

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Gabriel Eduardo Corrêa

O uso dos embargos de declaração para fins de prequestionamento

Florianópolis

2021

Gabriel Eduardo Corrêa

O uso dos embargos de declaração para fins de prequestionamento

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, apresentado como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Corrêa, Gabriel Eduardo

O uso dos embargos de declaração para fins de
prequestionamento / Gabriel Eduardo Corrêa ; orientador,
Pedro Miranda de Oliveira, 2021.

106 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Processo Civil. 3. Recursos. 4.
Pquestionamento. 5. Embargos de Declaração. I. Oliveira,
Pedro Miranda de. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

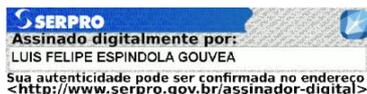
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O uso dos embargos de declaração para fins de prequestionamento”, elaborado pelo acadêmico **Gabriel Eduardo Corrêa**, defendido em **22/09/2021** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (DEZ)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 22 de setembro de 2021.



Documento assinado digitalmente
PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA
Data: 23/09/2021 16:50:26-0300
CPF: 004.246.709-84
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Pedro Miranda de Oliveira
Professor Orientador



Luis Felipe Espindola Gouvêa
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
Felipe Cidral Sestrem
Data: 23/09/2021 18:01:25-0300
CPF: 054.060.929-36
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Felipe Cidral Sestrem
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Gabriel Eduardo Corrêa

RG: 5.306.000

CPF: 082.254.259-52

Matrícula: 16204584

Título do TCC: O uso dos embargos de declaração para fins de prequestionamento

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

Eu, Gabriel Eduardo Corrêa, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 22 de setembro de 2021.



Documento assinado digitalmente

Gabriel Eduardo Correa

Data: 22/09/2021 09:47:08-0300

CPF: 082.254.259-52

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

GABRIEL EDUARDO CORRÊA

À minha mãe, Salete de Fátima (in memoriam).

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, José Celso, principal incentivador e responsável pela minha criação, missão para a qual não mediu esforços.

Ao meu irmão, Pedro Henrique, pela eterna parceria que mantemos.

À minha mãe, Salete de Fátima, que mesmo já tendo partido desta vida para outra, me inspira, a partir das suas delicadas lembranças, a me fortalecer sempre em meus esforços, para que eu seja digno das esperanças e aspirações que possuía por mim.

Aos amigos Bernardo Wildi Lins, Leandro Antonio Godoy Oliveira, Luís Felipe Espindola Gouvêa e Victor Leduc Machado, pelas valorosas lições e orientações, as quais me permitiram conhecer e vivenciar o Direito em sua essência.

Aos irmãos que a vida me deu, por todos os momentos compartilhados e pelas inesquecíveis amizades, tudo em nome da fraternidade que nos une.

Aos demais amigos e familiares que, de alguma forma, fizeram parte desta trajetória.

*“Habilidade e personalidade
podem abrir portas, mas é o
caráter que as mantém abertas.”
(Frank Sherman Land)*

RESUMO

Os recursos excepcionais, também chamados de extraordinários *lato sensu*, carregam características que lhes são inerentes, como requisitos de admissibilidade próprios. Um desses pressupostos, porém, chama mais a atenção: o prequestionamento. Havendo o prequestionamento na decisão, esta poderá, sendo de única ou última instância, ser impugnada por meio de recurso extraordinário, se a questão discutida for constitucional, ou recurso especial, caso a questão em voga seja de índole federal infraconstitucional. Ocorre, entretanto, que nem sempre o órgão julgador se manifestará quanto às questões levantadas pelas partes ao longo do processo, e a decisão poderá ser prolatada de forma omissa, caso em que o necessário prequestionamento não restará configurado, demandando que seja interposto o recurso de embargos de declaração para a correção dessa omissão. Este trabalho tratará, portanto, do uso dos embargos declaratórios para o fim específico de realizar o prequestionamento e assim possibilitar que se recorra de determinada decisão pela via excepcional. O desenvolvimento do estudo se dá em três capítulos. O primeiro capítulo abordará os recursos excepcionais como um todo, analisando-se breve histórico, hipóteses de cabimento e questões procedimentais aplicáveis ao recurso extraordinário e ao recurso especial. O segundo capítulo cuidará do estudo do prequestionamento de maneira geral, explorando a origem do instituto, sua consolidação como requisito de admissibilidade, a forma pela qual se configura e por meio de quem o prequestionamento é realizado, o que demanda a análise de diferentes correntes de entendimento. Ainda serão analisadas as espécies de prequestionamento classificadas pela doutrina. O último capítulo se volta ao objeto principal do estudo, que é a análise de como os embargos de declaração podem ser usados para o fim de prequestionamento. Serão expostas considerações gerais sobre os embargos declaratórios, a possibilidade de configuração da omissão na decisão de 2º grau pela falta de manifestação quanto às questões levantadas pelas partes ao longo do processo e como os embargos se prestam a suprir esse vício. Por fim, serão analisadas as consequências do não acolhimento dos embargos de declaração prequestionadores e como isso se reflete no entendimento tanto do STF quanto do STJ, bem como será explorada a solução dada pelo Código de Processo Civil para essa controvérsia.

Palavras-chave: Processo Civil. Recursos. Recurso Extraordinário. Recurso Especial. Prequestionamento. Embargos de Declaração. Omissão.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EDcl – Embargos de Declaração

Min. – Ministro/Ministra

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS <i>LATO SENSU</i>	15
2.1	NOÇÕES GERAIS	15
2.2	QUESTÕES PROCEDIMENTAIS	22
2.3	CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	27
2.3.1	Breve histórico	27
2.3.2	Repercussão geral	28
2.3.3	Art. 102, III, da Constituição Federal.....	31
2.3.3.1	<i>Decisão que contraria dispositivo da Constituição</i>	31
2.3.3.2	<i>Decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.....</i>	33
2.3.3.3	<i>Decisão que julga válida lei local ou ato de governo local contestado em face da Constituição.....</i>	33
2.3.3.4	<i>Decisão que julga válida lei local contestada em face de lei federal</i>	34
2.4	CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.....	34
2.4.1	Breve histórico	34
2.4.2	Art. 105, III, da Constituição Federal.....	35
2.4.2.1	<i>Decisão que contraria tratado ou lei, ou nega-lhes vigência</i>	36
2.4.2.2	<i>Decisão que julga válido ato de governo local em face de lei federal.....</i>	37
2.4.2.3	<i>Decisão que dá a lei federal interpretação divergente do que lhe haja atribuído outro Tribunal</i>	38
3	PREQUESTIONAMENTO	40
3.1	QUESTÕES HISTÓRICAS	40
3.1.1	Origem no Direito americano – <i>Judiciary Act</i>	40
3.1.2	Previsão nas Constituições brasileiras e a consolidação do prequestionamento como requisito de admissibilidade recursal	41
3.2	QUESTÕES CONCEITUAIS	45
3.2.1	Breve análise semântica	45

3.2.2	As diferentes noções acerca do prequestionamento	46
3.2.2.1	<i>Prequestionamento como atividade do Poder Judiciário</i>	47
3.2.2.1.1	Conceito de causa decidida.....	48
3.2.2.1.2	Causa decidida como o verdadeiro requisito de admissibilidade recursal	51
3.2.2.1.3	Prequestionamento no voto vencido (art. 941, §3º, CPC).....	53
3.2.2.2	<i>Prequestionamento como atividade das partes</i>	55
3.2.2.3	<i>Prequestionamento como atividade das partes e do Poder Judiciário</i>	56
3.2.3	Súmula nº 282/STF	57
3.3	ESPÉCIES	59
3.3.1	Prequestionamento explícito e implícito.....	59
3.3.2	Prequestionamento ficto.....	62
3.3.3	Prequestionamento duplo	63
4	USO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO	63
4.1	EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	63
4.1.1	Noções gerais	63
4.1.2	Hipóteses de cabimento	65
4.1.2.1	<i>Obscuridade</i>	65
4.1.2.2	<i>Contradição</i>	66
4.1.2.3	<i>Omissão</i>	67
4.1.2.4	<i>Erro material</i>	70
4.1.3	Efeito infringente	71
4.1.4	Procedimento.....	73
4.2	OMISSÃO DO TRIBUNAL A <i>QUO</i> NA RESOLUÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL OU FEDERAL E OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES.....	75
4.2.1	Use dos embargos de declaração para suprir a omissão da decisão recorrida quanto à questão constitucional ou federal.....	75

4.2.2	Vedação ao pós-questionamento	79
4.2.3	Afastamento do caráter protelatório dos embargos de declaração prequestionadores – Súmula n° 98/STJ.....	81
4.3	ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO USO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO	83
4.3.1	Orientação do Supremo Tribunal Federal – Súmula n° 356/STF.....	84
4.3.2	Orientação do Superior Tribunal de Justiça – Súmula n° 211/STJ.....	85
4.3.3	Considerações acerca da divergência entre os entendimentos adotados por STF e STJ	89
4.4	A REGRA DO ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	91
4.4.1	A adoção da tese do prequestionamento ficto (Súmula n° 356/STF) pelo Novo Código de Processo Civil.....	91
4.4.2	A interpretação do STJ sobre o art. 1.025 do CPC	93
5	CONCLUSÃO.....	96
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho servirá para apresentar um estudo esmiuçado quanto ao uso do recurso de embargos de declaração, regulado pelo art. 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil, para o fim específico de cumprir o requisito do prequestionamento, o qual é exigido para a admissibilidade dos chamados recursos extraordinários *lato sensu*, quais sejam: o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, previstos na Constituição Federal.

O ordenamento jurídico pátrio consagrou o prequestionamento como um pressuposto para se admitir e, posteriormente, julgar tais recursos. Em uma noção apenas introdutória, a ser aprofundada em momento subsequente, trata-se da abordagem de determinada questão de direito numa decisão, permitindo que seja posteriormente impugnada por meio de recurso extraordinário ou especial, a depender se a matéria tratada é de índole constitucional ou infraconstitucional.

Porém, a configuração desse pressuposto no pronunciamento judicial recorrido, por muitas vezes, não ocorre de imediato. Isto porque a decisão “omite” o ponto que do qual se pretende recorrer na via excepcional, o que faz exsurgir a possibilidade do uso do recurso de embargos de declaração para demandar o suprimento dessa omissão, e perfectibilizar o prequestionamento.

Todas essas noções expostas até aqui de maneira apenas introdutória serão aprimoradas neste trabalho, sendo também abordadas outros assuntos relevantes concernentes ao tema. Serão três capítulos de desenvolvimento da temática, destrinchados em sequência.

O primeiro capítulo será destinado a versar sobre questões conceituais e procedimentais acerca dos recursos excepcionais, ou recursos extraordinários *lato sensu*. Serão tópicos voltados especificamente ao recurso especial e recurso extraordinário, trazendo um breve histórico sobre esses meios de impugnação, analisando-se hipóteses de cabimento, além dos requisitos de admissibilidade próprios de cada e normas de processamento, conforme as disposições da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e dos Regimentos Internos dos Tribunais Superiores.

A abordagem no que se refere aos recursos extraordinário e especial é essencial, pois de nada serve estudar o prequestionamento sem ao menos ter-se uma noção, ainda que superficial, quanto ao seu fim, que é a admissibilidade e análise, pelo STF e STJ, dos recursos excepcionais.

Seguidamente, se entrará de forma mais aprofundada no objeto principal da pesquisa, explanando-se as noções a respeito do prequestionamento. De início, será abordado o histórico do prequestionamento, dissertando-se sobre a sua origem no Direito americano e a forma como era previsto nas Constituições Federais brasileiras passadas, de modo a estabelecer a sua consolidação no ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, passa-se aos conceitos referentes ao prequestionamento, sendo estudadas as diferentes noções existentes acerca dessa definição, especialmente do ponto de vista da responsabilidade pelo preenchimento do requisito e por suscitar a questão federal ou constitucional. Se versará ainda sobre a previsão do prequestionamento na atual Constituição, com a exposição da discussão existente quanto à sua efetiva previsão ou não no texto constitucional.

Para finalizar este capítulo, serão conceituadas e analisadas as espécies de prequestionamento, em classificação comumente adotada pela doutrina especializada e pelos próprios Tribunais.

O último capítulo delimitará o objeto de estudo para o uso dos embargos de declaração a fim de realizar o prequestionamento. Inicialmente, são feitos apontamentos sobre os próprios embargos declaratórios, como as finalidades gerais do recurso e hipóteses de cabimento. Então, será discutido o “fato gerador” que enseja o uso dos declaratórios para prequestionar, que é a omissão do Tribunal de origem quanto a determinada questão constitucional ou infraconstitucional.

Por fim, serão expostos os posicionamentos do STF e do STJ no que se refere à temática, através dos seus entendimentos sumulados e de precedentes relevantes, além de ser analisado o art. 1.025 do CPC, disposição específica que versa aos embargos de declaração usados para a finalidade específica de prequestionamento, e como esse dispositivo se relaciona com as súmulas do STF e STJ.

Espera-se que este estudo sirva como contribuição para o debate que envolve a temática tratada, não com o intuito de esgotar a discussão, mas que seja mais um singelo subsídio ao já tão rico arcabouço teórico no que tange às questões que aqui serão discorridas.

2 RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS *LATO SENSU*

2.1 NOÇÕES GERAIS

Os recursos extraordinários *lato sensu*, denominados também de recursos excepcionais, são meios de impugnação de decisões judiciais que não se destinam ao reexame integral da matéria decidida anteriormente, mas buscam a uniformização na interpretação da legislação constitucional e federal.¹ Não são meios ordinários de impugnação e não se configuram como terceiro ou quarto grau de jurisdição.² As espécies do gênero recurso excepcional, no ordenamento jurídico brasileiro, são o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, ambos com previsão na Constituição Federal.³

A abordagem desses recursos pela Constituição Federal de 1988 segue transcrita, na íntegra, abaixo:

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

[...]

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

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

Art. 105, CF. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

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

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

¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisprudencial** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 615-616.

² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 374.

³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 390.

A função uniformizadora dos recursos excepcionais consiste, segundo Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, na garantia do respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade, por meio da verificação quanto à correta obediência, nos casos analisados, às regras de direito material e processual. Busca-se, assim, uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido a sua vigência. Nessa concepção, o objetivo a ser buscado pela uniformização é a correção de distorções e a “prorrogação” da segurança e da estabilidade originadas no momento de concepção da lei.⁴

Entretanto, Luiz Guilherme Marinoni, em precisa leitura, atribui novo significado à ideia de uniformidade. A tarefa jurisdicional, em conformidade com as normas constitucionais, não está mais limitada a revelar a lei ou declarar algo que sempre esteve perceptível. O julgador passa a ter a condição de, percebendo um texto legal potencialmente equivocado, definir qual o sentido mais adequado que dali pode ser extraído e, dessa forma, adicionar conteúdo à ordem jurídica.⁵

A interpretação uniforme não significa mais aplicar a exatidão das leis, mas sim, mediante tarefa argumentativa, delinear o direito adequado diante dos fatos do caso, das normas constitucionais e dos valores sociais em determinado momento histórico. A interpretação adequada aclara o sentido do direito, conferindo-lhe unidade, e as razões predominantes do precedente se projetam sobre a sociedade e demais órgãos jurisdicionais.⁶

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ressaltam que a finalidade precípua dos recursos excepcionais no ordenamento brasileiro é justamente assegurar o regime federativo, controlando a aplicação da lei federal e da Constituição Federal aos casos concretos em todo o território nacional, sem a pretensão de reapreciação do caso posto ao crivo judicial.⁷

A origem dos recursos excepcionais está vinculada ao *writ of error*, meio recursal presente no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América e dirigido à Suprema Corte daquele país, o qual possibilitava a revisão de decisões judiciais de Cortes locais sobre questões de direito federal e constitucional, como uma forma de preservar o sistema federativo. Os Tribunais próprios das unidades federativas americanas possuem competência

⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 311-313.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. p. 117.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 561.

para analisar tanto o direito local quanto federal, o que criava riscos de desagregação da própria lei federal.⁸

Desta forma, o *writ of error*, ainda que tenha sido modificado ao longo do tempo, visava assegurar o princípio da hierarquia das leis, afirmando a unidade e a autoridade da Constituição e das leis federais em sua aplicação pelos Tribunais locais, resguardando sua força e obrigatoriedade, de maneira uniforme, em todo o território nacional norte-americano.⁹

No Brasil, o legislador criou o recurso extraordinário, com nítida inspiração no *writ of error*, sendo atribuída ao Supremo Tribunal Federal a competência para seu julgamento. A introdução dessa modalidade no ordenamento jurídico brasileiro deu-se por meio do Decreto nº 848/1890¹⁰ e, posteriormente, pela primeira Constituição Republicana, de 1891^{11,12}

Inicialmente, a espécie era denominada apenas de “recurso”, sendo a nomenclatura de “recurso extraordinário” adotada apenas posteriormente, por meio do texto do Regimento Interno do STF, também datado de 1891, o que contribuiu para a consagração da terminologia.¹³

Diante, porém, do aumento do número de recursos extraordinários durante o século XX, propôs-se a bipartição de atribuições a partir da promulgação da Constituição Federal de

⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. p. 295; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 577-578; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 93; SÁ, Renato Montans de; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Processo civil III: recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, volume 3. 25. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

¹⁰ Art. 9º, Decreto nº 848/1890. [...] Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

¹¹ Art 59, Constituição de 1891 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

¹² ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 825-827; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. p. 95; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 579; RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 50-51.

¹³ LIMA, Alcides de Mendonça. Recurso extraordinário e recurso especial. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 136; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. p. 95.

1988.¹⁴ Assim, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, cuja competência, dentre outras, seria a de dar a “última palavra” acerca do direito federal infraconstitucional por meio do recurso especial. Ao Supremo Tribunal Federal, manteve-se a sua atribuição de decidir acerca da matéria constitucional, por meio do recurso extraordinário.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são Cortes integrantes dos denominados “órgãos de cúpula” do Poder Judiciário, separados da primeira e da segunda instância. O STF é a Corte constitucional competente para julgar feitos com competência originária e recursal proveniente de todas as justiças comuns e especiais, devendo, para tanto, haver a ofensa à CF e a repercussão geral da matéria discutida nas decisões recorridas. Já o STJ é a Corte infraconstitucional a quem compete julgar as ações e recursos referentes às leis federais aplicadas pela Justiça Comum, em âmbito federal e estadual.¹⁶

Daniel Mitidiero leciona que tanto STF quanto o STJ devem ser pensados como Cortes Supremas, ante sua responsabilidade por dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Esses Tribunais possuem, dessa forma, as condições de, por meios idôneos, chegar à consecução da tutela do direito em uma dimensão geral de forma isonômica e segura.¹⁷

A criação do STJ foi uma tentativa de racionalizar os trabalhos do STF, visando a retirada de parcela significativa das matérias afetadas à Suprema Corte brasileira. Afinal, a atribuição de analisar toda a matéria decorrente de fontes federais e constitucionais foi uma das principais causas de congestionamento de processos no STF, conforme apontado por João Francisco Naves da Fonseca. A idealização de uma nova Corte se insere no contexto da chamada “Crise do Supremo”.¹⁸

Pedro Miranda de Oliveira denota que, mais do que uma crise do STF, trata-se de uma crise do Poder Judiciário como um todo, fruto de reflexos das deficiências do Estado e do próprio Direito, e que acarreta a demora na prestação jurisdicional e o descompasso entre a

¹⁴ SÁ, Renato Montans de; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Processo civil III: recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais**. p. 73-74.

¹⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. p. 303-304; CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 111.

¹⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 270-271.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

¹⁸ FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 22. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082011-105138/pt-br.php>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

atividade judicial desejada pela sociedade e aquela efetivamente oferecida. Na situação específica do STF, tem-se um excessivo número de recursos submetidos à Corte todos os anos, o que resulta não só no acúmulo de processos sem julgamento, mas também na perda da qualidade das decisões tomadas.¹⁹

Luiza Silva Rodrigues leciona que, em decorrência da “Crise do Supremo”, se torna quase sempre viável às partes invocar algum dispositivo que teria sido, supostamente, violado pela decisão recorrida, conseguindo assim fundamentar um recurso endereçado aos Tribunais Superiores, acarretando a sobrecarga. Embora devessem ser voltadas à solução de questões jurídicas complexas, STF e STJ passam a ter suas vias ocupadas com a análise de recursos que constituem reiterações e insistências das partes quanto a matérias já superadas ou já enfrentadas em julgamentos anteriores.²⁰

Esperava-se, portanto, um desafogamento do STF com a instalação do STJ, o que não ocorreu²¹, estando ambos os Tribunais ainda assoberbados com um grande número de processos aguardando julgamento.²²

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas ressaltam que a criação do STJ não foi acompanhada de instrumentos eficazes de controle do número de processos dirigida ao Tribunal, possibilitando que qualquer jurisdicionado pudesse submeter seu caso à Corte.²³ Horival Marques de Freitas Júnior, por sua vez, aponta como causa dessa sobrecarga algumas razões: a persistência da cultura de “se recorrer até o fim”, as vantagens de prolatar o trânsito

¹⁹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. p. 65-66.

²⁰ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de divergência: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores**. Dissertação [mestrado] - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017, p. 174-177. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

²¹ No ano de 1990, havia um acervo de 11.441 processos, tendo esse número aumentado para 82.798 em 1999, 118.186 em 2000, e em 2006 chegou-se a 150.068 processos pendentes de julgamento. (FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. **Repercussão geral das questões constitucionais**. 2014. Dissertação [Mestrado em Direito Processual] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 24. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-082405/pt-br.php>>. Acesso em: 28 jul. 2021).

²² Estatísticas oficiais apontam que, ao final do ano de 2020, o STF contava com um acervo processual de 26.256 processos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Evolução do Acervo do STF [Histórico]**. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=ea8942c2-79fa-494f-bf18-ca6d5a3bfb43&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>>. Acesso em: 28 set. 2021), enquanto o STJ possuía 252.173 processos em tramitação (STJ encerra o ano forense com redução de 7,1% no acervo processual. **Superior Tribunal de Justiça**. 18 dez. 2020. Disponível: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18122020-STJ-encerra-o-ano-forense-com-reducao-de-7-1--no-acervo-processual.aspx>>. Acesso em: 28 set. 2021).

²³ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 305.

em julgado, a extensão ampla da CF, a qual abre margem para o questionamento de qualquer decisão em sede de recurso excepcional, além da facilitação do acesso à Justiça.²⁴

Os recursos excepcionais diferem-se dos chamados recursos ordinários. Estes possuem fundamentação livre, têm forma menos rígida, são dirigidos, no geral, aos Tribunais inferiores, e não possuem requisitos específicos de admissibilidade, sendo destinados à correção de “injustiças”.²⁵

Os recursos extraordinários *lato sensu*, por sua vez, têm pressupostos de admissibilidade especificados na Constituição Federal, possuem maior rigidez em sua forma, não se prestando a “fazer justiça” no caso concreto, tanto que não permitem discussão em relação aos fatos e provas da causa.²⁶ Esta última característica é denotada por entendimentos sumulados de ambas as Cortes:

Súmula nº 279/STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula nº 7/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Essas súmulas revelam a exigência de que os recursos excepcionais devem impugnar a solução de alguma *quaestio juris*. Dessa forma, não é admissível recurso de direito estrito cujo objeto seja simples questão de fato. João Francisco Naves da Fonseca reafirma que as expressões empregadas nos enunciados, como “cabere” e “ensejar”, remetem justamente à ideia de cabimento ou admissibilidade. Ademais, empregam o adjetivo “simples”, qualificando a questão de fato que não pode ser objeto do recurso. Para abrir as portas da via excepcional, ressalta o autor, não deve o recorrente pretender tão somente o reexame da prova, mas também algo além disso.²⁷

Há algumas problemáticas ainda quanto à questão de reexame de fatos e provas. Como bem explica Rodolfo de Camargo Mancuso, não é fácil traçar as fronteiras entre o que é matéria de fato, onde se insere também a valoração da prova, e o que é matéria jurídica, como quando o fundamento do recurso é o erro de direito do julgador na aplicação dos princípios sobre a prova. No entendimento do autor, a matéria de fato excluída do recurso extraordinário *lato sensu* é aquela cujo conhecimento pelo Tribunal Superior apenas levaria a um reexame da prova, onde não se examine o contraste entre decisão recorrida e o texto

²⁴ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. **Repercussão geral das questões constitucionais**. p. 24-25.

²⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/15**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 259-260.

²⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/15**. p. 260.

²⁷ FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. p. 158.

constitucional ou federal, pretendendo-se apenas “infringir o julgado”, o que é alcançável apenas pelos recursos ordinários.²⁸

Daniel Mitidiero ressalva que não é vedado ao STF e STJ examinarem fatos no âmbito excepcional, até porque não haveria como trabalhar com precedentes sem analisar questões fáticas. O que não pode ser feito é o reexame da prova nos autos a fim de outorgar nova valoração probatória aos fatos e às próprias provas. Os Tribunais Superiores devem receber a causa e julgá-la a partir dos fatos estimados pela decisão recorrida.²⁹

Para finalizar este ponto, traz-se a diferenciação conceituada, novamente, por João Francisco Naves da Fonseca: questão de fato é “a dúvida que versa sobre a reconstituição histórica de acontecimentos ou sobre o correto entendimento de circunstâncias passadas ou presentes, cuja solução é relevante para o julgamento da causa”, enquanto questão de direito é “a dúvida referente à especificação ou à interpretação da norma jurídica que deve regular a base fática acertada”.³⁰

Ainda quanto às diferenças entre recursos ordinários e extraordinários *lato sensu*, cabe destacar que nos primeiros a mera sucumbência da parte, via de regra, é suficiente para que a irresignação seja admitida, sendo seu aspecto funcional voltado para a proteção genérica dos interesses subjetivos das partes, através do acesso ao duplo grau de jurisdição, que garanta ao jurisdicionado uma segunda decisão em relação aos fatos e direito, a qual prevalecerá sobre o pronunciamento anterior.³¹

Já os recursos excepcionais, alheios à regra do duplo grau de jurisdição, são dotados da chamada função nomofilática, que consiste na atribuição de uniformizar o Direito, tutelando o direito das partes apenas de forma secundária ou reflexa, que é colocada à mercê de um interesse geral.³² Por meio dessa função, na lição de Piero Calamandrei, o interesse primário das partes no acolhimento das suas pretensões se converte no veículo do interesse do Estado em controlar a aplicação do direito objetivo.³³

²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 12. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11.672/2008, 12.322/2012 e emendas regimentais do STF e do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 151-152.

²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. p. 91.

³⁰ FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. p. 157.

³¹ COSTA, Guilherme Recena. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 10-11. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03092012-153037/pt-br.php>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

³² COSTA, Guilherme Recena. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática**. p. 11.

³³ CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. v.2. Milano: Fratelli Bocca, 1920, p. 69 *apud* ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. p. 309.

Por fim, destaca-se que os recursos excepcionais, diferentemente dos ordinários, são espécies recursais de fundamentação vinculada, os quais, conforme Araken de Assis, se baseiam obrigatoriamente em motivos predeterminados. Isso implica que a tipicidade do erro passível de alegação pelo recorrente integra o cabimento do recurso e, por conseguinte, a sua admissibilidade.³⁴ Todos os pressupostos para admissão desses recursos decorrem da vinculação a determinado motivo, justificando a sua interposição.³⁵

Em comum entre o recurso extraordinário e o especial, tem-se que ambos demandam o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, podem visar a revisão de um julgado contra o qual foram intentadas todas as possibilidades de impugnação pelas várias vias ordinárias ou em instância única, se for o caso.³⁶ Esta noção já podia ser depreendida no sistema anterior à atual Constituição Federal, através da Súmula nº 281/STF³⁷, e possui previsão na atual norma constitucional por meio da exigência de que, para cabimento dos recursos excepcionais, se tenha uma causa que tenha que estar “decidida”, conceito a ser explorado posteriormente, “em única ou última instância”.³⁸

A justificativa dessa imposição, conforme Rodolfo de Camargo Mancuso, está no fato de que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, e suas decisões espraiam-se por todo o território nacional, devendo dar a última palavra sobre questões constitucionais e federais, respectivamente. Assim, compreende-se que o interesse do recorrente pressupõe a utilização de todas as possibilidades de impugnação anteriores, havendo a preclusão consumativa, em obediência também ao princípio da unirecorribilidade recursal.³⁹

As regras de processamento dos recursos excepcionais também guardam semelhanças, ou pode-se dizer até mesmo identidade, conforme se explica em sequência.

2.2 QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

O procedimento para processamento é regulado de forma unificada, valendo tanto para o recurso extraordinário quanto para o especial, sendo regido pelos artigos 1.029 a 1.041 do CPC. O prazo segue a regra geral de 15 dias aplicável aos recursos⁴⁰ e a interposição é

³⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 59.

³⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. p. 90.

³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 120-121.

³⁷ Súmula nº 281/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**. p. 374.

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 121-122.

⁴⁰ Art. 1.003, § 5º, CPC. Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

feita perante a Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal que prolatou a decisão recorrida, conforme o Regimento Interno de cada Corte, devendo o recurso conter a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto e as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida⁴¹, sempre com fundamento nos dispositivos constitucionais aplicáveis.

A secretaria do Tribunal *a quo* receberá o recurso e intimará o recorrido para apresentar as contrarrazões recursais, também em 15 dias. Com o recebimento da resposta ou não, será feito o exame de admissibilidade provisório por quem o Regimento Interno atribuir essa função, por meio de decisão fundamentada e sem adentrar no mérito da controvérsia, em regime semelhante ao do CPC de 1973, o qual não estava previsto na redação original do CPC de 2015⁴², cujo texto previa que a admissibilidade seria realizada diretamente no Tribunal Superior. A sistemática vigente em 1973 foi posteriormente retomada através da edição da Lei Federal nº 13.256/2016.⁴³

A proposta de um juízo bipartido de admissibilidade veio como uma maneira de facilitar os trâmites procedimentais, atendendo ao princípio da economia processual, já que na prática o exame feito no Tribunal *a quo* acaba sendo uma demorada etapa a ser ultrapassada pelo recorrente até alcançar a Corte Superior, com uma alta taxa de inadmissão já na origem.⁴⁴ Entretanto, o legislador preferiu o retorno a esse modelo ainda antes da entrada em vigor do Novo CPC.

Assim, o art. 1.030 da atual redação do diploma processual regula as atribuições ao desembargador regimentalmente competente pelo exame de admissibilidade recursal da seguinte forma:

Art. 1.030, CPC. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

⁴¹ Art. 1.029, CPC. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o 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 - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.

⁴² Dispositivo conforme a redação original do CPC/2015, posteriormente revogado pela Lei Federal nº 13.256/2015: *Art. 1.030, CPC. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.*

Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 627.

⁴⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/15**. p. 269.

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

Os incisos I e II, em tese, fazem referência ao juízo de admissibilidade recursal, contudo, como bem pontua Luís Felipe Espindola Gouvêa, há uma evidente contaminação do juízo de mérito nas hipóteses de inadmissibilidade. Ao avaliar a conformidade das razões do acórdão recorrido com a jurisprudência do STF ou do STJ, há uma análise eminentemente meritória, pois se avaliará se as conclusões da decisão possuem respaldo no âmbito dos Tribunais Superiores.⁴⁵

Já os incisos III e IV fazem referência ao procedimento de recursos de caráter repetitivo, podendo o recurso interposto ser sobrestado caso se encaixe em controvérsia já admitida no Tribunal *ad quem*, ou que ainda seja selecionado como o próprio recurso “representativo da controvérsia constitucional ou infraconstitucional”. O inciso V ainda faz

⁴⁵ GOUVÊA, Luís Felipe Espindola. **Precedentes vinculantes e meios de impugnação no CPC/15**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 149.

uma complementação às atribuições descritas anteriormente e fornece a base legal para o não conhecimento dos recursos que não preencham os requisitos para admissão.⁴⁶

Após o exame de admissibilidade inicial, os recursos são remetidos ao Tribunal Superior que realizará o julgamento, na forma do *caput* do art. 1.034 do CPC⁴⁷. Interessante previsão é a do parágrafo único deste mesmo dispositivo, que prevê que o recurso será julgado ainda que admitido por apenas um fundamento, devolvendo-se ao Tribunal o conhecimento dos demais para a solução do capítulo impugnado.

Os Regimentos Internos, tanto do STF quanto do STJ, ainda preveem que os Presidentes dos Tribunais, atuando como relatores, possuem a atribuição de não conhecer dos recursos inadmissíveis, pelas mais diversas razões:

Art. 13, RISTF. São atribuições do Presidente:

[...]

v – despachar:

[...]

c) como Relator, nos termos dos arts. 932 e 1.042 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, as petições, os recursos extraordinários e os agravos em recurso extraordinário ineptos ou manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cujo tema seja destituído de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal;

d) como Relator, nos termos dos arts. 932 e 1.042 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os recursos extraordinários e os agravos que veiculem pretensão contrária a jurisprudência dominante ou a súmula do Supremo Tribunal Federal;

Art. 21-E, RISTJ. São atribuições do Presidente antes da distribuição:

[...]

V - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida;

Após distribuídos os autos, os ministros relatores possuem as mesmas competências, constituindo mais uma etapa a ser superada pelo recurso:

Art. 21, RISTF. § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em

⁴⁶ GOUVÊA, Luís Felipe Espindola. **Precedentes vinculantes e meios de impugnação no CPC/15**. p. 150-151.

⁴⁷ Art. 1.034, CPC. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Art. 34, RISTJ. São atribuições do relator:

[...]

XVIII - distribuídos os autos:

[...]

a) não conhecer do recurso ou pedido inadmissível, prejudicado ou daquele que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida;

Da decisão que negar seguimento a recursos excepcionais com fundamento nos dispositivos acima, caberá o recurso de agravo interno, na forma do *caput* do art. 1.021 do CPC⁴⁸, já que se trata de decisão monocrática do presidente da Corte, atuando na função de relator, ou do próprio relator em si.

É de fácil percepção que tanto o recurso extraordinário quanto o especial possuem diversas similaridades. As principais e mais notáveis diferenças entre ambos estão em suas hipóteses de cabimento, intrínsecas à natureza da matéria objeto de cada recurso, e na exigência específica da repercussão geral como um requisito adicional para se admitir o recurso extraordinário.⁴⁹ As características próprias de cada um desses recursos serão analisadas a seguir.

2.3 CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2.3.1 Breve histórico

Não houve grandes alterações nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário entre 1891 e 1967, embora tenham ocorrido mudanças no texto constitucional durante esse período. Em essência, o recurso extraordinário, em todos esses ordenamentos, visou a combater decisões quando estas atentassem contra “à vigência ou validade da lei federal em face da Constituição”, quando “a decisão do Tribunal do Estado lhe negar aplicação”.⁵⁰

⁴⁸ Art. 1.021, CPC. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

⁴⁹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. p. 92.

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 580; LIMA, Alcides de Mendonça. **Recurso extraordinário e recurso especial**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. p. 136.

Conforme Alcides de Mendonça Lima, esse entendimento prevaleceu inclusive quanto às Constituições de 1981 e 1934, cujo texto não se referia à possibilidade de cabimento do recurso em face de violação à Constituição, muito graças a Rui Barbosa que, com base na doutrina e jurisprudência norte-americana, contribuiu para a construção da teoria da competência implícita do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar as causas em que fosse constatada uma inconstitucionalidade, ainda que sem previsibilidade expressa para tanto.⁵¹

A Constituição de 1934 foi a primeira a utilizar-se do nome "recurso extraordinário"⁵², sendo que, dali em diante, tal denominação foi mantida em todas as Constituições. A partir da criação do Superior Tribunal de Justiça em 1988, parte da "competência extraordinária" até então afetada ao Supremo Tribunal Federal passou para a recém-instalada Corte, sendo-lhe designada tutela do direito infraconstitucional federal.⁵³

A partir da Constituição de 1988, portanto, é melhor que se fale, de acordo com José Miguel Garcia Medina, em "questão constitucional" para o STF e "questão federal", ou "questão federal infraconstitucional" para o STJ.⁵⁴

Medina explica que, embora o texto constitucional também seja uma "lei federal", ao menos em sentido amplo, o qualificativo "federal" não é inerente à questão discutida no recurso extraordinário, pois a integridade da Constituição pode ser resguardada tanto num Estado unitário, quanto num Estado federado. Já o recurso especial, tendo a função de uniformizar o entendimento acerca de lei federal, atende as necessidades diretas da federação, podendo se atribuir que é nessa espécie que se discutem "questões federais"^{55,56}.

Moacyr Amaral Santos destaca que o recurso extraordinário também possui uma finalidade "eminente política", o que se evidenciaria ao considerar-se que tal espécie recursal tem assento na Constituição Federal, tornando-a insuscetível de restrição ou expansão por lei ordinária. Isto, porém, não lhe retira o caráter de instituto processual destinado a

⁵¹ LIMA, Alcides de Mendonça. Recurso extraordinário e recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. p. 136-137.

⁵² Art 76, Constituição de 1934 - A Corte Suprema compete: [...] 2) julgar: [...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância [...]

⁵³ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. p. 303-304.

⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 171.

⁵⁵ Neste trabalho, quando eventualmente forem mencionados termos como "questão federal", "lei federal" ou "direito federal", está-se referindo à matéria de índole infraconstitucional.

⁵⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 171-172.

impugnar e reformar decisões judiciais, não deixando de ser o meio adequado para tutelar a autoridade e a unidade do texto constitucional.⁵⁷

2.3.2 Repercussão Geral

A Emenda Constitucional n° 45 de 2004, acrescentando ao art. 102 da CF o §3º⁵⁸, trouxe a exigência de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para que o recurso extraordinário seja admitido. Este conceito foi regulado posteriormente pela Lei n° 11.418/2006, que alterou dispositivos do CPC então vigente, o que foi adotado também pelo atual Código. Ao Regimento Interno da Corte Suprema ainda foi delegada a competência para estabelecimento de normas necessárias à execução da lei que conceituou a repercussão geral.⁵⁹

A criação da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, segundo Humberto Theodoro Júnior, veio da necessidade de controlar e reduzir o sempre crescente volume de recursos sujeitos à competência do STF, o que se traduz tanto em demora para a prolação dos provimentos jurisdicionais como na possibilidade de decisões divergentes entre os diferentes órgãos fracionários da Suprema Corte. A repercussão geral, portanto, constitui um critério para a redução drástica do volume de processos que vão ao STF, limitando a demanda para que a Corte julgue apenas as questões de alta relevância nacional.⁶⁰

A repercussão geral, conforme a definição do §1º do art. 1.035 do CPC, se constitui da “existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. A presença desse requisito, na forma do §3º do mesmo art. 1.035, será presumida em duas ocasiões: quando o recurso impugnar acórdão que - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF ou tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

Conforme Cássio Scarpinella Bueno, pode-se dizer que a exigência da repercussão geral deverá ser compreendida como o impacto significativo que a decisão recorrida assume

⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. p. 197-198.

⁵⁸ Art. 102, § 3º, CF. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁵⁹ Art. 3º, Lei Federal n° 11.418/2006. Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal – vol III**. 49. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1101-1102.

ou tem aptidão de assumir no cenário econômico, político, social ou jurídico, indo além, portanto, dos direitos e interesses subjetivados em um dado caso concreto.⁶¹

Danielle Carlomagno Gonçalves de Sá ressalva que o conceito atribuído à repercussão geral é propositalmente vago e indeterminado, opção adotada pelo legislador a fim de fugir do risco da delimitação das hipóteses concretas para a aplicação do instituto. Essa imprecisão permite que o ordenamento jurídico se desenvolva e permaneça atualizado, podendo se adaptar de forma mais eficaz e rápida às constantes mudanças da sociedade, dispensando a necessidade de contínuas alterações legislativas. Uma tentativa de prever de maneira exauriente a totalidade de situações que constituiriam hipóteses de repercussão geral seria inadequada e fadada ao insucesso.⁶²

Essa vaga definição permite ainda que o STF esclareça, a partir de suas decisões, o que é uma questão constitucional com repercussão geral, e qual a exata dimensão desse requisito de admissibilidade recursal. O STF, por obrigação⁶³, deverá, ao menos em tese, fundamentar seus pronunciamentos a respeito dessa temática, não se podendo negar ao recorrente o seu direito a saber as razões pelas quais o seu recurso não detém discussão acerca de questão constitucional com repercussão geral.⁶⁴

Ainda assim, a Suprema Corte, mesmo devendo construir o conceito de “repercussão geral” a partir de sua própria interpretação, não conseguirá delinear tal definição em abstrato para todos os casos, já que tal fórmula depende de circunstâncias concretas, em especial social e políticas, nas quais a questão constitucional discutida no caso concreto estará inserida.⁶⁵

Como bem explica Alexandre de Moraes, a partir do conceito posto em lei, a repercussão geral só estará presente quando houver acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas em determinado processo, as quais deverão transcender interesses meramente particulares das partes envolvidas. A intenção do texto constitucional é,

⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas e controle das decisões jurisdicionais. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

⁶² SÁ, Danielle Carlomagno Gonçalves de. **A repercussão geral da questão constitucional**: uma análise crítica. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 44-47. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-26022015-161417/pt-br.php>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

⁶³ Dever de fundamentação das decisões judiciais, conforme a CF e o CPC:

Art. 93, CF. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Art. 11, CPC. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. p. 568.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. p. 568.

dessa forma, fortalecer as decisões das instâncias inferiores e preservar o STF para discutir as matérias relevantes com reflexo para toda a sociedade, em sua típica função como guardião da Constituição.⁶⁶

Essa noção é reforçada por Pedro Miranda de Oliveira, que considera a exigência da repercussão geral um avanço em direção à transformação do STF numa verdadeira Corte de índole constitucional. O requisito atua, dessa forma, como filtro para que o Tribunal possa efetivamente dirigir o foco da sua atividade para as questões de maior relevância.⁶⁷

Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta o caráter indeterminado do conceito jurídico dado à repercussão geral, cabendo ao STF delinear seus contornos, mas aponta que a transcendência que caracteriza o requisito pode ser qualificativa, referindo-se à importância do caso para a sistematização e desenvolvimento das questões jurídicas discutidas, ou ainda poderá ser quantitativa, referindo-se ao número de pessoas atingidas pela decisão.⁶⁸

Ante a indispensabilidade da repercussão geral no que tange ao recurso extraordinário, cuidou o CPC de prever expressamente, através do *caput* seu art. 1.035, que o STF “não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral”, e a decisão de inadmissibilidade por tal razão será irrecorrível, ressaltando-se a inequívoca possibilidade de oposição de embargos de declaração, em razão do dever de fundamentação das decisões.⁶⁹

Muito embora o CPC revogado de 1973 exigisse, através do §2º do art. 543-A⁷⁰, que a demonstração da repercussão geral ocorresse em “preliminar de recurso”, considerava-se que seria formalismo exacerbado rejeitar recurso caso o capítulo referente à repercussão geral estivesse, por exemplo, no final da peça recursal⁷¹, embora a colocação da questão em tópico precedente ao mérito, de forma preliminar, seja, até hoje, recomendável, já que a repercussão geral constitui requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a qual, se considerada ausente, importará no não julgamento da pretensão recursal, ou seja, do mérito do recurso. O

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017, p. 620.

⁶⁷ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. p. 267.

⁶⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 1738.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 1103.

⁷⁰ Art. 543-A. § 2º, CPC/1973. O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

⁷¹ Nesse sentido, conferir o Enunciado nº 224 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 1.035, § 2º) A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico. (Grupo: Recursos Extraordinários)”.

CPC/2015 não faz referência à colocação da repercussão geral na preliminar do recurso, fazendo incidir, portanto, o princípio da primazia do julgamento do mérito recursal.⁷²

2.3.3 Art. 102, III, da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, por meio do art. 102, inciso III, prevê que será cabível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida: *a)* contrariar dispositivo da Constituição; *b)* declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; *c)* julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; *d)* julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Cabe falar brevemente sobre cada uma dessas hipóteses.

2.3.3.1 Decisão que contraria dispositivo da Constituição

Cabe o recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal. A contrariedade ocorrerá quando houver violação ou ofensa à Carta Magna “tanto na sua letra como no seu espírito” e a questão constitucional deve “ser considerada com largueza e até mesmo com sentimento de humildade”, segundo Moacyr Amaral Santos.⁷³

No tocante à alínea *a*, há nítida confusão entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito nos recursos com fundamento nessa hipótese, mas sustenta-se que basta que a questão constitucional seja simplesmente suscitada para a admissão do recurso, e a efetiva existência de contrariedade será analisada posteriormente na análise do mérito.⁷⁴ Essa discussão, vale o registro, se repete para as outras hipóteses de cabimento.⁷⁵

Deve-se ressaltar ainda que, sendo o caso de cabimento do recurso pela alínea *a*, ou seja, havendo violação ou contrariedade em face da Constituição Federal, tal ofensa deverá ser direta e frontal, não sendo cabível o recurso caso a violação seja indireta ou reflexa. Isso ocorrerá, por exemplo, quando, para demonstrar a contrariedade à dispositivo constitucional,

⁷² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**: volume 3. 1. ed. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blach, 2019, p. 410-411.

⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. p. 192.

⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 618.

⁷⁵ Na alínea *b*, será cabível o recurso desde que constatável o pronunciamento onde se tenha procedido à declaração (incidental) de inconstitucionalidade; na alínea *c* cabe o recurso extraordinário quando a decisão afirmar a constitucionalidade de lei ou ato do governo local que tenha sido, no curso do processo, impugnado por suposta violação à CF, e esta mesma interpretação se aplica à alínea *d*. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 619).

for necessário antes certificar uma ofensa a norma infraconstitucional. Logo, não seria caso de recurso extraordinário, mas sim de recurso especial.⁷⁶

Daniel Assumpção Neves consignou que é natural que a ofensa reflexa se verifique na maioria das decisões que ofendem normas infraconstitucionais, especialmente naquelas que preveem princípios, considerando-se que todas as leis derivam do texto constitucional, de forma mais ou menos intensa. Porém, sendo agredida, em primeiro plano, norma federal, caberá, como dito, o recurso especial ao STJ.⁷⁷

A necessidade de ofensa direta ao texto constitucional foi expressamente prevista pela jurisprudência do STF, através de sua Súmula nº 636: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

No mesmo sentido aponta o art. 1.033 do CPC, que atribui ao STF, quando identificar caso de ofensa reflexa, a obrigação de remessa do recurso ao STJ, não havendo que se falar nesse caso em extinção do procedimento recursal sem o exame do mérito:

Art. 1.033, CPC. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Como bem ressaltam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, não houve necessariamente um cancelamento da Súmula nº 636/STF pelo art. 1.033 do CPC. O entendimento da Suprema Corte implica no não cabimento e na inadmissibilidade do recurso extraordinário por ofensa reflexa à Constituição, enquanto o disposto no CPC prevê a providência a ser tomada no caso de identificação da ofensa reflexa, que é a remessa ao STJ. Portanto, o dispositivo processual é um complemento ao enunciado do STF, prevendo a consequência para a conduta contrária à lei ali descrita.⁷⁸

A simples constatação de que o recurso extraordinário envolve a análise de direito infraconstitucional é suficiente para que se aplique a regra do art. 1.033. Não se trata de dar uma nova chance de impugnação a capítulo não recorrido ou de uma nova interposição de recurso, sendo apenas a transformação de um recurso já interposto em outro, tido como o meio cabível no caso concreto.⁷⁹

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 454.

⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1744.

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 455-456.

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 456-457.

2.3.3.2 *Decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*

Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro convivem dois sistemas de controle de constitucionalidade, sendo eles o controle concentrado, exclusivamente realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e o controle difuso, que pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional de forma incidental. Neste segundo caso, caberá recurso extraordinário fundado na alínea *b* do art. 102, III, da CF, permitindo-se que se leve ao STF qualquer declaração incidental de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, cabendo à Suprema Corte dar a última palavra a respeito da controvérsia.⁸⁰

O dispositivo em análise é bem claro: cabe o recurso extraordinário contra a decisão que declara a inconstitucionalidade, descartando-se a hipótese de recorribilidade, com fundamento nessa alínea, da decisão que manifesta a constitucionalidade de tratado ou lei federal. Isso, conforme Rodolfo de Camargo Mancuso, ocorre porque, além da falta de previsibilidade pelo tipo normativo, a presunção é a de que as leis vigoram e são impositivas pois estão compatíveis com o texto constitucional. A exceção é, justamente, a inconstitucionalidade.⁸¹

Como aponta Araken de Assis, poderá acontecer ainda que o Tribunal *a quo* desrespeite a cláusula de reserva de plenário e proclame a inconstitucionalidade sem submissão ao plenário ou órgão especial. Caberá, nesse caso, recurso extraordinário pela alínea *b* do art. 102, inciso III, mas com apoio na alínea *a* do mesmo dispositivo, no que tange ao desrespeito do art. 97 da CF⁸². Tal cenário seria igualmente aplicável para a situação delineada na Súmula Vinculante n° 10/STF⁸³.⁸⁴

2.3.3.3 *Decisão que julga válida lei local ou ato de governo local contestado em face da Constituição*

De acordo com a alínea *c* do art. 102 da CF, caberá o recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida uma lei ou ato de governo local contestada em face da Constituição.

⁸⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1745.

⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 270-271.

⁸² Art. 97, CF. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁸³ Súmula Vinculante n° 10/STF: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

⁸⁴ ASSIS. Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 870.

Nesse caso, prestigiou-se indevidamente uma lei estadual, distrital ou municipal ou julgou-se válido um ato administrativo, praticado por um agente público dotado de certa parcela de poder no âmbito dos Poderes locais (Executivo, Legislativo e Judiciário⁸⁵), em detrimento do texto constitucional, sendo, por isso, cabível o recurso extraordinário.⁸⁶

2.3.3.4 *Decisão que julga válida lei local contestada em face de lei federal*

A redação do art. 102, III, alínea *d*, da CF, indica que caberá o recurso extraordinário quando uma lei local, isto é, uma lei formal proveniente de Estados, Distrito Federal ou Municípios, tenha sua legitimidade contestada e posta em xeque à luz de uma lei federal, emanada pela União.⁸⁷

José Miguel Garcia Medina indica que nesta hipótese a disputa não concerne meramente à legislação infraconstitucional, o que, em tese, atrairia a competência do STJ para julgamento. Há, na verdade, uma controvérsia referente à distribuição constitucional de competência para legislar, pois, se a lei local está sendo contestada em face da lei federal, é porque alega-se que aquela tratou de matéria que, por previsão constitucional, deveria ser disciplinada pelo legislador federal. Por tal razão, cabe o recurso extraordinário.⁸⁸

2.4 CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

2.4.1 Breve histórico

Como já mencionado, o Superior Tribunal de Justiça foi criado a partir da Constituição Federal de 1988 para ser o guardião da inteireza do sistema jurídico federal não constitucional. Arruda Alvim destaca que era necessário um Tribunal específico para uniformizar o entendimento da lei federal e ficar responsável pela orientação da jurisprudência em todo o país. Isso se deve muito às necessidades advindas da estrutura federativa nacional, com a União, os Estados e os Municípios.⁸⁹

⁸⁵ No conceito de “atos de governo” emanados por Poder Judiciário local não se incluem, por óbvio, os atos puramente jurisdicionais, ou seja, decisões de órgãos jurisdicionais passíveis de recurso por *error in procedendo* ou *error in iudicando* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 284).

⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1745-1746.

⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. p. 290.

⁸⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 141.

⁸⁹ ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 155.

O recurso especial nasce da repartição das hipóteses de cabimento originalmente atribuídas apenas ao recurso extraordinário. No período anterior à Carta Magna de 1988, o STF congregava a competência para dar a última palavra em matéria de direito constitucional e em matéria de direito infraconstitucional, ou seja, o recurso extraordinário destinava-se a garantir a correta aplicação da Constituição e do direito federal, como um todo.⁹⁰

A Constituição atual, porém, cindiu as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário, de modo que ao Supremo destinou-se a salvaguarda da Constituição (art. 102, inciso III) e ao Superior Tribunal de Justiça a guarda do direito federal (art. 105, inciso III), criando-se, também, o recurso especial.⁹¹

2.4.2 Art. 105, III, da Constituição Federal

O art. 105, III, da Constituição, traz as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça: *a)* contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; *b)* julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; *c)* der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

José Carlos Barbosa Moreira aponta a falta de homogeneidade entre essas três alíneas. Na hipótese de contrariedade ou negação à vigência de lei ou tratado federal, se está, em tese, diante de uma decisão “errada”, ou seja, contrária à legislação em vigência, o que não se repete necessariamente nas situações delineadas nos outros dois dispositivos, em especial no caso da alínea *c*, já que esta trata apenas de hipótese em que há divergência entre tribunais distintos, não significando que um ou outro tenha entendimento mais ou menos em conformidade com a lei.⁹²

Em sequência, segue a análise acerca de cada uma dessas alíneas, de forma individualizada.

⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 581-582.

⁹¹ ALVIM, Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 163-164.

2.4.2.1 Decisão que contraria tratado ou lei, ou nega-lhes vigência

Inauguram-se os permissivos constitucionais de cabimento do recurso especial com a alínea *a* do art. 105, inciso III, da CF, que dispõe que será cabível o referido recurso quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Aqui, também há de ser considerado que a decisão contraria lei federal ou tratado quando os violem, direta ou indiretamente, “tanto na sua letra como no seu espírito”.⁹³

Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier indicam que “contrariar” seria “aplicar mal equivocadamente”, enquanto “negar vigência” significaria “totalmente desconsiderar, não aplicar, uma norma jurídica”. Bastaria, na verdade, apenas o emprego da primeira expressão, por ser mais abrangente.⁹⁴

José Miguel Garcia Medina, por sua vez, entende que “negar vigência” é uma violação mais grave do que a “contrariedade”, considerando também que não vigora o entendimento de que não seria cabível o recurso especial quando o acórdão recorrido simplesmente afasta a aplicação de um dispositivo por este não ter aplicação no caso concreto. Nesse caso, se está, ao menos, negando vigência a à lei federal, já que se afirma que ela não é aplicável em determinada situação.⁹⁵

Para fins de cabimento do recurso especial pela alínea *a*, entende-se por “lei federal” os seguintes diplomas normativos: lei complementar federal, lei ordinária federal, lei delegada federal, decreto-lei federal, medida provisória federal e decreto autônomo federal. Não entram no referido conceito, portanto, as portarias, instruções normativas, resoluções, circulares, decretos-legislativos, pareceres normativos, dentre outros.⁹⁶ Também não cabe recurso especial por violação a regimento interno de Tribunal⁹⁷ ou, ao menos com fundamento na alínea *a*, a entendimento jurisprudencial, mesmo que consolidado por meio da sistemática de recursos repetitivos.

Não obstante, Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁹⁸ distinguem a interposição de recurso especial contra orientação jurisprudencial por si só, o que é vedado, do caso em

⁹³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. p. 212.

⁹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 619-620.

⁹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 126-127.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 442.

⁹⁷ Nesse sentido aponta o enunciado da Súmula nº 399/STF, editada quando a Suprema Corte ainda tinha a competência para julgar recursos com base em violação à lei federal: “Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal”.

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 443.

que se demonstre que a interpretação dada na origem a determinado dispositivo legal é distinta daquela atribuída pelo STJ à mesma norma:

Não cabe, entretanto, recurso especial com base na letra “a”, por ter havido suposto desrespeito a entendimento jurisprudencial ou sumular do próprio STJ. Na verdade, a jurisprudência firma orientação a respeito da interpretação a ser conferida a dispositivos legais. O que se permite é que, no recurso especial, se demonstre que o dispositivo foi interpretado pelo tribunal de origem diferentemente do STJ. Em outras palavras, a jurisprudência do STJ não foi seguida, exatamente porque determinado dispositivo foi interpretado diferentemente da orientação por ele ministrada. Logo, deve o recurso especial apontar violação ao respectivo dispositivo legal, e não à jurisprudência ou ao enunciado da súmula do STJ.

Já a expressão “tratado” mencionada no permissivo deve ser interpretada de forma ampla, se deve à regra de que o tratado internacional, incorporado ao ordenamento jurídico, tem força de lei ordinária, espécie de lei federal.⁹⁹

Quanto à alínea *a*, Barbosa Moreira ainda aponta uma sutil distinção em relação à análise da admissibilidade e de mérito nesses casos. Para que recursos especiais com base em violação à lei ou tratado federal sejam admitidos e conhecidos, é suficiente que se apenas alegue a contrariedade atacada. Ou seja, o recurso será admissível se simplesmente se alegar a violação a dispositivo federal, e deverá ser conhecido pelo STJ para que seja julgado, desde que presentes os outros requisitos gerais de admissibilidade. Posteriormente, o órgão julgador examinará o mérito, conforme entende se realmente o acórdão recorrido contrariou a lei infraconstitucional.¹⁰⁰ Trata-se, portanto, de tratamento análogo ao dado ao art. 102, III, alínea *a*, da CF, relativo ao recurso extraordinário.

2.4.2.2 Decisão que julga válido ato de governo local em face de lei federal

Cabe recurso especial, na forma do art. 105, III, alínea *b*, da CF, quando a decisão recorrida “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”. Aqui se exige um contraste entre o ato de governo local e uma norma federal e, se aquele foi julgado válido, significa que a lei infraconstitucional foi possivelmente afrontada pelo ato administrativo e, posteriormente, pelo acórdão recorrido.¹⁰¹

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1729.

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. p. 165-166.

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 443-444.

A situação da alínea *b* traduz uma situação interessante, pois, segundo observação de Athos Gusmão Carneiro, há nessa hipótese, na verdade, um possível contencioso constitucional, pois “a contradição entre lei federal e lei local somente poderá ser dirimida à luz da partilha constitucional de competências legislativas entre a União e os Estados”.¹⁰² Entretanto, a lei atribui o julgamento dessa controvérsia ao STJ.

Eduardo Arruda Alvim pondera que o “ato do governo local” não poderá constituir uma lei, já que a divergência entre leis autoriza a interposição de recurso extraordinário, conforme a alínea *d* do inciso III do art. 102 da CF. Ademais, esta hipótese de cabimento do recurso especial seria, na verdade, nada mais que uma alegação de violação à lei federal, pois se ao se buscar reformar decisão que julgou válido o ato de governo local contestado em face de lei federal, é porque se pretende demonstrar, em outras palavras, que o ato de governo local violou a lei federal.¹⁰³

2.4.2.3 Decisão que dá a lei federal interpretação divergente do que lhe haja atribuído outro Tribunal

Cabe, por fim, recurso especial quando se “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. A hipótese da alínea *c* possui uma pretensão evidente: uniformizar as divergências de jurisprudência entre Tribunais diversos. Busca-se, por conseguinte, fixar qual exegese corresponde à vontade da lei entre duas interpretações jurisprudenciais dissonantes de uma mesma norma em determinado momento e contexto históricos, passando a servir como uma orientação aos demais Tribunais estaduais e regionais.¹⁰⁴

Se Cortes diversas encontram para casos semelhantes normas gerais diversas, deve o STJ intervir para compor a divergência jurisprudencial, e isso é o que basta para o conhecimento do recurso especial, conforme Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, pouco importando a situação processual da qual surgiu a decisão. O STJ deverá promover a uniformização da jurisprudência nacional e eliminar divergências entre Tribunais distintos, independentemente do tipo de recurso em que foi proferido o precedente.¹⁰⁵

¹⁰² CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. p. 120.

¹⁰³ ALVIM, Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo).

¹⁰⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. p. 120.

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 444.

A admissão recursal dependerá, portanto, da demonstração da diferença das decisões, a recorrida e a proferida por outro Tribunal (paradigma), o que se chama de “dissídio jurisprudencial”. Para o provimento do recurso especial, porém, a parte deverá demonstrar que a interpretação adotada na decisão recorrida não é a correta, e sim aquela empregada no acórdão paradigma.¹⁰⁶

Araken de Assis resume os requisitos para o cabimento do recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial em quatro pressupostos: (i) identidade do objeto do dissídio, devendo o acórdão recorrido e o paradigma se referirem à aplicação do mesmo dispositivo; (ii) natureza federal do dissídio, devendo este se repousar exclusivamente sobre questão federal; (iii) atualidade do dissídio, ou seja, que a controvérsia ainda não esteja pacificada pelo STJ e se apresente como atual, não podendo o STJ ter uma mesma interpretação do que a que foi dada pela decisão recorrida, conforme a Súmula nº 83/STF¹⁰⁷; e, por fim, (iv) diversidade de Tribunais.¹⁰⁸

Eduardo Arruda Alvim indica que, para que o recorrente se utilize desta hipótese, é preciso que haja acórdão tratando de situação fática semelhante e que tenha dado interpretação diversa no mérito. Obviamente, não se admite a interposição do recurso especial para solucionar a divergência entre acórdãos de um mesmo Tribunal, pois neste caso a uniformização da jurisprudência caberia ao próprio Tribunal, que deve promovê-la de acordo com o que dispuser o seu regimento interno. Contudo, nada impedirá que seja interposto recurso especial pela divergência quando o acórdão recorrido houver sido proferido por Tribunal de Justiça e o acórdão paradigma se origine de Tribunal Regional Federal, ou vice-versa. Basta apenas que se trate de Tribunais distintos, cujas decisões possam ser apreciadas pelo STJ. Caberá ao recorrente demonstrar analiticamente a divergência jurisprudencial, comparando os acórdãos, e demonstrando as razões pelas quais deve ser admitido o recurso especial.¹⁰⁹

Essencial, ainda, é que o recorrente realize o chamado cotejo analítico entre o acórdão recorrido e o paradigma, apontando entre eles a divergência existente quanto à aplicação das teses jurídicas e a semelhança entre as situações fáticas subjacentes, sobre as quais foram aplicadas normas distintas ou interpretações diferentes da mesma norma. Não se

¹⁰⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 620.

¹⁰⁷ Súmula nº 83/STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

¹⁰⁸ ASSIS. Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 962-963.

¹⁰⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo).

exige que os casos sejam idênticos em fatos, mas que sejam situações semelhantes, permitindo-se assimilar um caso ao outro.¹¹⁰

O art. 105, III, da CF, revela a missão atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, que é a de dar uniformidade à interpretação do direito federal. Luiz Guilherme Marinoni destaca, porém, que os órgãos jurisdicionais estaduais e federais não vêm respeitando as decisões do STJ, negando-lhes, inclusive, eficácia persuasiva, em total afronta ao atual sistema.¹¹¹

A consideração de que juízes e Tribunais decidam sem considerar os precedentes do STJ não se coaduna com a norma constitucional. Cabendo ao STJ a uniformização da interpretação da lei federal, cassando aplicações destoantes, suas decisões deveriam, em tese, se impor sobre os Tribunais inferiores. Portanto, conforme explica Marinoni, as decisões dos órgãos jurisdicionais inferiores que não consideram os precedentes do STJ violam, no mínimo, o dever judicial de fundamentação.¹¹²

3 PREQUESTIONAMENTO

3.1 QUESTÕES HISTÓRICAS

3.1.1 Origem no Direito americano – *Judiciary Act*

A origem do prequestionamento remonta ao constitucionalismo norte-americano, através da Lei Judiciária, ou *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu a possibilidade de recurso das decisões prolatadas pelos órgãos judiciários estaduais diretamente para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, recurso o qual foi denominado de *writ of error*, já citado neste trabalho como sendo a origem dos recursos extraordinários *lato sensu*. Prevaleceu na doutrina jurídica estadunidense a ideia de que “a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado”, não bastando, pois, alegá-la no *writ of error*.¹¹³

Thomas M. Cooley, que ocupou o cargo de *Chief of Justice* da Suprema Corte do Estado de Michigan, destacou que a proteção da jurisdição nacional e prevenção de conflitos entre os estados e as autoridades federais dependiam que as decisões finais sobre as questões a elas referentes fossem prolatadas por Cortes da União. Tais pontos, porém, surgem

¹¹⁰ COSTA, Guilherme Recena. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**. p. 170-171.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 97-98.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 98.

¹¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 288-289.

primeiramente nos Tribunais estaduais, e o *Judiciary Act* incumbiu-se de deslocar para a Suprema Corte americana a decisão ou resolução final. Porém, para que uma decisão seja reformada sobre a alçada desta lei em sede de *writ of error*, deveria constar nos autos, de forma expressa ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no Tribunal do estado, sendo ali rejeitada.¹¹⁴

Francisco Cláudio de Almeida Santos dá razão aos juristas americanos por imporem uma exigência translúcida e objetiva de questionamento nos Estados Unidos, argumentando que naquele país vige um sistema jurídico dual e um sistema judiciário dualista, além da existência do sistema federativo por excelência, originado como tal, diferindo-se da federação brasileira, que foi criada a partir de um Estado unitário. Destaca, ainda, que o *writ of error* possui muito mais a função de controle da federação do que da legalidade em si, objeto do recurso de cassação.¹¹⁵

3.1.2 Previsão nas Constituições brasileiras e a consolidação do prequestionamento como requisito de admissibilidade recursal

Para traçar o devido histórico do prequestionamento, deve-se recordar também de como a admissibilidade recursal extraordinária foi prevista ao longo do tempo nas Constituições brasileiras. Como dito, o *Judiciary Act* norte-americano inspirou a ideia original de tal pressuposto para admissão de recursos às Cortes Superiores, a qual foi positivada nos textos constitucionais desde o princípio da República.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, em sua redação original, assim previu a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal:

Art 59, **Constituição de 1891** - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se **questionar** sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

[...]

(grifou-se)

¹¹⁴ COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 4. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1878, p. 15-16.

¹¹⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso especial – visão geral. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 104.

O vocábulo “questionar” é sutil, mas indica o princípio de uma ideia acerca da realização de prequestionamento, ou seja, de uma suscitação prévia de determinada questão jurídica, para admissão do recurso ao Supremo Tribunal Federal.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 seguiram com a utilização do verbo em análise, entretanto, introduziram um novo conceito no contexto da admissibilidade recursal à Corte Suprema, que é o de “causa decidida”, conforme denota-se da leitura desses textos constitucionais:

Art 76, **Constituição de 1934** - A Corte Suprema compete:

[...]

2) julgar:

[...]

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

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

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

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;

(grifou-se)

Art 101, **Constituição de 1937** - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

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

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

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

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

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

(grifou-se)

Art 101, **Constituição de 1946** - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

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

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
 - b) quando se **questionar** sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
 - c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
 - d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.
- (grifou-se)

As Cartas de 1967 e, enfim, a de 1988, através dos já mencionados inciso III do art. 102 e inciso III do art. 105, retiraram o verbo “questionar” de seus textos, deixando apenas a expressão “causa decidida”:

Art. 114, **Constituição de 1967** - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

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

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

Art. 102, **Constituição de 1988**. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

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

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

Art. 105, **Constituição de 1988**. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

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

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

José Miguel Garcia Medina destaca que, mesmo antes da Constituição de 1946, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já emanava entendimento no sentido da necessidade de “prévio questionamento da lei federal na instância local” para o conhecimento do recurso extraordinário. Surge então o termo “prequestionamento”, criado e consagrado pela jurisprudência, enfatizando a necessidade de que a parte deveria provocar o surgimento da questão federal ou constitucional perante a instância *a quo* para a admissibilidade recursal extraordinária.¹¹⁶

O raciocínio por trás de tal exigência é bem delineado por Rodolfo de Camargo Mancuso. Os Tribunais Superiores, que não constituem instâncias extras para além do 2º grau de jurisdição, devem apenas conhecer da matéria jurídica bem delineada na extensão e compreensão do que lhes foi devolvido pelo recurso excepcional. Para que isso ocorra, o tema de direito constitucional ou federal deve ter sido suficientemente agitado, podendo-se aferir no caso concreto, sem esforço, que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado nas instâncias inferiores. É uma exigência própria da natureza dos recursos excepcionais, e não meramente supérflua.¹¹⁷

Dessa forma, o requisito do prequestionamento é inerente ao exame de admissibilidade recursal. Superado tal obstáculo, sendo considerado que a questão jurídica objeto do recurso está prequestionado, e cumpridos os demais requisitos para admissão, o exercício jurisdicional pelo Tribunal Superior deve ocorrer para que se analise o mérito recursal.¹¹⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso ainda ressalta que o prequestionamento possui uma função não admitida expressamente, que é a de servir como filtro, um elemento de contenção, ou, ao menos, um regulador do volume excessivo de recursos excepcionais dirigidos ao STF e STJ.¹¹⁹

¹¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 112-113.

¹¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 295.

¹¹⁸ FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. p. 43-44.

¹¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 289.

Segundo Márcio Carvalho Faria, a omissão da utilização do verbo “questionar” a partir de 1967 gerou discussões acerca do prequestionamento, tendo sido cogitada a possibilidade de exclusão da exigência de tal requisito de admissibilidade. Contudo, o prequestionamento não só permanecia como estaria encartado na atual Constituição, na redação dos incisos III dos arts. 102 e 105, especificamente na expressão “causa decidida”.¹²⁰

Eduardo Ribeiro de Oliveira assentou sua certeza quanto à continuidade da exigência do prequestionamento, muito embora tenha sido extraída a referência à “lei sobre cuja aplicação se haja questionado”. Afinal, o pressuposto decorre necessariamente da natureza dos recursos excepcionais, os quais, destinados a controlar a correta aplicação do direito, demandam que a questão jurídica haja sido objeto de exame.¹²¹

Pedro Miranda de Oliveira aponta que, apesar da alteração do texto constitucional a partir de 1967, o STF manteve sua histórica orientação jurisprudencial, cobrando dos recorrentes a demonstração do prequestionamento, entendendo que a exigência estaria implícita, com a pena de não conhecimento do recurso extraordinário. Isso ocorre mesmo que em desacordo com a letra da Constituição de 1988, segundo a qual o recurso deve ser conhecido desde que fique demonstrada a contrariedade a dispositivo constitucional.¹²²

A dicotomia entre “prequestionamento” e “causa decidida” é razão de debates no âmbito jurídico quanto se discute a admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*. Alguns dos pontos dessa controvérsia serão expostos ainda neste capítulo.

3.2 QUESTÕES CONCEITUAIS

3.2.1 Breve análise semântica

Analisando-se semanticamente, observa-se que o vocábulo “prequestionamento” é formado por um prefixo (“pre”), carregando a ideia de anterioridade, e pela raiz latina *quaestio onis*, tal qual questão e questionar, o que conduz o intérprete à fácil constatação de que o significado do termo seria a “indagação, a tese, ou o assunto prévios”. Juridicamente,

¹²⁰ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 211, p. 146, set. 2012.

¹²¹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Recurso especial – Algumas questões de admissibilidade. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 178.

¹²² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Prequestionamento. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/187/edicao-1/prequestionamento>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

em decorrência do desenvolvimento histórico, jurisprudencial e doutrinário, o prequestionamento adquiriu compreensão específica no âmbito dos recursos excepcionais.¹²³

Já houve ainda uma pequena controvérsia acerca se a escrita correta do termo seria “prequestionamento” ou “pré-questionamento”, com o emprego do hífen, tal como referido no Código de Processo Civil de 2015, embora o uso da expressão desta forma fosse extremamente raro em precedentes dos Tribunais Superiores. Historicamente, porém, os termos “prequestionar” e “prequestionamento” se incorporaram à língua oficial, sendo amplamente utilizados pela doutrina e jurisprudência, inclusive após o CPC/2015, com a aglutinação do prefixo. Tais grafias são, inclusive, consideradas corretas de acordo com o novo acordo ortográfico da língua portuguesa, o que denota a superação da polêmica.¹²⁴

3.2.2 As diferentes noções acerca do prequestionamento

Passando para uma análise conceitual, há algumas problemáticas. José Miguel Garcia Medina aponta que são vários os sentidos dados à expressão “prequestionamento”. Os entendimentos existentes podem ser agrupados em três diferentes correntes: (i) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema, (ii) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que é considerado como um ônus da parte e (iii) a soma dessas duas tendências, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou infraconstitucional, seguido de uma manifestação expressa do Tribunal a respeito.¹²⁵

Medina ainda assevera as razões pelas quais o entendimento doutrinário permitiu a existência dessa controvérsia. Basicamente, teria faltado determinação prévia do alcance do termo “questão federal”, pois poderia expressar tanto a situação de constatação acerca de um ponto alegado por alguma das partes, como também quando o próprio juiz tenha suscitado a dúvida sobre determinado ponto.¹²⁶

É mais que necessária uma análise sobre tais interpretações, a ser feita em sequência, de acordo com o que diz a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

¹²³ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça**: edição comemorativa 15 anos. Brasília: STJ, 2005, p. 350.

¹²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 110-112.

¹²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 113-114.

¹²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 116.

3.2.2.1 Prequestionamento como atividade do Poder Judiciário

Como já destacado, a Constituição Federal de 1988 não fala em “questionar”, mas em “causa decidida”. Muda-se, portanto, o ângulo de análise do pressuposto do prequestionamento, devendo ser observado do ponto de vista dos julgadores, que julgam e decidam, e não pela ótica das partes, que realizam os questionamentos. Nesse sentido, é indispensável que, para que o prequestionamento seja atendido, haja o efetivo enfrentamento da matéria, a qual se pretende levar à tutela superior, pelo órgão julgador *a quo*. Nesse entendimento, pouco importa a origem dessa discussão. Prequestionamento seria, portanto, “a manifestação do órgão jurisdicional recorrido acerca da questão constitucional ou federal”.¹²⁷

Tratando-se de recurso especial, é necessário que a questão de norma federal infraconstitucional tenha sido enfrentada pelo acórdão. No caso do recurso extraordinário, é necessário que a questão de índole constitucional tenha sido enfrentada pelo acórdão. Não é fundamental que se refira explicitamente ao número do dispositivo de que se extrai a questão federal ou constitucional (prequestionamento “numérico”), bastando que fique clara a suscitação e o enfrentamento da questão jurídica extraível desses determinados dispositivos legais.¹²⁸

Para a ocorrência do prequestionamento, a questão deve estar, conforme Arruda Alvim, identificável e resultar decidida no teor do acórdão recorrido, ainda que não tenha sido postulada pelas partes. Não se deve definir, portanto, o prequestionamento como a imprescindível postulação pelas partes a respeito de dada matéria.¹²⁹

A matéria prequestionada, porém, deve constituir fundamento determinante. Isto significa que não constituem prequestionamento as considerações laterais, irrelevantes, que não integrem fundamento do acórdão. Qualquer tipo de consideração dispensável (*obiter dictum*), portanto, não constitui tese jurídica e nem fundamentação da decisão, afastando a perfectibilização do prequestionamento.¹³⁰

O prequestionamento é, dessa forma, inerente aos fundamentos recursais e parte integrante das funções nomofilática e uniformizadora dos recursos excepcionais, já que a prévia manifestação do Tribunal local a respeito de determinada questão jurídica é pressuposto lógico para o seu controle na instância de superposição. Ora, não poderá haver o

¹²⁷ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*. p. 148.

¹²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. p. 624.

¹²⁹ ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. p. 151.

¹³⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. p. 398.

alegado erro de direito se a manifestação da Corte *a quo* sequer cogitou da questão que lhe diz respeito.¹³¹

Pode-se dizer, portanto, que o prequestionamento constitui o próprio conteúdo do pronunciamento judicial, sendo a “afloração”, termo bem empregado por Araken de Assis, dos tipos constitucionais na decisão final de única ou última instância. Não se subordina o prequestionamento, por conseguinte, à iniciativa das partes, podendo tanto a questão objeto do recurso ser provida pelo julgador de forma *ex officio*, quando for o caso, ou ser suscitada nas alegações do recorrente ou através da resposta do recorrido nas instâncias ordinárias.¹³²

A predominância desta corrente pode ser atestada nos mais recentes pronunciamentos do STF. O seguinte excerto, colhido de acórdãos lavrados pelo Min. Marco Aurélio, espelha este entendimento:

[...] O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. [...]¹³³

Não há como falar da noção de prequestionamento como atividade do Judiciário sem falar acerca da “causa decidida”, expressão colocada na Constituição Federal de 1988 e que é um dos pilares para a defesa do argumento de que o prequestionamento, enquanto requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, configura-se através de uma atividade do órgão jurisdicional. Mas afinal, o que é uma “causa decidida”? É isto que se buscará expor em seguida.

3.2.2.1.1 Conceito de causa decidida

Analisando-se de forma ampla o termo “causa”, tem-se em tal vocábulo uma origem na língua latina, na qual já era utilizada a expressão “*advogar uma causa*” (*causas dicere*), o que implicou na utilização de “causa” em confusão com os conceitos de processo, demanda,

¹³¹ FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. p. 39-40.

¹³² ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 846.

¹³³ Citam-se alguns exemplos de julgados em que esse entendimento foi exarado: ARE 1203080 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 02-10-2019; AI 863617 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 29-03-2016; ARE 927561 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/02/2016, DJe 23-02-2016.

ação ou até mesmo a própria sentença propiciadora de recurso. Os diplomas legais, já há tempo, mencionam que os recursos são cabíveis de “causas”. Dessa forma, estas seriam, segundo Roberto Rosas, as espécies jurídicas, de que se trata em cada um dos processos.¹³⁴

Já uma “causa decidida” é aquela que pressupõe o esgotamento dos recursos ordinários em decisão de última instância. Ou seja, poderão ser interpostos os recursos extraordinário e especial caso não seja cabível mais nenhum recurso de natureza ordinária, não bastando, por exemplo, que a decisão do juiz de primeira instância tenha se tornado irrecurável pelo simples esgotamento de prazo para interposição de recurso.¹³⁵

A omissão das partes ao direito de recorrer não forma uma causa decidida conforme exigida no texto constitucional, pois ela deve ter sido decidida “em única ou última instância”. A Súmula nº 281/STF explicitou bem essa compreensão: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também vão nesse sentido ao afirmarem que o conceito de “causa”, para fins de impugnabilidade, é “toda questão decidida por meio de atividade jurisdicional, em única ou última instância”. Esta definição afasta as questões de cunho administrativo, ainda que decididas por órgão do Poder Judiciário, não configurando estas como causa hábil para fins de recurso extraordinário ou especial.¹³⁶ Esta noção é apoiada, já há bastante tempo, pela jurisprudência do STF.¹³⁷

Deve se destacar que a aceção ampla do termo “causa decidida” é que deve ser considerada para fins de exame de admissibilidade recursal. Havia a discussão se causas decididas seriam apenas as decisões de mérito julgadas, em única ou última instância, pelas instâncias inferiores, descartando-se o cabimento do extraordinário e do especial para a solução das decisões interlocutórias (recoráveis pela via do agravo de instrumento).¹³⁸

¹³⁴ ROSAS, Roberto. A causa como pressuposto do recurso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 209.

¹³⁵ NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial**: doutrina, jurisprudência, prática de legislação. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 8.

¹³⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006, p. 279-280 *apud* MANGONE, Kátia Aparecida. **Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, fls. 79.

¹³⁷ “[...] O recurso extraordinário pressupõe a existência de causa decidida em única ou última instância por órgão do Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional. Proferida a decisão em sede administrativa, não há falar em causa. Não cabimento do recurso extraordinário. [...]” (RE 213696 AgR, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/1997, DJ 06-02-1998).

¹³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3024>. Acesso em: 13 ago. 2021.

Ocorre que a própria jurisprudência se orientou no sentido de encerrar esta questão, o que pode ser denotado pelo texto da Súmula nº 86/STJ: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”. Logo, tem-se o entendimento segundo o qual a “causa” constante na Constituição não abrange somente o julgamento final da demanda, como também a resolução de qualquer incidente processual resolvido por acórdão, podendo caber o recurso extraordinário ou especial, a depender da configuração do caso concreto.¹³⁹

Não obstante essa orientação, editou-se a Súmula nº 735/STF, que dispõe que “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁴⁰ explicam as razões que fundamentam esse entendimento, conforme os precedentes aplicáveis:

[...] a aferição da existência dos requisitos para a concessão da tutela provisória situa-se na esfera de avaliação subjetiva do órgão julgador, além de não ser manifestação conclusiva ou definitiva do caso, não se enquadrando na hipótese do art. 102, III, da Constituição Federal, de forma a ser insuscetível de apreciação no âmbito do recurso extraordinário.

[...]

A razão do entendimento repousa na circunstância de o julgamento assim proferido decorrer de um juízo de cognição sumária sendo provisório. O recurso extraordinário estaria a reclamar providência definitiva para instaurar o contencioso constitucional. Na verdade, continua sendo cabível o recurso extraordinário contra decisão interlocutória. Somente não cabe o recurso extraordinário se o provimento for provisório, fundado em mera probabilidade ou verossimilhança; enfim, se se tratar de provimento decorrente de cognição sumária.

Entretanto, os autores discordam dessas orientações. Consideram que não é correto afirmar que a concessão de tutela provisória constitui avaliação subjetiva do julgador, já que a concessão ou denegação de medida liminar é balizada por regras processuais específicas, cuja aplicação ou não deve ser devidamente fundamentada pelo magistrado. Ademais, a inviabilidade do recurso não resultaria do fato de a decisão recorrida ser provisória e ter sido proferida em sede de cognição sumária, já que tal condição não afasta o conceito de “causa decidida”. A irresignação não será admitida pois a análise da decisão recorrida que versar sobre tutela provisória envolve reexame de fatos ou provas e a ofensa à Constituição será reflexa ou indireta, já que, necessariamente, o recorrente terá que discorrer sobre os

¹³⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 403.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 403.

pressupostos para a concessão da tutela provisória, previstos no art. 300 e seguintes do CPC, norma infraconstitucional.¹⁴¹

Deve-se dizer ainda que uma “causa decidida”, em sentido amplo, aborda tanto a decisão que julga a lide quanto as decisões chamadas de terminativas, que determinam a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, CPC), ainda que se tratem de decisões oriundas de procedimentos de jurisdição voluntária. Como os recursos excepcionais são afastados da noção de “justiça” da decisão recorrida, não faria sentido que fossem recorríveis através dessas espécies apenas as decisões que versassem acerca do mérito.¹⁴²

3.2.2.1.2 Causa decidida como o verdadeiro requisito de admissibilidade recursal

Nelson Nery Junior dispõe que, como o texto constitucional menciona serem cabíveis os recursos excepcionais das causas decididas, apenas o que estiver no corpo do acórdão é que poderá ser objeto de impugnação por meio de recurso extraordinário ou especial. Se a matéria não estiver no corpo do acórdão, não terá sido decidida pelo Tribunal local.¹⁴³

Cássio Scarpinella Bueno destaca a falta de literalidade, tanto da legislação constitucional quanto infraconstitucional, no que tange à exigência do prequestionamento, ao mesmo tempo em que a menção à “causa decidida” é suficiente para atestar a existência desse requisito para a admissão e julgamento dos recursos extraordinários *lato sensu*.¹⁴⁴

Como não há na Constituição Federal de 1988 qualquer menção ao famigerado “prequestionamento”, Scarpinella conclui que o seu estudo não deve ser realizado analisando a etimologia do termo e nem da jurisprudência dos Tribunais Superiores. O que precisaria ser feito seria relacionar o “prequestionamento” com a expressão constitucional “causa decidida”, e as menções a esse último verbete deveriam prevalecer, ao menos no contexto da atual ordem constitucional e desde a Constituição de 1967, quando a expressão foi empregada pela primeira vez.¹⁴⁵

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 403-404.

¹⁴² MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 156-157.

¹⁴³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**. p. 374.

¹⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. **Revista Jus Navigandi**.

¹⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC a propósito dos 30 anos de instalação do STJ. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**: volume 3. 1. ed. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blach, 2019, p. 69.

Isso, porém, não significa substituir um termo pelo outro com manutenção do mesmo significado, já que o “prequestionamento” antes de 1967 não é necessariamente idêntico à atual “causa decidida”, pois esta faz menção direta ao pressuposto essencial dos recursos extraordinários, que é a decisão proferida pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, sem a qual não há como estabelecer em que medida normas federais foram ou deixaram de ser violadas pelas instâncias decisórias inferiores. Não se trata, portanto, do direito de ter-se um caso reexaminado porque se prequestionou determinado ponto, ou seja, não se refere à tomada de iniciativa de arguir determinada questão para o Tribunal de segundo grau, mas sim de “se recorrer especialmente do que efetivamente decidido”.¹⁴⁶

Pedro Miranda de Oliveira vai além e faz questão de estabelecer a existência de uma diferença substancial entre prequestionamento e causa decidida. Prequestionamento seria atividade das partes, enquanto causa decidida seria uma atividade do Poder Judiciário. Prequestionamento é meio para se obter a causa decidida e ocorre antes da decisão, não podendo ser considerado como o verdadeiro requisito de admissibilidade exigido na Constituição Federal.¹⁴⁷

Dessa forma, tem-se uma utilização indevida do termo “prequestionamento”, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, devendo-se evitar, no intuito de preservar a ciência processual, a utilização da mesma nomenclatura para designar fenômenos diferentes. De um lado, portanto, tem-se a atividade das partes que pretenda suscitar durante o feito as questões de direito federal (prequestionamento) e, de outro, o enfrentamento dessas questões pelo Poder Judiciário na decisão recorrida (causa decidida).¹⁴⁸

O que ocorreu foi que a expressão “prequestionamento” passou a referir-se, ao longo do tempo, à necessidade de que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional, ainda que a atual Carta Magna não tenha qualquer referência para a utilização de tal termo.¹⁴⁹

A posição majoritária prescreve que o que importa é que tenha havido um pronunciamento acerca de uma questão, constitucional ou federal, ou ambas, complexa ou

¹⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC a propósito dos 30 anos de instalação do STJ. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**. p. 70.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Prequestionamento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo).

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Prequestionamento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo).

¹⁴⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 202.

simples, com citação de artigo de lei ou não, para ensejar a abertura da instância excepcional e provocar-se um pronunciamento do Tribunal Superior para tanto competente.¹⁵⁰ Portanto, se entende que o prequestionamento se perfectibiliza com o pronunciamento da autoridade julgante, conclusão retirada a partir do termo “causa decidida”.

Logo, o termo “prequestionamento”, contrariamente ao que a etimologia da palavra insinua, caracteriza-se pelo enfrentamento de uma dada tese de direito constitucional ou infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida, e não pelo debate ou suscitação prévia da questão antes do proferimento do provimento judicial. O verbete deve, portanto, ser entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso ter sido examinado, enfrentado e, claro, decidido, pela decisão atacada.¹⁵¹

Entende-se e concorda-se com as críticas exploradas nesse tópico. Ainda assim, no presente estudo, irá se continuar a mencionar o requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais como “prequestionamento”, ante o uso ainda extensivo do verbete pela doutrina, jurisprudência e a própria lei, muito embora parte da comunidade jurídica já reconheça o equívoco nessa construção.

3.2.2.1.3 Prequestionamento no voto vencido (art. 941, §3º, CPC)

São duas as referências ao prequestionamento na atual redação do Código de Processo Civil. A primeira é a do §3º do art. 941, o qual dispõe que o “voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”.

Essa previsão do CPC implica na superação da orientação contida no enunciado da Súmula nº 320/STJ, a qual previa que a “questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”. Por esse antigo entendimento, impedia-se a admissão do recurso especial quando a causa houvesse sido ventilada apenas no voto vencido, tendo o voto vencedor se negado a analisar a questão.¹⁵²

Mais do que uma superação, trata-se da perda de validade de uma orientação jurisprudencial pelo advento de uma nova lei em sentido contrário. Os recursos extraordinário e especial são voltados ao acórdão de julgamento como um todo, e o voto vencido possui o condão de demonstrar que a questão constitucional ou infraconstitucional foi tratada e

¹⁵⁰ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça**: edição comemorativa 15 anos. p. 358.

¹⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. p. 274.

¹⁵² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/15**. p. 100.

decidida, bem como de que maneira isso foi feito, contribuindo na compreensão ampla da discussão acerca de tal ponto, evidenciando a realização do prequestionamento.¹⁵³

José Miguel Garcia Medina aponta que a situação do voto vencido/divergente é diferente da do voto concordante com aquele que conduziu o acórdão, sendo que neste caso é desnecessário que conste sua fundamentação no resultado do julgamento quando o resultado for unânime, conforme entendimento jurisprudencial¹⁵⁴. Isso não poderia ser admitido no caso do voto divergentes, já que, tratando-se de decisão tomada por maioria, é justamente a fundamentação dos votos que permite a compreensão dos motivos de se ter chegado a um ou outro resultado. A completude da fundamentação aborda, portanto, além da declaração do voto vencedor, também a do voto vencido.¹⁵⁵

A inobservância da regra do §3º do art. 941 do CPC, pela não juntada do voto vencido ao acórdão de julgamento, conforme já decidido pelo próprio STJ, é caso de nulidade por *error in procedendo*. Confira-se excerto de precedente nesse sentido, relatada pela Min. Nancy Andrighi:

Com efeito, de acordo com o § 3º do art. 941 do CPC/15, “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”.

A razão de ser desse dispositivo está ligada, sobretudo, à exigência de fundamentação, inerente a todas as decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e, em consequência, à observância do direito fundamental ao devido processo legal, na medida em que, na perspectiva endoprocessual, a norma garante às partes o conhecimento integral do debate prévio ao julgamento, permitindo o exercício pleno da ampla defesa, e, na perspectiva extraprocessual, confere à sociedade o poder de controlar a atividade jurisdicional, assegurando a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Noutra toada, a publicação do(s) voto(s) vencido(s) municia a comunidade jurídica de fundamentos outros que, embora não constituam a razão de decidir (*ratio decidendi*) do colegiado, têm o condão de instigar e ampliar a discussão acerca das questões julgadas pelas Cortes brasileiras e pode, inclusive, sinalizar uma forte tendência do tribunal à mudança de posicionamento.

[...]

¹⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC a propósito dos 30 anos de instalação do STJ. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**. p. 71.

¹⁵⁴ “O voto vencedor acompanhou o entendimento da Turma por considerá-lo correto ou mais adequado, sendo absolutamente desnecessário declinar as razões da concordância” (EDcl no REsp 15.123/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/1992, DJ 28/09/1992).

¹⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 253-254.

De fato, a inobservância da regra do § 3º do art. 941 do CPC/15 constitui vício de atividade ou erro de procedimento (*error in procedendo*), porquanto não diz respeito ao teor do julgamento em si, mas à condução do procedimento de lavratura e publicação do acórdão, já que este representa apenas a materialização do respectivo julgamento.

(REsp 1729143/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 15/02/2019)

Verifica-se que a nulidade configurada diz respeito tão somente ao acórdão, mas não do julgamento, quando o resultado proclamado refletiu com exatidão, a conjunção dos votos proferidos pelos membros do colegiado julgador. No caso acima, por exemplo, decidiu-se pela republicação do julgado pelo Tribunal *a quo*, com a reabertura de prazo para interposição de eventuais recursos, mas não se alterou a orientação do que foi julgado na origem.

Portanto, a regra extraída do art. 941, §3º, do CPC, traduz um modelo em que não se impõe tão somente a manifestação do Tribunal como instituição, mas que aceita as manifestações individuais de cada um dos membros do órgão colegiado, apresentadas pelos indivíduos que o compõe. A necessidade de declaração do voto vencido revela que as manifestações divergentes devem dialogar com as vencedoras, devendo todos os votos se manifestarem sobre o fundamento considerado determinante para a tomada de decisão, obtendo-se assim um padrão decisório.¹⁵⁶

3.2.2.2 *Prequestionamento como atividade das partes*

Ainda há posicionamento divergente e minoritário que entende o ato de prequestionar como uma incumbência das partes, na medida em que são elas quem apresentam as questões a serem dirimidas pelo Judiciário, e este seria o requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Nessa concepção, para que a exigência restasse cumprida, bastaria que as partes, tempestiva e regularmente, trouxessem a juízo suas indagações de índole federal e/ou constitucional, pouco importando se as instâncias ordinárias iriam delas conhecer, sendo suficiente que houvesse a provocação, de forma prévia, para que fossem superadas as exigências do prequestionamento.¹⁵⁷

Como bem descreve Teresa Arruda Alvim: de fato, o prequestionamento nasce como uma atividade das partes, que questionam e discutem ao longo do processo sobre as questões

¹⁵⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 253-254.

¹⁵⁷ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*. p. 144.

federais ou constitucionais. A evolução doutrinária demonstrou, porém, que, ainda que o prequestionamento pelas partes possa se revelar imprescindível, mais importante seria que a questão de direito estivesse na decisão recorrida. A postulação pelas partes perante o juízo *a quo*, portanto, não constituiria requisito do recurso especial ou extraordinário, mas ainda assim é mecanismo necessário para viabilizar o cabimento recursal.¹⁵⁸

A Constituição de 1988, porém, somente exige que a questão constitucional ou federal esteja na decisão recorrida, consolidando a supressão da necessidade de prequestionamento pelas partes. Isso, novamente, não quer dizer que essa modalidade não tenha relevância, pois, como indica José Miguel Garcia Medina, a suscitação da questão federal ou constitucional se faz necessária para que seja emitida a decisão em grau inferior, a qual, se violar norma constitucional ou federal, será posteriormente recorrível pelos recursos extraordinários *lato sensu*, como consequência do efeito devolutivo.¹⁵⁹ A postulação prévia da parte em sede ordinária é obrigatória para que determinada questão possa ser objeto de julgamento, a não ser que se trate de matéria conhecível de ofício.¹⁶⁰

O prequestionamento das partes, que ocorre antes mesmo da decisão recorrida, é essencial para que se delimite a matéria a ser devolvida ao Tribunal, o qual, após julgar a questão de índole constitucional ou federal, fornecerá a possibilidade de cabimento de recurso extraordinário ou especial, não em virtude de ter havido prequestionamento pelas partes, mas porque a decisão prolatada feriu o direito constitucional ou infraconstitucional federal.¹⁶¹

3.2.2.3 *Pquestionamento como atividade das partes e do Poder Judiciário*

Esta terceira corrente exige que a matéria, para ser conhecida pelos Tribunais Superiores, em sede de recurso excepcional, deve ser previamente suscitada pelos interessados e, posteriormente, é imprescindível que haja, no órgão recorrido, o debate acerca da questão. Esta concepção é a junção das duas anteriores e exige, para a configuração do prequestionamento como requisito de admissibilidade recursal, a presença do “binômio provocação + enfrentamento”.¹⁶²

¹⁵⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 199-202.

¹⁵⁹ “O efeito devolutivo consiste na simples reabertura de possibilidade de manifestação judicial sobre a decisão recorrida, seja por outro órgão, seja pelo mesmo órgão que a proferiu.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 624)

¹⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 229-230.

¹⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 233.

¹⁶² FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*. p. 149.

Essa linha de pensamento, inclusive, já encontrou guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em acórdão sob a relatoria do Min. Celso de Mello:

[...] A configuração jurídica do prequestionamento - que traduz elemento indispensável ao conhecimento do recurso extraordinário - decorre da oportuna formulação, em momento procedimentalmente adequado, do tema de direito constitucional positivo. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido explicitamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária. [...] (AI 730117 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, DJe 27-09-2011)

Com base nesta corrente, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini definem o ato de prequestionar, no contexto processual, como o de se ter uma questão¹⁶³ já posta no processo e esta foi enfrentada pela decisão de que se pretende recorrer. Não seria, portanto, apenas suscitar determinado ponto ao longo da lide, mas que este tenha sido abordado no pronunciamento judicial que será impugnado.¹⁶⁴

3.2.3 Súmula nº 282/STF

Dispõe a Súmula nº 282/STF, editada pela Suprema Corte no final do ano de 1963, que: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Tratou-se do primeiro enunciado que demonstrava a consolidação da exigência do requisito do prequestionamento na admissibilidade recursal extraordinária. Esta súmula é também utilizada no âmbito do recurso especial no STJ, em aplicação por analogia, conforme precedentes da Corte¹⁶⁵.

Pode-se dizer que este entendimento sumulado é resultado da interpretação literal da Constituição de 1946, em especial do art. 101, III, alíneas *a* e *b*, já citados previamente. O cabimento do recurso extraordinário era possível, pela antiga Carta Magna, “quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal” (alínea *a*) e

¹⁶³ Aqui se utiliza a definição dada por José Miguel Garcia Medina: “[...] pode-se dizer que questão é um ponto (fundamento da demanda ou da defesa) acerca do qual surgiu uma controvérsia e que, para decidir a lide, o órgão julgante resolve cada uma das questões surgidas, definindo qual dos pontos encontra-se de acordo com o direito” (MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 165).

¹⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 624.

¹⁶⁵ “Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incide nesse ponto, por analogia, a Súmula 282/STF.” (REsp 1821302/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 18/10/2019)

“quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada” (alínea *b*). José Miguel Garcia Medina considera perceptível que, no primeiro caso, menciona-se a necessidade de contrariedade da decisão recorrida, e, na segunda hipótese, há menção à necessidade de prequestionamento pelas partes. Traduziu-se, portanto, o que prescreviam as duas alíneas para a súmula citada.¹⁶⁶

Nesta mesma linha, Araken de Assis admite que o trecho final da Súmula nº 282/STF (“[...] a questão federal suscitada”) aparentemente exige a iniciativa da parte, além da existência de controvérsia no recurso que formou a decisão a ser impugnada.¹⁶⁷ Sob tal aspecto, o entendimento sumulado traduziria a concepção de prequestionamento como atividade das partes que resulta numa manifestação judicial.

Pedro Miranda de Oliveira adota uma outra linha, consignando que a Súmula nº 282/STF, na verdade, consagrou que o verdadeiro requisito de admissibilidade recursal dos recursos extraordinários será a causa decidida, e não o prequestionamento. Na sua visão, “ventilar”, verbo utilizado pelo referido enunciado, significaria “debater, abordar, discutir e, sobretudo, decidir a causa objeto do recurso”. Portanto, se o órgão que proferiu a decisão recorrida não discute, debate ou decide a matéria, por consequência a questão constitucional não foi ventilada, inviabilizando assim a admissão do recurso excepcional. Poderia se dizer, dessa forma, que a Súmula 282/STF apenas exige que haja sido ventilada na decisão recorrida a questão federal, não mencionando a necessidade de precisa indicação dos dispositivos discutidos.¹⁶⁸

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini parecem ser adeptos desse mesmo entendimento, na medida em que consideram que a Súmula nº 282/STF evidencia a necessidade de que é necessário que a questão índole constitucional ou federal tenha sido enfrentada pelo acórdão, por ser algo inerente à natureza dos recursos extraordinários, os quais são modalidades recursais de estrita revisão de direito. Afinal, o que será revisto pela Corte Superior respectiva será o que efetivamente foi decidido sobre o direito federal constitucional ou infraconstitucional, o que também afasta qualquer pretensão de revisão de como a decisão incide sobre a esfera jurídica das partes.¹⁶⁹

¹⁶⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 250.

¹⁶⁷ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 846.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Pquestionamento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo).

¹⁶⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 624.

Luis Alberto d'Azevedo Aurvalle elenca que a Súmula n° 282/STF traz justamente as duas indicações relevantes: para ser admitido o recurso, a questão federal infraconstitucional, no recurso especial, ou constitucional, no recurso extraordinário, deveria constar da decisão recorrida (“ventilada”), após ter havido provocação da parte (“suscitada”). Entretanto, mesmo com tal previsão, permaneceria íntegro o princípio de que a questão federal ou constitucional deve estar presente na decisão recorrida, sendo devidamente enfrentada. Afinal, os recursos excepcionais são recursos de revisão: revisa-se o que já foi decidido.¹⁷⁰

3.3 ESPÉCIES

A doutrina coloca algumas espécies de prequestionamento, tais como: (i) explícito, (ii) implícito, (iii) ficto e (iv) duplo, variando-se a configuração de cada tipo conforme a corrente adotada e o Tribunal Superior que analisará o recurso.¹⁷¹

Cássio Scarpinella Bueno se refere à essa classificação apenas como formas de apresentação, ou mera materialização, do que foi ou não decidido pela instância *a quo* e que, na exata proporção do que se decidiu ou se deixou erradamente de decidir, poderá ser impugnado pela via especial ou extraordinária. Importa, na verdade, é o que foi objeto de decisão e não a forma pela qual ela se apresenta. Para o autor, a dificuldade da verificação do que se decidiu e por qual fundamento não podem ser obstáculos para o acesso aos Tribunais Superiores. Logo, a forma pela qual se apresenta o prequestionamento, isto é, a própria decisão, é muito menos importante ou relevante do que se constatar o que foi objeto de enfrentamento pela instância inferior.¹⁷²

Ainda assim, considera-se útil e necessário que seja feita uma abordagem sobre essas espécies.

3.3.1 Prequestionamento explícito e implícito

No que tange à classificação e diferenciação entre prequestionamento implícito e explícito, formaram-se duas correntes.

¹⁷⁰ AURVALLE, Luis Alberto d'Azevedo. Embargos declaratórios prequestionadores no novo CPC. **Revista do Tribunal Regional Federal 4. Região**, Porto Alegre, v. 31, n. 102, maio/ago. 2020, p. 18.

¹⁷¹ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. In: **Revista de Processo**. p. 153.

¹⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. **Revista Jus Navigandi**.

Em uma delas, conforme Teresa Arruda Alvim, o prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada, e o prequestionamento explícito ocorreria quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida.¹⁷³ Para os adeptos dessa concepção, o prequestionamento explícito poderia também ser chamado de “numérico”.¹⁷⁴

Para outra corrente, porém, o prequestionamento explícito ocorre quando houver manifestação inequívoca, pelo acórdão *a quo*, da tese jurídica sob exame. Bastaria, desse modo, a decisão da questão, pouco ou nada importando a menção ao dispositivo legal ou constitucional que lhe deu sustentação. Importa, para a configuração dessa espécie, que a “causa decidida” constasse do corpo da decisão recorrida.¹⁷⁵ Segundo Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, o prequestionamento explícito demandaria que a decisão recorrida tenha se manifestado de maneira clara sobre a matéria constitucional objeto do recurso. Explícita, portanto, deveria ser a matéria objeto do recurso.¹⁷⁶

Nesta última concepção, a ocorrência do binômio entre manifestação inequívoca da tese jurídica suscitada e citação do dispositivo constitucional ou infraconstitucional impugnado constituiria o chamado prequestionamento “numérico”, no qual tem-se na origem a ventilação expressa do número do artigo pretensamente violado.¹⁷⁷ Como já mencionado neste trabalho, tem sido consignada a desnecessidade que se refira explicitamente ao número do dispositivo de que se extrai a questão federal ou constitucional, não havendo, dessa forma, grande relevância de ordem prática para o prequestionamento “numérico”.

Nesse sentido, o prequestionamento implícito seria aquele no qual a Corte *a quo* não aborda, no corpo do acórdão, a tese jurídica sustentada no recurso especial ou extraordinário, mas que, por razões lógicas e jurídicas, poderia ser considerada implicitamente decidida.¹⁷⁸ Para essa concepção, exige-se que as partes tenham efetuado explicitamente o prequestionamento, tendo a questão de direito constitucional ou federal infraconstitucional

¹⁷³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 205.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Pquestionamento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo).

¹⁷⁵ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*. p. 153-154.

¹⁷⁶ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2089-2090 *apud* MANGONE, Kátia Aparecida. **Pquestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial**. fls. 93-94.

¹⁷⁷ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*. p. 155.

¹⁷⁸ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*. p. 155.

sido suscitada pelas partes e posta à discussão perante a instância ordinária, embora não mencionada pela decisão.¹⁷⁹

A dicotomia entre prequestionamento explícito e implícito é objeto de divergência entre o STF e STJ. O STJ, numa linha mais “moderada”, assim definida por Rodolfo de Camargo Mancuso, aceita o prequestionamento implícito, definido na Corte como a “apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente”¹⁸⁰, enquanto o STF exige o prequestionamento explícito da matéria constitucional controvertida.¹⁸¹ A justificativa para tanto, no âmbito da Suprema Corte, foi colocada em acórdão de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence:

O requisito do prequestionamento assenta no fato de não ser aplicável à fase de conhecimento do recurso extraordinário o princípio *jura novit curia*: instrumento de revisão *in jure* das decisões proferidas em única ou última instância, o RE não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal a quo sobre a questão suscitada no recurso extraordinário: Sendo o prequestionamento, por definição, necessariamente explícito, o chamado “prequestionamento implícito” não é mais do que uma simples e inconcebível contradição em termos. (AI 253566 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 15/02/2000, DJ 03-03-2000)

Independentemente de qual corrente seja adotada, Nelson Nery Junior, contudo, considera irrelevante a dicotomia entre prequestionamento explícito e implícito para a caracterização do cabimento do recurso excepcional. Tal problema, segundo o autor, não existe, pois “haja ou não o prequestionamento, 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”. Em sua visão, também seria desnecessário mencionar o dispositivo impugnado para fins de prequestionamento, bastando, novamente, que o ato judicial tenha decidido a questão constitucional ou federal.¹⁸²

¹⁷⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 244.

¹⁸⁰ EREsp 155.621/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/1999, DJ 13/09/1999.

¹⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 297-298.

¹⁸² NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Leituras complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. e ampl. Salvador: Edições PODIVM, 2007, p. 67 *apud* MANGONE, Kátia Aparecida. **Pquestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial**. fls. 93.

3.3.2 Prequestionamento ficto

O prequestionamento ficto é uma espécie de prequestionamento que, na verdade, não ocorreu concretamente, sendo como sua própria denominação indica, um caso de ficção jurídica. Não houve, efetivamente, uma causa decidida na instância inferior, porém, ainda assim, considera-se ter sido cumprido o requisito do prequestionamento. Ocorre quando a decisão do órgão jurisdicional de origem, ao julgar o recurso, deixa de se manifestar sobre determinada tese a ele submetida pelas partes ou que seria apreciável de ofício.¹⁸³

É neste caso que exsurge a importância dos embargos de declaração para fins de prequestionamento. Conforme Antônio de Pádua Ribeiro, antes de interposto o recurso, deve haver um exame cuidadoso da decisão a ser impugnada para conferir se questão que pretende-se discutir foi ou não objeto de expressa apreciação pelo Tribunal de 2º grau. Se não o foi, as partes, por meio de seus advogados, deveriam insistir nessa apreciação por meio de embargos de declaração fundamentados em omissão, cuja simples oposição serviria para abrir a via excepcional.¹⁸⁴

Dessa forma, o prequestionamento ficto, segundo Katia Aparecida Mangone, a partir da interpretação da Súmula nº 356/STF, ocorreria quando persistisse a ausência de menção expressa da matéria, embora trazida em sede de embargos de declaração pela parte interessada.¹⁸⁵

Para o momento, estão apresentadas as noções gerais acerca do prequestionamento ficto e sua relação com os embargos declaratórios. Essa discussão, um dos cerne do presente trabalho, será ampliada no capítulo seguinte e terá sua devida atenção, inclusive com a abordagem da posição dos Tribunais Superiores e a análise do art. 1.025 do CPC, que é central neste tema.

3.3.3 Prequestionamento duplo

Derradeiramente, vale a menção ao chamado prequestionamento duplo. Nesta modalidade, o prequestionamento estará constituído quando o acórdão recorrido decidir a causa tanto em termos de constitucionalidade como em matérias de legalidade. Isso possibilita ao recorrente que interponha concomitantemente o recurso extraordinário e o recurso especial,

¹⁸³ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. In: **Revista de Processo**. p. 157.

¹⁸⁴ RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. p. 56.

¹⁸⁵ MANGONE, Kátia Aparecida. **Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial**. fls. 92.

quando o pronunciamento judicial tiver por base fundamentos de índoles diversas, afastando os óbices das Súmulas nº 283/STF¹⁸⁶ e 126/STJ¹⁸⁷ e possibilitando a análise recursal tanto pelo ângulo constitucional quanto pelo infraconstitucional, cada qual pela Corte Superior respectiva.¹⁸⁸

Embora seja uma espécie menos abordada pela doutrina, o prequestionamento duplo já foi mencionado pela jurisprudência do STJ¹⁸⁹, denotando a efetiva existência desta classificação.

4 USO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO

As questões inerentes ao prequestionamento foram amplamente abordadas no capítulo anterior, sendo discutidas sua origem, função, as controvérsias conceituais e as espécies classificadas pela doutrina. Há casos, porém, em que o órgão julgador se omite de enfrentar a questão federal ou constitucional e, dessa forma, o prequestionamento será cumprido se a parte que pretende recorrer oponha embargos de declaração, visando a suprir essa omissão. Sem esses embargos, e persistente o vício na decisão, o recurso extraordinário ou especial não poderá ser conhecido.¹⁹⁰

Antes do estudo dos assuntos concernentes a esse tópico, porém, é necessário primeiramente abordar de forma geral o recurso de embargos de declaração.

4.1 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

4.1.1 Noções gerais

Os embargos de declaração, diferentemente de outros recursos, não possuem como finalidade o objetivo de cassar uma decisão ou reformar seu conteúdo, mas destinam-se à obtenção do esclarecimento, integração, complementação ou à correção material da decisão

¹⁸⁶ Súmula nº 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

¹⁸⁷ Súmula nº 126/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”.

¹⁸⁸ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. In: **Revista de Processo**. p. 162.

¹⁸⁹ PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO DUPLO: CONSTITUCIONAL E INFRA. 1. Acórdão que contém fundamento constitucional e infraconstitucional. 2. Com a só interposição de recurso especial obstaculiza o seu conhecimento o teor da Súmula n. 126/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 173.719/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2000, DJ 11/06/2001)

¹⁹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 593.

recorrida, tornando-a completa e inteligível. Permitem, portanto, que a decisão seja esclarecida, complementada ou corrigida pelo próprio órgão jurisdicional que a proferiu.¹⁹¹

Os embargos declaratórios constituem-se, dessa forma, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, num “poderoso instrumento de colaboração no processo, permitindo um juízo plural, aberto e ponderado a partir de um diálogo que visa a um aperfeiçoamento da tutela jurisdicional”.¹⁹²

Como a competência para julgamento é do próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão, tem-se que, nos embargos de declaração, coincidem o juízo *ad quem* e o juízo *a quo*. Trata-se do mesmo órgão jurisdicional, e não do mesmo juiz como pessoa física.¹⁹³ Assim, se os embargos forem opostos contra a sentença, poderão ser julgados por outro magistrado que ocupe naquele momento o órgão jurisdicional.¹⁹⁴

O fato de a competência para julgamento ser do órgão judiciário que proferiu a decisão recorrida decorre da simples ideia de que só o autor do ato poderá explicá-lo ou complementá-lo. Ninguém compreenderia melhor o pronunciamento judicial objeto dos embargos do que o próprio julgador que o proferiu, encontrando-se este também em uma posição mais cômoda e vantajosa para realizar os devidos reparos ou complementações, se for o caso.¹⁹⁵

O art. 1.022 do CPC inaugura a regulação dos embargos declaratórios, já trazendo as suas hipóteses de cabimento:

Art. 1.022, CPC. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

O *caput* é claro ao prever que qualquer decisão judicial poderá ser objeto de embargos de declaração, incluindo as decisões em geral consideradas irrecorríveis, o que Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha denominam de “ampla embargabilidade”.

¹⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 587-588.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 953.

¹⁹³ Conforme Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, até seria recomendável que a mesma pessoa natural que prolatou a decisão julgasse os embargos de declaração, mas essa vinculação não é exigida, sendo que nem mesmo o CPC/1973, que previa a regra da identidade física do juiz, não aplicava tal princípio ao julgamento dos embargos declaratórios, o que se repete no CPC/2015, que não prevê a regra da identidade física do magistrado (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 341).

¹⁹⁴ GRECO, Leonardo. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 7, n. 7, 2011, p. 424.

¹⁹⁵ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 767.

Isso ocorre porque, independentemente do tipo de decisão judicial, todas devem ser devidamente fundamentadas, sendo os embargos declaratórios o instrumento destinado a corrigir vícios, aperfeiçoando a fundamentação do pronunciamento judicial.¹⁹⁶

Quanto à fundamentação dos embargos, esta, a exemplo dos recursos excepcionais, também será vinculada, devendo ser alegada no recurso a existência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. A simples alegação por si só já basta para que os embargos sejam conhecidos, sendo caso de não conhecimento dos embargos a não suscitação dessas matérias. A efetiva existência do vício na decisão recorrida é questão de mérito recursal.¹⁹⁷

Araken de Assis, em pertinente crítica, destaca como o Judiciário é relutante no julgamento dos embargos de declaração. Afinal, diferentemente de outros recursos, remetidos ao juízo *ad quem*, nos embargos compete ao próprio juiz ou órgão que emitiu o provimento apreciar a crítica que foi feita a uma decisão por ele prolatada e deliberar acerca dos defeitos apontados. Reconhecer e corrigir os próprios erros é uma questão de humildade, característica essa que não é inerente a todas as pessoas. Todavia, uma análise crítica relativa aos embargos de declaração pode ser feita às partes, que costumam opor o recurso de modo automático e protocolar, ignorando as hipóteses de cabimento e postulando reiteradamente a concessão de efeitos infringentes, sendo estes hábitos que comprometem o futuro do recurso.¹⁹⁸

É necessário que sejam tecidas algumas considerações sobre as hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios.

4.1.2 Hipóteses de cabimento

4.1.2.1 Obscuridade

Cabem embargos de declaração para “esclarecer obscuridade”. Uma decisão judicial será obscura quando for ininteligível, o que poderá ocorrer por ela ter sido mal redigida ou até por ter sido escrita em língua estrangeira ou em qualquer dialeto incompreensível, ou ainda pelo texto do pronunciamento ser de difícil ou impossível compreensão. Obscuro também é o texto dúbio, que padece de elementos organizativos mínimos e que não possui harmonia interpretativa.¹⁹⁹ A obscuridade pode decorrer também da possibilidade de a decisão ser

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 320.

¹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 321.

¹⁹⁸ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 715-716.

¹⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 330.

interpretada de maneiras diferentes, por haver defeito na expressão ou falta de firmeza na convicção do julgador, o que deve ser percebido pela leitura do texto da decisão.²⁰⁰

É, em suma, a falta de clareza nas ideias que norteiam a fundamentação da decisão, onde a concatenação e fluidez de raciocínio vêm comprometida ou porque foram expostas de maneira confusa. Será obscura também a decisão que contém erros gramaticais, de sintaxe ou concordância, desde que esses defeitos sejam capazes de prejudicar a interpretação da motivação.²⁰¹

Dessas possibilidades, depreende-se que a causa da obscuridade pode repousar tanto na dificuldade de elaboração do pensamento ou apenas em sua expressão por meio do texto decisório. Este último aspecto, conforme Araken de Assis, é o que importa aos embargos declaratórios, pois é a partir da expressão que se abstrai a causa real do defeito.²⁰²

Teresa Arruda Alvim aponta que é indiferente a localização da obscuridade, podendo ela estar localizada no relatório, no fundamento, na parte decisória ou, ainda, pode ser que surja da relação entre estes elementos.²⁰³ Já Araken de Assis considera que a obscuridade no relatório é irrelevante, pois não teria o condão de comprometer a interpretação e a aplicação do ato, e o vício só seria relevante se ocorresse na motivação ou, com especial gravidade, no dispositivo do pronunciamento judicial, o que impediria o alcance da resolução tomada.²⁰⁴

A decisão obscura ainda representa uma violação ao dever de que o pronunciamento judicial seja dotado de clareza, além de também violar o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, previsto do art. 6º do CPC²⁰⁵, na medida em que a obscuridade do órgão jurisdicional na prolação de decisão não atende ao dever de esclarecimento.²⁰⁶

Enquadrando-se o pronunciamento judicial em quaisquer dos casos narrados acima, caberão os embargos de declaração para esclarecer e corrigir o vício da obscuridade.

4.1.2.2 *Contradição*

A contradição indica a existência de duas ou mais proposições ou enunciados inconciliáveis entre si na mesma decisão judicial, podendo se estabelecer entre afirmações constantes do relatório, da fundamentação do dispositivo ou da ementa, excluindo-se do

²⁰⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 53.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. p. 547.

²⁰² ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 740.

²⁰³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 53.

²⁰⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 741.

²⁰⁵ Art. 6º, CPC. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 330.

conceito de contradição, obviamente, o antagonismo entre as razões decisórias e as alegações das partes. Para aferição de eventual contradição, o pronunciamento deve ser analisado em sua totalidade.²⁰⁷

À exemplo da obscuridade, a contradição também gera dúvida quanto ao raciocínio empregado pelo julgador, contudo, a falta de clareza neste caso não decorre de inadequada expressão de ideias, mas sim da incongruência lógica entre os distintos elementos da decisão judicial, que impedem a adequada interpretação do pronunciamento prolatado.²⁰⁸

O cabimento dos embargos declaratórios pela existência de contradição na decisão judicial visa a correção da chamada contradição interna, ou seja, daquela falta de conciliação entre dois ou mais trechos da própria decisão embargada. Não são cabíveis embargos de declaração para corrigir eventual contradição externa, que é aquela que existe entre o teor do pronunciamento recorrido e alguma prova, argumento ou elemento contido em outras peças constantes do mesmo processo.²⁰⁹

A contradição sempre constará da decisão e deve estar em um dos seus elementos ou entre os elementos do pronunciamento. Em casos excepcionais, a desarmonia poderá ser verificada quando colocados lado a lado acórdão e ementa ou ainda entre os votos declarados e o teor do acórdão.²¹⁰

4.1.2.3 Omissão

Cabem os embargos para “suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento”. Ocorre a omissão embargável quando o órgão julgador não se pronunciar a respeito de qualquer ponto ou questão relevante para a aferição da admissibilidade da tutela jurisdicional ou para a solução do mérito. Aplica-se esse conceito tanto para matérias formuladas oportunamente pelas partes quanto para aquelas que deveriam ser conhecidas de ofício.²¹¹

Teresa Arruda Alvim, didaticamente, caracteriza a omissão embargável, de forma figurativa, como um “buraco”, o qual só pode ser percebido se constatável o objeto inteiro. Isso quer dizer que as omissões impugnáveis estão contextualizadas em decisões, não se tratando de omissões absolutas (falta de uma decisão). Para saber se uma decisão contém

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. p. 954.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. p. 547.

²⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 323.

²¹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 54-55.

²¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 588.

omissão, deve-se constatar o que nela deveria constar imprescindivelmente e está efetivamente ausente no texto do pronunciamento decisório.²¹²

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha bem indicam que é dever do julgador apreciar as questões na fundamentação da decisão, ou seja, deve ele analisar os pontos controvertidos formados durante o processo. Os pontos de fato e de direito são apresentados na petição inicial pelo autor, e estes pontos tornam-se questões²¹³ de fato e de direito quando o réu os impugna, devendo o juiz posteriormente examiná-las. Ao magistrado, não cabe escolher o que deve ou não deve apreciar em sua decisão e, no momento em que deixa de analisar determinado ponto controvertido, seja de fato ou seja de direito, incorrerá em omissão, sanável por embargos de declaração.²¹⁴

O dever do magistrado de examinar pontos ou questões do processo é medido pela relevância destes. Serão relevantes os tópicos capazes de influir no resultado do processo. Mas Teresa Arruda Alvim ressalva que o critério da relevância não deve servir apenas ao ponto de vista do julgador, pois as questões que as partes julgam ser relevantes também devem ser referidas na decisão, ainda que o magistrado ou o Tribunal as considere irrelevantes.²¹⁵

Humberto Theodoro Júnior ressalta: se remanescer alguma questão arguida por uma das partes cuja solução se apresente potencialmente capaz de influir na eventual composição do litígio, o julgador não pode deixar de enfrentá-la. O descumprimento dessa obrigação, essencial ao contraditório e à completude da resolução do conflito deduzido em juízo, traduz-se em uma decisão incompleta, deficiente e passível de nulidade, para qual os embargos de declaração são o remédio para que se realize a devida correção.²¹⁶

A omissão do órgão jurisdicional a respeito de ponto sobre o qual deveria pronunciar-se constitui flagrante denegação de justiça e viola uma série de princípios e deveres constitucionais, como o direito à tutela jurisdicional²¹⁷, o direito ao contraditório²¹⁸

²¹² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 70.

²¹³ O CPC emprega tanto o termo “questão” quanto o termo “ponto”, e as diferenças entre ambos são bem delineadas por Araken de Assis: “Questão é o ponto duvidoso, de fato ou de direito, noção correlata à afirmação das partes, nos seus atos postulatórios principais; posteriormente, tornou-se dúvida acerca das razões alegadas pelas partes; por fim, apurado que as partes não duvidam, mas afirmam suas razões, com maior ou menor convicção, chegou-se ao enunciado definitivo: é o juiz que hesita, em virtude da controvérsia, transformando as alegações das partes em questões”. O mesmo autor, porém, vê que não há problema terminológico nessa discussão, podendo-se usar tanto “questão” quanto “ponto” para referir-se à controvérsia delineada no processo (ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 730).

²¹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 324-325.

²¹⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 262.

²¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 1069.

²¹⁷ Art. 5º, CF. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

como direito de influência e o correlato dever de fundamentação como dever de diálogo²¹⁹, dentre outros.²²⁰

Também se considera omissão passível de correção por embargos de declaração eventual falta de elemento da decisão, previstos no art. 489, do CPC²²¹, sendo estes o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

O relatório é onde constam os detalhes da causa e tem especial importância no sistema brasileiro pois possibilita identificar o caso concreto com aqueles tratados por precedentes eventualmente utilizados na decisão. A decisão, sem fundamentação, é nula, e por isso corrigível sua ausência por embargos. A falta de dispositivo, elemento fundamental e comum a qualquer decisão, é caso de ausência da própria decisão judicial em si, ou seja, de inexistência. Cabem embargos para suprir a falta desses três elementos ou ainda para complementá-los, quando não estiverem observando integralmente o que prescreve o art. 489 do CPC.²²²

O art. 1.022 do CPC conta com um parágrafo único que, de forma mais didática, contém hipóteses que deverão ser encaradas como omissões embargáveis, as quais já estariam inclusas na regra geral do inciso II do art. 1.022, mas que foram explicitadas para ressaltar a importância desses aspectos da fundamentação das decisões.²²³ Segue a transcrição:

Art. 1.022, parágrafo único, CPC. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

No caso do inciso I, a existência de omissão independe de prévia alegação das partes quanto à aplicabilidade da tese firmada, mas o debate quanto à sua aplicabilidade deverá ser promovido após a suscitação da omissão, por meio da intimação do embargado para

²¹⁸ Art. 5º, CF. [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²¹⁹ Art. 93, CF. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. p. 954.

²²¹ Art. 489, CPC. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

²²² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 325-326.

²²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 590.

responder sobre a questão.²²⁴ Se a tese é aplicável, cabe ao juiz aplicá-la, indicando que está seguindo a orientação estabelecida naquele precedente. Se a tese não for aplicável, também cabe ao julgador se manifestar, dessa vez demonstrando a diferença entre o caso concreto e a situação delineada para a aplicação da tese, ou ainda poderá apresentar razões que justifiquem a superação do entendimento.²²⁵

O inciso II considera omissa uma decisão que incorra nas condutas descritas no art. 489, §1º, do próprio CPC²²⁶, dispositivo esse que prevê situações em que não se deve considerar uma decisão judicial devidamente fundamentada. Servem os embargos, neste caso, como uma “técnica de correção da fundamentação da decisão”²²⁷, sendo que a explicitação demonstrada no inciso ora analisado revela a importância conferida à motivação suficiente dos pronunciamentos judiciais.

4.1.2.4 Erro material

Servirão ainda os declaratórios para corrigir erro material da decisão judicial. Erro material é aquele que pode ser verificado e corrigido pelo uso de critérios objetivos, sendo um defeito considerado manifesto, evidente, patente, notório e reconhecível à primeira vista, residindo na expressão do julgamento, e não no julgamento em si ou em suas premissas. Tem-se os seguintes exemplos de erro material: colocação equivocada da expressão “autor” no lugar de “réu”, a determinação de correção monetária brasileira sobre valor em dólar, ou até mesmo erros de cálculo, os quais jamais podem ser considerados um errôneo convencimento do juiz, mas sim erro material passível de correção.²²⁸

Essas inexatidões materiais, além de poderem ser objeto de correção por meio de embargos de declaração, são corrigíveis de ofício ou a requerimento pelo magistrado, na

²²⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 727.

²²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 589.

²²⁶ Art. 489, § 1º, CPC. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²²⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 329.

²²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 590.

forma do art. 494 do CPC²²⁹. Por isso, pode o erro material ser suscitado por simples petição, ou através de embargos de declaração, não havendo nada que impeça, inclusive, que o vício seja sanado quando levantado em embargos opostos intempestivamente.²³⁰

A alteração da decisão para corrigir o erro material não implica na prolação de um novo pronunciamento ou no rejuízo da causa, conforme entendem Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. Permite-se apenas que o magistrado corrija evidentes e inequívocos enganos involuntários ou inconscientes, retratados em discrepâncias entre o que se quis afirmar e o que se consignou do texto da decisão.²³¹

No geral, portanto, erros materiais decorrem de “lapsos na digitação do provimento”, podendo assumir especial gravidade em determinadas situações, como na colocação errada do valor da condenação, ou podem ser equívocos de menor importância, como a designação errônea da data da decisão, tratando-se de mera irregularidade. Araken de Assis considera que os embargos serão cabíveis para corrigir os erros materiais relevantes, sem prejuízo da possibilidade de correção *ex officio*, e, diferentemente do entendimento trazido no parágrafo anterior, o autor consigna que, sanado o defeito, poderia ocorrer sim a alteração do resultado do julgamento, consequência da possibilidade de, por exemplo, ser trocada a palavra “procedente” por “improcedente” na parte dispositiva da decisão após a decisão em sede de embargos.²³²

4.1.3 Efeito infringente

O efeito infringente permite com que a decisão, após acolhimento de embargos declaratórios, se altere substancialmente, modificando a sua própria essência. Isso, de fato, pode ocorrer, pois vícios como a omissão e a contradição podem, com certa naturalidade, alterar a substância da decisão embargada, e o acolhimento de embargos pode resultar na alteração do resultado do julgamento²³³, hipótese essa em que o juízo, em respeito ao

²²⁹ Art. 494, CPC. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.

²³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 629.

²³¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 321.

²³² ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 744.

²³³ Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini fornecem um exemplo, extremamente didático, de um caso hipotético em que o juiz havia julgado procedente pedido condenatório de pagamento de quantia, mas omitiu-se de examinar a questão de prescrição da pretensão de cobrança, questão alegada pela parte e conhecível de ofício pelo magistrado, sendo que uma vez que apontada a omissão em embargos de declaração e, por consequência, sendo suprida a omissão, sua constatação resultará em julgamento de mérito desfavorável ao autor, antes vencedor. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 593).

contraditório, deverá intimar o embargado para manifestar-se, conforme o art. 1.023, §2º, do CPC²³⁴, sob pena de nulidade²³⁵.

Entretanto, a atribuição do efeito infringente não deve ser regra, já que a função precípua dos embargos de declaração, como dito, não é a de obter a anulação ou modificação da decisão, mas permitir o seu aperfeiçoamento.²³⁶ O que não se admite é o emprego puro e simples dos embargos de declaração com o fim de se rediscutir aquilo que o juiz já decidiu, sendo estes portanto, embargos de caráter puramente infringente, devendo haver a rejeição do recurso nesse caso.²³⁷

O embargante não pode deduzir, como pretensão recursal dos embargos de declaração, o pedido de infringência do julgado, ou seja, de reforma da decisão recorrida. Conforme Nelson Nery Junior, a infringência poderá ocorrer quando for “consequência necessária ao provimento dos embargos”. O objetivo e a finalidade dos embargos não podem ser a infringência, a qual pode, se for o caso, se encontrar em momento posterior ao julgamento do mérito dos embargos.²³⁸ Nestes casos, a consequência do provimento do recurso será a substituição, e não a mera complementação da decisão embargada.²³⁹

Porém, os embargos de declaração com efeitos puramente infringentes poderão ser aproveitados em um caso específico, já que, em observância ao princípio da fungibilidade e conforme o art. 1.024, §3º, do CPC²⁴⁰, se permite que os embargos com a mera pretensão de produzir efeitos modificativos sejam recebidos como agravo interno, com a intimação do recorrente para complementar as razões recursais.²⁴¹

Essa previsão decorre da diferença de requisitos e finalidades entre os embargos, recurso de natureza meramente integrativa, e o agravo interno, espécie que objetiva efetivamente a modificação do julgado. Se o recorrente restar inerte a respeito dessa

²³⁴ Art. 1.023, § 2º. CPC. O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.

²³⁵ Nesse sentido: “A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a atribuição de efeitos infringentes aos Embargos de Declaração supõe a prévia intimação da contraparte, uma vez que, sem o contraditório, o respectivo julgamento é nulo.” (REsp 1611401/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/10/2016)

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. p. 549-550.

²³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 591.

²³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. até 13 de julho de 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1079.

²³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. p. 236.

²⁴⁰ Art. 1.024, § 3º, CPC. O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.

²⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 591.

intimação, o recurso não passará pelo juízo de conhecimento, por inobservância dos requisitos legais do agravo interno.²⁴²

Caso sejam acolhidos os embargos dotados de efeito modificativo, o embargado que já tiver interposto previamente outro recurso poderá, na forma do §4º do art. 1.024 do CPC²⁴³, complementar ou alterar suas razões recursais nos limites da modificação efetuada na decisão recorrida, no prazo de 15 dias. Não se trata de previsão que permite interpor um novo recurso, a não ser que a correção dos vícios embargáveis altere a natureza jurídica do pronunciamento, mas, no geral, permite-se apenas que a parte adite seu recurso para impugnar a parcela da decisão que foi modificada.²⁴⁴

4.1.4 Procedimento

Conforme o *caput* do art. 1.023 do CPC²⁴⁵, os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de cinco dias, sendo nesse aspecto a única exceção dentre as espécies recursais, as quais possuem, por regra geral, prazo de 15 dias para interposição²⁴⁶. Os embargos de declaração também não se sujeitam a preparo recursal.

A petição, a qual indicará o vício a ser debatido, deverá ser dirigida ao magistrado que prolatou a decisão, ou, se for o caso, ao relator do acórdão. O contraditório, por regra, não ocorre, exceto, na forma do §2º do art. 1.023 do CPC, na já citada hipótese de haver possibilidade de modificação da decisão pelo efeito infringente.²⁴⁷

Sendo recurso de fundamentação vinculada, os embargos de declaração não serão conhecidos pelo órgão jurisdicional julgador caso a petição de interposição não faça menção à existência de qualquer vício embargável (obscuridade, contrariedade, omissão ou erro material). Caso a narrativa trazida pelo embargante aluda às hipóteses de cabimento, porém, o recurso deverá ser conhecido para que tenha o mérito analisado.²⁴⁸

²⁴² OAB. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 801.

²⁴³ Art. 1.024, § 4º, CPC. Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

²⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 353.

²⁴⁵ Art. 1.023, CPC. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

²⁴⁶ Art. 1.003, § 5º, CPC. Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

²⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 594.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. p. 549.

O art. 1.024, *caput* e §1º, do CPC²⁴⁹, prevê prazos para julgamento dos embargos. Caso quem deva julgar seja o juiz singular de 1º grau, os embargos devem ser julgados em cinco dias e, sendo a competência dentro da esfera de Tribunal, o relator deverá apresentar os embargos em mesa na sessão subsequente e proferirá voto, devendo o recurso ser incluído em pauta automaticamente caso não haja nessa sessão.

Esses são prazos impróprios, segundo Araken de Assis, pois eventual descumprimento não trará consequências ao processo e nem impedirá o juiz ou relator de julgarem o recurso posteriormente. Mas, claro, é recomendável que os embargos de declaração sejam julgados o quanto antes, já que, decorrido muito tempo da prolação da decisão recorrida, fica mais difícil de revê-la e de rememorar outras questões referentes ao processo.²⁵⁰

No que tange aos demais efeitos dos embargos declaratórios, tem-se que, conforme o *caput* do art. 1.026 do CPC, “os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso”.

Quanto à primeira parte do dispositivo, tem-se que, por regra, a decisão recorrida por embargos produzirá efeitos no mundo jurídico assim que proferida, a despeito de oposição dos declaratórios. Ocorre que o §1º do mesmo art. 1.026 prevê que a eficácia da decisão poderá ser suspensa “pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”. Com base nesse parágrafo, o julgador poderá imprimir, a requerimento da parte, o efeito suspensivo à decisão embargada, desobrigando a parte do imediato cumprimento do provimento judicial.²⁵¹

O efeito suspensivo impede, como mencionado, a eficácia da decisão, mas isso ocorre quando o pronunciamento judicial é positivo, ou seja, de procedência. Caso a decisão seja de improcedência, o recorrente, também com base no art. 1.026, §1º, do CPC, poderá pedir a antecipação da tutela recursal, utilizando-se dos mesmos fundamentos: risco de dano e probabilidade de provimento do recurso. Teresa Arruda Alvim atribui essa possibilidade, ainda que não prevista na lei, à aplicação do princípio da isonomia.²⁵²

Cabe falar ainda quanto ao efeito interruptivo dos embargos de declaração. Uma vez opostos os embargos, interrompem-se os prazos para a interposição de outros recursos, ou

²⁴⁹ Art. 1.024, CPC. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.

§ 1º Nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente.

²⁵⁰ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 766.

²⁵¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 596.

²⁵² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 295.

seja, os prazos começaram a contar novamente desde o início, a partir da intimação da decisão da decisão dos embargos declaratórios. A interrupção aplica-se a ambas as partes, a todos os capítulos da decisão e produz efeitos mesmo quando os embargos não são conhecidos posteriormente ou sejam considerados procrastinatórios, exceto nos casos em que os embargos forem opostos intempestivamente e quando se tratar da terceira interposição sucessiva de embargos protelatórios, conduta vedada pelo art. 1.026, §4º, do CPC²⁵³.²⁵⁴

4.2 OMISSÃO DO TRIBUNAL A *QUO* NA RESOLUÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL OU FEDERAL E OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES

4.2.1 Uso dos embargos de declaração para suprir a omissão da decisão quanto à questão constitucional ou federal

Como foi amplamente demonstrado nos tópicos precedentes, a Constituição Federal prescreve que o recurso extraordinário e o recurso especial, meios de impugnação que possuem por objeto a correta aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, somente serão cabíveis quando for abordada a questão constitucional ou federal, a depender do recurso a ser interposto, na decisão recorrida. Ao exame da matéria constante do acórdão do qual se pretende recorrer e impugnar, dá-se o nome de prequestionamento.

Sendo o prequestionamento uma manifestação do órgão jurisdicional de 2º grau competente para julgamento de determinado processo, é possível que, realizada a apreciação recursal, a decisão seja prolatada sem a apreciação da questão constitucional ou federal controvertida e que deveria ter sido ali resolvida. Não houve análise da matéria, e, portanto, configurou-se uma omissão.²⁵⁵

A omissão, conforme já abordado, é um defeito da decisão que autoriza o cabimento do recurso de embargos de declaração. Dessa forma, a parte, que pretender levar a discussão resolvida em 2º grau para o âmbito excepcional, mediante recurso extraordinário ou especial, deverá, na hipótese de omissão do órgão julgador inferior, manejar embargos de declaração

²⁵³ Art. 1.026, § 4º, CPC. Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

²⁵⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 595.

²⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 362.

para sanar tal vício e impedir a inadmissão dos apelos extremos que pretender interpor. Por este meio, a parte dará ensejo, conseqüentemente, ao prequestionamento.²⁵⁶

Estes são os chamados “embargos de declaração prequestionadores”, que servem precipuamente ao propósito de prequestionar, finalidade específica que deverá ser indicada na peça dos embargos.²⁵⁷ Estes declaratórios só serão cabíveis, e só será provido o recurso excepcional posteriormente, se efetivamente existir vício na decisão impugnada, não cabendo neste momento os embargos de declaração com efeitos infringentes, objetivando modificar o acórdão recorrido.²⁵⁸

Araken de Assis ressalta a função dos embargos de declaração para suprir a ausência de decisão de determinada questão federal ou constitucional, desde que esta tenha sido suscitada pelas partes no curso do processo e constitua objeto de omissão na resolução dada no julgamento, a teor do inciso II do art. 1.022 do CPC, mediante a falta de apreciação pela maioria dos julgadores do órgão julgante. A causa não está “decidida”, conforme impõem o inciso III dos arts. 102 e 105 da CF.²⁵⁹

A questão constitucional ou federal objeto do recurso extraordinário ou especial não poderia surgir pela primeira vez nos embargos de declaração. Ou seja, pelos declaratórios não se realiza pela primeira vez o prequestionamento, do ponto de vista das partes, visto que já haveria de ter sido efetuada a provocação quando da apresentação das razões recursais. Os embargos buscariam apenas incitar o órgão julgador a suprir a omissão, e eventualmente após tal correção poderia surgir a questão de direito que pode vir a ser objeto de recurso excepcional.²⁶⁰

Naturalmente, a matéria sobre a qual se omitiu e que será tratada nos embargos deve constituir objeto do processo, não podendo se afigurar estranha às alegações prévias das partes, devendo-se reiterar que os embargos declaratórios não devem servir para trazer questões novas²⁶¹ para discussão e que não foram suscitadas oportunamente.²⁶² A competência outorgada aos Tribunais Superiores, no âmbito dos recursos extraordinários *lato*

²⁵⁶ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*. p. 157.

²⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 298-299.

²⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1727.

²⁵⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 734.

²⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 258-259.

²⁶¹ Na definição de Araken de Assis: “Nova é a questão alheia ao efeito devolutivo da apelação, cuja extensão e profundidade mereceram exame linhas antes, e que abrangem, obrigatoriamente, as questões conhecíveis ex officio [...] veda-se ao recorrente inovar a causa, estabilizada após a decisão de saneamento e de organização do processo (art. 357, § 1º), e, de resto, as alegações ou defesas omitidas sujeitar-se-ão à eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508).” (ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 733-734)

²⁶² COSTA, Guilherme Recena. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**. p. 153-154.

sensu, não lhes permite que se pronunciem originalmente sobre a questão constitucional ou federal infraconstitucional, cabendo-lhes apenas reexaminar matéria já resolvida nas instâncias ordinárias.²⁶³

Cássio Scarpinella Bueno reafirma que não pode o órgão julgador querer se dar por satisfeito com uma ou duas das diversas razões trazidas pelas partes para manter ou reformar a decisão recorrida, pois, enquanto houver fundamentos suficientes para embasar a tese recursal, a Corte *a quo* deve apreciá-los para rejeitá-los ou acolhê-los. Para configurar a “causa decidida”, na forma da previsão constitucional, deve haver prévia decisão de todas as questões relevantes para o deslinde da causa. Neste contexto, são cabíveis os embargos de declaração visando a efetivação do prequestionamento.²⁶⁴

Teresa Arruda Alvim reafirma: o recurso de embargos de declaração passou a prestar-se de forma legítima para “cobrar” do órgão julgador que proferiu a decisão a ser impugnada via recurso extraordinário ou especial para que refletisse no seu pronunciamento as discussões travadas pelas partes ao longo do processo. A finalidade será, como dito, fazer com que o órgão prolator supra tal omissão.²⁶⁵

A autora indica ainda que o dever descumprido pelo juízo, o qual faz nascer a omissão que pode dar ensejo aos embargos declaratórios, é o de incluir na decisão os fatos considerados relevantes pelas partes, e que poderiam levar a uma conclusão diferente do que consta na decisão impugnada. A possibilidade de interposição dos recursos excepcionais acaba, por muitas vezes, comprometida justamente por conta das decisões defeituosas emanadas pelos Tribunais de 2º grau, com cuja boa vontade não se deve contar como garantida.²⁶⁶

Ainda assim, não podem os embargos de declaração serem apresentados em qualquer hipótese como se fosse esse o meio de criação das condições de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, ou como se fossem os próprios declaratórios que “prequestionassem” a matéria. Os embargos devem servir como meio de “exaurimento de instância”, a fim de que se constitua a causa decidida exigida como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, visando a correção de erros procedimentais (*error in procedendo*). Dito isso, Cássio Scarpinella Bueno faz menção a três distintas hipóteses

²⁶³ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 734.

²⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. **Revista Jus Navigandi**.

²⁶⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 202.

²⁶⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 198.

relativas à relação entre casos de omissão da decisão colegiada e a possibilidade de oposição de embargos prequestionadores.²⁶⁷

A primeira delas pressupõe um caso em que, na verdade, nem haverá possibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial, porque não houve decisão acerca de matérias dessa natureza, sendo indiferente que a parte oponha embargos de declaração, já que não há omissão, contrariedade ou obscuridade quanto a teses de direito constitucional ou infraconstitucional federal.

A segunda hipótese pressupõe que a decisão deveria pronunciar-se sobre questão constitucional e/ou questão federal, mas não o fez, sendo que, nesse caso, os embargos declaratórios serão indispensáveis para que tais teses sejam devidamente enfrentadas, com a correção do vício no pronunciamento embargado.

Já o terceiro e último caso pressupõe que a decisão proferida revela o enfrentamento suficiente de uma certa tese de direito constitucional e/ou federal, não havendo a necessidade de qualquer providência antes da interposição do recurso extraordinário ou especial, cabendo ao recorrente apenas evidenciar a específica perspectiva de que houve o devido enfrentamento da questão que permite o cabimento do recurso extraordinário *latu sensu*, sendo que a forma pela qual tal tópico foi enfrentado pelo acórdão, se é clara ou evidente o suficiente, é circunstância que foge ao exame de admissibilidade.²⁶⁸

Leonardo Greco faz o alerta de que a oposição de embargos de declaração com fins prequestionadores não implica o dever do Tribunal de manifestar-se sobre toda e qualquer questão que o embargante venha nesse momento a suscitar. Dessa forma, os embargos movidos para esse fim não se distanciam das hipóteses de cabimento previstas no art. 1.022 do CPC, somente devendo ser acolhidos se a decisão efetivamente deixou de enfrentar um ponto sobre o qual deveria ter-se pronunciado, porque já debatido na instância inferior ou possível sua apreciação de ofício.²⁶⁹

Vale destacar ainda a aptidão dos embargos de declaração para tornar uma decisão definitiva. Poderia se alegar que, diante de uma decisão omissa quanto à questão constitucional ou federal, seria ela inconstitucional ou ilegal e, portanto, já apta a ser impugnada por recurso extraordinário ou especial. Porém, essa decisão não é definitiva, pois para assim ser deverão ser esgotados todos os meios recursais ordinários para reformar esse

²⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. p. 279.

²⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. p. 279-281.

²⁶⁹ GRECO, Leonardo. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. p. 435.

pronunciamento. Como a omissão é vício corrigível por embargos de declaração, deverão estes serem opostos primeiro para, só então, manejar o recurso excepcional respectivo.²⁷⁰

Por essa mesma razão que os embargos de declaração devem ser opostos em face de decisão que deixe de conhecer determinada matéria a qual o órgão julgador deveria se pronunciar de ofício. Essa decisão não será definitiva, pois foi descumprida a determinação de legal que exigia manifestação quanto à matéria conhecível *ex officio*, caracterizando a omissão e a possibilidade de serem interpostos os declaratórios, não sendo o pronunciamento, até esse ponto, definitivo.²⁷¹

Por fim, por motivos óbvios, quando a própria decisão recorrida violar a norma jurídica, não há que se falar em necessidade de prequestionamento pela parte através de embargos de declaração. Não há razão para tal exigência porque o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial já se encontra presente e, ademais, não servem os embargos declaratórios para apresentar matéria que já existe na decisão embargada.²⁷²

4.2.2 Vedação ao pós-questionamento

Não se deve, todavia, arguir a questão de índole constitucional ou federal pela primeira vez nos embargos declaratórios em face da decisão a ser impugnada pelo recurso excepcional, pois isto configura o pós-questionamento e não se confunde com o prequestionamento, e nem sequer serve para configurar e suprir suposta omissão no *decisum* recorrido.²⁷³

Enquanto o prequestionamento implica na colocação da questão discutida na decisão recorrida pelo Tribunal estadual ou regional federal, o pós-questionamento surge pela alegação da matéria de forma tardia das partes e já após ter sido prolatada a decisão recorrida. Os embargos declaratórios, nesse contexto, não são hábeis a suprir o requisito de admissibilidade e tornar o recurso excepcional cabível.²⁷⁴

²⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal.** p. 272.

²⁷¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal.** p. 286.

²⁷² MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal.** p. 259.

²⁷³ AURVALLE, Luis Alberto d'Azevedo. Embargos declaratórios prequestionadores no novo CPC. **Revista do Tribunal Regional Federal 4. Região.** p. 25.

²⁷⁴ NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial.** p. 57.

Na jurisprudência, tal entendimento é pacífico, tanto no STJ²⁷⁵ quanto no STF, trazendo-se trecho de acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello para que ilustrar essa ideia:

A tardia alegação de ofensa a norma constitucional - apenas deduzida em sede de embargos declaratórios - caracteriza omissão da parte recorrente, que se absteve de prequestionar, "*opportuno tempore*", o tema constitucional, descumprindo, assim, um típico ônus processual que lhe pertinha. Não basta só arguir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos - para não referir outros igualmente imprescindíveis - não se viabiliza o acesso a via recursal extraordinária. O prequestionamento - que configura pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário - traduz exigência indeclinável, de ordem formal, a que não se subtraem quaisquer alegações, inobstante todas estas necessariamente concernentes a temas constitucionais. (AI 133690 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 22/05/1990, DJ 03-08-1990)

Com fulcro no entendimento jurisprudencial denotado acima, Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle critica duramente a praxe dos tribunais de darem provimento, aos embargos declaratórios "apenas para fins de prequestionamento", quando a questão federal ou constitucional é ventilada originariamente nos embargos. Correto seria negar provimento aos embargos declaratórios, em face da inexistência de omissão na decisão recorrida, já que "não se pode omitir o que foi suscitado posteriormente".²⁷⁶

Ao invocar novos fundamentos em sede de embargos de declaração, o que é constatável na prática processual, a parte o faz de modo tardio. O processo deve se desenvolver sempre na direção da justa resolução do litígio, não comportando um "ir e vir desordenado" que em nada contribui para a celeridade processual. Por isso, é irrazoável que o

²⁷⁵ Nesse sentido:

"A jurisprudência desta Corte não admite o pós-questionamento, que ocorre quando, em sede de embargos de declaração, são apresentadas novas teses perante a Instância a quo." (AgInt no AREsp 1457115/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 05/09/2019)

"A pretensão de ver analisados argumentos não veiculados anteriormente, mas trazidos somente com a oposição de embargos de declaração, não configura prequestionamento, e sim pós-questionamento." (AgInt no AREsp 1027484/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 19/05/2017)

"As questões agitadas apenas em sede de embargos de declaração são inadequadas para provocar o prequestionamento, senão inadmissível tentativa de pós-questionamento." (AgRg no AREsp 589.275/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015)

²⁷⁶ AURVALLE, Luis Alberto d'Azevedo. Embargos declaratórios prequestionadores no novo CPC. **Revista do Tribunal Regional Federal 4. Região**. p. 22.

Tribunal seja compelido a manifestar-se sobre questões que deveriam ter sido levantadas previamente pelo jurisdicionado e somente o foram posteriormente ao julgamento.²⁷⁷

Dessa forma, conforme Antônio de Pádua Ribeiro, o prequestionamento é consonante com o princípio da eventualidade, segundo o qual as partes devem suscitar assim que puderem todas as questões a serem objeto da decisão, não podendo deixar para fazê-lo em momento posterior ou quando bem entenderem, surpreendendo os demais litigantes.²⁷⁸

4.2.3 Afastamento do caráter protelatório dos embargos de declaração prequestionadores – Súmula nº 98/STJ

Via de regra, os embargos de declaração com caráter protelatório são punidos, na forma dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 1.026 do CPC²⁷⁹, em basicamente quatro etapas: (i) condenação do embargante em multa no valor de até 2% sobre o valor da causa; (ii) aumento da multa até o patamar de 10% sobre o valor da causa, se reiterados os embargos protelatórios; (iii) condicionamento da interposição de qualquer novo recurso ao pagamento de depósito prévio no valor da multa; (iv) inadmissão de novos embargos de declaração caso os anteriores houverem sido considerados protelatórios.

Tais sanções se justificam pelo fato de que muitas vezes a finalidade dos embargos de declaração é distorcida, constituindo instrumento hábil, sob variados pretextos, para postergar o trânsito em julgado da decisão e a preclusão das demais vias recursais. Concretamente, entretanto, é difícil traçar regras gerais para caracterizar o intuito protelatório dos embargos, o qual, segundo a lei processual, deverá ser manifesto. Tal constatação dependerá do caso concreto e da aferição do ânimo do recorrente.²⁸⁰ Porém, no geral, pode-se

²⁷⁷ OAB. **Novo código de processo civil anotado**. p. 803.

²⁷⁸ RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. p. 55.

²⁷⁹ Art. 1.026, CPC.

[...]

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

²⁸⁰ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 779-780.

concluir que os embargos manifestamente protelatórios possuem por escopo unicamente retardar o andamento do processo.²⁸¹

Entretanto, quando opostos com a finalidade de suprir uma omissão que impede a configuração do prequestionamento, os embargos de declaração não possuem caráter protelatório, conforme a Súmula nº 98/STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

A finalidade da utilização do mecanismo será a viabilização do recurso especial ou extraordinário o qual a parte pretende interpor e, justamente por isso, os embargos de declaração não poderão ser considerados protelatórios.²⁸² Neste caso, o intuito do recorrente passa longe de ser unicamente o de retardar o andamento processual.²⁸³

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha consignam que, para que o Tribunal afaste a aplicação do enunciado, deve exercer um forte ônus argumentativo, fundamentando e demonstrando, de forma precisa, as razões pelas quais os embargos de declaração não teriam o intuito de obtenção do prequestionamento e seriam, dessa forma, protelatórios.²⁸⁴

Rodolfo de Camargo Mancuso adverte ainda quanto à necessidade de os próprios advogados se atentem para o fato de que os embargos com a finalidade preparatória de recurso extraordinário ou especial devem ser prequestionadores, e não destinados a efetuar pós-questionamento, com o agito da questão constitucional ou federal apenas no corpo dos próprios embargos.²⁸⁵

Nessa toada, o STJ firmou precedente qualificado a partir do julgamento do Tema Repetitivo nº 698 (REsp 1410839/SC), fixando a seguinte tese: “Caracterizam-se como protelatórios os embargos de declaração que visam rediscutir matéria já apreciada e decidida pela Corte de origem em conformidade com súmula do STJ ou STF ou, ainda, precedente julgado pelo rito dos artigos 543-C e 543-B, do CPC²⁸⁶”. O acórdão de julgamento, relatado pelo Min. Sidnei Beneti, consignou ainda que:

[...] o sistemático cancelamento da multa em casos como o presente, à invocação da Súmula STJ n. 98, incentiva a recorribilidade abusiva e frustra o elevado propósito de desincentivar a interposição de recursos

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. p. 958.

²⁸² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 364.

²⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. p. 958.

²⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 365.

²⁸⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. p. 300.

²⁸⁶ Os dispositivos mencionados referem-se ao CPC/1973 e tratavam de regular a sistemática de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

manifestamente inviáveis, seja no Tribunal de origem, seja neste Tribunal. (REsp 1410839/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 22/05/2014)

Portanto, se o embargante visa apenas suprir a exigência constitucional, ainda que aja por precaução e não tenha convicção do vício capaz de ser eliminado pelos embargos de declaração, o recurso manejado não poderá ser considerado protelatório, incidindo a Súmula nº 98/STJ, a não ser que o propósito de prequestionar esteja ausente, o que afasta a incidência do enunciado. Tais embargos declaratórios acabam, por muitas vezes, sendo imprescindíveis em razão da incerteza quanto à orientação jurisprudencial adotada pelo Tribunal que apreciará o recurso excepcional.²⁸⁷

Essa mencionada incerteza, a qual permeia o STF e o STJ, é especificamente abordada no tópico seguinte.

4.3 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO USO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO

Tratou-se da possibilidade de o órgão jurisdicional de 2º grau deixar de decidir acerca da questão constitucional ou federal infraconstitucional e, portanto, inviabilizar o devido preenchimento do prequestionamento enquanto requisito de admissibilidade recursal. Viu-se, também, que a oposição de embargos de declaração é meio hábil para suprir essa omissão e, efetivamente, “decidir a causa”.

Dessa forma, surge a questão: e se os embargos de declaração forem rejeitados pelo órgão julgador? Será considerado que foi efetuado o prequestionamento? Será demandado do recorrente que tome mais alguma atitude?

A lei processual permite a oposição de novos embargos de declaração, o que poderia ser uma saída nesse caso, mas há o risco de que novos declaratórios, além de não oferecerem uma solução ao problema, podem render em desfavor do embargante a aplicação da multa do art. 1.026, §2º, do CPC, na pior das hipóteses.²⁸⁸ Logo, não parece ser essa a saída hábil ao recorrente caso os embargos para fins de prequestionamento não sejam acolhidos.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram orientação jurisprudencial no sentido de apresentar soluções às questões previamente apresentadas. Entretanto, as respostas dadas foram distintas, conforme será destacado em sequência.

²⁸⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal.** p. 268-269.

²⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil.** p. 362.

4.3.1 Orientação do Supremo Tribunal Federal – Súmula n° 356/STF

A linha adotada pelo STF consiste na adoção do chamado prequestionamento ficto. Em sendo assim, alegando-se a matéria anteriormente ou constituindo essa questão que devesse ser conhecida de ofício e o Tribunal *a quo* não a aprecia, a exigência do prequestionamento estaria preenchida com a simples oposição de embargos de declaração, mesmo que o órgão julgador persistisse na omissão. O simples ato de opor os declaratórios, nessa perspectiva, é suficiente, pouco importando o resultado do julgamento.²⁸⁹

O entendimento da Suprema Corte está na consagrada Súmula n° 356/STF:

Súmula n° 356/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.

O STF, a partir desse enunciado, considera que a continuidade da omissão não pode prejudicar a parte que havia alegado a questão e a reiterado nos embargos de declaração²⁹⁰. Logo, a oposição dos declaratórios, em tal situação, basta para preenchimento do requisito do prequestionamento, ainda que o Tribunal recorrido se mantenha omissis.²⁹¹ A Suprema Corte expressamente consignou que a falta de prequestionamento é suprida pelos embargos de declaração, “ainda quando sobre o ponto não se haja manifestado a decisão que os rejeitou”, em razão da aplicação da Súmula n° 356/STF.²⁹²

A posição do STF, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, não é dotada da mesma propriedade técnica do entendimento do STJ quanto a essa matéria, o qual será estudado adiante, mas está em conformidade com os princípios da segurança jurídica, economia e celeridade processual. Nessa concepção, o prequestionamento é o resultado de uma ficção jurídica criada pelo somatório de uma decisão omissa e dos embargos de declaração opostos, facilitando o acesso da parte ao STF, não se permitindo que houvesse

²⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 363.

²⁹⁰ “A rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, a contrario sensu, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador. A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas, se opostos, o Tribunal a quo se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte.” (RE 214724, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 02/10/1998, DJ 06-11-1998)

²⁹¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. p. 398.

²⁹² RE 273791, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 15/08/2000, DJ 15-09-2000.

prejuízo por conta de uma omissão reiterada do órgão prolator, constante da decisão objeto do recurso extraordinário.²⁹³

Araken de Assis considera que o enunciado do STF acaba por impor às partes uma “liturgia estéril”, no sentido de demandá-las que interpussem embargos de declaração no caso de a questão surgir e ser decidida no próprio julgado impugnado, o que seria fruto da errônea concepção de prequestionamento como atividade das partes.²⁹⁴ Em tese, não seriam cabíveis embargos nesse caso pois não haveria qualquer omissão na decisão, já que a tese surgiu no próprio pronunciamento recorrido, e assim os declaratórios serviam meramente para suprir a exigência de prequestionamento, ainda que, em seu mérito, fossem desprovidos.²⁹⁵

Na interpretação de José Miguel Garcia Medina, a Súmula n° 356/STF dispõe que não pode ser objeto de recurso extraordinário o ponto que foi omitido pela decisão, não obstante a oposição dos declaratórios. Logo, a súmula não admitiria a interposição de recurso extraordinário com base em questão ventilada nos embargos, mas não apreciada no acórdão.²⁹⁶

Medina ainda assenta seu entendimento quanto à contrariedade da Súmula n° 356/STF em relação à Constituição Federal. Para o autor, ainda que permanecesse a omissão quanto à questão constitucional suscitada, mesmo após interpostos os embargos declaratórios, não deixaria de ser cabível o recurso extraordinário, pois restariam violados dispositivos constitucionais referentes ao dever de fundamentação das decisões e ao devido processo legal. Ou seja, exige-se da parte que interponha embargos de declaração, sendo que a decisão recorrida já aborda uma questão constitucional que pode vir a ser objeto de recurso extraordinário. Portanto, a Súmula n° 356/STF contraria o texto constitucional justamente por demandar da parte mais do que já lhe é exigida nos permissivos dos recursos excepcionais.²⁹⁷

4.3.2 Orientação do Superior Tribunal de Justiça – Súmula n° 211/STJ

Volta-se à pergunta feita anteriormente: a simples interposição de embargos de declaração teria, por si só, a aptidão de prequestionar a matéria objeto do recurso excepcional? Viu-se que, no STF, a resposta seria afirmativa. Entretanto, o STJ traz um entendimento diametralmente oposto, a teor da sua Súmula n° 211:

²⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1735.

²⁹⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 948.

²⁹⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 203-204.

²⁹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 263.

²⁹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 263-267.

Súmula n° 211/STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

A orientação do STJ é a de que nas situações em que o Tribunal *a quo*, mesmo provocado pela oposição de embargos de declaração, não analisa a questão de índole federal, o recurso especial não será admissível. É indiferente a iniciativa do recorrente quanto à tentativa de fazer com que a instância *a quo* decida sobre uma questão por ele levantada. Indispensável, para essa corrente, não é a iniciativa da parte, mas o que efetivamente foi decidido.²⁹⁸

Este entendimento, porém, não predominou nos primeiros anos de existência da Corte. Cássio Scarpinella Bueno leciona que, inicialmente, o STJ posicionava-se sobre o tema no sentido de que a parte que apresentava embargos declaratórios para fins de prequestionamento não poderia ser sancionada por ter apresentado o recurso de forma protelatória, o que ecoou na edição da Súmula n° 98 da Corte, aqui já tratada.²⁹⁹ Precedentes da época indicavam, inclusive, uma inclinação para a adoção da Súmula n° 356/STF.³⁰⁰

Contudo, em meados da década de 1990, a orientação do STJ mudou e passou a entender que a mera apresentação dos embargos de declaração não era suficiente para fins de prequestionamento e para que houvesse uma decisão apta de reexame pela via do recurso especial. Confira-se excerto de um dos primeiros precedentes que evidenciam a alteração do entendimento da Corte:

[...] Não vale o argumento de que os embargos de declaração opostos teriam suprido os necessários debates e decisão prévios. Faz-se imprescindível que os embargos sejam acolhidos para que seja sanada a possível omissão constante de v. acórdão embargado. Se o órgão julgador persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no apelo nobre a ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja o órgão julgador emitido juízo explícito. [...] (REsp 43.622/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/1994, DJ 27/06/1994)

²⁹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. **Revista Jus Navigandi**.

²⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. p. 277.

³⁰⁰ Nesse sentido: “Como dito, o presente recurso visa à revogação da multa de um por cento cominada por seus embargos de declaração haverem sido julgados protelatórios. Referidos embargos foram opostos para fins de pré-questionamento, o que é perfeitamente admissível. A súmula n° 356 da Suprema Corte em verdade exige tais embargos para que se possa admitir a posteriori o recurso extraordinário. [...] Pelo exposto, conheço do recurso pela alínea ‘a’ do admissivo constitucional, dando-lhe provimento para afastar a multa de um por cento a que se refere o acórdão.” (REsp 17.801/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/1992, DJ 29/06/1992)

O requisito de admissibilidade recursal, a partir de então, só estaria preenchido caso os declaratórios fossem providos, e é essa a conclusão que se tira da Súmula n° 211/STJ, a qual literalmente colide com a Súmula n° 356/STF.³⁰¹

Na visão de Pedro Miranda de Oliveira, a Súmula n° 211/STJ impôs uma interpretação própria acerca do pressuposto da “causa decidida”, em clara discordância com a posição adotada pelo STF. Sua incidência, inclusive, poderia ser considerada, por si só, uma inconstitucionalidade, afrontando o conceito fornecido pelo art. 105, II, da CF, e pelo próprio STF, ao que seria a “causa decidida”, também acrescentando um requisito de admissibilidade que não encontra guarida na CF.³⁰²

Conforme Márcio Carvalho Faria, o entendimento sumulado do STJ acaba por causar um enorme desprestígio ao princípio constitucional da razoável duração do processo, pois acaba acarretando um duplo trabalho ao Judiciário e aumenta a possibilidade de que o jurisdicionado tenha seu recurso especial inadmitido em meio à necessidade de interposição de tantos recursos e à exigência de diversos requisitos formais.³⁰³

Daniel Amorim Assumpção Neves considera que o entendimento trazido por este enunciado até possui propriedade técnica, já que, realmente, sendo o acórdão omissivo quanto à matéria que se pretende alegar em sede de recurso excepcional e rejeitados os embargos de declaração, a omissão persiste conjuntamente com a ausência de prequestionamento. Entretanto, tal propriedade técnica está em descompasso com a realidade da prática forense, tornando o preenchimento do prequestionamento uma árdua missão para as partes interessadas em recorrer pela via do recurso especial.³⁰⁴

Noutro viés, Cássio Scarpinella Bueno considera que a diretriz empregada pela Súmula n° 211/STJ é que mais corretamente atende ao “modelo constitucional de direito processual civil”, derivado do art. 105, II, da CF, o qual demanda a existência de uma causa decidida. Ou seja, recorre-se do que efetivamente foi decidido, e não do que, mesmo tendo sido pedido, não o foi. A função de revisão e controle da legislação federal infraconstitucional que o STJ exerce no recurso especial pressupõe uma prévia decisão anterior e, se nada se

³⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. p. 277-278.

³⁰² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/15**. p. 261-262.

³⁰³ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In: Revista de Processo*. p. 158-160.

³⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1728.

decidiu a respeito, não há padrão de confronto com a legislação federal para fins de recurso especial.³⁰⁵

Nesse mesmo sentido é a visão de José Miguel Garcia Medina, que vê na Súmula nº 211/STJ não uma violação ao disposto no art. 105, III, da CF, mas um instrumento que lhe dá efetivo cumprimento. A exigência constitucional é a de que deverá haver manifestação expressa sobre a questão federal, decidindo-a, e os embargos de declaração não levam necessariamente a isso, já que o Tribunal poderá entender que não houve omissão, e assim os declaratórios seriam incabíveis. Sendo esse o caso, apesar da oposição dos embargos, o acórdão não terá se manifestado sobre a questão federal supostamente omitida, não cabendo recurso especial com base em tal matéria.³⁰⁶

Ocorre que a orientação do STJ leva também a uma compreensão de que, em eventual não acolhimento dos embargos declaratórios prequestionadores, a parte deveria interpor recurso especial abordando a violação às regras relativas ao cabimento dos próprios embargos de declaração. O Tribunal local, por não acolher os embargos, viola as regras de lei federal dispostas no CPC quanto ao dever de suprir omissões, e é essa matéria a ser discutida no recurso especial.³⁰⁷

O STJ, na vigência do CPC/1973, tratou dessa possibilidade da seguinte forma: “Se o tribunal recorrido permanece silente, mesmo após a manifestação dos embargos declaratórios, é possível aventar, no recurso especial, a alegativa de ofensa ao art. 535, II do CPC³⁰⁸; ao invés de se apontar como violados os dispositivos legais que não foram objeto do necessário prequestionamento”.³⁰⁹

Neste cenário, o recorrente deverá alegar *error in procedendo* por manifesto vício de atividade, e, sendo o recurso especial acolhido com base nesses fundamentos, o STJ irá determinar o retorno dos autos à instância *a quo*, a qual deverá decidir a questão de fundo, o que possibilitará, após nova decisão, que o interessado interponha recurso especial para análise do mérito, se for o caso.³¹⁰

³⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC a propósito dos 30 anos de instalação do STJ. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**. p. 72.

³⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 273.

³⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. p. 593.

³⁰⁸ Equivalente ao art. 1.022, inciso II, do CPC/2015.

³⁰⁹ REsp 242.128/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 18/09/2000.

³¹⁰ FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In*: **Revista de Processo**. p. 159-160.

Logo, quando a rejeição dos embargos é errada, abre-se o ensejo para a interposição de recurso especial para correção deste vício, com base nas hipóteses do art. 1.022 do CPC, justamente para que se busque a decisão da causa, requisito constitucionalmente imposto para admissibilidade do recurso especial e para o recurso extraordinário.³¹¹

O recurso especial, nestes casos, possui caráter meramente rescindente em relação ao julgado proferido pela Corte *a quo*. O provimento do recurso será para o fim de anular o acórdão, determinando-se ao Tribunal recorrido que julgue os embargos de declaração para decidir sobre a matéria neles veiculada, até então não decidida.³¹²

4.3.3 Considerações acerca da divergência entre os entendimentos adotados por STF e STJ

Os próprios Tribunais Superiores passaram a admitir a diferença entre as linhas jurisprudenciais de ambos em seus próprios julgamentos, como se percebe da seguinte abordagem adotada pelo STJ:

[...] O Supremo Tribunal Federal, diferentemente desta Corte Superior, adota o chamado prequestionamento ficto, ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios, ainda que sejam rejeitados, sem nenhum exame da tese constitucional, bastando que esta tenha sido devolvida por ocasião do julgamento. 3. A mera alegação do dispositivo extraído do relatório desenvolvido pelo relator configura narração, não sendo considerada efetiva manifestação valorativa sobre o tema tratado, não preenchendo, assim, o requisito do prequestionamento. [...] (AgRg no REsp 1462068/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 23/03/2015)

No STF a situação não é distinta, havendo a admissão da divergência entre as linhas divergentes adotadas entre as Cortes, inclusive com a ressalva de que, com isso, não haveria violação a garantias processuais constitucionais, como se lê de acórdão relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence:

[...] A falta de manifestação do tribunal a quo sobre as normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos declaratórios (Súmula 356); mas, o entendimento, adotado no STJ, de que a oposição dos embargos não afasta, em tais hipóteses, a falta de prequestionamento

³¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. **Revista Jus Navigandi**.

³¹² BUENO, Cassio Scarpinella. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC a propósito dos 30 anos de instalação do STJ. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**. p. 73.

(devido a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariedade ao art. 535 do Cód. Proc. Civil), embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF - e, por via de consequência, com sua fonte normativa (CF, arts. 102, III, e 105, III) -, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário. (AI 198631 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/11/1997, DJ 19-12-1997)

A diferença entre as linhas adotadas pelo STF e STJ não diz respeito tão somente à função dos embargos declaratórios para a configuração do prequestionamento, mas indicam também uma distinção de pensamento quanto ao que cada Tribunal entende por prequestionamento. Nesse sentido, pode-se apontar que para o STJ, prequestionamento aparenta ser “o conteúdo da decisão da qual se recorre”, enquanto, para o STF, prequestionamento pretende ser mais o “material impugnado pelo recorrente”, noção indicada pela referência aos embargos de declaração, do que, propriamente, o que foi efetivamente decidido pela decisão recorrida.³¹³

José Miguel Garcia Medina considera que a divergência jurisprudencial existente quanto à configuração do prequestionamento é “inadmissível”. Com razão, o autor aponta que o teor dos arts. 102, III, e 105, III, que disciplinam o cabimento do recurso extraordinário e especial, é idêntico. A distinção entre os entendimentos do Tribunal Superiores representa um embaraço ao acesso das partes às instâncias superiores e uma falha na função dessas Cortes de promover a unidade de entendimento acerca do direito constitucional e federal.³¹⁴

As decisões do STF e do STJ deveriam funcionar como espécie de “modelo de atuação”, servindo de parâmetro para julgamentos futuros proferidos pelos demais órgãos jurisdicionais. Espera-se, ainda que a própria jurisprudência dos Tribunais Superiores se oriente no mesmo sentido, fortalecendo o entendimento outrora manifestado. Especificamente quanto ao prequestionamento, essas Cortes vão no sentido contrário de sua missão constitucional, propiciando um resultado oposto do esperado ao contribuírem para a “confusão” quanto aos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais.³¹⁵

Araken de Assis destaca o ponto de vista das partes em relação a tal divergência. Considerada a hipótese de afloração simultânea de questões de caráter constitucional e federal no mesmo julgado, por exemplo, a diferença entre as linhas adotadas passa a ser

³¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. *Revista Jus Navigandi*.

³¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 276-277.

³¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. p. 277.

“potencialmente desorientadora”, capaz de tornar a um só tempo admissível o recurso extraordinário, porque foram opostos os declaratórios, e inadmissível o recurso especial, em caso de não acolhimento dos embargos. Caberia ao STF unificar os entendimentos, pois os requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu* são previsão constitucional, porém a própria Suprema Corte se desincumbiu desse ônus, entendendo inviável o exame dos pressupostos de cabimento do recurso especial, pois a ofensa à CF, nesse caso, seria indireta ou oblíqua.³¹⁶

4.4 A REGRA DO ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.4.1 A adoção da tese do prequestionamento ficto (Súmula n° 356/STF) pelo Novo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 buscou contribuir para a superação da problemática frequentemente enfrentada pela parte que necessita atender o pressuposto do prequestionamento para fins de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial e que encontrava resistência, por parte do Tribunal *a quo*, ao pronunciar-se sobre os embargos de declaração opostos para esse fim. A inovação foi no sentido de adotar a orientação aplicada pelo STF, consagrada pela Súmula n° 356 da Suprema Corte.³¹⁷

O art. 1.025 do CPC de 2015, portanto, dispõe o seguinte:

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

A pretensão de tal dispositivo, conforme Cássio Scarpinella Bueno, é a de encerrar a controvérsia entre os Tribunais Superiores, consagrando, a um só tempo, “os embargos de declaração prequestionadores” e os “usos e costumes” que ensejaram a elaboração do conceito de prequestionamento ficto, aquele que resulta da simples apresentação de embargos de declaração independentemente de acolhimento, a partir da Súmula n° 356/STF. A noção empregada pelo art. 1.025 enfatiza a iniciativa do recorrente em discutir determinada questão em detrimento do próprio conteúdo da decisão recorrida.³¹⁸

³¹⁶ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 737-738.

³¹⁷ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 1077-1078.

³¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC a propósito dos 30 anos de instalação do STJ. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**. p. 71.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, a adoção do art. 1.025 deve ser efusivamente comemorada, consagrando a superação da Súmula nº 211/STJ em um momento em que, conforme o autor, o STF parecia pontualmente estar acenando para o afastamento da tese do prequestionamento ficto³¹⁹. O novel dispositivo seria, justamente por isso, mais que bem-vindo.³²⁰

Nesse sentido, Pedro Miranda de Oliveira atesta que a Súmula nº 211/STJ teria sido revogada pelo art. 1.025 do CPC, pois este cristaliza o entendimento de que basta a oposição dos embargos de declaração para que seja considerado preenchido o requisito da “causa decidida”, possibilitando que tal pressuposto seja cumprido ainda que de maneira tácita.³²¹ O autor considera que veio em boa hora o art. 1.025 do Novo CPC, que visa colocar fim à polêmica a respeito de como deve ser preenchido o requisito de admissão recursal à via excepcional.³²²

O novo Código, dessa forma, reconhece a possibilidade de os embargos declaratórios viabilizarem o reconhecimento direto das omissões apontadas pelo próprio órgão responsável pelo julgamento do recurso extraordinário ou especial, os quais serão “preparados” pelos embargos opostos das decisões dos Tribunais de 2º grau. Nesse sentido, para a melhor organização do debate perante as Cortes Superiores, é recomendado que as omissões sejam destacadas preliminarmente no recurso excepcional interposto.³²³

Teresa Arruda Alvim cuida de destrinchar o dispositivo. A primeira parte indica que o artigo diz respeito apenas à possibilidade de se requerer que se supra uma omissão no acórdão recorrido, já que ali seria inclusos os elementos suscitados para fins de prequestionamento. Esta omissão poderia se referir tanto a questões de fato quanto de direito,

³¹⁹ O autor cita os seguintes precedentes para embasar a sua preocupação:

“Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.” (ARE 707221 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 04-09-2013)

“A agravante não aduz qualquer argumento capaz de infirmar o que restou decidido. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido da inadmissibilidade do chamado prequestionamento implícito ou ficto [...]. Nem se argumente que, surgida a alegada omissão no acórdão dos embargos, estaria a parte desincumbida de opor novos embargos para sanar essas aventadas novas omissões. Inexiste o denominado prequestionamento intuitivo alegado pela agravante.” (AI 764757 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 19-12-2013)

³²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1728 e 1735.

³²¹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/15**. p. 262.

³²² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Prequestionamento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomos: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo).

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. p. 957.

tendo em vista que o legislador não distingue esses elementos e tal leitura privilegiaria um modelo de processo mais eficiente. A segunda parte do dispositivo, por sua vez, faz menção a todos os defeitos embargáveis (“erro, omissão, contradição ou obscuridade”), abrindo a possibilidade de que a parte possa embargar do acórdão e alegar não só omissão, mas também erro, contradição e/ou obscuridade, visando efetivar o prequestionamento. Há, portanto, um descompasso entre as duas partes do artigo, pois a primeira parece sugerir que a regra se aplica exclusivamente aos casos de omissão, enquanto a segunda parte abertamente sugere que o embargante alegou erro, omissão ou obscuridade e o Tribunal *a quo* não conheceu ou desproveu os embargos.³²⁴

Estaria o STF ou o STJ, dessa forma, autorizado a corrigir o erro, sanar a contradição e esclarecer o que estava obscuro. O que parece, ainda segundo Teresa Arruda Alvim, é que o legislador de 2015 permitiu ao Tribunal Superior, órgão *ad quem*, a praticamente “julgar” os embargos indevidamente inadmitidos ou improvidos. De toda a forma, a autora considera difícil imaginar que o dispositivo possa desempenhar papel relevante em casos que não sejam de omissão do órgão julgador *a quo*.³²⁵

Cássio Scarpinella Bueno tece críticas ao art. 1.025 do CPC, considerando possível defender sua inconstitucionalidade por se tratar de um ato normativo infraconstitucional que se dispõe a tratar com ânimo definitivo de uma matéria com raiz constitucional, que é o exercício da competência recursal excepcional. Além disso, o dispositivo seria uma expressão da chamada “jurisprudência defensiva” dos Tribunais, na medida em que representa óbice de caráter meramente formal e contrário aos ditames do direito processual civil brasileiro destinado ao não conhecimento de recursos.³²⁶

4.4.2 A interpretação do STJ sobre o art. 1.025 do CPC

Enquanto o STF parece ter adotado pacificamente a adoção da regra do art. 1.025 do CPC, afinal, trata-se da consagração do entendimento histórico da Suprema Corte acerca da tese do prequestionamento ficto³²⁷, o STJ aponta para o sentido contrário, discorrendo regras próprias para a aplicação do novel dispositivo.

³²⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 211.

³²⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. p. 211-212.

³²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC a propósito dos 30 anos de instalação do STJ. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**. p. 75-76.

³²⁷ Nesse sentido: “O entendimento dominante no STF sempre foi no sentido de que o ponto omitido pelo acórdão recorrido, desde que opostos embargos de declaração e diante da recusa da instância de origem em se manifestar sobre ele, é passível de apreciação no recurso extraordinário, sem a necessidade de arguição de nulidade do acórdão. Ou seja, o STF sempre admitiu o prequestionamento ficto, suavizando, claramente, a

Na mais recente interpretação feita pelo STJ acerca do art. 1.025, entende-se que só haverá o prequestionamento ficto quando a não apreciação pela Corte local da questão federal ali suscitada em embargos de declaração for reconhecida pela Corte Superior como “verdadeira e indevida recusa daquele tribunal de sanar existente erro, omissão, contradição ou obscuridade constante do acórdão embargado”.³²⁸ Há precedentes ainda que exigem do recorrente a expressa indicação de violação do art. 1.022 do CPC (hipóteses de cabimento dos embargos de declaração) para que se admita o prequestionamento ficto, providência essa que Daniel Amorim Assumpção Neves considera exagerada.³²⁹

Quanto a esse último posicionamento, tem-se notado uma crescente recente de precedentes nesse sentido. O seguinte trecho de acórdão sob a relatoria da Min. Nancy Andrighi representa bem tal corrente:

[...] 03. Inviável a análise de violação de dispositivos de lei não prequestionados na origem, apesar da interposição de embargos de declaração. 04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. [...] Ocorre que esse dispositivo de lei não foi objeto de prequestionamento, e nem mesmo sob os auspícios do art. 1.025 do CPC/15 pode ser analisado, primeiro porque não foi aduzida a necessária e prévia violação ao art. 1.022 do CPC/15 neste recurso especial, condição sine qua non para se perquirir sobre a incidência do art. 1.025 do CPC/15, e segundo, porque não há, no particular, omissão do Tribunal de origem, tendo em vista que o pedido de interrupção do prazo prescricional está claramente delineado na petição de apelação interposta pelos agora recorrido [...] (REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017)

Observa-se a proliferação desta posição adotada em uma série de outros julgados³³⁰, havendo inclusive julgamentos em que, pela não indicação expressa de violação ao art. 1.022

austeridade literal do enunciado constante de sua Súmula nº 356/STF. [...] O art. 1.025, do CPC/2015, apenas agasalhou o entendimento dominante no STF, cristalizado na Súmula nº 356/STF, consagrando o prequestionamento ficto.” (ARE: 1271070 SP 0025355-84.2004.4.03.6100, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 08/09/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 21/10/2020)

³²⁸ Nesse sentido: AREsp 1549892/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019; AgInt no REsp 1680099/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 02/02/2018; AgInt no REsp 1635060/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 24/10/2017.

³²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. p. 1728.

³³⁰ Citam-se como exemplo os seguintes e recentes precedentes: AgInt no REsp 1873700/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2021, DJe 20/08/2021; AgInt no AREsp 1851497/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2021, DJe

do CPC nos embargos declaratórios prequestionadores, reconhece-se a aplicação do óbice Súmula nº 211/STJ, supostamente revogada após a entrada em vigor do CPC de 2015:

[...] Para a admissão do prequestionamento ficto previsto no art. 1.025 do CPC/2015, exige-se que, no recurso especial, seja suscitada e demonstrada a violação do artigo 1.022 do CPC/2015, a fim de possibilitar ao órgão julgador verificar a existência do vício imputado ao julgado de origem, o qual, uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei, o que não ocorreu no caso. Inafastável, portanto, a aplicação da Súmula n. 211/STJ. [...] (AgInt no AREsp 1766896/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2021, DJe 14/06/2021)

Numa leitura pragmática do art. 1.025, feita por Araken de Assis, inexistiria a necessidade de invalidar o julgado recorrido, passando o Tribunal Superior a conhecer e julgar diretamente da questão constitucional ou federal. Também, em tese, não seria necessário que se alegasse ofensa à hipótese de cabimento dos embargos de declaração. Mas, como visto, o STJ decidiu em sentido contrário quanto a esse tópico, entendendo que, para se analisar a questão fictamente decidida, o julgado recorrido deve realmente apresentar o vício alegado pela parte, embora assim não entendesse o Tribunal *a quo*.³³¹

Dessa forma, a jurisprudência do STJ estabeleceu uma série de critérios próprios, cumulativos, que seriam imprescindíveis para a aplicação do art. 1.025. O julgamento dos EDcl no REsp 1861806/SC, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, cita de forma detalhada quais seriam esses requisitos: *a)* que o recorrente em recurso especial tenha suscitado na Corte de origem o tema em sede de embargos de declaração para fins de prequestionamento; *b)* que os declaratórios tenham sido inadmitidos ou rejeitados pela Corte de origem; *c)* que haja perante este Superior Tribunal de Justiça a interposição do recurso especial pela violação ao art. 1.022, do CPC, a fim de que seja examinada a preliminar de mérito referente ao erro, omissão, contradição ou obscuridade; *d)* que examinada a preliminar de mérito - violação ao art. 1.022, do CPC - o STJ considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade; *e)* que o tema seja relevante para o deslinde da causa (art. 489, §1º, IV, CPC), ou seja, que possa sozinho alterar o resultado do julgamento; e *f)* que não seja imprescindível o retorno dos autos à Corte de origem para suprir o erro, a omissão, a contradição ou a obscuridade. A falta de um desses requisitos importaria na inadmissão do recurso especial ou no retorno dos autos ao Tribunal de origem, caso isso se considere

19/08/2021; AgInt no AREsp 1826698/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2021, DJe 01/07/2021).

³³¹ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. p. 738.

imprescindível para sanar o defeito na decisão recorrida. Este precedente, editado recentemente, é essencial para se compreender a orientação do STJ em relação ao art. 1.025 do CPC, pois de sua leitura depreende-se ainda que, para a Corte, a sua Súmula n° 211 não teria sido revogada pela entrada em vigor do novo diploma processual.³³²

5 CONCLUSÃO

Após todas as considerações feitas neste estudo, é possível concluir, indubitavelmente, que os embargos de declaração desempenham uma função fundamental na admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial. Não é viável que se fale em admissão dos recursos excepcionais sem falar em prequestionamento, e não se pode falar de prequestionamento sem que se mencione a possibilidade de uso dos embargos declaratórios para preenchimento deste pressuposto.

Os recursos extraordinários *lato sensu*, por sua natureza, necessitam do prequestionamento. Não há como se cogitar a existência de modalidades recursais de fundamentação vinculada e destinadas à análise de estrito direito pela via excepcional sem que os pronunciamentos decisórios emanados pelos Tribunais de 2º grau, os quais as partes pretendem reformar, abordem de alguma forma as matérias que serão objeto de revisão. Só assim, as Cortes Superiores terão o subsídio necessário para efetuar a análise recursal por meio de recurso extraordinário ou especial.

Nesse sentido, pode-se afirmar com segurança, graças ao apoio doutrinário e jurisprudencial, que está firmado o entendimento de que o prequestionamento se constitui, de fato, a partir da manifestação judicial quanto às questões suscitadas pelas partes no processo.

O prequestionamento nasce como uma atividade exclusivamente das partes, como a própria expressão sugere. Entretanto, a evolução do texto constitucional relegou esta ideia, consagrando a noção de que a admissibilidade recursal excepcional depende não da mera suscitação de questões pelas partes, fator esse que não deixa de ter sua devida importância, mas sim da existência e da constatação da causa decidida, devendo haver uma decisão definitiva e que tenha devidamente enfrentado os argumentos levantados pelas partes.

Com isso, é seguro afirmar que o termo “prequestionamento” é obsoleto e não traduz a realidade, sendo que sua utilização atualmente está basicamente condicionada à consolidação de tal expressão pela doutrina e pelos precedentes dos Tribunais Superiores. As

³³² EDcl no REsp 1861806/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2021, DJe 26/02/2021.

primeiras Constituições brasileiras foram as que deram ensejo à criação de tal verbete, enquanto os textos constitucionais mais recentes trataram de retirar qualquer referência a essa ideia.

Ainda que seja majoritariamente pacífica a adoção da ideia de prequestionamento, enquanto requisito de admissibilidade recursal, como uma atribuição majoritariamente exercida pelo Poder Judiciário, isto não resolve por si só as problemáticas envolvidas no caminho processual que os jurisdicionados devem percorrer até terem seu recurso de ordem excepcional analisado pelas Cortes Superiores. Isto porque o STF e o STJ, alheios à sua função de uniformizar a interpretação e aplicação das normas jurídicas, acabam adotando orientações diametralmente opostas e incompatíveis entre si no que tange a algumas noções conceituadas relacionadas ao prequestionamento.

A primeira divergência relevante está no fato de que o STF adota apenas a tese do prequestionamento explícito, ou seja, o texto da decisão deve ser claro na resolução da questão constitucional suscitada, enquanto o STJ, num entendimento mais aberto, admite o chamado prequestionamento implícito, abrindo a possibilidade de que se conclua que determinado Tribunal *a quo* tenha adotado certa tese jurídica, ainda que não a tenha mencionado expressamente. Porém, como se viu, a dissonância maior se encontra nos entendimentos divergentes adotados quanto ao uso dos embargos declaratórios para o fim de prequestionamento.

Felizmente, tem-se como pacífica a possibilidade de utilização dos declaratórios para a finalidade de suprir omissões nas decisões emitidas pelos Tribunais de 2º grau e, dessa forma, garantir que as questões jurídicas relevantes, sejam de índole constitucional ou federal infraconstitucional, estarão efetivamente decididas no acórdão recorrido, abrindo assim as portas para a possibilidade de interposição e julgamento de recurso extraordinário ou especial.

A função dos embargos, nesse sentido, é fundamental, pois somente essa espécie recursal, entre aquelas previstas no Código de Processo Civil, parece ter a aptidão de garantir o efetivo prequestionamento. Ao se pleitear pela manifestação de determinado órgão colegiado sobre certa questão de direito, não se quer, necessariamente, que o entendimento previamente adotado seja, sumariamente, alterado, mas apenas se pretende que os julgadores reconheçam a omissão em que incorreram, se efetivamente existente, e a corrijam, possibilitando a configuração do prequestionamento.

Mesmo assim, a utilização dos embargos de declaração pelas partes recorrentes é cercada de percalços, causados, majoritariamente, pela divergência dos entendimentos sumulados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais

preveem consequências, mais uma vez, totalmente distintas, para a específica hipótese de inadmissão ou desprovimento dos declaratórios na origem.

O STF, a partir da sua Súmula n° 356, previu a possibilidade do prequestionamento ficto, facilitando a efetivação do requisito de admissibilidade recursal para as partes, já que, nessa linha, bastará a oposição dos embargos de declaração para que o prequestionamento restasse configurado. Considera-se que as partes não podem ser prejudicadas por uma postura muitas vezes desidiosa das Cortes estaduais e regionais federais, então criou-se um meio que acaba por facilitar a missão dos jurisdicionados no acesso à Suprema Corte, para que então seja realizado o julgamento do recurso extraordinário.

Já o STJ adotou a Súmula n° 211 e repeliu a possibilidade de que o prequestionamento fosse considerado preenchido apenas por conta da oposição de embargos de declaração. Teria que haver o efetivo pronunciamento da questão federal na decisão recorrida, e a parte não poderia ser beneficiada de qualquer forma no caso de não acolhimento dos embargos utilizados para o fim de prequestionar a matéria. Portanto, o STJ, enquanto adota postura mais moderada no que tange à aceitação da tese do prequestionamento implícito, opta agora por uma postura mais ferrenha em relação ao STF, afastando a ideia do chamado prequestionamento ficto.

No meio de orientações completamente antagônicas, entra em vigor o Código de Processo Civil de 2015, que, através do art. 1.025, opta pela adoção da linha jurisprudencial do STF, considerando incluídos na decisão recorrida os pontos que a parte suscita nos embargos declaratórios para fins de prequestionamento, ainda que estes não sejam acolhidos.

Porém, mesmo contando-se agora com um dispositivo legal para regular a matéria, a controvérsia não teve fim. O STJ continua, por muitas vezes, a adotar a sua Súmula n° 211, mesmo que o texto do enunciado seja frontalmente contrariado pelo CPC/2015. Além disso, a Corte tem demandado uma série de requisitos para que seja realizada a aplicação do art. 1.025, impondo mais um ônus para a parte que deseja ter seu recurso especial admitido e julgado.

A orientação do STF é mais favorável à parte, de fato, enquanto o STJ tem uma posição mais técnica, que valoriza a necessidade de que se tenha uma causa efetivamente decidida, através de uma decisão que contenha em seu texto todos os elementos que serão analisados pela via excepcional. O art. 1.025 do CPC, embora nitidamente voltado a pacificar esses entendimentos, não tem tido sucesso na sua pretensão, pois, muito embora o STF possa agora se escorar neste dispositivo para fundamentar sua posição, o STJ ainda reluta em aplicar a tese do prequestionamento ficto sem criar óbices próprios para tanto.

Para além de determinar qual postura é a mais correta, se é a do STF ou do STJ, fato é que quem tem sido mais prejudicado com tal discussão é o próprio jurisdicionado, que se vê obrigado a agir de maneiras distintas perante uma situação quase idêntica. Os requisitos constitucionais de admissibilidade do recurso extraordinário e especial são os mesmos, ressalvada a previsão de repercussão geral para o primeiro caso, mas a configuração do exigido prequestionamento pode ser diametralmente antagônica para essas duas hipóteses.

O STF tem a aptidão de encerrar esta discussão e uniformizar o entendimento acerca das consequências da inadmissão dos embargos de declaração utilizados para o estrito fim do prequestionamento. Afinal, prequestionamento, ou causa decidida, é requisito de admissibilidade previsto na Constituição Federal, sendo, portanto, matéria cuja análise é de competência da Suprema Corte. Mas, infelizmente, o STF não parece ter a efetiva pretensão de tomar atitudes nesse sentido. Quem perde, novamente, são as partes e a prática forense como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 145-161.

ALVIM, Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>>. Acesso em: 14 ago. 2021.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Teresa. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

AURVALLE, Luis Alberto d'Azevedo. Embargos declaratórios prequestionadores no novo CPC. **Revista do Tribunal Regional Federal 4. Região**, Porto Alegre, v.31, n.102, p. 17-25, maio/ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1981)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2021.

_____. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. **Organiza a Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. **Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 21 jul. 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 19 jul. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, n. 1. Brasília: STJ, 2006. Disponível em <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, n. 5. Brasília: STJ, 2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_5.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, n. 6. Brasília: STJ, 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_6.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, n. 9. Brasília: STJ, 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, n. 15. Brasília: STJ, 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, n. 26. Brasília: STJ, 2011. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_26.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília: STJ.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Súmula do STF**, atualizado em 1º de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno [recurso eletrônico]**. Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas e controle das decisões jurisdicionais**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 274.

_____, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3024>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____, Cassio Scarpinella. Uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC a propósito dos 30 anos de instalação do STJ. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC: volume 3**. 1. ed. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blach, 2019. p. 67-77.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 109-123.

COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 4. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1878.

COSTA, Guilherme Recena. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03092012-153037/pt-br.php>>. Acesso em: 29 jul. 2021.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento. *In*:

Revista de Processo, São Paulo, ano 37, v. 211, 143-190, set. 2012.

FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082011-105138/pt-br.php>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. **Repercussão geral das questões constitucionais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-082405/pt-br.php>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GOUVÊA, Luís Felipe Espindola. **Precedentes vinculantes e meios de impugnação no CPC/15**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GRECO, Leonardo. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 7, n. 7, 2011, p. 418-436.

LIMA, Alcides de Mendonça. Recurso extraordinário e recurso especial. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 135-144.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 12. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11.672/2008, 12.322/2012 e emendas regimentais do STF e do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MANGONE, Kátia Aparecida. **Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial**. 2010. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____, Luiz Guilherme; _____, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC n° 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____, José Carlos Barbosa. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 163-170.

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

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. até 13 de julho de 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

OAB. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Recurso especial – Algumas questões de admissibilidade. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 177-189.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/15**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____, Pedro Miranda de. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**: volume 3. 1. ed. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blach, 2019, p. 395-414.

_____, Pedro Miranda de. Prequestionamento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/187/edicao-1/prequestionamento>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 49-65.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de divergência**: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

ROSAS, Roberto. A causa como pressuposto do recurso. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 209-213.

SÁ, Danielle Carlomagno Gonçalves de. **A repercussão geral da questão constitucional**: uma análise crítica. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-26022015-161417/pt-br.php>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

SÁ, Renato Montans de; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Processo civil III**: recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça**: edição comemorativa 15 anos. Brasília: STJ, 2005, p. 349-365.

_____, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso especial – visão geral. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 91-107.

_____, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, volume 3. 25. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011.

STJ encerra o ano forense com redução de 7,1% no acervo processual. **Superior Tribunal de Justiça**. 18 dez. 2020. Disponível: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18122020-STJ-encerra-o-ano-forense-com-reducao-de-7-1--no-acervo-processual.aspx>>. Acesso em: 28 set. 2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Evolução do Acervo do STF (Histórico)**. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=ea8942c2-79fa-494f-bf18-ca6d5a3bfb43&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>>. Acesso em: 28 set. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal – vol III. 49. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisprudencial** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.