modificações¹¹.

Uma peculiaridade do “caput” do presente dispositivo é que ao mencionar que o RE é cabível sobre as causas decididas em *única* ou *última instância*, não distingue se esta decisão deve ser proferida por juiz de primeiro grau ou por tribunal, em sede de recurso, de tal modo que a interpretação a ser feita deva ser da maneira mais abrangente, salvaguardando-se apenas o fato da decisão não estar sujeita a nenhum recurso ordinário (Súmula 281 do STF)¹². Isto implica a afirmação de que, diferentemente do recurso especial, o recurso extraordinário é cabível sobre a decisão prolatada nos Juizados Especiais desde que apreciadas pela Turma Recursal daquele juízo e, também, nas execuções fiscais com valor inferior a 50 OTN em que só serão admitidos “embargos infringentes” e “embargos declaratórios” (art. 34 da Lei 6830/80), excluindo-se, assim, a impugnação do ato jurisdicional de 1ª instância por meio de recurso de apelação (Súmula 640 do STF)¹³.

3.1.1. Alínea “a”: “contrariar dispositivo desta Constituição”

O presente dispositivo apresenta uma imperfeição técnica pois, da maneira como dispõe sobre o cabimento do recurso extraordinário permite ao juiz emitir um juízo de valor sobre a decisão impugnada ao conceber que, antes de ser apreciado o mérito do recurso, verifique-se que a decisão recorrida esteja necessariamente em contrariedade às normas constitucionais; de modo que se deve constatar primeiro a contrariedade para então

¹¹ Quanto a este ponto específico, ressaltamos os ensinamentos do ilustre jurista José Carlos Barbosa Moreira de que a Constituição Federal de 1967, no art. 119, § 1º, permitia que o Supremo Tribunal Federal, em seu regimento interno, estabelecesse requisitos complementares quanto ao cabimento do recurso extraordinário, sendo tal disposição não acolhida pela Constituição de 88 (*Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 11ª edição, p. 580*).

¹² Súmula 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

¹³ Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de Primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

se admitir o recurso. Em outras palavras, se o recurso for cabível (admissível) ele deverá ser necessariamente procedente no mérito.

O presente dispositivo deve ser interpretado de maneira que basta a mera afirmação do recorrente sobre a contrariedade entre a decisão recorrida e determinado dispositivo constitucional para que se admita o recurso. Barbosa Moreira chega a sugerir que a melhor redação para alínea “a”, do art. 102, da CF, é de que caberia recurso extraordinário “quando a decisão recorrida *for impugnada sob a alegação* de contrariar dispositivo desta Constituição”¹⁴.

Continuando nas lições do renomado jurista, esta peculiaridade tem sido o fator principal para que o Supremo Tribunal Federal tenha – não só desde a vigência da presente Carta Magna, mas, também nas anteriores que continham dispositivos similares –, relegado ao segundo plano à diferenciação entre *juízo de admissibilidade* e *juízo de mérito* (Ver capítulo II, item 1).

Entretanto, cabe ressaltar que este entendimento, um tanto quanto equivocado, fora recentemente reconsiderado no julgamento do RE 298.694-1/SP, que teve como relator o Min. Sepúlveda Pertence, que conheceu do recurso extraordinário interposto mas, no mérito, julgou-o improcedente sob fundamento constitucional diverso do que fora admitido. O referido acórdão tratou, inclusive, da modificação no entendimento do STF no que se refere à distinção necessária que deve ser feita entre o juízo de admissão e o juízo sobre o mérito da causa, no julgamento do recurso extraordinário¹⁵.

¹⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 11ª ed., p. 581.

¹⁵“II. Recurso Extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a – para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados – e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário” (STF, RE 238.694-1/SP, Tribunal Pleno, relator Min. Sepúlveda Pertence, 06/08/2003).

3.1.2. Alínea “b”: “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”

O legislador constitucional ao tratar da hipótese de decisão proferida, em última ou única instância, que declarar a inconstitucionalidade de lei ou tratado federal poderá ser impugnada mediante o recurso extremo, tratou-a de maneira *imparcial* ou, nas lições de Barbosa Moreira, de maneira *axiologicamente neutra*¹⁶.

Basta a simples constatação da declaração de inconstitucionalidade do tratado ou lei federal, não mais sujeita à impugnação pelos meios ordinários, para o recurso extraordinário ser cabível independentemente do mesmo ser procedente ou não. Juízo, este, que deverá ser proferido posteriormente, haja vista que pertinente ao mérito do recurso.

Ressalta-se, ainda, como bem alertado por Rodolfo de Camargo Mancuso, que a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal deverá ser na forma *incidental* ao caso concreto, através do controle difuso de constitucionalidade¹⁷.

¹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 580.

¹⁷ *Recuso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 211-217. Nesse sentido também se mostram interessantes às lições de Nelson Nery Jr. e Rosa M. de Andrade Nery, sobre a declaração de inconstitucionalidade pelo STF no controle concreto: “O STF, quando declara inconstitucional, *incidenter tantum* (em ação originária ou em RE), lei ou ato normativo federal ou estadual contestado em face da CF, faz o denominado *controle concreto* da constitucionalidade da norma. Nesse caso, a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade não faz coisa julgada material (CPC 469). Por isso, o STF remete ao Senado o acórdão no qual foi proferida a declaração incidental de inconstitucionalidade, para que seja feito, pela Câmara Alta, o *controle político* da decisão da Corte Suprema. O Senado pode tomar uma de duas atitudes: a) concordar com a decisão do STF e, por consequência, emitir resolução suspendendo a execução, em todo o território nacional, da lei declarada inconstitucional pelo STF; b) não concordar com o STF e não emitir a resolução de que trata a CF 52 X. Ao emitir a resolução (hipótese a), a decisão do Senado tem efeitos *erga omnes*. Caso não seja emitida a resolução (hipótese b), o acórdão do STF vale e produz efeitos somente entre as partes do processo do qual se originou o acórdão que, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo (CPC 472). A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em ADIn, na qual há o denominado *controle abstrato*, o acórdão do STF tem eficácia *erga omnes*, sendo desnecessária sua remessa ao Senado, não incidindo no caso, a CF 52 X” (“Código de Processo Civil comentado”, 7ª edição, p. 180).

3.1.3. Alínea “c”: “julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição”

O recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea “c”, do art. 102, da CF, objetiva de maneira inquestionável assegurar a organização hierárquica das normas jurídicas e, precipuamente, o ordenamento jurídico que tem como base a Constituição Federal.

Seguindo as lições de Barbosa Moreira, o juízo de admissibilidade, tal como na hipótese prevista na alínea “b” do referido artigo, é de simples constatação da decisão ter julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição¹⁸.

Entretanto, parece-nos que o referido dispositivo não é de tão simples apreensão e merece análise aprofundada porquanto estaria presente ao nosso ver a necessidade do *prévio questionamento*¹⁹.

Salta-nos aos olhos o fato de que o dispositivo expressamente aduz que a lei ou ato de governo local deve ter sido *contestado* diante da Constituição e, concomitantemente, que a decisão tenha julgado em favor àquelas. Parece-nos que o legislador ao dispor que determinada lei ou ato de governo local deva ter sido *contestado* em face da Constituição estaria exigindo o *prequestionamento* perante o órgão que julgará a demanda.

Entendemos como oportuno analisarmos o termo “contestado” empregado no dispositivo *supra*.

Inicialmente, o texto se refere à decisão que “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição”. O legislador ao empregar o termo “contestado”

¹⁸ Ob. cit., p. 580.

¹⁹ Curioso notar que o Min. Eduardo Ribeiro de Oliveira levanta a questão da necessidade do prévio debate das partes sobre determinada questão, constitucional ou federal, como exigência da Constituição para se admitir o recurso excepcional. Todavia o douto ministro afasta esta mera *possibilidade*: “Permito-me afirmar, desde logo, que não se encontra, seja na Constituição, seja em qualquer outra lei, razão capaz de amparar o asserto de que os recursos extraordinário e especial tenham seu conhecimento condicionado a que a matéria neles agitada haja sido objeto de anterior consideração pela parte. A exceção, quanto ao extraordinário, *poderia* estar na letra ‘c’, onde se faz menção a lei ou ato de governo local, *contestado em face da Constituição*. Mesmo aí, entretanto, isso não ocorre” (destacou-se) (“Prequestionamento”, p. 246-247, in “Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98”, coord. Teresa A. A. Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Ed. RT, 1999).

flexionou-o em sua forma pretérita para se referir ao julgamento do órgão jurisdicional sobre a lei ou o ato de governo local impugnado. De tal sorte que o juízo deve decidir sobre uma questão que seja colocada pelas partes e que tenha sido anteriormente controvertida pelas mesmas.

Dentro da racionalidade do sistema recursal brasileiro, isto somente poderia ocorrer em momento anterior ao julgamento sob pena de restar preclusa às questões não argüidas na oportunidade adequada que a parte interessada tivera tido. A *contestação* sobre a aplicabilidade da norma ou ato local deve ser feita, por exemplo, em sede de apelação para que o Tribunal, ao decidir, o faça de maneira a justificar suficientemente a legalidade (constitucionalidade) do ato ou lei local. Importante mencionarmos, que no acórdão devem constar os fundamentos jurídicos que motivaram o tribunal a *decidir* pela aplicação da norma ou da validade de ato local *contestados* pela parte em face à Constituição Federal, sob pena de, em não o fazendo, ensejar a propositura de *Embargos Declaratórios* por *omissão*. Caso contrário, a parte interessada não contestando a questão referente à aplicabilidade do ato ou norma local em face de disposições constitucionais, o Tribunal não precisará, necessariamente, abordar o tema Constitucional. Logo, não será cabível o recurso uma vez que ausente questão constitucional.

Entretanto, há outra hipótese possível: a parte não *contesta* ou, como entendemos, não *prequestiona*, quanto à aplicabilidade do ato ou norma local em face da Constituição, mas, no entanto, o Tribunal levanta a questão constitucional em seu julgamento e acaba por decidir sobre a validade do ato ou norma local.

Entendemos que nesta segunda hipótese, o recurso extraordinário seria cabível pela alínea “a” e não pela alínea “c”, pois, além desta alínea mencionar que a parte deve ter *contestado* quanto à aplicabilidade de norma ou ato local em face da Constituição, a questão constitucional decidida pelo Tribunal surgira somente nos fundamentos da decisão proferida no acórdão. Resta, portanto, que a questão pertinente sobre a contrariedade em relação à norma constitucional surgira na decisão, que ora se recorre pela via extraordinária, e não em momento anterior suscitado pelas partes.

É verdade que dando este enfoque para as alíneas “a” e “c” do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, pode aparentar que ambas possuem diferença bastante tênue, podendo-se inclusive, num plano teórico, ensejar a assertiva de que a alínea “c” estaria contida na alínea “a”.

Concordamos – num plano teórico, apenas –, que toda vez que o recurso extraordinário for cabível pela alínea “c” o será também pela alínea “a”, uma vez que quando se julga válido algum ato ou lei de governo local *contestado* em face do que dispõe o texto constitucional, não se deixa de também estar *contrariando* algum dispositivo da Constituição. Todavia, no plano prático poderá ocorrer diferença no procedimento a ser adotado pelas partes a fim de verem seus recursos admitidos pelo STF, principalmente no tocante a interposição de *Embargos Declaratórios*.

Ora, se o *Embargos de Declaração* é um recurso que objetiva antes mesmo de atacar a decisão judicial permitir o juiz ou colegiado integrar a decisão tomada para sanar eventuais omissões, contrariedades ou obscuridades, parece-nos evidente que sua finalidade não pode ser a de suscitar pretensões não argüidas anteriormente.

Logo, os *Embargos Declaratórios* serão sempre cabíveis quando a parte *questiona previamente* sobre a aplicabilidade de certa norma em face da CF e a decisão não aprecia esta questão suficientemente. Neste caso, é flagrante a omissão da decisão, sendo legítimo o uso do recurso previsto no art. 535, do CPC.

Entretanto, de maneira diversa, nem sempre será cabível tal remédio processual na hipótese descrita na alínea “a”, uma vez que a admissão dos referidos embargos estão condicionados à existência de alguma imperfeição na decisão que não apreciara, ou nem tampouco decidira, sobre uma questão que deveria tê-lo feito – o que não necessariamente pode estar presente na decisão que contraria dispositivo constitucional.

3.2. O Recurso Especial

Tal como o Recurso Extraordinário, as hipóteses de admissão do Recurso Especial estão dispostos na Constituição Federal, no artigo 105, inciso III: “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais

Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Todavia, diferentemente do *caput* do artigo 102 da Constituição Federal, o *caput* do artigo 105 dispõe expressamente que a decisão impugnada pelo recurso especial deva ter sido prolatada em sede de Tribunal, em única ou última instância, de modo a afirmarmos que o mesmo não será cabível para impugnar decisões tomadas em Juizados Especiais, Cíveis ou Criminais (Súmula 203 do STJ)²⁰, ou em execuções fiscais com valor igual ou inferior a 50 OTNs, mesmo que esteja presente alguma questão federal.

3.2.1. Alínea “a”: “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”

As anotações que devem ser feitas quanto a esta hipótese de cabimento do recurso especial são praticamente as mesmas feitas anteriormente em relação à alínea “a” do art. 102, inc. III, da CF, que trata do cabimento do recurso extraordinário²¹. Entretanto, cumpre-nos destacar apenas o fato de que o legislador constitucional inovou ao utilizar-se concorrentemente dos termos *contrariar* e *negar-lhes vigência* para se referir ao cabimento de recurso especial com o fim de assegurar a integralidade de lei ou tratado federal.

Destacamos esta “inovação” legislativa no intuito de chamar a atenção sobre esta questão que no momento restringimo-nos, somente, a fazer esta constatação de que se outrora a CF de 67, alterada pela Emenda Constitucional n.º 1 de 69, dispunha que o recurso extraordinário seria cabível quando a decisão impugnada tivesse *contrariado* dispositivo constitucional ou *negado vigência* de tratado ou lei federal, distinguindo o

²⁰Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgãos de segundo grau dos juizados especiais”.

²¹ No mesmo sentido o profº Manoel Cactano ao tratar do presente dispositivo e comparando-o com o art. 102, III, alínea “a”, aduz que “A hipótese descrita na letra *a* são aplicáveis *in totum* as críticas direcionadas à mesma letra do art. 102, III: confundem-se, lá como cá, o *cabimento* e o *mérito* do recurso” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 7, p. 345)

cabimento de recurso fundado nas hipóteses referidas, a Carta Magna de 88 passou a empregar *ambos os termos* para se referir ao recurso especial. Nos parece evidente que a distinção entre as expressões *contrariar* e *negar vigência* não possui mais alguma relevância no plano prático, restando a Súmula 400 do STF superada.

Por hora, não trataremos desta questão deixando-a para ser analisada de maneira mais aprofundada em momento posterior, haja vista que nela reside uma questão importantíssima, sobretudo, para as conclusões que pretendemos apresentar no presente trabalho (Ver capítulo III, item 5.1).

3.2.2. Alínea “b”: “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”

De maneira semelhante em relação à alínea “c” do art. 102, inc. III, da CF, feitas as devidas adaptações, será cabível recurso especial nos casos em que a decisão, ou melhor, o acórdão “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”.

O juízo de admissibilidade é *neutro* bastando a mera constatação de que o acórdão recorrido tenha julgado válida lei ou ato local contestado em face de lei ou tratado federal para que o juiz admita o *especial* e passe para o exame do mérito.

No entanto, novamente destacamos o fato de que o dispositivo em epígrafe estaria exigindo o *prévio questionamento*, fato este, que, em nossa modesta opinião, estaria passando despercebido pela doutrina. Talvez, uma das explicações possíveis para que eminentes juristas não se atentem para este ponto, da necessidade do *prévio questionamento*, decorre diretamente do entendimento que possuam sobre o que vem a ser *prequestionar*, pois, como veremos adiante, há diversas formas de conceber e delimitar o seu conceito. Mesmo assim, entendemos que independentemente da maneira que se conceba o termo *prequestionar*, em nada obscurece o fato de que tanto a alínea “c” do artigo 102, inc. III, quanto à alínea “b” do artigo 105, inc. III, expressamente exigem que a parte tenha *contestado* quanto à aplicabilidade de lei ou ato de governo local em face de dispositivo constitucional ou de lei ou tratado federal, respectivamente, e que a decisão tenha julgado em favor daquelas. Destacamos as palavras do Prof.º Manoel Caetano para

reafirmar nossa posição de que “... basta que a decisão tenha reputado válido o ato ou a lei local que *estava sendo impugnado* com fundamento em lei federal para que o recurso especial seja cabível” (grifo nosso)²².

3.2.3. Alínea “c”: “*der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*”

A hipótese descrita no presente dispositivo quanto ao cabimento do recurso especial não encontra correspondente similar no que se refere às hipóteses que ensejam o recurso extraordinário. Entretanto, não é porquê a divergência na interpretação de dispositivos constitucionais pelos tribunais não está expressamente previsto no artigo 102, inciso III, é que não caberá o controle de constitucionalidade na forma incidental pelo STF, e nem tampouco seja irrelevante o fato de os tribunais terem interpretações e estarem aplicando de maneira distinta certos dispositivos constitucionais. Ocorre que neste caso o recurso extraordinário será cabível com fundamento na alínea “a” do art. 102, inc. III, na medida em que a decisão que se mostre conflitante com a de outro tribunal pode ser imputada como contrária a dispositivo constitucional. Portanto, no mais das vezes, a interpretação dada por outro tribunal sobre o mesmo dispositivo constitucional servirá, somente, como peça auxiliar na fundamentação das razões que levaram a propositura do apelo extremo.

Destacamos, ainda, que a interpretação divergente deverá ser necessariamente tida por outro tribunal tal como expressamente a parte do dispositivo analisado se refere²³. Não resta dúvida que a dissonância de entendimentos entre câmaras, turmas ou grupos não

²² “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. 7, cit., p. 345.

²³ “Se subsiste o óbice da impossibilidade de viabilização do recurso especial, por ofensa a direito local (Súmula 280-STF), descabe apreciar suposta divergência jurisprudencial, porquanto a decisão ensejadora da interposição do apelo extremo, *in casu*, é somente aquela que ‘der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal’” (STJ, AGA 345089, 2ª Turma, relator Min. Francisco Peçanha Martins, 04/02/2003).

“abre as portas” para propositura de recurso especial e, da mesma maneira, quando a divergência recair sobre determinada lei local (parte inicial do dispositivo)²⁴.

CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS RECURSAIS

1. Juízo de Admissibilidade e Juízo de Mérito

A doutrina, de modo geral, coloca como pertinente e necessário ao estudo dos recursos a análise preliminar do tema referente ao juízo de admissibilidade e juízo de mérito.

Há de se fazer à distinção entre a apreciação dos requisitos atinentes ao *cabimento* do recurso da apreciação de seu *mérito* na medida em que tal técnica não se apresenta pura e simplesmente com propósitos meramente acadêmicos. A distinção entre o *juízo de admissibilidade* e o *juízo de mérito* dos recursos denota aspectos de grande relevância prática – tanto para o órgão jurisdicional incumbido de apreciá-lo, quanto para a parte recorrente –, de modo que a compreensão dos referidos instrumentos se mostra imprescindível para o seu devido entendimento e correta utilização.

Barbosa Moreira ensina que o juízo de admissibilidade necessariamente deve preceder o juízo de mérito, na medida em que aquele se apresenta como um condicionante para o conhecimento deste. É no juízo de admissibilidade que se irão verificar se estão presentes os requisitos processuais que ensejam e dão o respaldo legal à interposição do recurso, bem como demonstram estarem presentes ou não a possibilidade de serem posteriormente apreciadas as pretensões deduzidas pela parte. De sorte que, se o recurso é *admissível* ele é conhecido e, em sentido contrário, se o for *inadmissível* ele não será conhecido. Somente no caso do *conhecimento* do recurso é que a atividade judicial se

²⁴ O STJ tem aplicado de maneira análoga a Súmula 280 do STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

voltará para análise do mérito da causa; ocasião em que se verifica se o recorrente assiste ou não em suas razões para, ao final, julgar *provido* ou *improvido* o recurso²⁵.

Um dos fatores preponderantes para se diferenciar o *juízo de admissibilidade* do *juízo de mérito* é a relevância que tal técnica possui em relação a eventual propositura de *ação rescisória* no tocante a determinação do juízo competente para apreciar o pedido rescisório. De tal sorte que se faz necessário que se saiba em que momento e em qual instância judiciária a decisão atacada transitou em julgado para, então, se saber a qual órgão jurisdicional deve ser dirigido o pedido rescisório.

Novamente, se socorrendo das lições de Barbosa Moreira, este ensina que se o recurso é *conhecido* e seu mérito é analisado - para ser provido ou improvido - é a decisão que transitará em julgado, caso não seja impugnada e desconstituída por outro recurso. Todavia, de maneira diversa ocorre quando o recurso sequer é conhecido, restringindo-se o órgão jurisdicional a apreciar somente o seu cabimento (juízo de admissibilidade). Neste caso, a decisão que transitou em julgado terá sido a própria decisão impugnada pelo recurso inadmitido, uma vez que este não se demonstrou pertinente nem tampouco cabível ao caso²⁶; devendo, desta forma, o pedido rescisório ser dirigido ao juízo *a quo* e não ao que não conheceu o recurso. Logo, a questão quanto à diferenciação entre o juízo de admissibilidade (conhecer ou não conhecer) e o juízo de mérito (proceder ou improceder), repousa basicamente na determinação da competência para apreciar o pedido de rescisão. De sorte, o tribunal, ao julgar o recurso interposto pela parte, deve estar atento a esta diferenciação para não estar eventualmente deslocando a competência de um para outro juízo, para apreciar uma eventual e futura *Ação Rescisória*.

Continuando: os parâmetros para se admitir ou não um recurso decorrem de dispositivos processuais que regulamentam tanto seu cabimento quanto seu procedimento

²⁵ “Que significa ‘não conhecer’ de um recurso?”, p. 125, in “Temas de direito processual: sexta série”, do mesmo autor.

²⁶ “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, p. 167-168, in “Recursos no Superior Tribunal de Justiça”, coordenador Sávio de Figueiredo Teixeira.

de maneira geral. Tais requisitos se denominam de *pressupostos recursais gerais*, uma vez que se aplicam em maior e menor grau a todos os recursos.

O juízo de mérito, por sua vez, é a própria análise dos fundamentos que embasam a impugnação da decisão que se está recorrendo para, ao final, julgá-la *procedente* ou *improcedente*. Basicamente, a irresignação da parte que interpõe algum recurso, se fundamenta em: *error in procedendo*, quando se denuncia algum vício na atividade instrutória do juízo recorrido em arrepio às normas procedimentais e, portanto, devendo a decisão impugnada ser *anulada* pelo juízo recursal o qual deve devolver o processo ao juízo recorrido, para que este observe os procedimentos necessários e, em fase posterior, prolatar nova decisão; e em *error in iudicando*, em que se impugna a própria cognição do juízo recorrido ao apreciar questões de direito ou de fato, devendo a mesma ser *reformada* em sede recursal sob o pretexto de ter sido injusta.

2. Pressupostos de Admissibilidade

No tocante ao juízo de admissibilidade dos recursos, ao qual são aferidos os requisitos e elementos necessários para o seu processamento, estão presentes na doutrina diversos critérios de classificação. Todavia, em que pese a divergência doutrinária, os pressupostos de admissibilidade nada mais são do que os requisitos sobre os quais recaem o juízo de admissibilidade aferindo a conveniência, ou não, do recurso proposto para conhecê-lo, ou não.

Optamos por adotar no presente trabalho a classificação dos pressupostos de admissibilidade dos recursos em *intrínsecos* e *extrínsecos*, inicialmente proposta por Barbosa Moreira, e seguida por diversos processualistas, como por exemplo, pelos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁷, Nelson Nery Júnior²⁸, dentre outros.

²⁷“Manual do processo de conhecimento”, 2ª ed., p. 540-545.

²⁸ Seguindo a mesma linha proposta inicialmente por Barbosa Moreira, convém destacarmos as palavras de Nelson Nery Jr que diverge daquele apenas no critério adotado para classificar os pressupostos recursais em *intrínsecos* e *extrínsecos*: “A nós pareceu a classificação de Barbosa Moreira a melhor. Ao formulá-la, entretanto, preferimos levar em conta a decisão judicial, que é o objeto do recurso, para

2.1. Pressupostos Intrínsecos

Os pressupostos recursais *intrínsecos* levam em consideração o direito subjetivo conferido às partes de impugnam decisões judiciais, de modo que o juízo de admissibilidade, neste ponto, se volta a apreciar se há ou não o próprio direito de recorrer. São eles: o cabimento, o interesse para recorrer, a legitimidade em recorrer e a inexistência de fato extintivo do direito de recorrer.

2.2.1. *cabimento*

O exame quanto ao *cabimento* do recurso impende verificar se o recurso é previsto por normas processuais e, ainda se o mesmo é o recurso adequado para impugnar o ato judicial questionado pela parte. Nas lições de Nelson Nery Júnior estes dois elementos, quaisquer que sejam, a *recorribilidade* e a *adequação* compõem o pressuposto do cabimento ou não do recurso²⁹.

2.1.2. *interesse recursal*

Assim como para o exercício do direito de ação é necessário que a parte demonstre seu interesse na propositura da ação, ao interpor algum recurso a parte deverá, também, demonstrar a necessidade de se propor o recurso “... como único meio para obter, naquele processo, o que pretende contra a decisão impugnada”, bem como a eventual utilidade do recurso no caso deste ser provido³⁰.

2.1.3. *legitimidade recursal*

O artigo 499 do CPC dispõe que “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”. O parágrafo 1º do referido artigo

nominar os pressupostos de *intrínsecos e extrínsecos*. Para o ilustre processualista, a divisão em intrínsecos se refere ao poder de recorrer, e em extrínsecos ao modo de exercer o recurso” (“Teoria Geral dos Recursos”, 6ª ed., cit. n. 176, p. 273).

²⁹ Ob. cit., p. 275.

³⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit., p. 315.

ressalva apenas que o terceiro prejudicado deve “demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”.

O Ministério Público, em específico, terá legitimidade para recorrer tanto nos processos em que atua como parte quanto nos processos em que funciona como fiscal da lei (art. 499, § 2º, do CPC).

2.1.4. inexistência de fato extintivo do direito de recorrer

Na medida em que os *pressupostos recursais intrínsecos* se referem ao poder da parte em impugnar alguma decisão judicial através dos instrumentos previstos nos dispositivos processuais, em contrapartida também é conferido o direito potestativo da parte *renunciar* o seu direito de recorrer independentemente da concordância da parte adversa (CPC, art. 502).

Outro fato que extingue o poder de recorrer é quando, indiretamente, a parte demonstra seu desinteresse em utilizar-se dos instrumentos recursais ou, nas palavras do artigo 503 do CPC, quando a parte “... aceitar expressamente ou tacitamente a sentença ou a decisão”³¹.

2.2. Pressupostos Extrínsecos

Os *pressupostos recursais extrínsecos*, por sua vez, levam em consideração os requisitos necessários ao regular processamento do recurso e, portanto, exteriores ao direito de recorrer da parte, bem como o modo pelo qual é exercido este direito subjetivo.

2.2.1. regularidade formal

O exercício do direito de recorrer está condicionado às formalidades previstas nas normas que regulamentam a maneira e os procedimentos necessários que a parte deve observar ao interpor recurso, de maneira que acaba, em certa medida, restringindo o direito subjetivo outorgado às partes em exigirem a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p 542.

No tocante ao recurso extraordinário e ao recurso especial, o “caput” do artigo 541 do CPC dispõe que deverão ser propostos “perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: I – a exposição do fato e do direito; II – a demonstração do cabimento do recurso interposto; III – razões do pedido de reforma da decisão recorrida”. Quando se tratar de recurso fundado em divergência jurisprudencial é necessário ainda, conforme o parágrafo único do referido dispositivo, que o recorrente faça “prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”³².

2.2.2. *tempestividade*

O exercício do direito de recorrer também se encontra limitado pelo prazo legal estipulado, de maneira que se o recorrente não o exerce dentro do tempo que lhe é conferido, terá como precluso o seu direito. É o que dispõe o artigo 183 do CPC, de que “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato...”. Neste caso, formar-se-á a coisa julgada em virtude de *preclusão temporal*.

2.2.3. *preparo*

O preparo consiste basicamente no recolhimento das taxas e custas processuais relativas ao processamento do recurso, devendo o recorrente juntar os documentos aptos a fazer prova de que os saldara no momento em que o interpusera (preparo imediato), sob pena de, não o fazendo, o recurso ser julgado *deserto* (CPC, art. 511).

Contudo, há casos em que se dispensa o *preparo* do recurso. Tais hipóteses são enumeradas pelo parágrafo 1º do artigo 511 do CPC: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e as pessoas beneficiárias da assistência judiciária gratuita.

³² NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit., p. 372-373.

2.2.4. *inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso*

Os professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart colocam outro requisito como pressuposto de admissibilidade extrínsecos dos recursos que é a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso, mas que são *externos* ao próprio direito conferido à parte.

No caso concreto a parte pode ter o direito de recorrer e até mesmo o interesse de o fazê-lo, mas, todavia, tal direito pode ser obstado por uma causa externa a ele. Tais hipóteses estão previstas nos artigos 538, parágrafo único, e 557, parágrafo 2º, ambos do CPC, que condicionam a eventual propositura de recurso ao recolhimento da multa aplicada pelo juízo³³.

3. Pressupostos de Admissibilidade específicos dos recursos extraordinário e especial

Especificamente, em relação aos recursos excepcionais convém destacarmos que seus pressupostos de admissibilidade – além dos pressupostos recursais gerais (preparo, tempestividade, etc.) – se integram com outros requisitos específicos e peculiares a eles, na medida em que estes se relacionam diretamente à feição extraordinária que possuem. Deste modo, optamos por tratá-los de maneira conjunta, haja vista que possuem a mesma origem, qual seja, o *antigo* recurso extraordinário, e de estarem dispostos analogamente no texto constitucional quando este determina a competência do STF e do STJ³⁴.

Também é importante destacar a influência das *súmulas da jurisprudência dominante*, tanto do STF quanto do STJ, em relação à admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, na medida em que algumas daquelas informam o entendimento que se tem adotado nos tribunais superiores referente ao tema. Além disso, com as reformas procedidas pela Lei 9.756/1998, as súmulas passaram a exercer papel fundamental no juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais (art. 544, § 3º e 557,

³³ Ob. cit., p. 545.

³⁴ Estão presentes, ainda, outras características específicas comuns a ambos os recursos (v.g. atribuição de efeito suspensivo, juízo de admissibilidade desdobrado, etc.), mas, que, para fins de pressupostos de admissibilidade, não convém serem tratados neste trabalho.

“caput”, ambos do CPC), na medida em que o relator poderá negar seguimento ao recurso que estiver em confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do tribunal superior correlato à matéria em exame.

3.1. Tratamento apenas de questões de direito

Uma das peculiaridades que caracteriza o recurso extraordinário e o recurso especial é a de que são recursos de *fundamentação vinculada*, não sendo admissíveis para impugnar quaisquer fatos ou matérias decididas em juízo, mas somente *questões de direito* restritas a aplicação e interpretação de norma constitucional ou de lei ou tratado federal. “Restritas” uma vez que não apreciam ofensa a normas de direito local (Súmula 208 do STF)³⁵, e nem tampouco o mérito da decisão impugnada³⁶.

Importante mencionarmos as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier de que a distinção entre *questões de direito* e *questões de fato* não é apropriada, uma vez que, ontologicamente, é impossível fazer tal divisão, na medida em que o Direito é composto por três elementos: fato, valor e norma. Em outras palavras, o *fato* se encontra como elemento constitutivo do próprio *direito*. Portanto, para fins acadêmicos, e também técnico-processual, deve-se falar em *questões predominantemente de fato* e *questões predominantemente de direito*³⁷.

³⁵ Súmula 208 do STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

³⁶ Nesse sentido as lições do Prof.º Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni: “Ao contrário dos recursos anteriores, não se prestam esses recursos constitucionais a exercer juízo sobre o mérito da decisão inquinada. Melhor explicando: através dos recursos extraordinário e especial não se reaprecia o caso posto em crivo judicial. O recurso especial e o recurso extraordinário têm por finalidade principal assegurar o regime federativo, por meio do controle da aplicação da lei federal e da Constituição Federal ao caso concreto. Vale dizer que a finalidade desses recursos é assegurar que a lei federal e a Constituição Federal – por serem leis que devem ter o mesmo teor e a mesma aplicabilidade em todo o território nacional e para todas as causas –, sejam corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juízes do país” (*Manual do Processo de Conhecimento*, 2ª edição, p. 589)

³⁷ “Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória”, p. 153-155. No mesmo sentido Gleydson Kleber Lopes de Oliveira: “... o fenômeno jurídico compreende tanto as questões de fato como as de direito – de modo que é, ontologicamente, impossível dissociá-las...” (“Questão de fato e de direito para fins de admissibilidade do recurso especial” *in* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis”, coordenadores Nelson Nery Jr. e Teresa A. A. Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.)

No intuito de simplificar a linguagem, entendemos como oportuno utilizar as expressões comumente empregadas pela doutrina, fazendo apenas a ressalva exposta anteriormente.

Por *questões de fato* entendem-se a atividade do juízo voltada para delimitar a extensão dos fatos submetidos à análise judicial durante a instrução probatória, bem como para estabelecer os contornos da causa de pedir que constitui o fundamento da pretensão deduzida em juízo.

Já as *questões de direito* envolvem tanto a interpretação das normas jurídicas, que se aplicam aos *atos* apurados no processo, quanto o próprio processo subsuntivo, qual seja, a incidência de determinada *norma* ao *fato* (qualificação jurídica dos fatos).

Pois bem, tanto o recurso extraordinário quanto o recurso especial estão restritos aos casos em que houver ofensa a dispositivos constitucionais ou à lei ou tratado federal, respectivamente, afastando, desta maneira, o mero reexame de *questões de fato* referentes ao procedimento probatório realizado nas instâncias inferiores (Súmulas 279 do STF e 7 do STJ)³⁸, a ponto da doutrina inseri-los dentre os *recursos de estrito direito*.

3.2. *Exaurimento das instâncias recursais ordinárias*

O texto constitucional restringe o cabimento dos recursos extraordinário e especial às causas decididas em *única* ou *última instância* e não mais passíveis de impugnação por qualquer recurso ordinário (Súmula 281 do STF)³⁹.

Convém ressaltarmos que a interposição do RE e do REsp não configura um terceiro ou, muito menos, um quarto grau de jurisdição; na medida em que não prestam a assegurar as pretensões deduzidas em juízo pelas partes, ou seja, os direitos subjetivos⁴⁰.

³⁸ Súmula 279 do STF: “Para o simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”; Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

³⁹ Súmula 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

⁴⁰ “O manejo do recurso especial reclama violação ao texto infraconstitucional federal... Com isso, é preciso reafirmar a missão constitucional desta Corte, pois não é tribunal de apelação, não se trata de 3º grau de jurisdição e não pode servir como instrumento obstaculizador da longa e exaustiva atividade

Aprofundando um pouco mais esta questão, abrimos um parêntese para destacar que o legislador constituinte, além das ações diretas de constitucionalidade que podem ser propostas por um rol expresso de pessoas que em tese representam a coletividade, previu, também, ações que viabilizassem o controle da norma federal *lato sensu* ao caso concreto por todos aqueles que se servem da tutela jurisdicional. Tal controle é exercido *incidentalmente* – em contraposição ao controle direto –; e *casuisticamente* – em contraposição ao controle abstrato – por meio do recurso extraordinário e do recurso especial. Com efeito, afirma-se que estes recursos primam pela integralidade do direito objetivo federal, no âmbito de sua interpretação e aplicação, e só indiretamente e secundariamente, em casos de má aplicação e interpretação pelo juízo recorrido, é que a parte poderá ter suas pretensões deduzidas correspondidas.

3.3. *Causa decidida*

Em relação à decisão passível de impugnação pela via excepcional, é assento na doutrina e jurisprudência de que aquela deva ter *decidido a causa* conforme dispõe o *caput* do inciso III dos artigos 102 e 105 da CF, e que a parte recorrente demonstre de forma suficiente a exata compreensão da controvérsia questionada (Súmula 284 do STF)⁴¹. Além disso, a doutrina tem entendido que “causa decidida” deve ser interpretada de maneira ampla para compreender tanto as decisões de mérito quanto as terminativas.

No tocante ao órgão jurisdicional que prolatou a decisão impugnada, os procedimentos aplicáveis ao recurso extraordinário e ao recurso especial divergem. Enquanto aquele é cabível sobre qualquer decisão judicial, desde que proferida em única ou última instância, o recurso especial somente caberá sobre decisões havidas em sede de Tribunais Regionais Federais ou em Tribunais Estaduais (ver capítulo I, itens 3.1 e 3.2).

jurisdicional prestada nos graus de jurisdição originários” (STJ, REsp 397087, 5ª Turma, relator Min. Gilson Dipp, 09/01/2001).

⁴¹Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Ainda com relação ao termo “causa decidida”, devemos chamar a atenção para duas Súmulas do STF: a súmula 282, para qual “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”; e a súmula 356, que diz que “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do *prequestionamento*”. Da leitura conjunta de ambas as súmulas, tomadas sistematicamente, sedimentou-se na jurisprudência e em parcela considerável da doutrina a afirmativa quanto à necessidade do *prequestionamento* para se admitir os recursos extraordinário e especial⁴².

Alguns juristas entendem que a exigibilidade do *prequestionamento* é pressuposto inerente à feição excepcional dos recursos extraordinários; outros entendem que o *prequestionamento* é requisito jurisprudencial de admissibilidade recursal. No entanto há, ainda, doutrinadores que questionam veementemente a exigibilidade do *prequestionamento* para conhecimento dos recursos excepcionais – em virtude das disposições constitucionais – apontando alguns, inclusive, a inconstitucionalidade de tal interpretação.

A compreensão destas diversas opiniões doutrinárias referentes ao *prequestionamento*, enquanto requisito ou não de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, merecem análise particular de modo que trataremos deste tema no capítulo seguinte.

⁴² NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit., p. 286.

CAPÍTULO III – PREQUESTIONAMENTO

1. Conceitos de Prequestionamento

A necessidade de se haver questionado sobre a aplicabilidade de norma constitucional ou de lei ou tratado federal, ao qual a doutrina denominou de *prequestionamento* no intuito de enfatizar a conduta das partes anterior ao julgamento, já se encontrava presente desde a Constituição Federal de 1891⁴³.

Todavia, por construções doutrinárias e jurisprudenciais consubstanciadas pelas modificações ocorridas nos textos constitucionais, ao longo do tempo foram se consagrando diversos entendimentos e definições acerca de *prequestionamento* tendo em vista que nunca houve dispositivo normativo que dispusesse expressamente sobre sua forma e o seu procedimento.

Recorrendo novamente aos ensinamentos de José Miguel Garcia Medina, que inegavelmente sistematizou de forma brilhante os estudos acerca do tema, podemos apresentar de maneira pragmática três concepções distintas:

- prequestionamento como manifestação das partes perante o órgão jurisdicional recorrido, bem como sua decisão sobre questão federal “lato sensu”;
- prequestionamento como manifestação do órgão jurisdicional recorrido sobre determinada questão federal “lato sensu”;
- prequestionamento como questionamento das partes perante o órgão jurisdicional recorrido.

Sobre estas definições nos ocuparemos a seguir.

⁴³ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 201.

1.1. Prequestionamento como manifestação das partes perante o órgão jurisdicional recorrido, bem como sua decisão sobre questão federal “lato sensu”

As Constituições de 1891, 1934 e 1937 dispunham expressamente, com pequenas variações no texto normativo, que para se recorrer ao Supremo Tribunal Federal seria necessário que se “houvesse questionado” sobre a aplicabilidade de determinada lei infraconstitucional em face da constituição ou de lei federal e, conjuntamente, que a decisão tenha decidido em desfavor destas, para então se abrir às portas de acesso àquele tribunal superior. Com efeito, a admissibilidade do recurso extraordinário estava condicionada a verificação de duas etapas: inicialmente, o questionamento da parte referente à aplicabilidade de norma em face da constituição antes da apreciação do recurso pelo juízo *a quo* e, posteriormente, que a decisão deste tenha adotado o entendimento contrário à lei maior sobre a qual havia se indagado.

Entendia-se que se a parte não houvesse questionado sobre a aplicabilidade de norma local em face da norma federal *lato sensu* e, após, tendo o tribunal decidido sobre o tema, a parte não poderia se socorrer do STF para analisar a questão, pois estar-se-ia suprimindo um grau de jurisdição ao levar questão não apreciada pela instância inferior. Desta maneira, era necessário que a parte questionasse anteriormente a fim de permitir o conhecimento do juízo *a quo*, possibilitando, deste modo, que este apreciasse a questão federal e a julgasse categoricamente. Somente após e no caso da decisão prolatada ser contra a norma federal é que a parte sucumbente poderia se socorrer do STF.

No entanto, a redação do texto constitucional de 1946 trouxe ligeiras alterações que numa primeira leitura podem parecer irrelevantes, mas, contudo, suficientes para provocar discussão interessante na doutrina quanto à necessidade ou não do prévio questionamento da questão constitucional ou federal *stricto sensu*.

O legislador constituinte de 1946 alterou *uma* das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, passando a alínea “a”, do inciso III do artigo 101, a ter a seguinte redação: “a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal”. Pois bem, se outrora estava assento na doutrina e jurisprudência

que tanto o prévio questionamento, quanto à decisão do juízo *a quo* sobre esta questão, constituem requisitos imprescindíveis para admissão do recurso extraordinário, a alínea “a” da Carta Magna de 46 restringiu os requisitos específicos não mais dispondo quanto à necessidade da parte haver anteriormente questionado sobre a aplicabilidade de lei ou ato local em face de dispositivo constitucional ou de lei ou tratado federal. Parte da doutrina opinou pela desnecessidade do questionamento anterior à decisão recorrida, bastando somente que a mesma seja contrária à norma federal *lato sensu* para ensejar a proposição do recurso extraordinário. A jurisprudência se mostrou cambiante no início, e no entanto, restou por consagrar o entendimento de que o prévio questionamento seria requisito necessário para conhecer o recurso extraordinário, na medida em que se estaria diante de requisito implicitamente exigível em virtude de sua natureza excepcional⁴⁴.

O entendimento que se consolidou se deve, em muito, a maneira que a redação constitucional se apresenta na Carta de 46, uma vez que a mesma manteve em outras hipóteses a necessidade da parte “questionar” ou “contestar” sobre a validade de determinada lei ou ato em face da Constituição ou de dispositivo federal. Resumidamente, o legislador constituinte retirou a necessidade do prévio questionamento quando a decisão fosse contrária a dispositivo constitucional (alínea “a”), mas em contrapartida o manteve nas hipóteses de ofensa à Constituição por lei federal (alínea “b”) ou de ofensa à lei federal por lei ou ato de governo local (alínea “c”), fomentando desta maneira o entendimento que preponderou à época uma vez que a alínea “a” passou a ser o gênero das hipóteses especificadas nas alíneas “b” e “c”.

Contudo, ao longo do tempo, o próprio entendimento do Supremo Tribunal foi se alterando, na proporção da substituição de seus Ministros, para também modificar o entendimento que havia sobre o conceito de prequestionamento.

Se outrora o *prequestionamento* se definia tanto como a atividade das partes perante o órgão recorrido, bem como a decisão que apreciara a questão questionada, constituindo assim requisito imprescindível para admissão do recurso extraordinário,

⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 122.

passou-se a entender que o requisito de admissibilidade seria somente que a decisão apreciasse a questão constitucional independentemente das partes terem anteriormente suscitado tal debate. Logo, o *prequestionamento*, enquanto requisito de admissibilidade do RE, reduziu-se à mera decisão que tenha efetivamente tratado de alguma questão constitucional ou federal. Desta maneira, redefiniu-se o conceito de prequestionamento sem, contudo, atentar sobre até que ponto o referido termo corresponde ao conteúdo dos dispositivos constitucionais. Entendemos que talvez este seja o principal motivo pelo qual apontamos a imprecisão técnica ao se conceber o conceito de prequestionamento como a decisão do órgão jurisdicional, da qual trataremos no item seguinte.

1.2. Prequestionamento como manifestação do órgão jurisdicional recorrido sobre determinada questão federal “lato sensu”

Antes mesmo da vigência da Constituição Federal de 1967 – e, portanto, ainda durante a vigência da Carta Política de 1946 – já estava consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que *prequestionamento* se configura na decisão do órgão jurisdicional que tenha decidido sobre questão federal, em sentido lato, como se apura da leitura da Súmula 356⁴⁵, editada em 16 de dezembro de 1963. Depreende-se da referida súmula que a decisão impugnada pelo recurso extraordinário deva ter necessariamente decidido sobre questão constitucional sob pena de não se configurar prequestionada e, logo, o recurso deve ser inadmitido ante a ausência dos requisitos mínimos necessários para seu conhecimento.

Esta é a posição que vigora tanto no Supremo Tribunal Federal⁴⁶ quanto no Superior Tribunal de Justiça⁴⁷; e também em parcela considerável da doutrina⁴⁸.

⁴⁵ Súmula 356 do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

⁴⁶“O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido empolgada pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema” (RE 203557 AgR, 2ª Turma, relator Min. Marco Aurélio, 21/11/2000): “Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação” (RE 361755 AgR, 2ª Turma, relator Min. Maurício Corrêa, 27/05/2003).

Curioso notar que apesar de na atualidade ser uníssono o entendimento de que basta que a decisão tenha tratado sobre alguma questão constitucional ou federal para serem cabíveis os recursos extraordinário e especial, independente das partes terem previamente tomado controverso e questionado algum ponto referente a elas, a jurisprudência e parte da doutrina insistem em denominar a *causa decidida* como configuradora do *prequestionamento*. Em outras palavras, tem-se empregado de maneira equivocada os referidos termos como se sinônimos fossem, quando na verdade, possuem significados completamente distintos.

Parece-nos que tal entendimento não é o mais adequado na medida em que peca por uma imprecisão técnica. Esclarecemos melhor o nosso ponto de vista: fato é que os recursos extraordinário e especial objetivam assegurar a integridade e a uniformidade do direito constitucional e federal *stricto sensu*, respectivamente, corrigindo e estabelecendo a maneira como estes devem ser interpretados e aplicados ao caso concreto pelos órgãos jurisdicionais inferiores. De tal sorte que é imprescindível que a decisão impugnada tenha efetivamente decidido sobre alguma questão constitucional ou federal para ensejar a propositura de um ou ambos os recursos, conforme o caso concreto, pois como se exercer o controle de hermenêutica e aplicação de alguma norma se esta nem se quer foi cogitada pela decisão que está se recorrendo?⁴⁹ Logo, se a constituição fala em “causas decididas”, basta que a decisão impugnada contenha juízo expreso acerca do entendimento que está

⁴⁷ “Configura-se o prequestionamento, quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, ocorrendo emissão de juízo de valor sobre os respectivos dispositivos legais, com pronunciamento acerca de sua aplicação ou não ao caso concreto” (REsp 479837, 2ª Turma, relatora Min. Eliana Calmon, 25/08/2003).

⁴⁸ Nesse sentido Jurandir Fernandes de Souza: “... embora isso pareça elementar, o prequestionamento ocorre na decisão recorrida e não na apelação interposta pela parte” (“Aspectos práticos da interposição dos recursos extraordinário e especial”, RT n.º 693, p. 95); Alexandre Freitas Câmara: “Por *prequestionamento* quer-se significar a exigência de que a decisão recorrida tenha ventilado a questão (constitucional ou federal) que será objeto de apreciação no recurso especial ou extraordinário” (“Lições de Direito Processual Civil”, v. II, 7ª ed., p. 132).

⁴⁹ Nelson Nery Jr.: “Em suma, a competência recursal do STF e do STJ quanto aos recursos extraordinário e especial significa que só podem *redecidir* matérias que anteriormente tenham sido *decididas* nas instâncias ordinárias. Não podem, pela primeira vez, *decidir* matéria constitucional ou federal, em sede de recurso extraordinário ou de recurso especial” (“Teoria Geral dos Recursos”, 6ª ed., p. 292).

sendo adotado ao aplicar determinada norma constitucional ou lei ou tratado federal, independentemente do prévio questionamento da parte, para abrir-se as vias excepcionais.

Entendemos que o prévio questionamento é algo totalmente distinto da decisão prolatada pelo juízo – até porque aquele deve ocorrer necessariamente em momento anterior a este – no tocante à admissibilidade dos recursos excepcionais, uma vez que estes devem corrigir os defeitos havidos na decisão da causa quando versar sobre alguma norma constitucional ou federal, sendo, de tal modo, irrelevante o anterior questionamento das partes.

A Constituição Federal de 88 ao se referir às hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial dispõe que estes serão cabíveis quando a decisão recorrida *decidir a causa* na forma elencada nas respectivas alíneas dos artigos 102 inc. III, e 105 inc. III, sendo aquele o requisito legítimo para o conhecimento dos recursos excepcionais.

Portanto, para fins de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, basta que a decisão recorrida tenha decidido a causa de forma suficiente para que, eventualmente, os tribunais superiores possam avaliar se a interpretação dada à norma constitucional ou federal fora a mais correta.

1.3. Prequestionamento como questionamento das partes perante o órgão jurisdicional recorrido

Entendemos, portanto, que o *prequestionamento* deve ser concebido como o anterior debate das partes sobre algum ponto conflituoso que envolva alguma norma constitucional ou infraconstitucional.

Antonio Janyr Dall’Agnol Junior ao estudar o significado lingüístico de *prequestionamento* reporta que esta palavra é “... formada por derivação prefixal: ao termo ‘questionamento’, que significa discussão, controvérsia, se juntou ao prefixo ‘pre’, de origem latina. Como de ordinário, a nova palavra conserva ‘uma relação de sentido com o radical derivante’”, para então concluir que “Prequestionar, pois, nada mais é do que

questionar antes, pois é justamente o sentido de anterioridade que denota o prefixo ‘pre’⁵⁰.

Sobre o conceito de *questão* José Miguel Garcia Medina, valendo-se das lições traçadas por Francesco Menestrina e desenvolvidas por Francesco Carnelutti, define “... que questão é um ponto (fundamento da demanda ou da defesa) acerca do qual surgiu controvérsia e que, para decidir a lide, o órgão julgante resolve cada uma das questões surgidas, optando entre os pontos que lhe pareçam procedentes”⁵¹. Esclarece, ainda, ponto importantíssimo de que não necessariamente a *questão* deva surgir da controvérsia havida em debate entre as partes mas, também, pode surgir do próprio julgador ao decidir a demanda:

A argumentação fulcrada nesse conceito de questão, erigido por Menestrina e Carnelutti, serve, ainda, para explicar o fato de estar-se diante de questão federal ou constitucional *mesmo quando a questão surge na própria decisão recorrida*. Isso porque um ponto pode se tornar controvertido (portando questão) em virtude da atividade realizada pelo próprio juiz, e mesmo que as partes não o tenham provocado. Não se pode olvidar, contudo, que essa atividade julgadora se limita ao pedido realizado pelo autor (CPC, arts. 128 e 460), somente devendo se manifestar sobre matérias não postuladas quando autorizado por lei (v.g., CPC, art. 267, § 3º). Desse modo, surge a questão não só quando a parte contesta as razões expendidas pela outra, senão também quando essas razões são colocadas em dúvida pelo próprio juiz. Ainda, mesmo que não haja alegação das partes, pode o juiz suscitar a dúvida, e resolve-la na decisão⁵².

Logo, se *questão* é o ponto sobre o qual houve controvérsia decorrente da argumentação das partes – não obstante, o próprio julgador possa tornar controverso determinado ponto de modo a transformá-lo então, em *questão* – o termo *prequestionamento* deve ser entendido como questionar antes, pois o prefixo “pre” assim o faz, segunda as lições de Antonio Dall’Agnol *supra* transcritas⁵³.

⁵⁰ Cit., p. 116-117 in “O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários”, Revista de Processo, v. 19, n.º 74, abr/jun 1994.

⁵¹ Ob. cit., p. 229.

⁵² Ob. cit., p. 230.

⁵³ Quanto a diferença entre o conceito de *ponto* e *questão* transcrevemos as lições do ilustre jurista Egaz Moniz de Aragão: “... 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

De sorte que o prequestionamento não é requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial (salvo exceção feita nos itens 3.1.3 e 3.2.2), mas sim, que o juízo recorrido tenha *decidido a causa*. Na doutrina encontram-se eminentes juristas que corroboram deste entendimento como, por exemplo, Egaz Dirceu Moniz de Aragão⁵⁴, Nelson Nery Júnior⁵⁵, Theotonio Negrão⁵⁶, José Miguel Garcia Medina⁵⁷, dentre outros estudiosos do Direito. Entendimento que achamos interessante e pertinente ao tema é o de Nelson Nery Júnior, de que o prequestionamento é apenas uma maneira de instar o juízo ou tribunal de origem a *decidir* sobre a questão constitucional ou federal que posteriormente possa ser levada à apreciação do STF ou STJ⁵⁸.

Concluimos, então, afirmando que o prequestionamento considerado em si mesmo não é inconstitucional, como afirmam alguns doutrinadores. Pelo contrário, não o é uma vez que decorre do princípio dispositivo. Todavia, exigir o prévio questionamento de questão constitucional ou federal para se admitir o recurso mesmo a decisão recorrida tendo tratado de maneira suficiente sobre ela, ou seja, tenha *decidido a causa* é que nos parece ser inconstitucional.

2. Embargos Declaratórios

Convém analisarmos o recurso de Embargos Declaratórios no que este toca ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, haja vista que o estudo detalhado sobre aquele recurso seria, por vezes, desinteressante ao presente objeto de estudo e, por si só, suficiente para elaboração de outra monografia.

fiscal da lei, e pelo próprio Juiz, quando, no exercício de sua função, deva agir de ofício” (“Pré-questionamento”, revista Forense, abr/jun de 1994, v. 328, p.41).

⁵⁴ “Pré-questionamento”, revista Forense, abr/jun de 1994, v. 328, p. 41.

⁵⁵ “Teoria geral dos recursos”, 6ª ed., p. 289-302

⁵⁶ “O novo recurso extraordinário – perspectivas na Constituição de 1988”, revista RT, v. 656, junho de 1990, p. 245-246.

⁵⁷ Ob. cit., p. 326-329.

⁵⁸ Ob. cit., p. 281-302.

É cediço na doutrina que os Embargos Declaratórios visam, inicialmente, integrar a decisão impugnada quando esta apresentar alguma imperfeição em seu conteúdo, qual seja, quando for omissa, contraditória ou obscura. Eventualmente, no caso do juízo, conhecer o recurso e provê-lo para sanar o ato jurisdicional é que a decisão impugnada pode ser modificada materialmente operando, assim, efeitos *infringentes*⁵⁹.

Como ficou assento, um dos requisitos para o conhecimento do recurso excepcional é que a decisão recorrida tenha *decidido a causa* tratando de alguma questão que envolva norma constitucional ou federal, independente da parte ter previamente questionado ou não. Se o juízo recorrido, ao decidir *a lide*, trata de maneira suficiente alguma questão referente a dispositivo constitucional ou de lei ou tratado federal, possibilitando desta maneira que se extraia de forma clara o entendimento dado a estas pelo órgão jurisdicional recorrido, e a parte entender presente alguma das hipóteses previstas nas alíneas dos incisos III, dos artigos 102 e 105 da CF; aberta estará a via de acesso aos tribunais superiores – obviamente, desde que presentes os demais pressupostos recursais. Por outro lado, numa segunda hipótese, pode ocorrer que a decisão do órgão jurisdicional *a quo* não trate de nenhuma questão constitucional ou de questão federal, ou o faça de maneira imprecisa e insuficiente. Isto pode ocorrer por dois motivos: o primeiro é porque o debate sobre norma constitucional ou sobre lei ou tratado federal não era pertinente ao caso, uma vez que sobre elas não houve controvérsia ou dúvida quanto sua aplicação; a segunda possibilidade – e que nos interessa – é no caso das partes terem tomado controverso algum ponto sobre o qual necessariamente haveria de ser decidido, envolvendo a aplicação ou interpretação de norma constitucional ou de lei ou tratado federal, e o juízo *a quo* não firmara seu entendimento sobre ela (omissão) ou a fizera de forma imprecisa e insuficiente (obscuridade ou contradição).

⁵⁹ Na opinião de Luiz Eduardo Simardi Fernandes tal efeito *infringente* é bastante controverso na doutrina e de pouca aplicação por juízes e tribunais que, segundo ele, adotam uma postura um tanto quanto conservadora para provocar modificações materiais no substrato da decisão impugnada por meio dos declaratórios (“Embargos de Declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos”, p. 156-158. São Paulo: Editora RT, 2003).

Na primeira hipótese, não há omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada por via dos embargos de declaração, na medida em que este não serve para alegar novas questões que não foram deduzidas em momento oportuno restando, desta maneira, preclusas; e nem tampouco suscitar questões desnecessárias ao julgamento da causa⁶⁰. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência é unânime o entendimento de que é defeso às partes embargarem a decisão de única ou última instância fundando-se em normas constitucionais ou federais que não foram anteriormente suscitadas perante o juízo recorrido⁶¹. Nesse sentido, correta é a lição de Luís Eduardo Simardi Fernandes de que os embargos ditos prequestionadores não se prestam a discutir questão constitucional ou federal que não tenha sido anteriormente devolvida à decisão impugnada sob pena de se estar “inovando a causa”⁶².

Todavia, de maneira diversa se apresenta a segunda hipótese, em que o órgão jurisdicional peremptoriamente deveria ter tratado da questão constitucional ou federal ao julgar a *lide*, porquanto devolvidas ao tribunal para seu conhecimento, e, além disso, que houvesse decidido de maneira suficiente de modo a deixar claro o entendimento adotado na decisão quanto à questão federal ou constitucional que se mostrou controversa. Neste caso serão cabíveis os embargos declaratórios para que o juízo supra a omissão, no caso de não ter apreciado questão que necessariamente deveria tê-lo feito; ou para que esclareça e

⁶⁰ “RE: prequestionamento: embargos de declaração. O papel dos embargos declaratórios na configuração do prequestionamento é apenas o de suprir a falta de explicitação do argumento em que se funda a decisão recorrida, não o de impingir-lhe fundamento desnecessário ao julgamento da causa” (STF, AI 449099 AgR, 1ª Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence, 21/10/2003).

⁶¹ Nesse sentido são as lições de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “É de observar que os *embargos declaratórios* interpostos contra a decisão recorrível extraordinariamente não serão nunca veículo adequado para suscitar-se 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” (“Curso de Processo Civil: processo de conhecimento”, v. 1, 5ª ed., p. 458). Por sua vez, a jurisprudência tem entendido da mesma maneira: “Recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração. Os embargos de declaração não servem para questionar originariamente a ofensa ao texto constitucional não aventada anteriormente” (STF, AI 478025 AgR, 1ª Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence, 13/04/2004); “A legislação supracitada não foi sequer ventilada no v. julgado de origem, nem mesmo aduzida na peça do Recurso Especial. Desta forma, não há como examinar alegações novas, já que estas não foram objeto de argumentação na via do especial, porquanto é defeso inovar em sede de embargos” (STJ, EDREsp 498335, 5ª Turma, relator Min. Jorge Scartezini, 15/12/2003).

⁶² Ob. cit., p. 219.

resolva alguma obscuridade ou contradição que tenha restado em sua decisão, não se considerando, na hipótese aventada, a interposição dos *declaratórios* com propósito protelatório (Súmula 98 do STJ)⁶³.

Cabe mencionarmos, ainda, que também se configura *omissa* a decisão jurisdicional que não aprecia, em instância ordinária, as matérias conhecíveis de ofício (art. 267, § 3º, do CPC). Via de regra, o tribunal deve se restringir a apreciar as questões que lhes foram devolvidas pelas partes (efeito devolutivo), uma vez que dispostas nos fundamentos que ensejam o recurso (CPC art. 505 c/c 128). Contudo, excepcionalmente em relação a algumas matérias, estas deverão ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição pelo juízo, mesmo que não dispostas pelas partes, em virtude de serem de ordem pública. No caso prático, vale dizer que mesmo a parte interessada não ter suscitado dúvida ou questionado quanto à existência das condições da ação, pressupostos processuais ou a existência de litispendência, perempção ou coisa julgada, o juízo da causa deverá conhecê-los de ofício e declarar extinto o processo. Neste caso é plenamente possível que a parte se socorra dos *embargos de declaração* para ver tais matérias efetivamente apreciadas pelo órgão julgador uma vez que sobre elas não incide o fenômeno da preclusão⁶⁴.

⁶³ Súmula 98 do STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

⁶⁴... as questões de ordem pública referentes às condições da ação e pressupostos processuais da execução podem e devem ser conhecidas de ofício pelos tribunais de segundo grau (art. 618 e incisos, 585, 586, c/c art. 267, IV a VI, todos do CPC)” (STJ, Resp 400858, 4ª Turma, relator Min. Aldir Passarinho, 22/10/2002); “A omissão do Tribunal no exame de determinada matéria pressupõe a existência de questão sobre a qual deveria o julgador se pronunciar, seja por dever de ofício, seja em razão de alegação das partes nas razões ou contra razões do recurso decidido pelo acórdão embargado, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão que julgou os embargos declaratórios deixa de se manifestar sobre questões tardiamente veiculadas pela parte” (STJ. EAREsp 259792, 2ª Turma, relator Min. João Otávio de Noronha, 11/11/2003).

2.1. Necessidade do provimento dos Embargos Declaratórios para se admitir o recurso extraordinário ou o recurso especial

Analisamos no presente capítulo que mais do que a existência de controvérsia quanto à aplicação ou interpretação de norma constitucional ou federal ao caso concreto, se faz necessário que estas estejam efetivamente decididas na decisão que julga a causa sujeita a impugnação por meio de recurso especial ou extraordinário. Vimos também, ainda que brevemente, que os *embargos declaratórios* constituem o remédio processual adequado para se fazer constar na decisão alguma questão constitucional ou federal sobre as quais o julgador necessariamente deveria ter decidido, uma vez que sobre elas houve controvérsia ou se constituía em dever de ofício conhecê-las.

Faz-se necessário que tratemos da questão que vincula a admissão do recurso extraordinário e especial ao conhecimento e provimento dos *embargos de declaração* – interposto para suprir eventual omissão, contradição ou obscuridade – no que se refere ao tratamento de alguma questão constitucional ou federal pela decisão do juízo *a quo*. Instigando o debate, formulamos a seguinte questão: serão admissíveis os recursos excepcionais quando os embargos de declaração não forem providos, ou sequer conhecidos, na hipótese deste objetivar integralizar justamente a questão constitucional ou federal da qual se está recorrendo pela via excepcional?

Primeiramente, relembramos que os recursos extraordinário e especial objetivam assegurar a uniformidade e coerência do entendimento dado à norma constitucional e federal, respectivamente, bem como de sua aplicação ao caso concreto. Logo, reafirmamos que para a decisão estar sujeita à impugnação por estes recursos de estrito direito, se faz imprescindível que o juízo recorrido tenha decidido de maneira suficiente alguma questão constitucional ou federal, pois não há como se exercer o controle de interpretação e aplicação se sequer decidiu-se sobre.

Na atualidade, predomina na jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ, o entendimento de que é inadmissível o recurso excepcional se no os *embargos declaratórios* forem julgados improcedentes de modo a persistir na decisão recorrida a

omissão, contradição ou obscuridade impugnada pela parte. Tal proposição, segundo o entendimento daquelas cortes, primeiramente deve ensejar a propositura de recurso especial sob o fundamento de contrariedade ao artigo 535 do CPC, para posteriormente, no caso de eventual provimento do especial cassando a decisão recorrida sob o fundamento de que incidira em *error in procedendo*, serem propostos os recursos excepcionais para tratarem da questão constitucional ou federal. Caso contrário, serão inadmissíveis os recursos especial e extraordinário para impugnar questão não decidida pelo juízo *a quo* (Súmula 211 do STJ)⁶⁵. De sorte que os *embargos de declaração* devem ser conhecidos e providos, devendo o juízo efetivamente emitir juízo expresso sobre a questão, não bastando que simplesmente acolha o recurso para ter-se configurado o prequestionamento⁶⁶.

Não obstante restar pacífica a questão quanto à necessidade de interposição de REsp, fundado em ofensa ao dispositivo que trata dos *embargos declaratórios* para, posteriormente, serem interpostos o recurso extraordinário ou especial; vale a pena mencionar que a pouco tempo havia no STF o entendimento de que a simples interposição

⁶⁵ Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”; corroborando desse entendimento a jurisprudência tem entendido que “A rejeição dos embargos, sem tecer considerações ao dispositivo tido por violado, demonstra que a matéria que o recorrente buscou ver prequestionada não foi examinada pela embargante. Assim, pois, caberia atacar eventual afronta ao artigo 535 do Estatuto Processual Civil” (STJ, REsp 564814, 2ª Turma, relator Min. Franciulli Netto, 01/04/2004); “Não tendo sido apreciadas as questões referentes à violação dos artigos 128 e 515 do Código de Processo Civil, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, caberia à parte recorrente, quando da interposição do recurso especial, apontar o artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil como violado ou de vigência negada, sob pena de não conhecimento da insurgência” (STJ, REsp 545663, 6ª Turma, relator Min. Hamilton Carvalhido, 18/11/2003).

⁶⁶ “Não obstante a alegação da agravante de que suscitara, ainda que indiretamente, a questão quando da apresentação do recurso de apelação e dos embargos declaratórios, compactua-se do entendimento doutrinário sobre não bastar que a questão haja sido suscitada pela parte; é necessário que a matéria tenha sido decidida, e decidida manifestadamente” (STJ, AGREsp 626270, 1ª Turma, relatora Min. Denise Arruda, 22/06/2004); “Reputa-se inexistente o prequestionamento se o Tribunal *a quo*, provocado a se manifestar sobre determinada matéria via embargos de declaração, acolhe-o tão somente para dar por prequestionados os dispositivos legais, sem, entretanto, emitir juízo de valor acerca das questões jurídicas ali tratadas” (STJ, AGA 544212, 2ª Turma, relator Min. João Otávio de Noronha, 25/05/2004); “Recurso extraordinário em que se discute matéria não apreciada pelo Tribunal de origem. Petição de embargos de declaração que não provoca discussão suscitada no recurso extraordinário. Ausência de prequestionamento” (STF, AI 441460 AgR, 2ª Turma, relator Min. Gilmar Mendes, 06/05/2003).

dos *embargos declaratórios* era suficiente para satisfazer o requisito do prequestionamento, independente de o mesmo ser acolhido ou rejeitado⁶⁷. Este entendimento, segundo as lições de Cássio Scarpinella Bueno, decorria da interpretação da Súmula 356 do STF, de que a simples propositura dos *embargos declaratórios* seria suficiente para preencher o requisito do *prequestionamento*, independentemente de o mesmo ser provido ou não; pois o recurso de embargos não têm o condão de suscitar questão nova não aventada anteriormente. Nesta linha de pensamento, os *embargos de declaração* seriam interpostos somente para ventilar a questão constitucional ou federal na decisão recorrida (Súmula 282 do STF), não importando se os mesmos fossem providos, improvidos ou sequer mesmo conhecidos. Em relação a esta hipótese específica há doutrinadores que a denominam de *prequestionamento ficto* o qual não guarda relação alguma com o conceito que entendemos ser o correto⁶⁸.

3. Conceitos de Prequestionamento Implícito

Superada a questão que envolve a definição do termo *prequestionamento*, ficando assente que entendemos ser a manifestação das partes anterior ao julgamento de modo que por si só não configura um requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais – salvo nas hipóteses previstas nas alíneas “c” e “b”, do inciso III, dos artigos 102 e 105 da CF, respectivamente –, passamos a abordar quando este ocorre em sua forma *implícita*.

Antes de adentrarmos no tema ora em análise, alertamos que a delimitação do conceito de *prequestionamento implícito* também se mostra cambiante na doutrina, na medida em que decorre diretamente do entendimento que se tem do que é *prequestionar* e, conforme o entendimento adotado, constituirá ou não num requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários. De tal sorte, para podermos analisar o *prequestionamento* em sua

⁶⁷ “RE: prequestionamento mediante embargos de declaração: a oposição pertinente dos embargos declaratórios satisfaz a exigência do prequestionamento (Súmula 356), ainda que a omissão apontada pelo embargante não venha a ser suprida pelo tribunal *a quo*” (STF, RE 236316 1ª Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence, 02/10/1998).

⁶⁸ Sobre o *prequestionamento ficto* ver Cássio Scarpinella Bueno “Duas ‘novidades’ em torno dos recursos extraordinários em sentido *lato*”, p. 220-231. Revista de Processo, n.º 84 (ano 21), outubro-dezembro de 1996.

forma *implícita* se faz necessário que o analisemos sempre tendo em mente os diversos entendimentos sobre o que é *prequestionar* de modo a precavermos de eventuais proposições duvidosas ou até mesmo contraditórias.

Em sua primorosa obra sobre o *prequestionamento* José Miguel Garcia Medina aponta duas correntes relevantes que se apresentam na doutrina quando aquele se configura em sua forma *implícita*⁶⁹. Destacamos que ambas as correntes contrapõe o prequestionamento em suas formas *implícita* e *explícita* divergindo, somente, quanto ao critério de classificação.

A *primeira corrente* adota como parâmetro a decisão que toma ou não posicionamento quanto à interpretação e aplicação de dispositivo constitucional ou federal havido na instância inicial. De acordo com este entendimento, o prequestionamento *explícito* ocorre quando o órgão jurisdicional expressamente aceita ou rejeita determinada norma constitucional ou federal, de modo a transparecer *explicitamente* o seu entendimento sobre a questão controvertida. Já o prequestionamento *implícito* se configura quando a questão constitucional ou federal foi decidida pelo juízo de primeira instância mas, entretanto, o tribunal *a quo* não se pronuncia a respeito de modo que, conforme sua disposição final ao julgar o recurso, acaba por adotá-la ou a rejeitá-la *implicitamente*.

A *segunda corrente* faz a distinção entre o prequestionamento *implícito* e *explícito* conforme a decisão impugnada se refira ou não ao dispositivo legal tratado na decisão, seja ele constitucional ou infra-constitucional. Deste modo, configura-se o prequestionamento *explícito* quando a decisão, além de tratar da questão envolvida, menciona expressamente o artigo de lei tratado na decisão. De maneira contrária, ocorre o prequestionamento *implícito* quando a decisão do juízo *a quo* versa sobre alguma questão mas, entretanto, não menciona qual dispositivo normativo aplicado. Este é o entendimento que prepondera tanto no STF quanto no STJ, não obstante a divergência existente entre ambos para conhecer o recurso excepcional (ver capítulo IV, item 1).

⁶⁹ Ob. cit., p. 318-324.

Ambas as correntes, adotam como pressuposto o conceito de prequestionamento enquanto a manifestação do juízo *a quo* sobre determinada questão constitucional ou federal tratada na decisão impugnada. Seguindo as lições de Medina, estas classificações não são as melhores sob o ponto de vista técnico-processual: um porque não tratam do *prequestionamento* propriamente dito, mas sim da presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida; dois porque a decisão impugnada pode estar contrariando dispositivo constitucional, lei ou tratado federal, mesmo que não faça referência expressa ao artigo de lei supostamente violado⁷⁰. Corrobora deste entendimento Nelson Nery Jr., para o qual:

A visão dicotômica do prequestionamento, em implícito e explícito, é irrelevante para a caracterização do cabimento do recurso excepcional. O problema não existe: haja ou não o prequestionamento (agitação, ventilação, suscitação da questão), implícito ou explícito, pouco importa, o RE ou REsp só será admissível se a matéria tiver sido efetivamente ‘decidida’, vale dizer, se estiver contida ‘dentro’ do acórdão ou decisão que se pretende impugnar⁷¹.

No entanto, Medina traça outra forma de conceber o que venha ser o prequestionamento *implícito* desenvolvendo um conceito inicialmente proposto por Egas Dirceu Moniz de Aragão, do qual trataremos no item seguinte⁷².

3.1. Prequestionamento Implícito como as matérias conhecíveis de ofício

O conceito que ora trazemos ao presente trabalho sobre *prequestionamento implícito* é, nas palavras do próprio Medina, o único que se coaduna com o entendimento que defendemos sobre prequestionamento, de que este consiste na manifestação das partes sobre alguma questão constitucional ou federal em momento anterior ao julgamento⁷³.

Relembramos que o *prequestionamento* decorre do efeito devolutivo dos recursos – *tantum devolutum quantum appellatum* –, e, por conseguinte, do princípio dispositivo, de forma que as partes é que devem previamente questionar a respeito de alguma questão que

⁷⁰ Ob. cit., p. 323.

⁷¹ Ob. cit., p. 301.

⁷² Ob. cit., p. 324-326.

⁷³ Ob. cit., p. 325.

envolva norma constitucional ou federal para que estas possam ser apreciadas na decisão do órgão jurisdicional. De tal sorte, quando a parte prequestiona alguma matéria, que deva ser efetivamente apreciada e decidida pelo órgão competente para julgar o recurso, terá ocorrido o prequestionamento *explícito*. Por outro lado, nem todas as questões estão submetidas necessariamente ao *prévio questionamento* das partes. Sobre algumas matérias específicas, se opera a “devolução” por imposição legal, quando da simples propositura do recurso, de modo que constituem dever de ofício serem conhecidas pelo juízo independente das partes terem controvertido a respeito⁷⁴. A estas matérias que, nas palavras de Egas Dirceu Moniz de Aragão, têm o tribunal o “... dever de analisar, independente de provocação dos litigantes por estar tacitamente pré-questionadas...”⁷⁵, que entendemos constituir o *prequestionamento implícito*, não obstante a parte poder questioná-los *explicitamente*.

As matérias que devem ser conhecidas *ex officio* estão dispostas no Código de Processo Civil e são integradas pelas: matérias de ordem pública (art. 267, § 3º); todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1º); quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, de modo que serão devolvidas todas as demais (art. 515, § 2º); e, no caso de extinção do processo sem o julgamento de mérito, o tribunal poderá julgar a *lide* se a causa versar apenas sobre questões de direito (art. 515, § 3º)⁷⁶.

Para concluir, reafirmamos que não basta a matéria estar prequestionada *explícita* ou *implicitamente* para ensejar a propositura do recurso extraordinário ou especial. É necessário que o tribunal *a quo* tenha efetivamente decidido sobre alguma questão pertinente àqueles recursos, caso contrário a parte deve interpor *embargos declaratórios* na hipótese de restar configurada a omissão do órgão jurisdicional⁷⁷.

⁷⁴ Nesse sentido, Nelson Nery Jr. alude ao *efeito translativo* dos recursos (Ob. cit., p. 482-488).

⁷⁵ “Pré-questionamento”, revista Forense, v. 328 (abril-junho de 1994), p.44.

⁷⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 325-326.

⁷⁷ Tratamos do recurso de embargos declaratórios em relação às matérias conhecíveis de ofício no item 2 do presente capítulo.

CAPÍTULO IV – O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS PRÁTICOS

1. Divergência entre o STF e o STJ quanto à admissão do prequestionamento na forma implícita no juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais

Após análise dos diversos entendimentos a respeito do *prequestionamento*, bem como de pontos polêmicos inerentes a este instituto, trataremos neste capítulo da interpretação e, principalmente, o modo pelo qual o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tem-no aplicado na prática, em especial quando se apresentar de maneira *implícita*.

Preliminarmente, faz-se necessário que deixemos assento que tanto o STF quanto o STJ adotam entendimento distinto da que apontamos no presente trabalho, sobre o conceito de *prequestionamento*. Entendem aquelas cortes superiores que o *prequestionamento* se perfaz na decisão do tribunal *a quo* que aprecia questão constitucional ou federal, independentemente de manifestação anterior dos litigantes sobre o tema (capítulo III, ítem 1.2).

Por conseguinte, o prequestionamento *implícito* – na visão daqueles tribunais – somente pode ser concebido como sendo a decisão do tribunal *a quo* que não adota posicionamento expresso sobre determinada questão; ou quando, mesmo tendo tratado e debatido acerca de algum ponto que envolva norma constitucional ou federal, deixa de mencionar o dispositivo de lei aplicado ao caso concreto.

Atualmente, predomina na jurisprudência do STF e do STJ o segundo entendimento mencionado de que o prequestionamento *implícito* se caracteriza quando a decisão impugnada do tribunal *a quo* não menciona o artigo de lei aplicado *à lide*, mesmo que a decisão tenha tratado e debatido sobre ela.

Encontram-se na doutrina veementes críticas que rechaçam a necessidade de que na decisão recorrida conste expressamente o artigo de lei para que o recurso excepcional seja conhecido, por diversas razões: o órgão julgador não precisa, necessariamente, fundamentar sua decisão em dispositivos legais sem que isso configure afronta ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, inc. IX); pode ocorrer que o juízo recorrido fundamente sua decisão de maneira correta mas, ao final, acaba se equivocando ao mencionar o dispositivo de lei que, por sua vez, contraria até mesmo a motivação apresentada; e, por último, existe a possibilidade do julgador deixar de aplicar norma legal que supostamente deveria ter incidido ao caso concreto e que ora constitui o fundamento do recurso excepcional. É claro que, de fato, se o juízo *a quo* menciona expressamente o dispositivo legal analisado ao caso concreto pode facilitar a tarefa a ser realizada pelos tribunais superiores⁷⁸. Entretanto, estes não devem eximir-se de sua tarefa constitucional de manter a uniformidade do direito federal *lato sensu* em nome de mera formalidade não exigida pelo texto constitucional⁷⁹.

Em que pesem os argumentos contrários existentes na doutrina referente à exigibilidade de que a decisão impugnada mencione expressamente qual o dispositivo normativo em que se fundamenta o recuso excepcional para este ser admitido, o STF tem categoricamente não conhecido recursos extraordinários em que não estão presentes na decisão impugnada os artigos de lei que ensejam o referido recurso⁸⁰.

⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 246-254. Entretanto, adotando posicionamento mais ponderado, Egas Dirceu Moniz de Aragão ensina que “... a referência à disposição de lei no acórdão recorrido não é essencial à configuração do pré-questionamento, salvo nos casos em que seja indispensável à percepção de qual fora a norma violada no julgamento impugnado” (Ob. cit., p.42).

⁷⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário” in “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis”, v. 5, p. 160-162;

⁸⁰ “1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação.” (RE 361755, 2ª Turma, relator Min. Maurício Corrêa, 27/05/2003); “Recurso extraordinário: descabimento: matéria constitucional não cogitada pelo acórdão recorrido (Súmula 282), não admitido pela jurisprudência do STF o chamado 'prequestionamento implícito'” (AI 389809 AgR, 1ª Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence, 06/04/2004); “Falta de prequestionamento – e atualmente é pacífico o entendimento desta Corte de que não se admite como tal o denominado prequestionamento implícito” (AI 306307 AgR, 1ª Turma, relator Min. Moreira Alves, 25/03/2004).

Entendimento contrário tem adotado o STJ, o qual, por sua vez, tem amenizado a exigência de menção expressa do dispositivo normativo, bastando que a decisão tenha efetivamente tratado e debatido sobre a interpretação e aplicação de lei ou de tratado federal para se admitir o recurso especial⁸¹.

Com efeito, os dois tribunais superiores divergem quanto à admissibilidade do recuso excepcional *prequestionado implicitamente*: enquanto o STF tem entendido que é imprescindível a menção expressa do dispositivo de lei na decisão recorrida sobre o qual se funda o recurso extraordinário, o STJ, por sua vez, tem amenizado este entendimento, bastando que no acórdão recorrido conste a decisão do colegiado sobre alguma questão federal para se admitir o recurso especial. Veremos as conseqüências que podem decorrer de tal divergência no item subsequente.

2. Insegurança jurídica

Em face da atual divergência de entendimento entre o STF e o STJ – não propriamente em relação ao conceito de *prequestionamento implícito*, mas sim no fato deste ser suficiente para preencher o requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial – pode causar dúvida estritamente prática quando da interposição de ambos os recursos para impugnar a mesma decisão.

Os dispositivos que regulamentam tanto o *recurso extraordinário* quanto o *especial* estão dispostos no Código de Processo Civil (arts. 541 ao 546) e na Lei 8.038/90 (arts. 26 ao 29). Depreende-se da leitura de ambos os diplomas legais que o prazo de propositura é comum de quinze dias; os recursos devem ser dirigidos ao presidente ou

⁸¹ “III – O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que em se tratando de recurso especial – interposto com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional – admite-se a figura do prequestionamento em sua forma 'implícita', o que torna desnecessária a expressa menção do dispositivo legal tido por violado” (EDREsp 419187, 5ª Turma, relator Min. Gilson Dipp, 24/11/2003); “1. Deliberando o acórdão recorrido sobre a questão debatida na apelação, ainda que não faça referência expressa aos dispositivos indicados pela parte, tem-se configurado o prequestionamento da matéria” (Resp 520827, 2ª Turma, relatora Min. Eliana Calmon, 24/06/2003); “Este Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento, mediante sua Corte Especial, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito” (Resp 234290, 5ª Turma, relator Min. Jorge Scartezini, 13/10/2003).

vice-presidente do tribunal recorrido para juízo de admissibilidade *a quo*; assim que admitidos os autos serão remetidos primeiramente ao STJ e distribuídos para o relator que o incluirá em pauta para julgamento pela respectiva turma; e depois de prolatada decisão, enviará os autos para julgamento do recurso extraordinário caso este não restar prejudicado. Entretanto, no caso do relator do recurso especial entender que a questão constitucional é *prejudicial* à questão federal, ou seja, que aquela deva ser decidida preliminarmente em relação a esta, remeterá os autos para julgamento no STF; este, por sua vez, apreciará a questão prejudicial ou, no caso de entender não existir a prejudicialidade, reenviará os autos para julgamento no STJ. Em suma, este é o procedimento de tramitação do recurso extraordinário e especial que, como vimos, tramitam concomitantemente nos mesmos autos.

No entanto, em face da divergência de entendimento em relação à admissibilidade do recurso excepcional quando se apresentar *prequestionado implicitamente* (no caso prático, por exemplo), pode ocorrer que um acórdão trate de uma questão constitucional e federal ambas de maneira suficientemente clara para que se compreenda o entendimento adotado pelo órgão colegiado mas, no entanto, não mencione quais os dispositivos (constitucional e federal) analisados no caso concreto. Supondo que a parte interponha recurso extraordinário para impugnar eventual contrariedade a dispositivo constitucional e, concomitantemente, recurso especial para discutir a aplicabilidade de lei federal àquele caso, diante do entendimento que se apresentam naqueles tribunais superiores, tais recursos terão sorte distintas: enquanto o STJ conhecerá do recurso especial para apreciar o mérito da questão relativa a aplicação de determinada lei federal e, ao fim, julgá-lo procedente ou improcedente, o STF, por sua vez, sequer admitirá o recurso extraordinário na medida em que a decisão impugnada pelo apelo extremo não dispôs expressamente o artigo constitucional tratado na decisão, de modo que a parte deveria ter oposto *embargos de declaração* para ver expresso na decisão o dispositivo constitucional questionado⁸².

⁸² “2. Se o acórdão recorrido, para decidir o mérito da questão objeto do extraordinário, não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração

Ora, é de simples constatação a “estranheza” da decisão de ambos os tribunais superiores, na medida em que, se ambos os recursos possuem – ao menos em tese – os mesmos pressupostos recursais, como se entender que apenas um dos apelos será conhecido e o outro não embora ataquem a mesma decisão?

A presente constatação, um tanto quanto contraditória, remete-nos a análise de dois pontos que entendemos pertinentes.

O *primeiro ponto* é a análise do entendimento existente, na atualidade, no Supremo Tribunal Federal. Entende esta corte suprema que se a decisão não menciona o dispositivo legal apreciado no caso concreto, e no qual se fundamenta o recurso extraordinário, a parte deveria tê-la impugnado por meio de *embargos declaratórios* para que o tribunal *a quo* supra esta pretensa *omissão* e mencione qual o artigo de lei analisado. Em mencionando o dispositivo legal nada mais impedirá o conhecimento do recurso extraordinário. Entretanto, existe a possibilidade de no caso concreto o tribunal *a quo* entender que não há omissão a ser sanada, ou seja, de que a simples não disposição da *letra da lei* não torna omissa a decisão, uma vez que esta apreciou, debateu e decidiu as questões de forma suficiente. Neste caso, a parte deverá, conforme o atual entendimento do STF, interpor recurso especial fundado no artigo 535, do CPC,⁸³ para que o STJ eventualmente anule a decisão sob o fundamento de que ocorrera em *error in procedendo* devendo, assim, os autos retornarem ao juízo *a quo* para que este expresse os dispositivos normativos aplicados na decisão para, enfim, a parte propor o recurso extraordinário. Reiteramos aqui a menção feita anteriormente às críticas existentes na doutrina em relação à necessidade de menção expressa dos dispositivos legais na decisão impugnada. Acrescentamos, somente, que os procedimentos a serem observados pela parte, em virtude do posicionamento do STF, mostram-se em confronto escabroso com o princípio

para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor da Súmula 282 e 356 desta Corte” (RE 361755, 2ª Turma, relator Min. Maurício Corrêa, 27/05/2003).

⁸³ Há pouco tempo atrás, havia o entendimento de que a simples propositura dos *embargos declaratórios* seriam suficientes para preencher o requisito do *prequestionamento*, independente daqueles serem providos ou não. Entretanto, na atualidade, o STF tem adotado o mesmo entendimento do STJ consolidado em sua súmula 211. Sobre este assunto *ver* Capítulo III, item 2.1.

processual da economia e da celeridade na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, e ainda mais evidente se pensarmos que, sobre a mesma decisão, o *recurso especial* será de uma vez conhecido enquanto que a parte para ver o *extraordinário* apreciado pelo STF terá de transpor barreiras procedimentais tendo de suportar com o ônus financeiro decorrente e, principalmente, com a morosidade do processo.

O *segundo ponto* é a relação de prejudicialidade que o recurso extraordinário e o recurso especial possuem (Súmulas 126 do STJ e 283 do STF)⁸⁴. Esclarecendo melhor: se a decisão atacada possui mais de um fundamento e a parte somente impugna um deles, e o outro por si só é suficiente para manter o entendimento disposto na decisão, a parte carece de *interesse jurídico*. No caso hipotético mencionado, vamos supor que a decisão contenha dois fundamentos: um de ordem normativa federal e outro de ordem constitucional, e a parte interponha recurso especial e extraordinário. Pois bem, o STJ apreciará a questão federal, ainda que seus dispositivos não estejam referidos expressamente na decisão impugnada e, ao final, imaginemos que julgue procedente o recurso especial, enviando, assim, os autos para análise no STF. De acordo com o entendimento atual, o STF não conhecerá o recurso extraordinário na medida em que não estão dispostos os artigos legais na decisão impugnada, pois a parte deveria ter oposto *embargos declaratórios* (Súmula 356 do STF) de modo que, no final das contas, a *causa decidida* permanecerá incólume; haja vista que somente um de seus fundamentos foi impugnado e apreciado, qual seja a questão federal, mas não por desídia da parte, e sim pela dissonância de entendimento quanto à admissibilidade dos recursos excepcionais pelos tribunais superiores, gerando, por assim dizer, certa “insegurança jurídica” na medida em que advogados e partes ficam a mercê do entendimento dos tribunais superiores que no momento se apresentam desorientados.

⁸⁴ Súmula 126 do STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”; Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

É cediço na doutrina que ambos os recursos extraordinário e especial não objetivam assegurar os direitos subjetivos das partes. Tal constatação *poderia* justificar a hipótese anteriormente exposta. Entendemos que *apenas* poderia. Em nossa modesta opinião, propugnamos que a divergência de entendimento existente entre o STF e o STJ, referente à admissibilidade dos recursos excepcionais, de maneira alguma pode prejudicar o direito das partes em disporem de todos os instrumentos de acesso à justiça colocados a sua disposição. Se de um lado está o fato de que tanto o recurso extraordinário quanto o recurso especial devem primar pela proteção do direito objetivo – restrito à normas constitucionais e leis ou tratados federais, respectivamente –, de outro está o princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV) e, indubitavelmente, este é o qual deve prevalecer.

3. Impugnação do juízo de admissibilidade proferido pelo STJ, em julgamento de Recurso Especial, por meio de Recurso Extraordinário fundado no art. 105, inciso III, “caput”, da CF

Diante da perplexidade que advogados e jurisdicionados enfrentam diariamente quando se vêem na situação de proporem recurso extraordinário e especial se faz necessário que, ao menos, os tribunais superiores adotem entendimento uniforme em relação à admissibilidade daqueles recursos, quando se apresentarem *prequestionados implicitamente*.

Como meio de “forçar” a uniformização de entendimentos, levantamos a hipótese de propositura de recurso extraordinário sobre o juízo de admissibilidade do STJ proferido em julgamento de recurso especial fundado no “caput” do inciso III do artigo 105 da CF.

Sobre a tese de impugnação via recurso extraordinário sobre o juízo de admissibilidade do recurso especial, na doutrina, encontram-se opiniões favoráveis a esta possibilidade, uma vez que os pressupostos deste recurso estão dispostos no texto constitucional (cf. Súmula 123 do STJ)⁸⁵, ao qual incumbe ao STF velar pela sua

⁸⁵ Súmula 123 do STJ: “A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais”.

uniformidade de interpretação e aplicação⁸⁶. Entretanto, devemos ressaltar que a referida hipótese não se confunde com a questão constitucional debatida em instância ordinária ou, muito menos, que tenha surgido no julgamento do *recurso especial* – os quais terão fundamentos constitucionais diversos da que ora tratamos.

Na jurisprudência do STF se encontram alguns julgados que têm admitido e provido o *extraordinário* fundado em contrariedade ao artigo 105, inciso III, da CF, pelo STJ⁸⁷. Neste ponto, vale a pena transcrevermos a fundamentação do voto da relatora Ministra Ellen Gracie, no julgamento do RE 153.831-7, provido por unanimidade de votos:

A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de não caber recurso extraordinário para reexame de decisão do Superior Tribunal de Justiça referente aos pressupostos de cabimento do recurso especial. Todavia, tem-se admitido, excepcionalmente, o manejo do apelo extremo para se impugnar decisões desta natureza que impliquem posição contrária, em tese, ao disposto no art. 105, III, da Constituição⁸⁸.

No entanto, para que o *extraordinário* seja conhecido – como não poderia deixar de ser – os pressupostos recursais, tanto gerais como específicos, devem também estar presentes, como por exemplo, que a decisão seja a de “última instância” não mais sujeita a recurso na instância recorrida⁸⁹.

⁸⁶ Nesse sentido Guilherme Caldas da Cunha *in* “Controle constitucional de cabimento do recurso especial”, revista RT n.º 704, p. 39; e José Miguel Garcia Medina: “... sempre que se alegue violação à Constituição Federal por decisão proferida pelo STJ, e verificando-se os requisitos do art. 102, inc. III, da CF, o recurso extraordinário deverá ser admitido” (Ob. cit., p. 156).

⁸⁷ “A alegação de ofensa do art. 105, III, CF, pode servir de base a recurso extraordinário, quando, para conhecer ou não conhecer do recurso especial, a decisão do STJ contiver proposição contrária, em tese, aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, que aquele preceito constitucional define; não cabe, porém, o extraordinário para o reexame das premissas concretas de que haja partido a decisão do STJ, em tese, correta” (STF, 1ª Turma, AI 157101 AgR, relator Min. Sepúlveda Pertence, 24/05/1994)

⁸⁸ Decisão da 1ª turma do STF, em 03/12/2002.

⁸⁹ “Se o agravante sustenta que houve erro de procedimento na decisão monocrática proferida no Superior Tribunal de Justiça, deveria ter tentado saná-lo ainda naquela instância, com o uso de agravo regimental, em lugar de interpor recurso extraordinário... Tanto o princípio da celeridade processual quanto o da ampla defesa, não se prestam a permitir o atropelo da ordem dos recursos nos tribunais, tampouco a inobservância de seus pressupostos de cabimento” (STF, AI 376062 AgR, 1ª Turma, relatora Min. Ellen Gracie, 03/09/2002).

A hipótese que ora discutimos é a de ensejar o controle constitucional sobre a forma de interpretação e aplicação conferida pelo STJ ao artigo 105, inciso III, da CF no que toca aos pressupostos específicos de admissibilidade do *recurso especial*, através do *recurso extraordinário*, sem que com isso o STF passe a *revisar* os julgados daquele tribunal superior como sustentam opiniões contrárias a hipótese aventada⁹⁰.

Entendemos que o cerne do problema se encontra na delimitação do termo “causas decididas” presente no “caput” do inciso III dos artigos 102 e 105 da CF.

O STF tem entendido que por *causas decididas* compreende, além da discussão e decisão sobre determinada questão constitucional, a necessidade de que haja menção expressa ao dispositivo constitucional tratado na decisão impugnada. O STJ, por sua vez, tem interpretado de maneira diversa de modo a atenuar o entendimento conferido pelo STF (item 1 do presente capítulo).

Portanto, a hipótese que ora tratamos objetiva uniformizar o entendimento sobre o *prequestionamento implícito* que por si só não constitui barreira intransponível de acesso aos tribunais superiores mas sim os diversos entendimentos sobre este instituto que geram dúvidas e incertezas no momento de serem propostos. Nesse sentido transcrevemos as lições de José Miguel Garcia Medina:

As dúvidas relativas à configuração do prequestionamento seriam afastadas se o STF, que é o Tribunal competente para resolver as questões atinentes à interpretação das normas constitucionais, firmasse, de modo definitivo, *como se caracteriza tal requisito*. Com efeito, segundo temos defendido, maior empecilho ao conhecimento dos recursos extraordinário e especial não é o requisito do prequestionamento, em si mesmo considerado, mas as diversas variantes existentes, na jurisprudência dos Tribunais superiores, a respeito do mencionado requisito⁹¹.

Entretanto, sobre a hipótese tratada poderia surgir o empecilho transcrito na Súmula 400 do STF⁹², na medida em que a interpretação conferida pelo STJ ao “caput” do

⁹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 155, notas 114, 115 e 116.

⁹¹ Ob. cit., p. 156.

⁹² Súmula 400 do STF: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, III, da CF”. A presente súmula foi

inciso III do artigo 105 da CF, ainda que não seja a melhor, será razoável de modo a prescindir do controle incidental ao caso concreto por meio de recurso extraordinário.

Em que pese ainda persistirem alguns julgados que tem-na aplicado na prática, há vozes na doutrina que entendem que a referida súmula restou superada de acordo com as disposições da Carta Política de 88, pelas razões que trataremos a seguir.

3.1. Súmula 400 do STF e a questão de “contrariedade” e “negativa de vigência”

Para se compreender o significado e o alcance do enunciado da Súmula 400 editada pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário que analisemos o momento e as circunstâncias em que ela surgiu para, ao final, podermos concluir sobre sua inaplicabilidade em face das disposições constitucionais de 88.

O conteúdo da Súmula 400, nas lições de Theotonio Negrão, se refere à alínea “a” do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1946, no sentido de que “... mesmo quando ofendida à própria Constituição, em face da Súmula 400, se a decisão é razoável não cabe o recurso extraordinário”⁹³.

Decorre do enunciado da referida súmula o postulado da *razoabilidade das decisões* que, em suma, dispõe que as decisões que deram interpretações razoáveis a uma determinada norma não enseja o controle incidental pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁴. Dentre os críticos destacamos a opinião de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery de que “este verbete não atende ao comando constitucional. O STF é o intérprete maior e final da CF, a ele cabendo dizer qual é a única interpretação possível para o texto constitucional. Entender-se que podem co-existir várias interpretações ‘razoáveis’ do mesmo dispositivo constitucional é instaurar a insegurança jurídica no País”⁹⁵.

editada em 03 de abril de 1964, e, portanto, se refere aos dispositivos da Constituição Federal de 1946, não obstante se encontrem ainda alguns julgados que tem-na aplicado ao caso concreto.

⁹³ “O novo recurso extraordinário: perspectivas na Constituição de 1988”, revista RT n.º 656, p. 246-247.

⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Recurso extraordinário e recurso especial”, 8ª ed, p. 203-211.

⁹⁵ “Código de Processo Civil Comentado”, 7ª ed., p. 213.

No entanto, a CF de 1967 forneceu as premissas para que o enunciado da Súmula 400 se consolidasse definitivamente na seara do ordenamento jurídico pátrio, dispondo de maneira expressa em seu artigo 114, inciso III, alínea “a”, que será cabível recurso extraordinário quando a decisão recorrida “*contrariar* dispositivo desta Constituição ou *negar vigência* de tratado ou lei federal” – redação que foi mantida pela Emenda Constitucional de 1969.

O legislador constituinte de 67 tratou de diferenciar o requisito de cabimento do recurso extraordinário fundado em *contrariedade*, nos casos de norma constitucional, e de *negativa de vigência*, nos casos de lei ou tratado federal, permitindo, desse modo, que a doutrina e jurisprudência conferissem significados distintos para ambos os termos; entendimentos estes, que ainda persistem em exígua jurisprudência de hoje mesmo que superados pela redação constitucional de 88.

Por *negativa de vigência* entende-se quando a decisão recorrida não aplica determinada lei ou tratado federal ao caso *sob judice*, sob o argumento de que a norma que dever incidir e regulamentar a demanda é *outra*. Desse modo, em simples palavras, *negar vigência* é não aplicar a norma ao caso concreto. Contudo, em sentido contrário, se pode conferir *vigência* a determinada norma simplesmente aplicando-a ao caso concreto mesmo que não esteja de acordo com o seu sentido inicialmente proposto, ou seja, em conformidade com a *mens lege*.

O conceito de *contrariedade* possui amplitude maior, pois se concebe este toda vez que se está desviando do sentido da norma, seja não aplicando a norma quando esta deveria incidir ao caso concreto, ou mesmo quando se aplica a norma mas sua interpretação e os limites de sua proposição extrapolam ou ficam aquém do significado proposto pelo legislador.

De sorte que a conjugação da Súmula 400, a qual dispõe sobre a *razoabilidade das decisões*, com as distinções traçadas na doutrina entre os termos *contrariar* e *negar vigência*, foi suficiente para cristalizar na jurisprudência o entendimento de que não caberia recurso extraordinário fundado em ofensa de tratado ou lei federal quando a

decisão impugnada tivesse outorgado interpretação razoável, ainda que não fosse a melhor, ao caso concreto pois, mesmo assim, se teria dado vigência à norma federal.

Em que pese haver inúmeros argumentos contrários ao entendimento anteriormente exposto, entendemos que não subsiste mais razão que justifique o postulado da Súmula 400 do STF, uma vez que o legislador constituinte de 88 cuidou de pôr fim a esta polêmica ao tratar do recurso especial que ora vela pelo direito infraconstitucional (capítulo I, item 3.2.1). Dispõe a Constituição Federal no artigo 105, inc. III, alínea “a”, que o *especial* caberá quando a decisão “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” de modo a empregar ambos os termos, quais sejam, *contrariar* e *negar vigência*, concomitantemente.

Pois bem, se por um lado a CF de 1967 fazia a distinção entre *contrariar* e *negar vigência* para diferenciar as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário em relação à matéria constitucional e infraconstitucional, por outro a Carga de 88 tratou de extinguir a distinção consolidada na jurisprudência, restando, assim, superada a disposição contida na Súmula 400 que deixou de ter fundamento legal.

3.2. A segurança jurídica ou a interpretação ampla do conceito de *causa decidida*?

Partindo do pressuposto de que procede a possibilidade de interposição do *recurso extraordinário* para impugnar o juízo de admissibilidade proferido pelo STJ no julgamento do *recurso especial*, no tocante ao impropriamente denominado *prequestionamento implícito*, se abre a indagação de qual interpretação o Supremo consolidará: se adotará a posição atualmente consagrada naquela corte que restringe a expressão *causa decidida* de maneira que a decisão impugnada deve mencionar expressamente o dispositivo de lei tratado; ou, de modo contrário, adotar-se-á um posicionamento de vanguarda, tal como tem entendido o STJ, prescindindo de que conste na decisão o artigo de lei desde que a questão tenha sido suficientemente tratada.

Qualquer dos posicionamentos firmados pelo STF resolverá, em parte, o problema da *insegurança jurídica* que envolve a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, na medida em que uniformizará os diversos entendimentos sobre o tema.

No entanto, sobre o entendimento do termo *causa* decidida, a hipótese que nos parece mais provável é de que o STF consolide o entendimento já existente nesta corte a qual tem entendido que a decisão impugnada deve necessariamente mencionar os dispositivos constitucionais impugnados pelo extraordinário. Desta maneira continuarão as críticas existentes na doutrina quanto à necessidade de disposição expressa do dispositivo de lei na decisão impugnada pelo recurso excepcional.

Deste modo estaria em jogo o entendimento existente no STJ, o qual confere maior amplitude e efetividade ao recurso especial, em proveito da uniformização a ser consolidada pelo Supremo que, como dissemos anteriormente, possivelmente consagrará a tese já existente neste corte suprema.

Entendemos, assim como José Miguel Garcia Medina, que o *prequestionamento* em si mesmo não constitui o maior óbice para o conhecimento dos recursos excepcionais, e sim os entendimentos existentes sobre a admissibilidade destes, porquanto subsistem vários posicionamentos sobre o tema. Desta maneira, propugnamos pela *segurança jurídica*, ainda que em mitigação ao princípio processual da economia e da tempestividade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, porquanto a desorientação de interpretação e entendimento existente entre os tribunais jamais poderá constituir óbice do acesso ao Poder Judiciário pelo cidadão, e nem tampouco do devido processo legal constitucionalmente assegurado no artigo 5º, inciso LIV.

CONCLUSÃO

1. As Constituições Federais de 1891, 1934 e 1937 dispunham de maneira geral que para o recurso extraordinário ser admitido seria necessário o preenchimento de dois requisitos preliminares: primeiro, que a parte houvesse questionado sobre a validade ou aplicação de determinada lei ou ato em face das disposições constitucionais ou infraconstitucionais; e, segundo, que a decisão tenha sido em desfavor da norma federal.

2. No intuito de realçar a conduta que as partes devem observar em momento anterior ao julgamento, qual seja, a de disporem a respeito de alguma questão constitucional ou federal, a doutrina conferiu-lhe o termo *prequestionamento*.

3. Naquela época já haviam críticas quanto à exigibilidade do *prequestionamento* para se conhecer o *recurso extraordinário*, pois na medida em que se o objetivo deste é assegurar a uniformidade de interpretação e aplicação do direito federal, é prescindível que a parte tenha disposto anteriormente, bastando apenas que conste na decisão alguma questão constitucional ou federal.

4. A Constituição Federal de 1946 alterou substancialmente a redação anterior relativa ao recurso extraordinário, causando na doutrina debate quanto à necessidade ou não do prévio questionamento. A jurisprudência, por sua vez, se mostrou cambiante no início mas, contudo, restou por consolidar o posicionamento de que o *prequestionamento* constitui requisito inerente ao caráter excepcional do recurso extraordinário.

5. No entanto, o STF foi modificando o seu entendimento sobre os requisitos específicos de admissibilidade do *recurso extraordinário* de forma paulatina, passando a exigir somente que na decisão impugnada conste alguma questão constitucional ou federal – independente das partes terem questionado –, atendendo, deste modo, as críticas feitas pela doutrina. De sorte que se redefiniu o conceito de *prequestionamento* sem, contudo, atentar para o fato de que até que ponto o referido termo correspondia a “nova” leitura dos dispositivos constitucionais.

6. Esta *segunda corrente*, por assim dizer, foi de vez consolidada na edição da Súmula 356 do STF dispondo que o “ponto omissis” da decisão, se não impugnados por embargos declaratórios, não poderá ser objeto de recurso extraordinário por faltar o requisito do *prequestionamento*.

7. Entendemos que a disposição expressa na Súmula 356 carece de maior precisão técnica, uma vez que emprega como sinônimas as expressões *prequestionamento* e *causa decidida*. Ora, a *omissão* que impossibilita o conhecimento do recurso excepcional é em relação à questão constitucional ou federal na decisão recorrida e não sobre a manifestação prévia das partes sobre algum ponto controverso, embora ambas possam estar intimamente relacionadas.

8. Não são poucas as vozes na doutrina que entendem que o *prequestionamento* deve ser concebido como a atividade das partes anterior ao julgamento e, portanto, não se confundindo com a *decisão* que julga a *lide*. Consoante tal entendimento, o *prequestionamento* deve ser compreendido como uma forma de fazer com que a questão constitucional ou federal seja decidida pelo órgão jurisdicional e, na medida em que tenham se mostrados controversos, devendo, portanto, o órgão jurisdicional decidir sobre estas questões prejudiciais ao julgar a *lide*. Tal entendimento se apresenta em perfeita sintonia com o *efeito devolutivo* dos recursos e, por conseguinte, com o *princípio dispositivo*.

9. Em relação ao *prequestionamento implícito*, inicialmente temos de ressaltar que persistem diversas correntes na doutrina na medida em que o seu entendimento depende necessariamente da definição do que vem a ser o *prequestionamento*.

10. De acordo com as opiniões existentes na doutrina, podemos mencionar duas correntes sobre *prequestionamento implícito*: quando o órgão jurisdicional ao prolatar sua decisão não se pronuncia sobre o que fora decidido anteriormente pelo juízo recorrido, de modo que acaba acatando *implicitamente* a fundamentação havida em instância inicial; ou quando a decisão não menciona expressamente o dispositivo de lei em que se fundamenta e que ora serve de base para os recursos excepcionais; sendo esta última o posicionamento acatado pelos tribunais superiores.

11. Ressaltamos que ambas as definições de *prequestionamento implícito* não se coadunam com o conceito que entendemos ser mais correto de *prequestionamento*, uma vez que tomam por base a definição de que este ocorre na decisão impugnada pelos recursos excepcionais e não em momento anterior a decisão recorrida.

12. No entanto, encontra-se, ainda, posicionamento completamente distinto das correntes mencionadas anteriormente. Tal entendimento, que é único – diga-se de passagem –, foi inicialmente proposto por Egaz Dirceu Moniz de Aragão e posteriormente desenvolvido por José Miguel Garcia Medina. De acordo com os referidos juristas o *prequestionamento implícito* compreende as matérias que independem de disposição expressa pelas partes litigantes para que o órgão julgador esteja obrigatoriamente condicionado a conhecer e julgá-las. Trata-se, na verdade, de questões que são devolvidas, em sede recursal ordinária, independentemente de disposição pelas partes e, por isso, se apresentam *prequestionadas implicitamente* – não obstante as partes poderem fazê-lo expressamente. Trata-se, na realidade, seguindo as lições de Nelson Nery Jr., das matérias que integram o *efeito translativo* dos recursos.

13. Em se tratando da jurisprudência, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça consolidaram em seus julgados que por *prequestionamento implícito* deve se entender quando a decisão recorrida não dispõe expressamente os dispositivos de lei tratados por ela. Neste ponto é que as referidas cortes de justiça divergem: enquanto o STJ tem conhecido recursos especiais que atacam decisões que não mencionam os dispositivos de lei mas, no entanto, tratam suficientemente da questão federal de modo claro a que se possa extrair a interpretação dada pelo juízo recorrido, o STF, por sua vez, tem exigido que conste expressamente o dispositivo constitucional tratado na decisão impugnada.

14. Em que pesem às críticas feitas a necessidade de menção expressa da *letra da lei* pela decisão recorrida há outra questão que merece nossa análise e que pode se mostrar tão prejudicial quanto a primeira.

15. Em razão da divergência de entendimentos entre o STF e o STJ, referente à admissibilidade dos recursos excepcionais quando se apresentam *prequestionados*

implicitamente, decorre a incerteza de advogados e jurisdicionados que estão à mercê das interpretações dissonantes de nossos tribunais superiores, o que de fato pode eventualmente acarretar-lhes prejuízos em razão da prejudicialidade que possuem os recursos extraordinário e especial.

16. Entendemos que tal divergência configura afronta ao princípio constitucional do devido processo legal consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da CF, uma vez que impede o exercício pleno deste direito.

17. Como meio de “forçar” a uniformização de entendimentos quanto à admissibilidade dos recursos excepcionais *prequestionados implicitamente*, levantamos a possibilidade de interposição de *recurso extraordinário* fundado no art. 105, inciso III, “caput”, da CF.

18. Tal hipótese se mostra plenamente possível uma vez que cabe ao STF velar pela uniformidade de interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais que, neste caso específico, se voltará para uniformizar o alcance e delimitação do termo *causa decidida*, presente no “caput” do inciso III dos artigos 102 e 105, definindo de vez se é necessário ou não que a decisão impugnada mencione expressamente o dispositivo de lei tratado.

19. Em se confirmando a hipótese aventada, poderá o Supremo tomar duas decisões: ou adotará posicionamento de vanguarda buscando conferir maior aplicação aos recursos excepcionais admitindo-os mesmo que a decisão impugnada não mencione o artigo de lei mas, em contrapartida, desde que tenham sido tratadas e decididas de forma suficientes as questões constitucional e federal; ou, de maneira diversa, confirmará o entendimento que predominante na atualidade naquela corte, de que é inadmissível o recurso extraordinário que impugna decisão que não disponha expressamente qual o dispositivo constitucional tratado.

20. Por razões de fácil compreensão, entendemos que possivelmente o STF adotará o entendimento já existente nesta corte, de maneira a restringir, em partes, a aplicabilidade dos recursos excepcionais. Diante desta possibilidade tecemos a indagação

de qual princípio jurídico deve ser ponderado e preterido: a *segurança jurídica* ou *economia e celeridade na prestação da tutela jurisdicional*?

21. Em que pese existir a possibilidade do STF adotar entendimento “restritivo” quanto ao cabimento dos recursos excepcionais, entendemos que de qualquer maneira a questão quanto à *segurança jurídica* estará solucionada, sendo esta, em nossa opinião particular, a qual deve ser almejada mesmo em que em mitigação aos *princípios da economia* e da *celeridade da prestação da tutela jurisdicional*. Propugnamos que a divergência de entendimentos existente entre nossos tribunais superiores não pode de forma alguma obstar o direito das partes em usufruírem todos os instrumentos recursais dispostos pelo ordenamento jurídico, ainda que em confronto com outros princípios, pois a ofensa ao acesso poder judiciário se mostra de maior gravame aos direitos subjetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda. “O recurso especial na constituição federal de 1988 e suas origens” *in* “Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário”, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadora). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

- ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário” *in* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis”, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Pré-questionamento”, *Revista Forense*, v. 328, abril-junho de 1994.

- ASSIS, Araken de. “Prequestionamento e embargos de declaração”, *revista Jurídica*, v. 288, outubro de 2001. Porto Alegre.

- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. “Comentários à constituição do Brasil”, 4º volume, tomo II. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

- BUENO, Cássio Scarpinella. “Duas ‘novidades’ em torno dos recursos extraordinários em sentido *lato*”, *revista de Processo*, n.º 84, outubro-dezembro de 1996.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. “Lições de direito processual civil”, v. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004.

- CARNEIRO, Athos Gusmão. “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial” *in* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98”, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- CUNHA, Guilherme Caldas da. “Controle constitucional do cabimento do recurso especial”, *revista RT*, v. 704, junho de 1994.

- DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários”, *Revista de Processo*, v. 19, n.º 74, abril/jun de 1994.

- FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. “Embargos de declaração – efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. “Comentários ao código de processo civil”, v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos” *in* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis”, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- LIMA, Alcides de Mendonça. “Prequestionamento”, revista RT, n.º 692, junho de 1993.

- LODI, Luiz Fernando Balieiro. “Dos embargos declaratórios prequestionadores” *in* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98”, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Recurso extraordinário e recurso especial”, 8ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. “Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento”, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- MEDINA, José Miguel Garcia. “O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial – e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento”, 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Comentários ao código de processo civil”, 11ª ed., v. V. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

- _____. “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial” *in* “Recursos no Superior Tribunal de Justiça”, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coordenador). São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

- _____. “Que significa ‘não conhecer’ de um recurso?” *in* “Temas de Direito Processual: sexta série”, do mesmo autor. São Paulo: editora Saraiva, 1997.

- NEGRÃO, Theotonio. “O novo recurso extraordinário: perspectivas na constituição de 1988”, revista RT, n.º 656, junho de 1990.

- NERY JUNIOR, Nelson. “Teoria Geral dos Recursos”, 6ª ed., atual., ampl. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. “Código de processo civil comentado: legislação extravagante”, 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Prequestionamento” *in* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98”, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- OLIVEIRA, Kleber Lopes de. “Questão de fato e de direito para fins de admissibilidade do recurso especial” *in* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis”, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- SANTOS, Fábio José Moreira dos. “A ofensa direta e frontal à Constituição Federal como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário segundo a jurisprudência do STF” *in* “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais”, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- SILVA, Evandro Lins e. “O recurso extraordinário e a relevância da questão federal”, revista RT, n.º 485, março de 1976.

- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Curso de Processo Civil: processo de conhecimento”, v. 1, 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- SOUZA, Jurandir Fernandes de. “Aspectos práticos da interposição dos recursos extraordinário e especial”, revista RT, n.º 693, julho de 1993.

- VIANNA, Ataliba. “O recurso extraordinário”, revista RT, n.º 189.

- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito estrito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.