

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em
Direito Processual Civil

Raphael Montalvão Corrêa

**O PREQUESTIONAMENTO SOB A ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Brasília - DF
Jan/2011

Raphael Montalvão Corrêa

**O PREQUESTIONAMENTO SOB A ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no curso de Pós Graduação *Lato Sensu* de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Macedo Garcia Neto

**Brasília – DF
Jan/2011**

Raphael Montalvão Corrêa

**O PREQUESTIONAMENTO SOB A ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Monografia apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no curso de Pós Graduação *Lato Sensu* de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Dedico o presente trabalho aos meus pais e a minha namorada pelo amor e carinho e ao meu orientador pela atenção e pelo tempo dedicados.

RESUMO

A diferença de tratamento dado pelas Cortes Superiores, mais especificamente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao prequestionamento é de grande importância para os operadores do direito, já que eles têm de saber como cada um desses tribunais lida com esse requisito para que o seu recurso – especial ou extraordinário - seja conhecido e julgado. Apesar de ser tradicionalmente visto como um requisito de admissibilidade constitucional implícito, ainda há divergências na doutrina e nos tribunais estudados acerca de seu conceito e de sua natureza jurídica. Esse instituto se torna ainda mais controverso quando se questiona a sua constitucionalidade e legalidade e quando ele é analisado no âmbito do AI 375.011 (por meio do qual o STF relativizou a necessidade do prequestionamento) e no âmbito de matérias de ordem pública e de recursos de terceiro. Busca-se no presente estudo debater o prequestionamento dentro dos temas apresentados acima (conceituação, natureza jurídica, constitucionalidade, legalidade, possibilidade de sua relativização e confronto com matérias de ordem pública e com recursos de terceiro), dando aos operadores do direito mais uma compreensão diferente sobre este tema.

Palavras-chave: Prequestionamento – Conceito. Constitucionalidade. Legalidade. Relativização. Matérias de Ordem Pública. Recurso de Terceiro.

Abstract

The difference of treatment given by Superior Courts, particularly by “*Superior Tribunal de Justiça*” (STJ), and by “*Supremo Tribunal Federal*” (STF) to the institute of “*prequestionamento*” is a very important matter for the people who works in the Superior Courts, since they need to understand how each of these courts deals with this specific requirement in order to have their special or extraordinary appeal judged. In spite of being traditionally understood as an implied constitutional eligibility requirement, there is no uniform understanding about its concept in doctrine and in the decisions of the studied tribunals (STJ and STF). “*Prequestionamento*” becomes even more controversial when its constitutionality and its legality are discussed, when it is analyzed in the scope of the AI 375.011 (an appeal by which the STF has milden the need of “*prequestionamento*”), in the scope of public matters, or even in cases of a third person appeal. In conclusion, the main goal of this study is to debate “*prequestionamento*” inside the presented themes above pointed (its concept, constitutionality, legality, and its confrontation with rules of public matters and with a third person appeal), in order to give to the people that works in the Courts studied a different sight of this subject.

Key words: “*Prequestionamento*” – Concept. Constitutionality. Legality. Milden. Matter of Public Policy. Third Person Appeal.

Sumário

Introdução	9
Capítulo 1 - A História do Prequestionamento	14
Capítulo 2 - Conceito, Natureza Jurídica e Tipos de Prequestionamento	18
2.1 – Conceito:	18
2.2 – Natureza Jurídica do Prequestionamento	20
2.2.1– Distinção entre o Juízo de Admissibilidade e o Juízo de Mérito dos Recursos	22
2.2.2 – Requisitos Intrínsecos e Extrínsecos de Admissibilidade dos Recursos.	26
2.2.2.1 – Breve Explicação sobre os Requisitos Intrínsecos	27
2.2.2.2 – Breve Explicação sobre os Requisitos Extrínsecos	28
2.2.3 – Requisitos Constitucionais de Admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário.	30
2.2.3.1 – Causas Decididas em Última ou Única Instância	31
2.2.3.2 – Hipóteses de Cabimento Específicas do Recurso Extraordinário	33
2.2.3.3 – Hipóteses de Cabimento Específicas do Recurso Especial	34
2.3 – Tipos de Prequestionamento	35
Capítulo 3 - Diferença do Prequestionamento no STJ e no STF	39
3.1 – Prequestionamento Implícito X Explícito	39
3.1.1 – Adoção do Prequestionamento Implícito pelo STJ	40
3.1.2 – Adoção do Prequestionamento Explícito pelo STF	44
3.1.2.1 – Divergência Doutrinária sobre a Adoção Do Prequestionamento Explícito pelo STF	46
3.2 – Prequestionamento Direto (Súmula 211 do STJ) X Prequestionamento Ficto (Súmula 356 do STF)	50
3.3 – Dispensa do Prequestionamento pelo STF	53
Capítulo 4 - Breve Discussão acerca da Constitucionalidade e Legalidade do Prequestionamento	57
Capítulo 5 - Prequestionamento no Recurso de Terceiros:	62
Capítulo 6 - Prequestionamento em Matéria de Ordem Pública	68

6.1 – Breve Conceito de Normas de Ordem Pública	68
Conclusão	76
Referências	79

Introdução

No âmbito desse trabalho será analisada a diferença de entendimento entre Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do instituto de prequestionamento, um dos requisitos de admissibilidade mais importantes e controversos dentre os existentes no recurso extraordinário e no recurso especial.

Estudar a diferença do prequestionamento no âmbito dos principais tribunais de cúpula do Poder Judiciário nacional é de extrema importância, já que os operadores do direito têm de saber como cada um desses tribunais lida com esse requisito para que o seu recurso – especial ou extraordinário - seja conhecido e julgado.

Mesmo sendo o prequestionamento um requisito de admissibilidade antigo, como diria Cassio Scarpinella Bueno¹ em consagrado texto sobre o tema, até hoje ele causa temor aos representantes judiciais que militam no foro dos Tribunais Superiores, em função da falta de uniformização na definição de critérios específicos para a sua configuração, situação que dá ensejo à subjetividade do julgador na sua apreciação, a ponto de a mesma questão encontrar-se prequestionada aos olhos de um, enquanto que aos olhos de outro, não.

Nos dias de hoje, a necessidade de sistematização do instituto do prequestionamento encontra-se cada vez maior, já que ele varia de sentido até mesmo entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, órgãos de cúpula do Poder Judiciário, aos quais cabe a uniformização da interpretação do ordenamento jurídico brasileiro no plano das normas constitucionais e da legislação federal.

Essa diferença de entendimento entre os dois órgãos de cúpula do Poder Judiciário nacional contraria, até mesmo, a sistematização constitucional. Ora, como

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem Tem Medo do Prequestionamento? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>>. Acesso em: 11 out. 2009.

será visto mais adiante, sendo o prequestionamento um requisito de admissibilidade constitucional para a apreciação dos recursos especial e extraordinário, como pode o Supremo Tribunal Federal (órgão responsável pela uniformização do entendimento das questões constitucionais) tolerar um entendimento diferente por parte do Superior Tribunal de Justiça, ainda mais quando este entendimento é mais rígido do que o defendido por aquele órgão?

Essa falta de uniformização vem causando grande debate no âmbito do processo civil, mais especificamente, no tocante a três situações que serão tratadas mais adiante: a) a obrigatoriedade do prequestionamento nos recursos interpostos por terceiros; b) a obrigatoriedade do prequestionamento em matérias de ordem pública e, por fim, c) a possibilidade de os tribunais superiores dispensarem este requisito para julgarem recursos que repute serem de suma importância para o interesse público.

Como se pode perceber, este panorama tem causado uma grande insegurança jurídica aos cidadãos, fato que justifica o presente estudo.

É nesse contexto que se formulam os problemas dessa pesquisa: o que é o prequestionamento, qual a diferença de interpretação deste instituto entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e se há necessidade de uniformização do prequestionamento por esses tribunais?

O tema de estudo desse trabalho está situado no Direito Público, mais precisamente, no Direito Constitucional e no Direito Processual Civil, devendo as respostas aos problemas acima serem pesquisadas em doutrina específica desses ramos do direito e na jurisprudência dos tribunais que são objeto desse estudo (STJ e o STF).

De forma sucinta, pode-se dizer que prequestionamento é um requisito de admissibilidade previsto de forma implícita no texto constitucional atual, específico para o conhecimento dos recursos especial ou extraordinário, exigindo que o tribunal de origem tenha se manifestado sobre o mérito do recurso especial ou extraordinário.

Apesar de a definição de prequestionamento colocada acima ser relativamente simples, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal classificam o instituto do prequestionamento em várias espécies, tendo cada um dos tribunais estudados, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, adotado tipos específicos de prequestionamento.

Conforme será visto no terceiro capítulo desse trabalho, o Supremo Tribunal Federal, para julgar o mérito do recurso extraordinário exige o prequestionamento explícito (de acordo com o qual se exige que o artigo de lei tenha sido expressamente citado pelo acórdão objeto de recurso) e o prequestionamento ficto (tipo de prequestionamento que considera se considera ocorrido com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito dos embargos).

Contrariamente, o Superior Tribunal de Justiça, para julgar o mérito dos recursos especiais, exige que tenha havido o prequestionamento implícito (aquele em que não há a necessidade de que se faça menção expressa ao artigo de lei que embasou a decisão) e o prequestionamento direto (não haverá o prequestionamento quando o tribunal estadual não decidir a questão após a interposição dos embargos de declaração, devendo o recorrente, nesse caso, interpor recurso especial por violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem).

É importante ressaltar, mais uma vez, que essa diferença de tratamento acerca do prequestionamento entre os dois principais tribunais nacionais resulta em grandes dificuldades para os operadores do direito, já que eles têm de adequar os seus recursos às exigências particulares de cada tribunal.

Ao se visualizar os tipos de prequestionamento adotados pelos tribunais estudados, percebe-se que o STJ e o STF adotam tipos de prequestionamento contrários, excludentes uns dos outros. Logo, pode um recurso especial ser conhecido e julgado pelo STJ e, interposto recurso extraordinário contra a decisão proferida pelo STJ, não ser julgado pelo STF por falta de prequestionamento.

Para acabar com esse problema, é necessário que o Supremo Tribunal Federal, por ser um tema diretamente relacionado ao Direito Constitucional, uniformize os requisitos recursais nacionais, dando mais segurança e cientificidade ao Direito pátrio.

Para que se possa abordar o tema do prequestionamento nesses moldes, o presente trabalho será dividido em seis capítulos principais, sendo essa primeira parte, a introdução.

No primeiro capítulo, será vista a parte histórica do instituto, com o objetivo de entender como os tribunais superiores (STJ e STF) o tratam, e como foi formado o seu conceito.

No capítulo dois, será visto o seu conceito atual, a sua natureza jurídica e os tipos de prequestionamento.

No terceiro capítulo, será abordada a diferença de tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça a esse instituto, sempre remetendo o leitor ao arcabouço histórico apresentado no primeiro capítulo. No fim desse capítulo trataremos de forma breve sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal de dispensar o prequestionamento, tendo-se em vista que essa decisão pode ter sido um marco daquele tribunal de flexibilizar esse instituto, escolhendo o seu dever constitucional de prover a devida prestação jurisdicional em detrimento de um formalismo exacerbado.

No quarto capítulo será discutida a constitucionalidade do prequestionamento, discutindo aonde ele se encontra previsto, se podem os tribunais de cúpula discordar quanto ao seu conceito e, se os tribunais podem dispensá-lo quando entenderem que o julgamento do recurso interposto melhor convém ao interesse público, em detrimento à obediência ao formalismo do juízo de admissibilidade.

No quinto capítulo será discutido se o prequestionamento é obrigatório nos recursos interpostos por terceiros e, no sexto capítulo, haverá o debate sobre a obrigatoriedade do mesmo nas questões de ordem pública.

Por fim, serão apresentadas as conclusões que resultaram do presente estudo, a fim de contribuir para a uniformização e com o maior entendimento do prequestionamento por parte dos juristas e dos tribunais nacionais.

A História do Prequestionamento

Freqüentemente, afirma-se na doutrina, que a natureza jurídica do prequestionamento é ser um dos requisitos específicos indispensáveis ao conhecimento dos recursos extraordinários “*lato sensu*” (recursos extraordinário “*stricto sensu*” e recurso especial), cabíveis contra decisões dos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais, nas hipóteses das alíneas, do inciso III, dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal.

Ou seja, a maioria da doutrina entende ser o prequestionamento um requisito específico implícito no texto constitucional, o qual seria indispensável para a feitura do juízo de admissibilidade e, por conseqüência, para o conhecimento dos recursos especial e extraordinário.

Por outro lado, o prequestionamento pode ser conceituado como o debate e a decisão de uma questão constitucional ou federal pela instância “a quo” antes de ser levada para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, apesar de todo o estudo sobre esta matéria, os principais tribunais do país ainda divergem sobre esse tema, tendo o STJ adotado tipos de prequestionamento diferentes do adotado pelo STF.

Para saber e entender este conceito, é importante saber um pouco mais sobre a história desse instituto.

De acordo com José Miguel Garcia Medina², a exigência do prequestionamento no Brasil é antiga, mais precisamente desde os tempos da Constituição republicana de 1891, a qual o previa expressamente.

Segundo o artigo 59, 3, §1º, a, daquela Constituição, era cabível o recurso extraordinário “quando **se questionasse** sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos estados fosse contra ela”. (Grifo nosso).

² MEDINA, José Miguel Garcia. **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial**, 4.ed. São Paulo: .RT, p. 215-16.

Assim, eram necessários dois requisitos para que o interessado interpusse recurso para o Supremo Tribunal Federal; 1) questionar a validade ou a aplicação de tratados e de leis federais no tribunal estadual e 2) que a decisão desse tribunal tenha sido dada de forma contrária a validade deste tratado ou desta lei federal.

Assim, a ligação desta norma constitucional com o atual instituto do prequestionamento encontra-se no verbo questionar. Ainda de acordo com Garcia Medina,³ a intenção do constituinte originário de 1891 ao utilizar esse verbo, era que a questão a ser levada para o Supremo Tribunal Federal levantasse controvérsia a ser decidida por esse tribunal.

Logo, o questionamento não seria a manifestação contrária da decisão recorrida contra a lei federal, mas sim, a controvérsia anterior acerca da validade do tratado ou da lei federal, e que determinou que a decisão recorrida se manifestasse a respeito. Explicando melhor este raciocínio, para que houvesse o questionamento e, por consequência, fosse cabível o recurso para o Supremo Tribunal Federal, era somente necessário que antes da questão ser levada ao Supremo Tribunal Federal, que ela fosse debatida e decidida pela corte estadual, não importando quem a houvesse suscitado (a parte ou, até mesmo, o próprio magistrado de ofício).

Esta norma constitucional foi sendo repetida até a Constituição de 1946, que modificou o instituto do prequestionamento ao retirar do seu texto o verbo “questionar” para a hipótese de violação da lei federal ou de tratado, mas o manteve em relação à validade da lei federal em face da constituição.

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 (Grifo nosso);

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
(Grifo nosso)

³MEDINA, José Miguel Garcia. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial, 4ª Ed. São Paulo, Editora RT, pág. 217-18.

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.

Outra modificação importante em relação ao prequestionamento em 1946 adveio da interpretação jurisprudencial sobre o instituto. De acordo com essa interpretação, haveria o prequestionamento quando a decisão recorrida houvesse adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal. Assim, o prequestionamento estaria na decisão recorrida, não sendo decorrência da anterior postulação das partes perante o grau inferior.

Após a Constituição de 1946 esses entendimentos foram conjugados, havendo, ainda hoje na jurisprudência, decisões que se manifestam no sentido de que o prequestionamento seria a manifestação da parte na instância inferior somada à decisão desta referida instância.

Essa divergência somada à redação da Constituição de 1946 fez o STF editar em 1963 as suas duas súmulas que versam sobre o prequestionamento: a súmula 282 e a súmula 356, que têm como texto:

S. 282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada⁴.

S. 356 - 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.⁵

No entanto, por conta desses entendimentos divergentes, ocasionados pelas mudanças de redação das referidas Constituições (1891 e 1946), que a doutrina e a jurisprudência de hoje têm tido dificuldades de conceituar o instituto do prequestionamento, fato que resultou em uma dupla aplicação do instituto.

⁴ Súmula disponível no site do Supremo Tribunal Federal:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acessado em 20/10/2010.

⁵ Súmula disponível no site do Supremo Tribunal Federal:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acessado em 20/10/2010.

A Constituição de 1988 tornou ainda mais complexa a compreensão do instituto do prequestionamento, já que ela não tratou expressamente do prequestionamento no inciso III, dos artigos 102 e 105, fato que suscitou várias dúvidas sobre se esse instituto havia sido recepcionado pelo texto constitucional.

Com o passar do tempo, tanto a doutrina, quanto os tribunais entenderam que o termo “causas decididas” escrito nos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, seria um previsão implícita do prequestionamento, sendo esse, portanto, um requisito constitucional.

Esse entendimento levou ao STJ a publicar as súmulas 98 e 211, as quais determinam:

S.98 – Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.⁶

S.211 - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo".⁷

No entanto, apesar de todo o debate sobre esse tema, atualmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotam tipos diferentes de prequestionamento.

⁶ Súmula disponível no site do Superior Tribunal de Justiça: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acessado em 20/10/2010.

⁷ Súmula disponível no site do Superior Tribunal de Justiça: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acessado em 20/10/2010.

Conceito, Natureza Jurídica e Tipos de Prequestionamento

2.1. Conceito

A obtenção do conceito de prequestionamento tem sido uma tarefa bastante complicada, pois não existe uniformidade de pensamento nem doutrina, nem na jurisprudência nacional.

Como pode ser observado a partir de sua história, o termo prequestionamento teve origem com as nossas primeiras constituições federais, quando elas determinavam que o recurso extraordinário somente seria cabível quando se questionasse sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos estados fosse contra ela.

Assim, o termo prequestionamento foi cunhado com base em uma interpretação literal do artigo 59, 3, §1º da Constituição Federal de 1891, já que o recurso extraordinário somente seria cabível quando fosse previamente questionada a validade, ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão dos tribunais estaduais fosse contrária a este questionamento.

Note-se que neste contexto histórico o termo e a exigência do prequestionamento fazem todo o sentido, já que estavam ambos previstos de forma expressa e inequívoca na Constituição Federal.

Até a Constituição Federal de 1946, era unânime o entendimento de que bastava ao autor, ou ao réu, ou até mesmo ao magistrado, de ofício, questionar a validade de tratados ou de lei federal para que o requisito do prequestionamento fosse preenchido. No entanto, após essa Constituição, esse entendimento foi mudado, passando os magistrados a defender a tese de que somente haveria o prequestionamento quando a decisão recorrida houvesse adotado entendimento explícito sobre o tema de direito questionado. Assim, o prequestionamento estaria na decisão recorrida, não sendo decorrência da anterior postulação das partes perante o grau inferior.

Após essa mudança radical de entendimento, criou-se uma terceira corrente que passou a defender que o prequestionamento seria a junção destas duas correntes anteriores. Desse modo, para que o prequestionamento existisse, seria necessário que as partes questionassem o tribunal acerca de um tratado, ou de uma lei federal e que o tribunal se manifestasse explicitamente sobre estas questões.

A partir da Carta de 1967, foi retirado do texto constitucional o termo questionar ao se tratar das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, substituindo-o pela expressão causa decidida em última ou única instância, expressão que foi mantida na atual Constituição Federal.

Em conclusão, desde a Constituição Federal de 1891 até a atual, existem 3 (três) conceitos distintos de prequestionamento: o primeiro que defende que o prequestionamento é o ato de suscitar a questão controvertida, seja pelas partes, seja pelo tribunal recorrido. O segundo conceito vê o prequestionamento como ônus do órgão jurisdicional, o qual deveria se posicionar de forma explícita sobre a questão suscitada. Por fim, o terceiro conceito, defenderia um conceito de posicionamento eclético. De acordo com essa corrente, o prequestionamento seria uma junção dos outros dois conceitos, sendo tanto ônus da parte, quanto do órgão jurisdicional. Desse modo, a questão somente estaria prequestionada se ela fosse suscitada pelas partes e decidida expressamente pelo tribunal.

O conceito de prequestionamento mais aceito hoje é o que o vê como uma exigência de que o recurso extraordinário *“lato sensu”* somente será cabível quando o tribunal de origem houver se manifestado sobre a questão federal ou constitucional, independentemente das partes a terem suscitado. Assim, o prequestionamento seria um ato do tribunal de origem, não vinculado às partes.

Esse conceito está mais afinado com as atuais hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário, já que a Constituição Federal de 1988 determina que eles serão cabíveis quando houver “causa decidida em última ou única instância”.

Somando esse conceito com a natureza jurídica do instituto, podemos dizer que a noção de prequestionamento mais atual é a que o define como um requisito de admissibilidade constitucional específico para o conhecimento dos recursos

especial ou extraordinário, exigindo que o tribunal de origem tenha se manifestado sobre o mérito do recurso especial ou extraordinário, conforme veremos no tópico abaixo.

2.2. Natureza Jurídica do Prequestionamento

Para a grande maioria da doutrina, o prequestionamento pode ser definido como a exigência para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, exigência esta que determina que a questão federal, ou constitucional, objeto do recurso excepcional tem de ter sido analisada na instância inferior. Colocando de maneira mais técnica, para a maioria da doutrina, o prequestionamento seria um requisito de admissibilidade constitucional específico, implícito no texto constitucional.

De acordo com a teoria geral dos recursos, para que um recurso possa ter o seu mérito analisado e julgado, é necessário que ele preencha certos requisitos determinados por lei, requisitos que juntos formam o chamado juízo de admissibilidade recursal.

Devido à influência de José Carlos Barbosa Moreira, esses requisitos foram divididos em intrínsecos e extrínsecos, sendo os intrínsecos relacionados à decisão recorrida e os extrínsecos concernentes a fatores externos da decisão judicial que se pretende impugnar. Assim, são requisitos intrínsecos genéricos dos recursos: o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo e modificativo do poder de recorrer. Já os requisitos extrínsecos genéricos são: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

No entanto, os recursos especial e extraordinário, diferentemente da grande maioria dos outros recursos, são recursos constitucionais, tendo, assim, requisitos de admissibilidade específicos, todos previstos no texto constitucional, mais precisamente nos artigos 102, III e 105, III. Sendo assim, além dos requisitos

genéricos acima, devem ambos os recursos preencher os requisitos específicos trazidos no texto constitucional.

O fato do prequestionamento não estar expressamente previsto nem no artigo 102 nem no artigo 105 da Constituição Federal fez a doutrina nacional dividir-se no tocante a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade do instituto, assim como sobre a sua conceituação.

Como visto acima, a maioria da doutrina e da jurisprudência tende a considerar o prequestionamento uma exigência constitucional, previsto de forma implícita em ambos os artigos citados da Constituição. Para essa corrente, o termo “causa decidida” seria uma alusão à necessidade do prequestionamento para o julgamento destes recursos.

Para essa parte da doutrina, o prequestionamento seria um requisito de admissibilidade implícito, específico do texto constitucional, em alusão à expressão “causa decidida”.

Uma segunda corrente doutrinária afirma que o prequestionamento não é um requisito de admissibilidade, já que o mesmo não se encontra previsto na Constituição Federal, considerando-o, assim, uma consequência do efeito devolutivo destes recursos.

José Miguel Garcia Medina⁸ afirma que o Poder Judiciário não pode deixar de conhecer dos recursos especial e extraordinário pela falta do prequestionamento, haja vista ele não ser um requisito expreso da Constituição Federal. De acordo com ele, se estes recursos não fossem conhecidos por este motivo, teria o prequestionamento se tornado um “requisito meramente jurisprudencial”, já que não poderia o Poder Judiciário desrespeitar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional por conta de uma exigência não prevista nem na Constituição, nem em qualquer outra norma.

⁸MEDINA, José Miguel Garcia. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. 4ª edição. São Paulo, pág.350.

Para Medina, o prequestionamento seria, então, uma consequência do efeito devolutivo dos recursos especial e extraordinário. Para ele, tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça, tem de decidir acerca daquilo que tiver sido alvo de postulação por parte do recorrente. Se essa limitação não for observada, o julgamento destes tribunais será *“ultra ou extra petita”*.

Como consequência desse entendimento, ainda de acordo com Garcia Medina, o prequestionamento faria parte do juízo de mérito recursal, ao invés de ser parte do juízo de admissibilidade, como são os requisitos de admissibilidade.

Somando-se a isto, existe uma terceira corrente doutrinária que considera o prequestionamento como uma exigência inconstitucional, já que além de ele ser considerado um requisito de admissibilidade, conforme será demonstrado abaixo, ele não estaria presente no texto constitucional.

Nesse ponto, cabe ressaltar que este é o posicionamento que será defendido neste trabalho, como será demonstrado em capítulo oportuno.

2.2.1. Distinção entre o Juízo de Admissibilidade e o Juízo de Mérito dos Recursos

No sistema recursal cível brasileiro, conforme dito no tópico acima, os recursos somente terão o seu mérito examinado pelo órgão julgador se forem preenchidos determinados requisitos processuais impostos pela lei, os quais, ao serem somados, formam o chamado juízo de admissibilidade recursal.

Explicando de maneira mais clara, para que um recurso tenha o seu mérito apreciado pelo órgão julgador, ou seja, para que ele seja julgado como provido ou improvido, é necessário que haja um exame prévio de vários requisitos previstos na legislação processual, o qual é chamado de juízo de admissibilidade recursal.

Nesse juízo de admissibilidade, anterior e obrigatório, declara-se a presença ou a ausência dos requisitos necessários à apreciação do mérito do recurso. Tendo o órgão jurisdicional constatado a presença dos requisitos de admissibilidade no recurso interposto, diz-se que ele o conheceu, ou o admitiu. Diferentemente, o recurso será julgado como provido ou improvido se o seu mérito for ou não julgado como procedente, ou improcedente.

Como bem ressalta Fredie Didier Jr:⁹

Toda a postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado; primeiro verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência, ou não, daquilo que se postula. O primeiro exame tem prioridade lógica, pois tal atividade (análise do conteúdo da postulação) só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítima o seu exercício.

A regra constante em nosso sistema recursal é ser o juízo de admissibilidade, diferentemente do juízo de mérito, duplo, ou seja, ser ele exercido, primeiramente, pelo órgão que decidiu a questão impugnada e, posteriormente, pelo órgão julgador, o qual não está vinculado à decisão do primeiro.

Apesar disso, é importante ressaltar que após as modificações introduzidas pela lei 9.756/98, a qual alterou o conteúdo do artigo 557 do CPC, alguns autores vêm defendendo a existência de um juízo de admissibilidade triplo, posicionamento mais especificamente defendido por Clara Moreira Azzoni.¹⁰

De acordo com o *caput* deste artigo:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

O juízo de admissibilidade recursal, assim, ocorreria por meio de 3 (três) etapas: a) perante o órgão recorrido (juízo “a quo”). b) perante o relator do recurso no Tribunal competente (juízo relator no órgão “ad quem”) e c) perante o órgão colegiado com competência para apreciar o recurso (juízo “ad quem”).

⁹DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7.ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 40. v.3.

¹⁰AZZONI, Clara Moreira. **Recurso Especial e Extraordinário Aspectos Gerais e Efeitos**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, página 70.

Tratando especificamente dos recursos especial e extraordinário, a primeira etapa do juízo de admissibilidade é realizada pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente do Tribunal “*a quo*”. Caso seja efetuado o juízo positivo de admissibilidade, os autos serão encaminhados para o Juízo competente para o julgamento do recurso extraordinário “*lato sensu*” (Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal).

Na hipótese de o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal “*a quo*” proferir decisão não conhecendo do recurso, caberá a interposição do recurso de agravo de instrumento para que esta decisão seja revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a previsão do artigo 544 do CPC:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

Superada essa primeira fase, a segunda fase do juízo de admissibilidade se dá no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, os quais analisarão novamente o juízo de admissibilidade do recurso especial e extraordinário.

Cabe ressaltar que a decisão proferida pelo órgão “*a quo*” não vincula os Tribunais Superiores, que podem entender pelo preenchimento, ou não, dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários “*lato sensu*”, independentemente da prévia decisão dos Tribunais inferiores.

Como explicado acima, dependendo do doutrinador, esta segunda fase pode se subdividir em dois momentos: perante o relator e perante a turma julgadora. Esta subdivisão é o que vem sendo denominado pela doutrina mais nova de triplo juízo de admissibilidade recursal. Conforme já dito acima, esta segunda fase está disciplinada no artigo 557 e parágrafos do CPC, “*in verbis*”:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Grifo nosso)

§ 1o-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação,

o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto, provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Grifo nosso)

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Ademais, conforme a lição de José Carlos Barbosa Moreira:¹¹

não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferir-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos da admissibilidade do recurso, salvo a existência da “repercussão geral” da questão constitucional arguida, que se submete, exclusivamente, à própria Corte Suprema.

Para finalizar, é importante ressaltar que os juízos de admissibilidade e de mérito também diferem no tocante ao recurso a ser utilizado para impugnar suas decisões.

De acordo com o artigo 544 do CPC, quando um recurso não for admitido, a parte interessada deverá interpor agravo de instrumento no prazo de 10 (dez) dias. De acordo com o artigo 545 do CPC, contra a decisão do relator que julgar o mérito deste recurso de agravo de instrumento, será cabível o recurso de agravo.

Eis o teor dos referidos artigos para uma melhor compreensão do que foi escrito:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.”

Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 557.

Tratando-se do juízo de mérito, existem várias possibilidades recursais a depender do recurso que teve o seu mérito julgado improvido. Assim, por exemplo, se um recurso de apelação tem o seu mérito julgado improvido, caberá a interposição de recurso especial, ou extraordinário, dependendo se a matéria objeto do recurso for federal ou constitucional.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. 5, 13ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, página 608-609.

2.2.2. Requisitos Intrínsecos e Extrínsecos de Admissibilidade dos Recursos

O objeto do juízo de admissibilidade a que são submetidos os recursos consiste na identificação dos requisitos necessários para o conhecimento e julgamento do mérito dos mesmos.

A doutrina majoritária, conduzida por José Carlos Barbosa Moreira¹², divide os requisitos de admissibilidade dos recursos em extrínsecos e intrínsecos. De acordo ele, os requisitos intrínsecos são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida considerada em si mesma, destacando-se seu conteúdo e a forma da decisão impugnada. Já os requisitos extrínsecos concernem a fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar.

São considerados requisitos intrínsecos: o cabimento do recurso, a legitimidade para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo e modificativo do poder de recorrer. Já os requisitos extrínsecos são: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Todos esses requisitos, intrínsecos e extrínsecos, enquadram-se num só grupo denominado de requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos, sendo, assim, aplicáveis a qualquer espécie recursal.

Seguindo este raciocínio, quando se pretende abordar os recursos extraordinários em sentido lato (recurso especial e extraordinário), não é suficiente que esses requisitos sejam preenchidos, sendo necessário o preenchimento de requisitos constitucionais de admissibilidade, os quais serão tratados em capítulo próprio.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

2.2.2.1. Breve Explicação sobre os Requisitos Intrínsecos

De acordo com Bernardo Pimentel Souza¹³ primeiro requisito intrínseco de admissibilidade recursal é o cabimento. Esse requisito está ligado a duas circunstâncias: a primeira é a recorribilidade (a decisão atacada tem de ser passível de recurso) e a segunda é a adequação (a via recursal utilizada tem de ser aquela prevista na legislação pertinente para atacar de forma adequada a decisão impugnada).

O segundo requisito intrínseco é a legitimidade. Para que esse requisito seja preenchido, é necessário que o recurso seja interposto por quem possa recorrer.

O artigo 499 do Código de Processo Civil regulamenta a legitimidade recursal no sistema processual civil nacional. De acordo com este artigo, o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, em ambas as suas funções (art. 499, §2º).

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

Nesse ponto, é interessante ressaltar que tanto para a doutrina majoritária, como para os tribunais, não existe diferença substancial entre os requisitos de admissibilidade dos recursos interpostos pela parte ou pelo terceiro, não gozando este de nenhum privilégio processual.

Essa noção é bastante importante quando se fala de prequestionamento, haja vista que uma das grandes discussões que estão sendo travadas hoje é a possibilidade de flexibilização do prequestionamento em recurso interposto por

¹³ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e a Ação Rescisória. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, página 36.

terceiro. No entanto, esse ponto não será tratado agora, deixando-o para um capítulo específico mais a frente.

O terceiro requisito intrínseco é o interesse recursal. Assim como no cabimento, esse requisito também está ligado à obediência de duas circunstâncias: utilidade e necessidade.

O recurso será útil quando o recorrente puder supor que a sua interposição lhe trará uma situação mais vantajosa do que aquela que haja posto a decisão impugnada. Por outro lado, será necessário quando o recorrente tiver de interpor o recurso para alcançar este objetivo.

O último requisito intrínseco é a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Em outras palavras, é a exigência indispensável que não tenha ocorrido nenhum fato que conduza a extinção do direito de recorrer, ou que impeça a admissibilidade do recurso.

2.2.2.2. Breve Explicação sobre os Requisitos Extrínsecos

São 3 (três) os requisitos extrínsecos recursais: tempestividade, regularidade formal e o preparo¹⁴.

Para que o primeiro requisito seja respeitado, é necessário que o recurso tenha sido interposto dentro do prazo fixado por lei, sob pena de preclusão temporal.

Ademais, para que o recurso seja conhecido, é necessário que o recorrente preencha todos os requisitos formais que a lei exige para aquele determinado recurso.

Há recursos que a lei fixa requisitos especiais para a sua interposição, sendo, assim, o seu conhecimento condicionado ao preenchimento desses

¹⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e a Ação Rescisória. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, página 691.

requisitos. Um bom exemplo de regularidade formal específica ocorre no caso de interposição do recurso de agravo de instrumento, o qual, para ser conhecido, necessita que a parte recorrente o instrua com as peças obrigatórias (artigo 525, caso se trate de agravo de instrumento para atacar decisão interlocutória, e artigo 544,§1º, caso se trate de agravo de instrumento para atacar decisão que inadmitiu recurso especial ou extraordinário, ambos do Código de Processo Civil):

Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado (Grifo nosso);

II – facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.”

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal (Grifo nosso).

Por fim, o último requisito extrínseco de admissibilidade é o preparo, que consiste no pagamento prévio das despesas relativas ao processamento do recurso. Desse modo, o recorrente tem de efetuar o pagamento dos encargos financeiros que dizem respeito ao recurso.

Insatisfeito este requisito, o recurso será considerado deserto, o que levará a sua inadmissibilidade, de acordo com o artigo 511 do CPC:

Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

2.2.3. Requisitos Constitucionais de Admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso,¹⁵ a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial não é assegurada pela simples observância dos requisitos genéricos (requisitos intrínsecos e extrínsecos), fazendo-se necessário o preenchimento dos requisitos específicos.

Ao contrário dos demais recursos, com exceção do recurso ordinário, os recursos especial e extraordinário são de fundamentação vinculada, tendo os seus requisitos de cabimento previstos na Constituição Federal, mas especificamente nos artigos 102, III e 105, III, que determinam:

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

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (Grifo nosso)

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

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (Grifo nosso).

- 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.

Ainda de acordo com a explicação de Camargo Mancuso, ambos os recursos são de natureza constitucional, tendo ambos objetivos específicos, quais

¹⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 6.ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

sejam: restabelecer a inteireza positiva do direito constitucional ou federal, fixar-lhes a interpretação e preservar-lhes a autoridade.

A partir de uma simples leitura dos dispositivos constitucionais acima transcritos, pode-se perceber a existência dos seguintes requisitos constitucionais de cabimento: causa decidida em última ou única instância e questão constitucional ou federal (dependendo se o recurso for o especial ou o extraordinário) enquadrável em uma das alíneas dos dispositivos constitucionais acima citados.

2.2.3.1. Causas Decididas em Última ou Única Instância:

Como estabelecido pelo inciso III, do artigo 102 e 105 da CF, os recursos especial e extraordinários serão cabíveis em causas decididas em última ou única instância:

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

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (Grifo nosso)

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

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (Grifo nosso).

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) Alínea b com a redação dada pela EC no 45, de 8-12-2004.
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

O conceito de causa é o mais amplo, abrangendo a totalidade dos processos em que tenha sido proferida a decisão judicial, tanto em jurisdição contenciosa, quanto em jurisdição voluntária.

No entanto, a decisão tem de ser final, dela não cabendo qualquer outro recurso, exceto embargos de declaração. Este é o entendimento que pode ser retirado da súmula 207 do STJ, a qual determina que “é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

Para a maioria dos operadores do direito, somando-se esses dois conceitos, haveria o termo “causa decidida”, o qual evidenciaria que apenas as matérias sobre as quais o tribunal “a quo” tenha se pronunciado pode ser objeto de impugnação, residindo, neste ponto, a necessidade do prequestionamento.

No entanto, como já salientado, entendemos que para que o requisito do prequestionamento seja considerado requisito de admissibilidade constitucional específico, seria necessário que houvesse previsão expressa deste requisito, fato que não ocorre na atual Constituição Federal.

Já o termo “causas decididas em única instância” seria a decisão final proferida em processo de competência originária dos tribunais, como por exemplo, as causas previstas no inciso I do artigo 108 da CF, o qual determina:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – processar e julgar, originariamente:

- a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
- c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;
- e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

Por fim, o termo “causas decididas em última instância” se refere à decisão proferida pelos tribunais inferiores em sede recursal, como por exemplo, a decisão proferida por um tribunal estadual por ocasião de julgamento de recurso de apelação.

2.2.3.2. Hipóteses de Cabimento Específicas do Recurso Extraordinário

Determina o artigo 102, III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” da CF que cabe recurso extraordinário contra decisão de única ou última instância que: *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 e *d)* julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A alínea “a” contém permissivo bastante amplo. Para que seja conhecido o recurso extraordinário, basta que a parte declare a contrariedade de dispositivo, ou princípio constitucional, presente na decisão atacada do tribunal “a quo”.

Desse modo, o recorrente não precisa comprovar que houve realmente ofensa à Constituição Federal para que o recurso extraordinário seja conhecido, já que isto seria o próprio juízo de mérito recursal.

Já as alíneas “b” e “c” contêm permissivos específicos. Cabe recurso extraordinário pela alínea “b” quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Nessa hipótese, o STF exerce o controle difuso de constitucionalidade.

A alínea “c” estabelece que caberá recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Assim, será cabível o recurso extraordinário quando o tribunal recorrido aplicar à espécie a lei estadual ou municipal, ou prestigie ato de governo local, cuja validade é discutida em face da CF.

Antes da análise da alínea “d”, do inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal, é importante explicar que com o advento da emenda constitucional 45/2004, houve duas alterações no tocante ao cabimento do recurso extraordinário.

Primeiramente, foi acrescentada a alínea “d” no rol do inciso III, do artigo 102, já que anteriormente, esta competência era originária do STJ, e não do STF.

Ademais, criou-se a exigência de demonstração de repercussão geral pelo recorrente, com o acréscimo do parágrafo 3º, do artigo 102, o qual foi regulamentado pela lei 11.418/06:

§ 3º 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.

A criação da repercussão geral foi um dos motivos que nos levou a defender a tese da inconstitucionalidade do prequestionamento. Ora, quando se almejou criar um requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário, foi editada uma emenda constitucional, a qual estabeleceu de forma clara a expressa esta exigência, diferentemente do prequestionamento.

Somando-se a isso, a repercussão geral foi regulamentada pela edição de uma lei, a qual normatizou, de forma clara o parágrafo 3º, do artigo 102, da Constituição Federal. Note que isso não ocorreu com o prequestionamento, haja vista que além deste requisito não estar expressamente previsto no texto constitucional, há várias diferenças de aplicação deste requisito pelos STJ e pelo STF, já que ele não é mencionado em nenhuma lei ou instrumento normativo.

2.2.3.3. Hipóteses de Cabimento Específicas do Recurso Especial

Nos termos das alíneas “a”, “b” e “c”, do artigo 105, III, da CF, cabe recurso especial contra decisão de única ou última instância dos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Pela alínea “a”, para que o recurso especial seja conhecido, basta a alegação de contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal. A efetiva

ocorrência da contrariedade ou negativa de vigência será verificada posteriormente, no exame de mérito do recurso.

A alínea “b” continuou sendo competência do STJ, já que a emenda constitucional 45 deu ao STF a competência de julgar o recurso extraordinário quando a decisão do tribunal “a quo” julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face dessa Constituição.

Já a alínea “c” tem como finalidade a uniformização do entendimento da jurisprudência dos tribunais em relação à legislação federal. O STJ como guardião da legislação federal deve velar por essa uniformização de entendimento, provendo, assim, uma maior segurança jurídica.

2.3. Tipos de Prequestionamento

Apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, mais precisamente nos artigos 102, III e 105, III, a grande maioria da doutrina defende a constitucionalidade do prequestionamento, sob a fundamentação de que esses artigos constitucionais o previram de forma implícita quando o constituinte originário positivou a expressão “as **causas decididas** em única ou última instância”. Somando-se a isso, a doutrina entende que o prequestionamento serve para o melhor funcionamento dos tribunais superiores, não os deixando ficar mais abarrotados de processos. De acordo com essa parte da doutrina, o prequestionamento não prejudica o acesso à justiça posto que o STJ e o STF são instâncias extraordinárias. Nesse ponto é importante ressaltar que nesse trabalho é defendido posicionamento diverso, o qual será explicado ao longo deste trabalho.

Como visto acima, principalmente após a Constituição de 1988, tanto a doutrina como a jurisprudência vem encontrando problemas para a conceituação do prequestionamento, já que não há consenso em relação a algumas variáveis.

A primeira controvérsia que pairou sobre esse instituto ocorreu em relação ao momento em que se deveria prequestionar a questão. Esta indagação foi

respondida com a promulgação da Constituição de 1891, a qual determinava que o recurso para o Supremo Tribunal Federal somente seria cabível quando se questionasse acerca da validade ou da aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos estados fosse contrária a ela. Desse modo, após interpretação literal e comparada deste instituto com o “judiciary act” de 24 de setembro de 1789¹⁶, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacionais sedimentaram o entendimento que a questão estaria prequestionada se ela fosse debatida e decidida de forma contrária em momento anterior a interposição do recurso para o Supremo Tribunal Federal.

A segunda controvérsia quanto a este instituto reside em quando surge o prequestionamento. Há três correntes doutrinárias divergentes que tentam responder a essa questão. A primeira corrente defende que surge o prequestionamento quando há manifestação do órgão jurisdicional recorrido acerca da questão constitucional ou federal, sendo, portanto, um dever do órgão jurisdicional. Já a segunda corrente defende que o prequestionamento surge quando as partes houverem debatido a questão antes da interposição do recurso para o STF ou para o STJ sendo, portanto, um ônus das partes (autor e réu). Por fim, a terceira corrente mistura as duas anteriores, defendendo que o prequestionamento surge quando tanto as partes, quanto o magistrado houverem suscitado a questão.

A primeira corrente é a mais aceita no Brasil. De acordo com Fredie Didier¹⁷ “não há dúvida de que, enfrentada a questão pelo tribunal recorrido, há o prequestionamento e, pois, o recurso é cabível.”

No entanto, após a resposta desta indagação, uma outra surgiu: se para haver o prequestionamento, o tribunal recorrido tem de ter se manifestado acerca da questão a ser levada para o STJ ou para o STF, o que acontece se estes tribunais não se posicionarem sobre a questão, mesmo após as partes a terem suscitado?

¹⁶ NOBREGA, Gilson Roberto. Texto disponibilizado na página <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1743/Prequestionamento-Aspectos-fundamentais>> acessado em 20/10/2010.

¹⁷ DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3, 7ª. Ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009, pág. 262/263.

De acordo com Bernardo Pimentel, essa questão levou ao surgimento de 4 (quatro) tipos de prequestionamento, residindo nela um grande ponto de inflexão na doutrina e nos tribunais.¹⁸

O primeiro tipo de prequestionamento é o chamado prequestionamento numérico. Ele consiste na existência de menção expressa ao preceito de regência da questão federal, no bojo da decisão recorrida.

O segundo tipo de prequestionamento é o prequestionamento explícito, o qual consiste na resolução da questão federal pelo julgado recorrido, ainda que sem a menção ao respectivo preceito legal de regência.

Já o terceiro tipo de prequestionamento é o chamado prequestionamento implícito, que ocorre quando a questão federal não é solucionada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais (petição inicial, contestação, razões recursais, contrarrazões).

Explicando melhor este tipo de prequestionamento, ele ocorre quando a questão federal não é solucionada na decisão recorrida, apesar dela ter sido suscitada de forma prévia nas peças processuais. Para este tipo de prequestionamento, o que importa é a efetiva manifestação judicial.

Por fim, o quarto tipo de prequestionamento é o chamado prequestionamento ficto, que ocorre quando a questão federal não é resolvida no julgamento recorrido, nem mesmo após a interposição de embargos declaratórios.

Já para a ocorrência desse tipo de prequestionamento, o que importa é a atuação das partes em interpor o recurso de embargos de declaração, diante da omissão judicial (de acordo com o artigo 535, II, do CPC), independentemente do saneamento da omissão judicial. Assim, havendo os embargos de declaração sido interpostos, será a questão prequestionada, não havendo necessidade de o tribunal decidi-la.

¹⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e a Ação Rescisória. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, página 691.

Conforme se verá no capítulo abaixo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça utilizam diferentes tipos de prequestionamento, o que resulta em uma grande insegurança jurídica, além de prejudicar o efetivo acesso à justiça.

Diferença do Prequestionamento no STJ e no STF

3.1. Prequestionamento Implícito X Explícito

Como explicado acima, apesar de nesse trabalho ser defendida a inconstitucionalidade do prequestionamento, tanto a maioria da doutrina, quanto os tribunais defendem a constitucionalidade do prequestionamento com base no termo “*causa decidida*” presente tanto no inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal, como no inciso III do artigo 105 também na Constituição.

Art. 102, III – julgar, mediante recurso extraordinário, **as causas decididas** em única ou última instância, quando a decisão recorrida. (Grifo nosso)

Art. 105, 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. (Grifo nosso)

Apesar disso, é importante ressaltar que essa interpretação acerca do prequestionamento é deveras insegura, visto que a locução “causa decidida” dá ensejo a inúmeras interpretações.

Essa incerteza sobre o real sentido do termo “causa decidida”, para fins de caracterização do prequestionamento, gerou, e continua gerando, clara dificuldade entre os operadores do direito, os quais vêm cunhando vários termos para representar as variadas idéias que o STJ e o STF desenvolveram sobre o assunto. Os primeiros termos causadores de discórdia entre os tribunais superiores ora estudados são os chamados prequestionamento implícito e o prequestionamento explícito.

O prequestionamento implícito corresponde à idéia de que tal requisito de admissibilidade se concretiza por meio do julgamento de uma determinada tese jurídica pelo acórdão proferido no tribunal de origem, do qual se recorre. Julgar a tese jurídica significa apreciar uma questão (ponto controvertido) à luz do ordenamento jurídico, sem que haja a necessidade de que se faça menção expressa ao artigo de lei que embasou a decisão.

O adjetivo "implícito" significa justamente que, embora tenha se discutido o ponto controvertido em confronto com as prescrições genéricas do ordenamento, o acórdão guerreado não fez menção expressa ao artigo de lei que contém a informação com base na qual se decidiu.

Tal idéia baseia-se no conceito de que as normas jurídicas são proposições que emanam de enunciados prescritivos (os artigos de lei), não havendo necessidade de transcrever ou enunciar os tais artigos, já que a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que a ninguém é lícito alegar o desconhecimento da lei, muito mais o órgão jurisdicional incumbido de sua homogeneização.

Diferentemente dessa idéia, existe o "prequestionamento explícito", em que se exige que o artigo de lei tenha sido expressamente citado pelo acórdão objeto de recurso.

Ambos os termos foram criados a partir de entendimentos que o STF e o STJ desenvolveram acerca do prequestionamento, afastando os dois órgãos no que tange a esse tema. Até os dias de hoje, atribui-se, de forma genérica, o "prequestionamento explícito" ao STF e o "prequestionamento implícito" ao STJ.

Essas diferenças entre os tipos de prequestionamento no STJ e no STF podem ser facilmente visualizadas a partir de julgados dessas cortes superiores, conforme será demonstrado abaixo.

3.1.1 – Adoção do Prequestionamento Implícito pelo STJ

O Superior Tribunal de Justiça, desde a sua criação em 1988, até os dias de hoje, considera o prequestionamento implícito um requisito constitucional para a interposição do recurso especial.

Essa exigência difere da feita pelo Supremo Tribunal Federal, já que este tribunal entende que o prequestionamento explícito é o que tem de ser respeitado para a interposição do recurso extraordinário.

Essa diferença de posicionamentos pode ser facilmente verificada por meio da análise das decisões proferidas por estes dois tribunais ao longo do tempo. Será analisada primeiramente a jurisprudência do STJ.

Desde a sua criação, o Superior Tribunal de Justiça entende que para que recurso especial seja analisado, é necessário que a matéria tenha sido prequestionada, mesmo que este prequestionamento tenha sido feito de forma implícita.

Em um julgado de junho de 1990, ou seja, em menos de 2 (dois) anos da criação do STJ, o ministro José Dantas, relator do recurso especial 3.021/PR, julgado pela 5ª Turma deste tribunal, começou a consolidar esse posicionamento do STJ, ao não conhecer do recurso especial devido, entre outras coisas, à ausência de prequestionamento implícito.

Naquela época imediatamente posterior a criação do STJ, a doutrina discutiu muito sobre a possibilidade de se conhecer do recurso especial sem a presença do prequestionamento, adotando, assim, posicionamento contrário ao existente nas súmulas 282 e 356 do STF.

No entanto, no julgado citado acima, o ministro-relator explica que o posicionamento da nova corte seria pautado pela cautela, já que não seria abolido o requisito do prequestionamento, nem ele seria tão formalista, conforme a exigência do STF sobre necessidade do prequestionamento explícito.

Ou seja, para que o recurso especial possa ser analisado, não é necessário que o mérito do recurso tenha sido discutido e decidido de forma explícita pelas instâncias inferiores, bastando que a matéria esteja compreendida de forma implícita no acórdão recorrido.

Como conseqüência desse abrandamento do STJ, surgiu a exigência do prequestionamento implícito. Eis o posicionamento do referido ministro-relator:

Na verdade, sobre o tema do prequestionamento, impende lembrar-se que do tanto que nos debates teóricos se tem discutido sobre dever-se liberar o recurso especial do formalismo que aderiu à aplicação das súmulas 282 e 356-STF relativas ao recurso extraordinário, este Eg. Superior Tribunal,

timoneiro das práticas do novo recurso constitucional, a tanto não foi nas águas da doutrina mais ousada.

De fato, em suas primeiras aplicações, sabe-se que, com elogiável prudência, a nova Corte mais não tem restringido a amplitude da referida exigência formal, senão que por admitir o chamado prequestionamento implícito, estimado a modo de a matéria recursal, mormente quando tratada de ofício, mostrar-se virtualmente compreendida nos comemorativos ou nas assertivas do acórdão, para fecho de seu dispositivo.¹⁹ (Grifo nosso).

Deve-se ressaltar que essa decisão foi tomada de forma unânime, tendo sido o ministro-relator acompanhado pelos ministros Edson Vidigal, Assis Toledo, Costa Lima e Flaquer Scartezzini.

Eis a ementa do referido acórdão:

Ementa:

CRIMINAL. - CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PENA EM CONCRETO.

PRESCRIÇÃO. TERMO INTERRUPTIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. - ACORDÃO FUNDAMENTOS PROPRIOS. - INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. BALIZADO PELA PENA EM CONCRETO, NAS CONDENAÇÕES PROFERIDAS EM SEDE DE APELAÇÃO, O PRAZO PRESCRICIONAL INTERROMPE-SE NA DATA DO ACORDÃO CONDENATORIO E NÃO NA DATA DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

- PREQUESTIONAMENTO. COMO REQUISITO DO RECURSO ESPECIAL, O PREQUESTIONAMENTO SE BASTA COMPREENDIDO PELA MATERIA VERSADA NO ACORDÃO, DE OFICIO OU IMPLICITAMENTE QUE SEJA. PRECEDENTES DO STJ. (Grifo nosso)

- FUNDAMENTOS DO ACORDÃO. COMO TAL SE PRESTA A TRANSCRIÇÃO DO PRONUNCIAMENTO DO MINISTERIO PUBLICO EM SEGUNDO GRAU, EXPRESSAMENTE REPORTADO COMO RAZÃO DE DECIDIR E COM LOUVORES REPUTADO CONVINCENTE (REsp 3.021 /PR, - Quinta Turma, Ministro-Relator José Dantas, julgado em 06/06/1990).

Essa decisão da 1ª Turma do STJ começou a ser difundida pelo tribunal, servindo como base para outras decisões colegiadas acerca da exigência do prequestionamento implícito.

Em fevereiro de 1999, por meio do informativo nº 5 (cinco), o STJ fortaleceu ainda mais o entendimento sobre a necessidade do prequestionamento implícito para a interposição do recurso especial, já que a sua Corte Especial, órgão máximo

¹⁹ voto disponível no site do Superior Tribunal de Justiça:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=3021&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>.

Acessado em 22/10/2010.

daquele tribunal, reafirmou que para a interposição do recurso especial não seria necessária citação expressa do preceito legal, bastando que a questão jurídica tenha sido decidida na instância inferior.

Eis o teor do informativo 5 (cinco) da Corte Especial do STJ:

Prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Min. Peçanha Martins, a Corte Especial, por maioria, firmou que, **para configurar o prequestionamento, não há necessidade de citação expressa do preceito legal, basta que a questão jurídica nele contida tenha sido decidida na instância anterior.**²⁰(Grifo nosso).

Esse informativo foi confirmado outras vezes pela Corte Especial do STJ por meio de outros informativos, como o 23, de junho de 1999, o 189, de outubro de 2003 e o 211, de junho de 2004, o que acabou resultando no atual entendimento do STJ na defesa da necessidade do prequestionamento implícito para a interposição do recurso especial.

Em julgamentos recentíssimos, mais precisamente do final ano de 2010, destaca-se, claramente, o posicionamento do STJ acerca da necessidade de a matéria estar prequestionada, mesmo que implicitamente, para que esse tribunal superior possa conhecer do recurso especial.

Esse entendimento pode ser facilmente percebido em julgados recentes do STJ, como se pode ver em duas decisões tomadas de forma unânime pela 4ª e 5ª Turmas do STJ no ano de 2010, de relatoria da ministra Maria Isabel Galotti (AgRg no REsp 1088992/DF da 4ª Turma) e do ministro Honildo Amaral de Mello Castro (AgRg no Ag 1200356/SP da 5ª Turma) respectivamente.

Eis o teor das respectivas ementas:

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDADE INTERNAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. SÚMULA 83 DO STJ. INAPLICABILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE.

²⁰ informativo disponível no site do Superior Tribunal de Justiça: < <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acessado em 22/10/2010

1. É cabível a indenização por danos morais nos casos de recusa indevida de internação de emergência, pelo plano de saúde. Hipótes em que a paciente, com pneumonia bacteriana que evoluiu para derrame pleural, diante da recusa de internação e de transporte em ambulância, teve que ser transportada em veículo particular, para procurar vaga em hospital público, somente obtendo êxito em encontrar vaga no segundo estabelecimento público buscado.

2. Dissídio jurisprudencial configurado nos termos dos arts. 541 do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

3. Para o atendimento do requisito do prequestionamento, não se faz necessária a menção literal dos dispositivos tidos por violados no acórdão recorrido, sendo suficiente que a questão federal tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem. (Grifo nosso).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1088992 / DF, T4 - Quarta Turma, Ministra-Relatora Maria Isabel Gallotti, julgado em 06/12/2010).

Ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E ESCORREITA DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA Nº 182/STJ.

1. Esta Corte Superior entende que o prequestionamento se perfaz com a efetiva análise da matéria pelo Tribunal de origem, ainda que não haja menção numérica a dispositivos legais, rechaçando a tese de que a mera oposição de embargos declaratórios atenderia a tal requisito (Grifo nosso).

2. A ausência de impugnação aos fundamentos da decisão, capazes, por si sós, de manter o julgado, atrai a incidência do verbete sumular nº 182/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1200356 / SP, Quinta Turma, Ministro-Relator Honildo Amaral de Mello Castro, julgado em 07/10/2010).

3.1.2. Adoção do Prequestionamento Explícito pelo STF

Diferentemente do adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, adota o prequestionamento explícito.

Como já explicado no histórico sobre esse instituto, após a promulgação da Constituição Federal de 1946, o STF passou a defender que o recurso extraordinário somente poderia ser conhecido se o objeto do recurso fosse decidido explicitamente pela instância inferior, posicionamento que até os dias atuais baseia os julgados dessa Corte.

Esse posicionamento pode ser visto em julgados do Supremo Tribunal Federal da década de 1950, os quais reafirmam a necessidade da questão a ser

discutida no recurso extraordinário ter sido decidida pelas instâncias inferiores, sob pena de não conhecimento desse recurso.

Para ilustrar melhor esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, irei transcrever parte do voto do ministro Luiz Gallotti, relator do recurso extraordinário 17.337/SP, julgado de forma unânime em maio de 1951, no qual se reconheceu a necessidade da questão debatida no recurso extraordinário ter sido previamente debatida nas instâncias inferiores, ressaltando que acompanharam o voto do ministro-relator os ministros Sampaio Costa e Macedo Ludolf:

Na espécie, o processo tinha sido julgado em 1ª instância com a denegação dos favores, e que já havia sido interposto recurso para o tribunal então competente (o de Justiça), quando sobreveio, antes do julgamento na 2ª instância, a lei 1002 de 1949.

Nenhuma dúvida foi suscitada e o julgamento se realizou.

Tendo sido contrário ao recorrente, porque confirmatório da decisão de primeira instância, entendeu ele, só então, de impugnar pelo recurso extraordinário a competência do Tribunal de Justiça.

Não me parece que a arguição seja acolhível:

Primeiro, porque a matéria, não tendo sido provocada pelas partes, não foi objeto da decisão recorrida, e o recurso extraordinário supõe o prequestionamento do ponto nele ventilado²¹. (Grifo nosso)

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal levou a edição, em 1963, de sua súmula 282, a qual reafirmou a necessidade do prequestionamento explícito.

Eis o teor da referida súmula:

S.282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.²²

A necessidade do prequestionamento explícito pelo Supremo Tribunal Federal permaneceu ao longo da história do tribunal, desde o tempo da sua criação, até os dias de hoje, como se pode perceber pela ementa do agravo regimental (AI-AgR 90211), julgado em março de 1983, de relatoria do ministro Oscar Correa, da 1ª Turma, tendo sido acompanhado pelos ministros Néri da Silveira e Oscar Muñoz e

21 Voto disponível no site do Supremo Tribunal Federal: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=118992>>. Acessado em 20/11/2010.

22 Súmula disponível no site do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acessado em 20/10/2010.

pela ementa de Agravo de Instrumento (AI 764706 AgR / RJ), julgado em novembro de 2010, de relatoria do ministro Celso de Mello da 2ª Turma do STF, tendo o voto do relator sido acompanhado pelos ministros Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Eis as ementas acima citadas respectivamente:

Ementa:

CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESTAÇÃO DE NATUREZA ALIMENTAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INCIDENCIA DO OBICE DO ARTIGO 325, IV, D E VIII, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AUSENTES AS EXCESSÕES PREVISTAS NO REFERIDO ARTIGO. **MATÉRIA CONSTITUCIONAL NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.** (Grifo nosso)

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - REEXAME DE FATOS E PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 279/STF - RECURSO IMPROVIDO. - A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza - **ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica - a utilização do recurso extraordinário.** Precedentes. - A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. - Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório. Precedentes. (Grifo nosso)

3.1.2.1. Divergência Doutrinária sobre a Adoção Do Pquestionamento Explícito pelo STF

Apesar de ter defendido a divergência de entendimento do STJ e do STF acerca do prequestionamento implícito e explícito, parte da doutrina, representada por Rodrigo Klippel²³, da Escola da Magistratura do Espírito Santo, por meio do texto “prequestionamento e jurisprudência recente do STJ e do STF”, vem entendendo que esta separação de entendimentos não mais corresponde à realidade das duas cortes, já que hoje em dia tanto o STJ quanto o STF estariam uniformizando os seus

²³KLIPPEL, Rodrigo. **O Pquestionamento e a Jurisprudência Recente do STJ e do STF**. Disponível em: <www.panoptica.org/janeiro2007pdf/6Opquestionamentoejurisprudenciarecentedostjedostf.pdf>. Acessado em: 20/10/2010.

entendimentos, sendo uma tendência de ambos a adoção do prequestionamento implícito.

De acordo com ele, no Supremo Tribunal Federal, essa transformação do entendimento pode ser representada pelo contraste entre duas decisões relatadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence, distantes entre si pelo período de um ano.

Em setembro de 2005, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 508.418, a Primeira Turma do STF rechaçou o prequestionamento implícito, em voto da lavra do citado ministro, nos seguintes termos:

Ementa:

Recurso extraordinário: descabimento: alegada violação dos artigos 5º, LV; 37, *caput*, XIII; 39; 61, § 1º, II, a e b; da Constituição - fundamento do RE - não discutida pelo acórdão recorrido, nem objeto de embargos de declaração, **não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado "prequestionamento implícito"** (Súmulas 282 e 356). (Grifo nosso) (AI-AgR 508418/BA; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; Julgado em 27/09/2005; Primeira Turma).

No entanto, em setembro de 2006, o mesmo órgão julgador, em decisão da lavra do mesmo relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, modificou totalmente seu entendimento, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 585.604, aderindo à tese do prequestionamento implícito e rechaçando o prequestionamento explícito, como segue:

Ementa:

1. Recurso extraordinário: descabimento: ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional tido por violado (CF, art. 5º, XXXVI), não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado "prequestionamento implícito" (Súmula 282).

2. Recurso extraordinário e prequestionamento. **O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha.** (Grifo nosso)

(AI-AgR 585604/RS; Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence; Julgamento: 05/09/2006; Primeira Turma; Publicação: DJ 29-09-2006).

Apesar desse entendimento de Rodrigo Klipel, entendo que tanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como a do Supremo Tribunal Federal não denotam qualquer mudança de entendimento destes órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Analisando o inteiro teor da decisão tomada como referência por Rodrigo Klippel (AI – AgR. 585.604), entendo que o Supremo Tribunal Federal não abandonou, nem relativizou, o seu entendimento pela adoção do prequestionamento explícito, conforme pode ser demonstrado por outra parte daquela decisão, a qual transcrevo:

“É evidente que o prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, porém, é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha.

A tese do prequestionamento implícito – levantada no regimental – é insuficiente para transpor a jurisprudência deste tribunal em relação a necessidade do exame pelo acórdão recorrido da matéria constitucional versada no recurso extraordinário.”²⁴ (Grifo nosso)

Essa tese pode ser confirmada, também, pela leitura da primeira parte da ementa do referido Agravo de Instrumento tomado como base por Klippel, a qual, expressamente, não admite o prequestionamento implícito, vejamos:

Ementa:

1. Recurso extraordinário: descabimento: ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional tido por violado (CF, art. 5º, XXXVI), não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado "prequestionamento implícito" (Súmula 282). (Grifo nosso)

Ademais, se forem analisadas as mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, será possível perceber que essa corte continua a não admitir o prequestionamento implícito, o que também contraria a tese de Rodrigo Klippel.

Em setembro e outubro de 2010, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relatora a ministra Ellen Gracie, julgou o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 353.514 de Minas Gerais e o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 757.230 do Pará, tendo, em ambos, de forma unânime, rejeitado o prequestionamento implícito.

Eis a ementa dos dois julgados respectivamente:

²⁴Voto disponível no site do Supremo Tribunal Federal: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=349692>>. Acessado em 20/11/2010.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SÚMULAS STF 282 E 356.

1. Não tendo sido apreciadas, pela instância a quo, as questões constitucionais em que se apóia o extraordinário, é imprescindível a oposição de embargos de declaração para suprir o prequestionamento. Súmulas STF 282 e 356.

2. O Supremo Tribunal não admite o "prequestionamento implícito" da questão constitucional. AI 413.963-AgR/SC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º.04.2005. (Grifo nosso)

3. Não há negativa de prestação jurisdicional quando a parte recorrente opta por não atacar o fundamento infraconstitucional, arrastando para si a preclusão temporal para viabilizar, em tese, a sua pretensão. 4. Agravo regimental improvido.

(RE 353514 AgR / MG - Minas Gerais, Ministra-Relatora Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 14/09/2010.)

Ementa:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO ARTIGO 543, § 1º, DO CPC. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS STF 282 E 356. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. PRECEDENTES. PRAZO PRESCRICIONAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

1. O art. 543, § 1º, do Código de Processo Civil, que impõe o julgamento prévio do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, somente se aplica quando os recursos especial e extraordinário são ambos admitidos. Precedentes.

2. Os dispositivos constitucionais tidos como violados não se encontram prequestionados, porque não abordados pelo acórdão recorrido, nem suscitados nos embargos de declaração que foram opostos (Súmulas STF 282 e 356).

3. A jurisprudência sedimentada desta Corte não admite, em princípio, o chamado prequestionamento implícito. Precedentes. (Grifo nosso)

4. O tema relativo à discussão do prazo prescricional não possui índole constitucional, porque depende de prévio exame de legislação infraconstitucional. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI757230 AgR / PA - Pará, Ministra-Relatora Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 26/10/2010.)

Concluindo, embora a tese de Rodrigo Klippel defenda a uniformização da utilização do prequestionamento implícito pelo STJ e pelo STF, baseando-se no julgamento do Agravo de Instrumento 585.604 pela 1ª Turma do STF, entendo que o prequestionamento explícito não foi abandonado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme foi demonstrado pelas decisões transcritas acima.

Ademais, até mesmo na ementa e no corpo do acórdão paradigma de Klippel, existe previsão expressa da utilização do prequestionamento explícito pelo STF, fato que corrobora ainda mais para contrariar a teoria uniformizadora dos tribunais superiores.

3.2. Prequestionamento Direto (Súmula 211 do STJ) X Prequestionamento Ficto (Súmula 356 do STF)

Mesmo admitindo, que a divergência entre a aceitação do prequestionamento implícito pelos Tribunais ora estudados esteja diminuindo, mesmo defendendo que ambos os tribunais venham entendendo que tanto as partes, quanto o próprio tribunal estadual possa enfrentar a questão a ser levada para o STJ ou para o STF, ainda existe outra divergência entre eles: se a questão não houver sido examinada pelo tribunal, não obstante ter sido suscitada pela parte, terá havido o prequestionamento?

Nesse caso, é unânime entre os tribunais estudados a defesa da necessidade de interposição do recurso de embargos de declaração para forçar o tribunal estadual a decidir a causa, prequestionando-a. No entanto, e se a omissão do tribunal estadual persistir? Esse é o outro ponto de divergência entre o STJ e o STF.

Atualmente o STJ adota o chamando prequestionamento direto. Como bem explica Fredie Didier²⁵, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado nº 211, editado em 01 de julho de 1998, não haverá o prequestionamento quando o tribunal estadual não decidir a questão após a

²⁵ DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3, 7ª. Ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009, pág. 264.

interposição dos embargos de declaração, devendo o recorrente interpor recurso especial por violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem.

Eis o enunciado da súmula 211 do STJ:

S.211 - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo”.²⁶ (Grifo nosso)

Da mesma forma, se já houver o pronunciamento judicial sobre a questão, pouco importa se tenha havido ou não a provocação da parte, desnecessária a interposição dos embargos de declaração.

Assim, o STJ vem adotando um posicionamento mais coerente com texto expresso no artigo 105, III, da Constituição Federal, o qual estabelece que será cabível o recurso especial quando **as causas decididas** tiverem ferido lei federal.

O prequestionamento adotado pelo STF é diferente. Este tribunal adota o chamando prequestionamento ficto, que é aquele que considera ocorrido o prequestionamento com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito deste recurso (ter sido o seu mérito julgado como provido ou improvido, ou, até mesmo, do recurso ter sido conhecido ou não).

Ainda de acordo com a explicação do Didier, o Supremo Tribunal Federal adotou o prequestionamento ficto após reinterpretação de sua própria súmula 356, editada em 13 de dezembro de 1963, como uma resposta a edição da súmula 211 do STJ.

Eis o teor da súmula 356 do STF:

O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. (Grifo nosso)²⁷

²⁶ Súmula disponível no site do Superior Tribunal de Justiça: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acessado em 20/10/2010.

²⁷ Súmula disponível no site do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acessado em 20/10/2010.

A diferença entre os dois posicionamentos é que, enquanto para o STJ a questão tem de ter sido efetivamente decidida pelo tribunal estadual, cabendo em caso de omissão do mesmo, a interposição dos embargos de declaração e, em caso de persistência da omissão, a interposição de recurso especial fundamentado na desobediência do artigo 535 do CPC, para o STF a questão não necessita ter sido efetivamente decidida pelo tribunal estadual.

De acordo com Supremo Tribunal Federal, se o tribunal estadual não houver se posicionado sobre uma determinada questão constitucional, caberá a interposição dos embargos de declaração. No entanto, se a omissão persistir, caberá a interposição direta do recurso extraordinário, não havendo necessidade de forçar o tribunal estadual a julgar.

A lógica do posicionamento do STJ seria forçar o tribunal estadual a decidir a questão suscitada, ensinando-o, assim, a julgar todos os pontos requeridos pelas partes, fazendo jus ao termo “causa decidida” presente na Constituição.

Contrariamente, a lógica do STF é baseada na idéia de que as partes não têm culpa da inércia do Poder Judiciário, não sendo justo que elas sofram o ônus de suportar um processo judicial por mais tempo do que o necessário, obedecendo, assim, aos princípios do devido processo legal e da celeridade processual.

Analisar os tipos de prequestionamento adotados pelo Supremo Tribunal Federal (prequestionamento ficto) e pelo Superior Tribunal de Justiça (prequestionamento direto) é algo de suma importância para os operadores do Direito, porquanto a não observância do entendimento destes tribunais terá como consequência o não conhecimento do recurso especial, ou de recurso extraordinário, ocasionando uma prestação jurisdicional imperfeita.

Ademais, conforme entendimento explicado no capítulo sobre a constitucionalidade do prequestionamento, além de nesse trabalho ser defendida a tese de que o instituto do prequestionamento é inconstitucional, devido a falta de previsão constitucional expressa, é também defendida a teoria de que essa

diferença de entendimento perante os tribunais superiores ora estudados também é inconstitucional por alguns motivos.

Primeiramente, a existência de interpretações diversas no tocante ao prequestionamento resulta em insegurança jurídica.

Ademais, sendo os recursos especial e extraordinário institutos constitucionais, caberia ao STF decidir acerca de todos os requisitos de admissibilidade destes recursos, assim como uniformizar a jurisprudência acerca dos mesmos. No entanto, como foi visto ao longo deste capítulo, não é isto que acontece, tendo o STF adotado o prequestionamento explícito e ficto e o STJ adotado o prequestionamento implícito e direto.

3.3. Dispensa do Prequestionamento pelo STF

Recentemente, a ministra Ellen Gracie, em decisão monocrática de sua relatoria proferida no AI 375.011, decisão esta que foi seguida por unanimidade pelos membros da 2ª Turma do STF, relativizou a necessidade da presença do requisito prequestionamento para o julgamento de Recurso Extraordinário, mudando, assim, a orientação jurisprudencial dominante em nome da devida prestação jurisdicional e, também, em nome da devida uniformização interpretativa da Constituição Federal.

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida em Agravo de Instrumento da própria ministra-relatora que não admitiu recurso extraordinário interposto pelo município de Porto Alegre devido à falta de prequestionamento explícito.

Para melhor compreensão, é importante explicar que o recurso extraordinário não admitido foi interposto contra a decisão do plenário do Tribunal de Justiça de Porto Alegre que, decidindo contrariamente ao plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 251.258, decidiu pela constitucionalidade de determinada lei municipal.

Eis o teor da decisão da ministra Ellen Grezie que não admitiu o recurso extraordinário pela falta de prequestionamento:

Não se encontram prequestionados os dispositivos constitucionais (artigos 2º; 18, *caput*, 29, *caput*, 34, VII, “c”, 37, XIII; 40, §8º, 61, §1º, II, “a” e “c”, 167, IV e 169) em que busca apoio a petição de recurso extraordinário, pois embora suscitados na petição de apelação (fls. 35/44), não foram apreciados pelo acórdão recorrido, ao qual não foram opostos os competentes embargos de declaração, imprescindíveis a suprir eventual omissão²⁸ (Súmulas 282 e 356).

Nas razões do agravo regimental, o município de Porto Alegre alegou, em síntese, que ao contrário do decidido no agravo de instrumento, a matéria do recurso extraordinário se encontra devidamente prequestionada, uma vez que, para a observância deste requisito, basta a veiculação do tema constitucional tido como violado, sendo desnecessária a menção expressa do artigo da Constituição.

Alegou também que o entendimento do acórdão recorrido foi rechaçado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 251.258, de relatoria do ministro Nelson Jobim, quando se julgou inconstitucional o artigo 7º e seus parágrafos da lei 7428/94, com a redação dada pelo artigo 2º, da lei 7539/94, ambas do município de Porto Alegre.

Ao analisar o agravo regimental, a ministra mudou o seu entendimento proferido pelo agravo de instrumento, relativizando o requisito do prequestionamento, alegando sua maior preocupação “com os requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos procedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das normas.”

Ainda de acordo com o posicionamento da ministra-relatora, esse entendimento do Supremo Tribunal Federal constitui um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada.

²⁸ Decisão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305835> acessado em 01/11/2010.

Explicando melhor o posicionamento da relatora, o prequestionamento passa a ser um requisito dispensável para o Supremo Tribunal Federal quando o recurso extraordinário tiver como objetivo fazer prevalecer o posicionamento do plenário da suprema corte sobre a inconstitucionalidade de determinada lei estadual, em detrimento do julgamento proferido pela Corte estadual.

Eis a ementa deste Agravo Regimental em Agravo de Instrumento:

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTES PRECEDENTES AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido.

Como se pode perceber, o Supremo Tribunal Federal está começando a rever alguns posicionamentos para adequar a sua prestação jurisdicional e para melhor uniformizar o entendimento constitucional.

Como já mencionamos, estamos de acordo com este entendimento do STF por entender que o direito processual moderno está mais ligado aos preceitos constitucionais e ao seu papel no Direito, qual seja, a pacificação social.

Ademais, como já mencionado ao longo deste tópico, é dever constitucional do Supremo Tribunal Federal zelar pela uniformização da constituição, não podendo deixar de cumprir este mister por conta de um excessivo zelo formal.

Seguindo esse raciocínio, continuar fomentando formalidades excessivas, como a exigência do prequestionamento em todos os recursos extraordinários, por mais importante que seja o tema, em detrimento de oferecer a devida prestação jurisdicional e a devida pacificação social não nos parece razoável e nem constitucional. Assim, esperamos que este novo entendimento comece também a ser seguido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Breve Discussão acerca da Constitucionalidade e Legalidade do Prequestionamento

A necessidade do prequestionamento acerca de matéria federal ou constitucional, segundo a construção jurisprudencial dominante, decorre da própria disciplina constitucional dos recursos extraordinários¹ como instrumento de manutenção das instâncias judiciárias, impedindo que os Tribunais Superiores, ao acolherem os apelos excepcionais sem que a matéria de ordem constitucional ou infraconstitucional debatida nos recursos tenha sido devidamente apreciada pelo tribunal local, suprimam a ordem recursal prevista na Magna Carta.

Todavia, em que pese esta base lógico-procedimental utilizada como fundamentação à aplicação do prequestionamento, admitir a exigência desse pressuposto como condição específica ao conhecimento dos apelos excepcionais seria negar diametralmente a tradição constitucional brasileira, sobretudo em relação ao postulado inscrito no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, que grava como garantia fundamental o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário quando evidenciada a lesão ou a ameaça a direito.²⁹

Por esse viés, a utilização do prequestionamento revela-se em franco contraste com os paradigmas consagrados pelo Estado Democrático de Direito, especialmente em face da nova perspectiva de acesso ao judiciário sobrevinda com a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual estendeu a garantia às situações não só de lesão, mas também de simples ameaça a direito, o que representou para o Poder Judiciário possibilidades de atuação que até então não possuía³⁰.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.215.

³⁰BASTOS, Celso Ribeiro Et Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 183.

Assim, a finalidade buscada pelo constituinte originário, ao assegurar o caráter universal do acesso ao judiciário, foi justamente atingir o aspecto social do fenômeno jurisdicional, este compreendido como expressão da soberania estatal e imprescindível como fator de consolidação da estabilidade nas relações sociais e preservação da ordem democrática, mormente quando a perspectiva implementada pelo texto constitucional procurou possibilitar que um número maior de causas e pessoas tenham acesso à função abrangendo um maior número de questões que causem ameaça ou lesão a direito.

Neste ponto é importante ressaltar que admitir o prequestionamento é seguir na contramão do movimento jurídico atual, o qual vem buscando meios para conseguir prover um efetivo acesso à justiça, eliminando, de forma gradual, o excesso de formalismos da justiça nacional.

Diante disso, é inegável que o prequestionamento, historicamente surgido sob os parâmetros do Estado Liberal de Direito, à luz da Lei Judiciária norte-americana (*Judiciary Act*) de 24 de setembro de 1789, tendo em vista o modelo do Estado mínimo, não se coaduna mais às diretrizes consagradas pela nova concepção de organização estatal, vez que os fins buscados pelo novo modelo de Estado, diversamente do arquétipo liberal, vão além da preocupação apenas com a literalidade da norma ou a pureza dos comandos legais, procurando atingir a legitimidade dos atos normativos, a proteção aos direitos individuais, dos grupos e das coletividades, correspondendo, desse modo, à vontade soberana do povo.

Assim, é importante ressaltar, mais uma vez, que trilhar caminho diverso, admitindo como perspectiva para o ordenamento jurídico apenas a supremacia e a pureza da norma, seria, antes de tudo, negar a finalidade do Estado, colaborando para uma visão acanhada, para não dizer mitigada, da efetividade e da instrumentalidade do processo na proteção das garantias individuais e coletivas delineadas na Constituição.

Ademais, outro ponto importante quando se trata da constitucionalidade do prequestionamento é o fato deste instituto não ter sido expressamente na

Constituição Federal de 1988, como ocorreu nas Constituições anteriores. Como dito no histórico, diferentemente da Constituição Republicana de 1891, que exigia o prequestionamento como pressuposto específico à admissão do recurso extraordinário, a Magna Carta de 88 não condiciona a interposição de recurso excepcional ao anterior questionamento sobre violação de norma constitucional ou infraconstitucional, exigindo somente que a decisão recorrida apresente contrariedade a dispositivo da Constituição, tratado, lei federal, ou quando negar-lhes vigência. (art. 102, III, "a"; art. 105, III, "a", da Constituição da República).

Mesmo que a maioria da doutrina se apegue ao termo “**causas decididas** em única ou última instância” para defender que a Constituição de 1988 teria previsto o prequestionamento de forma implícita, entendo que esse entendimento é incorreto, haja vista que as constituições anteriores (Constituição de 1946 até a Constituição de 1967) também tinham esta mesma expressão em seus textos, no entanto, mesmo assim, previam o prequestionamento de forma expressa.

Esse entendimento é corroborado com o fato do prequestionamento não estar previsto em nenhuma lei infraconstitucional. Explicando melhor este raciocínio, causa-nos estranheza o fato dos tribunais superiores restringirem o acesso constitucionalmente previsto a eles por via recursal, sem que esta restrição esteja expressamente previsto na constituição, ou em alguma lei infraconstitucional. Fortalece este entendimento o novíssimo instituto da repercussão geral, o qual, apesar de restringir o acesso ao STF, foi expressamente colocado no texto constitucional, sendo, posteriormente, regulamentado por lei.

Logo, após uma leitura dos permissivos constitucionais pertinentes ao cabimento do recurso especial e extraordinário, é suficiente à constatação de que o prequestionamento, considerado por grande parte da doutrina e da jurisprudência como pressuposto indispensável à admissibilidade dos recursos extremos, inexistente à luz da Constituição vigente, não sendo sequer capitulado nas Leis nº 8038/90, nem na lei 8.950/94, as quais regulam o cabimento e o procedimento dos recursos extraordinários.

É essa ótica que propugna Guilherme Caldas da Cunha³¹:

Ficou longe, no tempo, a exigência do pré-questionamento da questão federal, para ensejar o cabimento do recurso extraordinário (e especial). Como demonstrado pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro em seu voto, proferido por ocasião do julgamento dos EDREsp 6.854/RJ, na Corte Especial do STJ, em 13.02.92 (RSTJ, Brasília, a 4(30) , pp. 341-351, fev. - 92), só as Constituições de 1891 a 1946 se referiam ao cabimento do recurso extraordinário 'quando se questionar sobre vigência ou validade da lei federal.

As Constituições de 1967, com a EC 1/69, e a de 1988 não se referiram à palavra 'questionar', admitindo o cabimento do recurso especial quando a decisão recorrida 'contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência'. Dessa forma, a exigência do pré-questionamento da questão federal para ensejar o cabimento do recurso especial, imprimida pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça, é, hoje, inconstitucional, através da decisão do Plenário do STF, através do ERE (Ag. Reg.) 96.802-RJ (RTJ 109/299-304).

Por fim, o último e mais forte argumento para defender a inconstitucionalidade do prequestionamento está na diferença de tratamento dado a esta instituto pelo STJ e pelo STF.

Por mais que se entenda que os dois argumentos acima são insuficientes para alegar a inconstitucionalidade do prequestionamento, admitir que o STJ adote um posicionamento diferente do adotado pelo STF torna o instituto controverso por dois motivos.

O primeiro motivo reside no fato desta diferença de tratamento causar uma enorme insegurança jurídica. Ora, seguindo a teoria geral do direito, o sistema jurídico de um país teria de ter como norte a sistematização de seus procedimentos, tratando o direito como uma ciência una, objetivando dar aos operadores de direito segurança no momento para lidar com as regras legais. A partir do momento que um tribunal superior, o qual teria a função de unificar o entendimento das matérias federais, utiliza entendimento diverso da Corte suprema do mesmo país, admite-se que por um excesso de formalismo um recurso especial, ou um recurso extraordinário, não seja admitido, independentemente da importância que estes

³¹CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle Constitucional do Cabimento do Recurso Especial in Revista dos Tribunais, jul/1994, n.º 704. pp.37-38.

recursos tenham. Neste ponto é importante ressaltar que, conforme dito acima, essa situação se agrava quando este requisito essencial não é previsto em nenhuma lei, ou de forma expressa pela Constituição Federal.

Conforme visto no decorrer deste trabalho, felizmente os tribunais superiores já estão começando a flexibilizar o instituto do prequestionamento, prestigiando mais, assim, os seus objetivos constitucionais, em detrimento do excesso de formalismo.

O segundo motivo está no fato de que tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, são recursos constitucionais. Assim, em caso de qualquer controvérsia acerca de seu cabimento, caberia ao STF resolvê-la. No entanto, não é isso que acontece, já que apesar do STF ter o seu entendimento acerca deste instituto, o STJ vem entendendo de maneira diferente.

Assim, se for entendido que o prequestionamento é constitucional e, além disso, legal, o STF teria o dever de pacificar nacionalmente o entendimento sobre este tema, não tendo o STJ legitimidade para construir um entendimento diferente.

Indubitavelmente, verifica-se no caso vertente que o prequestionamento torna pública a falta de vontade política de o Estado proferir decisões que possam pôr minimamente em risco o “status quo” vigente, baseado na manutenção das desigualdades sociais. Daí a necessidade da construção e criação de mais um requisito de admissibilidade recursal que turba o direito inalienável de acesso ao judiciário, contribuindo para a exclusão social, a ampliação dos descamisados judiciais ou dos sem-justiça e reforçando a idéia de um sistema processual falido, incapaz de atender à demanda por aquilo que nunca se destinou a conferir (justiça social).

Prequestionamento no Recurso de Terceiros

Antes de se discutir o polêmico tema da necessidade, ou não, do preenchimento do requisito prequestionamento para que o terceiro prejudicado possa interpor recurso especial, ou extraordinário, é importante que se conceitue o que vem a ser terceiro para que este tema possa ser melhor entendido.

Para Candido Rangel Dinamarco, o terceiro pode ser conceituado como “todo aquele que não é parte em relação àquele processo”, de forma que o terceiro somente possui tal qualidade até que intervenha no processo, no momento em que intervir, converte-se em parte, passando a sofrer não só os efeitos reflexos da sentença, mas, também, os efeitos diretos da coisa julgada.

Assim, quando a sentença, decisão ou acórdão, prejudicar juridicamente um sujeito que não foi parte no processo, o ordenamento jurídico brasileiro confere-lhe legitimidade para interpor recurso. De acordo com o parágrafo único, do artigo 499 do Código de Processo Civil, desde que haja nexos de interdependência entre o interesse do terceiro e a relação jurídica a ser apreciada judicialmente, poderá o terceiro interpor recursos.

Eis o teor da referida norma:

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

De acordo com Carlos Barbosa Moreira, apesar do recurso de terceiro não ampliar a cognição da lide, ele está sujeito aos mesmos requisitos de admissibilidade dos recursos a serem interpostos pelas partes.

Assim, para que um terceiro possa interpor qualquer recurso, é necessário que ele preencha tanto os requisitos genéricos de admissibilidade intrínsecos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo e extintivo de direito de recorrer, quanto os requisitos genéricos de admissibilidade extrínsecos: tempestividade, regularidade formal e preparo.

Ademais, caso queira interpor recursos especial e extraordinário, o terceiro também deve preencher os requisitos constitucionais específicos previstos no artigo 102, III e 105, III da Constituição Federal.

Como conseqüência, apesar do requisito do prequestionamento não estar presente de forma expressa no texto constitucional, a quase totalidade da doutrina e da jurisprudência defende a necessidade de o terceiro ter de preencher este requisito para que possa interpor os recursos ora estudados, por força da expressão “causa decidida”.

Desta observação decorre uma questão que vem sendo discutida há algum tempo na doutrina e na jurisprudência: mesmo um terceiro prejudicado que não tenha feito parte do processo, tem de preencher o requisito do prequestionamento para que possa interpor os recursos especial, ou extraordinário?

Atualmente, como já dito, a maioria dos operadores do direito defende que o terceiro prejudicado pela decisão judicial, apesar de não ter tido ampla oportunidade de prequestionar a matéria, tem de preencher o requisito do prequestionamento por meio da interposição do recurso de embargos de declaração.

Assim, se a questão controversa não foi discutida e decidida nas instancias inferiores, e um terceiro se sinta prejudicado por esta decisão, ele deverá interpor embargos de declaração, com base no artigo 535 do Código de Processo Civil, forçando o Tribunal “a quo” a decidir a questão, prequestionando, assim, a matéria.

Como visto nos capítulos anteriores, cada tribunal superior tem o seu próprio “jeito” de ver este instituto, adotando o STJ o prequestionamento implícito e direito e o STF o prequestionamento explícito e ficto. Deste modo, para o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, não é suficiente a interposição dos embargos de declaração para prequestionar a questão, se o tribunal “a quo” alegar que não houve na decisão embargada qualquer omissão, contradição ou obscuridade, sendo, por conseqüência, necessário a interposição de recurso especial por violação ao artigo 535 do CPC.

O posicionamento do STF, respaldado pelo princípio constitucional da isonomia, sempre foi o de conferir ao terceiro a mesma limitação existente no recurso especial ou extraordinário imposto às partes. No ano de 1979, ao julgar o Recurso extraordinário 86382/GO, o ministro Moreira Alves defendeu a tese de que se é certo que o terceiro prejudicado pode interpor este recurso, também é certo que a questão que constitui o seu objeto deverá ter sido ventilada no acórdão recorrido, sob pena de não haver o necessário prequestionamento, de acordo com a súmula 282 e 356 do STF.

No entanto, em 1980, o STF modificou o seu posicionamento, ao julgar o recurso extraordinário 91.405 do RJ, de relatoria do ministro Décio Miranda. Neste foi dispensado o requisito do prequestionamento em recurso movido por terceiros - litisconsortes necessários não citados oportunamente – haja vista terem ingressado na causa somente depois de prolatado o recurso recorrido, tendo-se insurgido justamente contra a sua não integração no polo passivo da lide.

Eis a ementa do referido julgado:

Ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSORCIO PASSIVO NECESSARIO. IMPOSSIBILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO, UMA VEZ QUE OS RECORRENTES SÓ INGRESSARAM NOS AUTOS DEPOIS DE PROLATADO O ACÓRDÃO, E O FIZERAM PARA INSURGIR-SE CONTRA A AUSÊNCIA DE SUA CITAÇÃO COMO LITISCONSORTES NECESSARIOS. OCORRENCIA, NO CASO, DE LITISCONSORCIO PASSIVO NECESSARIO. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS EM PARTE. (Grifo nosso)

Neste julgado, o ministro relator salientou que os terceiros prejudicados “não poderiam ter provocado o prequestionamento justamente por não estarem presentes aos autos como litisconsortes passivos necessários” mas, defendeu a tese de que, no caso sob análise, os terceiros tiveram conhecimento da impetração do mandado de segurança e permaneceram inertes, quando poderiam ter prequestionado a matéria, razão pela qual o relator votou pelo não conhecimento do recurso extraordinário.

Apesar do posicionamento do relator, o seu voto foi vencido pelos votos dos ministros Moreira Alves, Leitão de Abreu e Djaci Falcão.

De acordo com o ministro Moreira Alves, naquele caso concreto, uma “impossibilidade de natureza processual” levou a desnecessidade do prequestionamento, esclarecendo que os recorrentes não ingressaram nos autos antes da prolação do acórdão recorrido, apenas tendo-o feito posteriormente para protestar contra o seu não-chamamento ao processo, razão pela qual o eminente Ministro afastou a preliminar de prequestionamento, conhecendo do recurso extraordinário. Do mesmo modo, os outros dois ministros acompanharam o voto do ministro Moreira Alves, entendendo pela desnecessidade do prequestionamento neste caso.

Seguindo este posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em 1993, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial 18.550/SP, de relatoria do ministro Antônio de Pádua Ribeiro, posicionou-se favoravelmente a dispensa do prequestionamento na situação em que o terceiro ingressou no processo após a prolação do acórdão para insurgir-se contra a ausência de sua citação como litisconsórcio necessário.

Eis a ementa do acórdão:

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE PARA MANIFESTA-LO DO LITISCONSORTENECISSARIO QUE NÃO PARTICIPOU DA CAUSA. DESNECESSIDADE, EM TAL CASO, DE PREQUESTIONAMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS A ARREMATACÃO. INDISPENSABILIDADE DA PRESENÇA DO ARREMATANTE COMO LITISCONSORTE NECESSARIO (CPC, ART.47, PARAGRAFO UNICO). NULIDADE DO PROCESSO.

I - O LITISCONSORTE NECESSARIO PODE MANIFESTAR RECURSO ESPECIAL, MESMO QUE NÃO TENHA PARTICIPAÇÃO DA CAUSA, FAZENDO-O NA QUALIDADE DE TERCEIRO PREJUDICADO (CPC., ART. 499, 'CAPUT' E PARAG. 1).

II - NA HIPOTESE MENCIONADA, E DISPENSÁVEL O PREQUESTIONAMENTO, POIS O RECORRENTE SO ENTROU NOS AUTOS APOS A PROLAÇÃO DO ACORDÃO, PARA INSURGIR-SE CONTRA AUSENCIA DA SUA CITAÇÃO COMO LITISCONSORTE NECESSARIO (Grifo nosso).

III - E INDISPENSÁVEL A PRESENÇA DO ARREMATANTE, NA QUALIDADE DE LITISCONSORTE NECESSARIO, NA AÇÃO DE EMBARGOS A ARREMATACÃO, PORQUANTO O SEU DIREITO SERA DISCUTIDO E DECIDIDO PELA SENTENÇA.

IV - E PACÍFICA A JURISPRUDENCIA NO SENTIDO DE QUE A FALTA DE CITAÇÃO DO LITISCONSORTE NECESSARIO IMPLICA NULIDADE DO PROCESSO.

V. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Apesar deste posicionamento do STJ, a tendência seguida pelo tribunal superior foi a de considerar o prequestionamento um requisito indispensável para a interposição de recursos extraordinários “lato sensu”, seja para as partes, seja para terceiros.

Esta tendência pode ser claramente observada, entre outros julgados, no julgamento do recurso especial 248089/PR, de relatoria do ministro Menezes Direito, preferido no ano de 2000, no qual se defendeu a tese que o prequestionamento constitui requisito indispensável para que se possa conhecer do recurso especial, por não ser possível violar a lei ou configurar-se o dissídio em relação a tema não examinado.

Eis o teor da ementa do acórdão deste recurso:

Ementa:

Recurso especial. Prequestionamento. Terceiro prejudicado. O prequestionamento constitui requisito indispensável, para que se possa conhecer do especial, por não ser possível violar a lei ou configurar-se o dissídio em relação a tema não examinado. Trata-se de exigência que deriva da própria previsão constitucional desse recurso. Também o terceiro, que se considere juridicamente atingido pela decisão, haverá de apresentar pedido de declaração, se o tema que o pretende versar não houver sido examinado pelo acórdão.

Por meio deste novo posicionamento do STJ, conferiu-se ao terceiro interveniente os mesmos ônus das partes, ou seja, conferiu-se a exigência de que a matéria do recurso especial e extraordinário tenha sido ventilada pelo tribunal local.

Esse novo posicionamento, no entanto, pode gerar situações conflitantes para os terceiros prejudicados com a decisão proferida no acórdão. No caso do não chamamento ao processo do litisconsorte necessário, teria de ser conferido ao terceiro a possibilidade de interposição de recurso especial para anular a decisão proferida pelo tribunal local, mesmo que este não tenha se manifestado sobre a questão. Deste modo, seriam evitados os transtornos da ação rescisória a ser oposta pelo terceiro prejudicado, prestigiando, assim, os princípios constitucionais da celeridade e economia processual.

Foi exatamente pensando deste modo que o ministro Antônio de Pádua Ribeiro, ao proferir o seu voto vencido no acórdão do STJ ora em comento,

argumentou que em algumas situações manter o requisito de admissibilidade do prequestionamento seria algo extremamente formal e desarrazoado.

De acordo com o ministro, quando a questão federal surgir no próprio julgamento, não haveria o menor sentido em exigir que ainda fossem opostos embargos de declaração, tanto para as partes quanto para terceiro.

Eis o teor do voto vencido do ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

Sr. Presidente, em matéria de prequestionamento, confesso que nunca me empolguei com essa Súmula 211 aprovada pelo Superior Tribunal de Justiça. A minha orientação, que, aliás, é uma orientação tradicional do Supremo Tribunal Federal, sempre foi diversa. **Quando surge a questão federal no próprio julgamento, não há o menor sentido exigir-se que ainda sejam opostos embargos declaratórios. Muitas vezes, isso ocorre claramente, como na pauta em que deixa de constar o nome do advogado, caso de nulidade, não sendo razoável, nesse caso, a exigência de prequestionamento. Penso ser essa súmula excessivamente restritiva. Por entender assim, mantenho essa orientação antiga com relação ao terceiro.**³² (Grifo nosso)

Nesse sentido, apesar deste voto ter sido vencido, amparando o posicionamento atual do STJ, entendo, como já falado anteriormente, que a exigência, em todos os casos, do prequestionamento prejudica o dever do Estado de prover o devido processo legal, além de ser contrário aos princípios da celeridade e da economia processual.

³² Voto disponível em

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=1539754&nreg=200000126640&dt=20010528&formato=PDF>>. Acessado em 02/11/2010.

Prequestionamento em Matéria de Ordem Pública

6.1. Breve Conceito de Normas de Ordem Pública

Antes que comemos a discutir a necessidade do prequestionamento em matérias de ordem pública, é importante definir o que vem a ser ordem pública.

Normas de ordem pública são determinados institutos jurídicos de importância destacada em relação à outras normas, pois, relacionam-se diretamente com a preservação e estabilidade da ordem jurídica, objetivando conferir garantia aos litigantes e assegurar a supremacia da jurisdição.

Como destaca Vidal Serrano Nunes³³, as normas de ordem pública são aquelas que não podem ser alcançadas pela atividade de disposição dos interessados, diferentemente das normas dispositivas, as quais podem ser objeto de disposição pelas partes, devido à falta de interesse público direto e imediato.

Essa conceituação de normas de ordem pública foi utilizada para a redação do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, o qual determina:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

³³ JÚNIOR, Vidal Serra Nunes; SERRENO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor Interpretado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.9.

6.2 – Prequestionamento em Matérias de Ordem Pública

Apesar do grande número de debates sobre esse tema, ainda não há consenso quanto a necessidade do preenchimento do requisito prequestionamento para que se possa interpor recursos extraordinários “lato sensu” em matérias de ordem pública.

Essa dúvida ocorre porque, apesar dos recursos especial e extraordinário terem as suas hipóteses de cabimento previstas no texto constitucional, o código de processo civil determina no parágrafo 3º, do artigo 267 e no parágrafo 4º, do artigo 301, que determinadas matérias serão conhecidas de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nos IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

Desse modo, apesar da grande maioria dos operadores do direito defenderem ser o prequestionamento um requisito de admissibilidade específico indispensável para a interposição dos recursos especial e extraordinário, o código de processo civil, de maneira controversa, estabelece que algumas matérias podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Instaurada essa controvérsia, três correntes se destacam a respeito do assunto: a primeira defende que as matérias de ordem pública não prequestionada não podem ser conhecidas no recurso especial ou extraordinário, a segunda defende que as matérias de ordem pública podem ser conhecidas independentemente de prequestionamento e, por fim, a terceira corrente defende

que as matérias de ordem públicas não prequestionada pode ser conhecidas desde que o recurso seja conhecido por outro fundamento e a turma julgadora tiver de julgar o mérito.

Conforme já afirmado, a maioria da doutrina e dos tribunais entende que, em razão do texto constitucional prever as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário, as matérias que em regra são cognoscíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição não podem ser conhecidas sem o devido prequestionamento nos tribunais superiores.

Esse posicionamento é bem delineado por Garcia Medina³⁴. Para ele, sob qualquer prisma que se analise a questão, não cabe recurso especial ou extraordinário em relação a questões não decididas, mesmo que se trate de matéria de ordem pública que, por força de lei, deve ser conhecida de ofício.

Seguindo este raciocínio, as normas constitucionais que disciplinam o cabimento dos recursos ora em estudo, mais precisamente o inciso III, do artigo 102 e o inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal, não podem ser preteridos em favor das disposições contidas no parágrafo 3º, do artigo 267 e no parágrafo 4º, do artigo 301 do CPC.

Assim, para os defensores desta corrente, os ministros dos tribunais superiores não poderiam conhecer de ofício nenhuma matéria, devido à falta de prequestionamento.

Como se verá na decisão do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 748.057, transcrito abaixo, a 2ª Turma do STF, por meio da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, defendeu que mesmo em matérias de ordem pública, deve ser respeitado o requisito do prequestionamento, sob pena de não conhecimento do recurso extraordinário.

Eis a ementa da referida decisão:

³⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. 4ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, pág. 260.

Ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TRIBUTÁRIA - GDAT. EXTENSÃO A SERVIDOR INATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MORTE DO IMPETRANTE. HABILITAÇÃO DA HERDEIRA AUTORIZADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ALEGAÇÃO, SOMENTE NESTA SEDE, DE IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. O prequestionamento é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário mesmo que a matéria versada no recurso seja de ordem pública. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifo nosso)

(AI 748.057 AgR/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa; Segunda Turma do STF, Julgado em 31/08/2010).

Esse mesmo entendimento é seguido de forma majoritária pelo STJ. Ao julgar o Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.208.423 do RS, em novembro de 2010, o ministro-relator Luis Felipe Salomão, da 4ª Turma do STJ, acompanhado pelos ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha, defendeu que mesmo em matéria de ordem pública é necessário que a questão tenha sido prequestionada, sob pena de não conhecimento do recurso especial.

Eis a ementa do referido acórdão:

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO E DIVIDENDOS. NATUREZA DISTINTA. POSSIBILIDADE DE RETRIBUIÇÃO CUMULATIVA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. (Grifo nosso)

1. Os dividendos decorrem do desempenho financeiro da empresa, ou seja, do lucro apurado pela empresa no período de um ano, remunerando o investidor pelo sucesso do empreendimento social. Os juros sobre capital próprio, por sua vez, têm origem nos lucros apresentados nos anos anteriores e que ficaram retidos na sociedade e tem por finalidade remunerar o investidor pela indisponibilidade do capital aplicado na companhia. Possuem ditas verbas natureza jurídica distinta. Precedentes.

2. Na presente hipótese, a pretensão da Companhia telefônica de afastar, em sede de cumprimento de sentença, o pagamento dos juros sobre o capital próprio deflui de uma perspectiva de possuírem, aqueles, a mesma natureza jurídica dos dividendos, o que já foi afastado pelo entendimento consolidado neste STJ.

3. A questão de ocorrência de julgamento fora dos limites da lide não foi suscitada no recurso especial, caracterizando-se como inovação, inviável em sede de agravo regimental.

4. Mesmo nas hipótese que tratam de matéria de ordem pública, como no caso de ocorrência de julgamento extra petita, A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de ser indispensável o prequestionamento para o conhecimento do recurso especial. Ausente na presente hipótese o necessário prequestionamento, inviável a análise do apelo extremo, quanto à questão. (Grifo nosso)

5. Agravo regimental não provido, com aplicação da multa estabelecida no art. 557, § 2º, do CPC.
(AgRg no REsp 1.208.423/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão; Quarta Turma do STJ, Julgado em 23/11/2010).

Apesar desses posicionamentos, outra corrente está ganhando força nos tribunais superiores, a qual flexibiliza o requisito do prequestionamento se o recurso extraordinário “lato sensu” for admitido por outro fundamento, que não a matéria de ordem pública não prequestionada.

Essa posição decorre da interpretação da súmula 456 do STF, assim como do artigo 257 do regimento interno do STJ, os quais determinam:

S. 456 – O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.³⁵

Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Para Barbosa Moreira³⁶, julgar a causa significa decidir concretamente a matéria objeto da impugnação, e não simplesmente assentar a tese com base na qual ela será decidida por outro órgão do Judiciário. De acordo com o eminente doutrinador:

o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à quaestio iuris, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão a quo, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga a causa.

Com base nisso, aplicando-se o entendimento contido na súmula 456 do STF e no artigo 257 do RISTJ, os recursos extraordinários, uma vez conhecidos, ocasionam o efeito translativo, ou seja, nem o STF, nem o STJ ficam restritos a

³⁵ Súmula disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>
acessado em 02/11/2010.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, pág. 596.

devolução da matéria alegada, podendo examinar as questões de ordem pública, já que a sua cognição abrange a causa toda.

Assim, para os defensores desta corrente, ultrapassado o juízo de admissibilidade e conhecido o recurso especial, ou extraordinário, por outro fundamento, o tribunal superior deverá apreciar as matérias de ordem pública, seja de ofício, seja por provocação da parte, dispensando, em ambos os casos, o prequestionamento.

Esse entendimento, apesar de ainda minoritário, já vem ganhando força nos tribunais superiores, principalmente no STJ, como se pode perceber por meio da análise dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 926198, julgado de forma unânime em outubro de 2010, pela 5ª Turma do STJ, de relatoria do ministro Jorge Mussi.

De acordo com o relator, a regra geral para a apreciação de matérias de ordem pública em recurso especial é que a mesma tenha sido prequestionada nas instâncias inferiores.

No entanto, excepcionalmente, o STJ vem admitindo a análise dessas matérias se o juízo de admissibilidade do recurso especial for superado por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos.

Eis a ementa do referido Embargos de Declaração:

Ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA TRAZIDA SOMENTE NASRAZÕES DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. PRETENSÃO DEPREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL PARA INTERPOSIÇÃO DERECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA.

1. Como regra, esta Corte exige o prequestionamento para as questões de ordem pública. Entretanto, permite-se a análise dessas matérias quando o recurso especial supera o juízo de admissibilidade por outros fundamentos, à luz do efeito translativo. Precedentes. (Grifo nosso)

2. Não conhecido o recurso especial, inviável examinar as nulidades suscitadas já em sede de agravo regimental.

3. É inadmissível o manejo de embargos declaratórios para fins de prequestionamento, com vistas a interposição de recurso extraordinário. Precedentes.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 926198/AL. Ministro-relator Jorge Mussi. Quinta Turma do STJ, Julgado em 26/10/2010).

Esse é o mesmo posicionamento defendido no Recurso Especial 1.088.560 do Rio Grande do Norte, de relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, da 2ª Turma do STJ, julgado em agosto de 2010.

Como se pode notar, essas duas decisões denotam que o STJ defende, como regra geral, que mesmo as matérias de ordem pública, para serem conhecidas em recurso especial, necessitam do devido prequestionamento nas instâncias inferiores. No entanto, excepcionalmente, pode o recurso especial ser conhecido se o juízo de admissibilidade deste recurso for superado por outros motivos, tendo-se em vista o efeito translativo dos recursos.

Eis a ementa do Recurso Especial acima mencionado:

Ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REFORMA AGRÁRIA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. AÇÃO CAUTELAR. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. A jurisprudência desta Corte assentou-se no sentido de que até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento ex officio, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento.

2. Excepciona-se a regra se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial.

Precedentes da Turma. (Grifo nosso)

3. Todavia, na espécie, o recurso especial não foi conhecido por qualquer outro fundamento, sendo impossível, pois, o conhecimento danulidade, por ausência de prequestionamento, fato que atrai a incidência do enunciado sumular n. 282/STF.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.088.560/RN. Ministro-relator Mauro Campbell Marques. Segunda Turma do STJ, Julgado em 10/08/2010).

Por fim, há uma terceira corrente que flexibiliza a exigência do prequestionamento diante da importância, das questões de ordem pública.

Para essa corrente, as matérias de ordem pública, por expressa disposição legal, são cognoscíveis de ofício pelos órgãos jurisdicionais, não tendo o legislador explicitado qualquer obstáculo em função dos graus de jurisdição. Ao contrário, o parágrafo 3º, do artigo 267 do CPC estabelece claramente que tais matérias devem ser examinadas de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Apesar de ser um posicionamento muito minoritário, defendo posicionamento semelhante ao defendido por Camargo Mancuso. De acordo com ele:

em questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e, bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos – positivos e negativos – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, §3º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa.³⁷

Ora, como bem ressaltado por esse doutrinador, não há qualquer obstáculo legal para o enfrentamento de matérias de ordem pública pelos tribunais superiores.

Ao contrário, o Código de Processo Civil é bem claro ao determinar que em se tratando de matérias de ordem pública, devem os magistrados conhecê-las de ofício, em qualquer tempo, ou grau de jurisdição.

Somando-se a isto, conforme já visto ao longo deste trabalho, defendo a inconstitucionalidade do prequestionamento, sendo, por isso, uma causa a mais para defender a possibilidade de conhecimento de ofício de matérias de ordem pública pelos tribunais superiores.

³⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 6ª edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 194.

Conclusão

Em conclusão, apesar de o prequestionamento ser um instituto antigo no ordenamento jurídico nacional, verifica-se que ele ainda é a razão de muita insegurança por parte dos operadores de direito que labutam nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal.

Como destacado no corpo desse trabalho, a razão dessa insegurança resulta da falta de uniformização dos tribunais estudados acerca desse instituto, já que o STJ vem exigindo o prequestionamento implícito e o prequestionamento direto para julgar o mérito dos recursos especiais e o STF vem exigindo a presença do prequestionamento explícito e do ficto para julgar o mérito dos recursos extraordinários.

Em função dessa falta de uniformização na definição de critérios específicos para a definição do prequestionamento, situação que dá ensejo à subjetividade do julgador na sua apreciação, a ponto de a mesma questão encontrar-se prequestionada aos olhos de um, enquanto que aos olhos de outros não, defende-se neste trabalho a inconstitucionalidade desse instituto.

A inconstitucionalidade se torna ainda mais patente, quando se percebe que não há menção expressa na Constituição Federal sobre o prequestionamento.

Quando foram feitos comentários sobre a repercussão geral neste trabalho, defendeu-se que se o Poder Constituinte Derivado quisesse criar um requisito de admissibilidade constitucional específico dos recursos extraordinário e especial, ele deveria tê-lo colocado de forma expressa no texto da Constituição federal, e não escondê-lo por trás de uma expressão, como o termo “causa decidida”.

Para que se pudesse encarar o prequestionamento como um instituto constitucional, teria de ter sido feito o mesmo procedimento de criação da repercussão geral, a qual foi criada expressamente por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004. Além de ter sido editada lei específica para regulamentar

o novo instituto, fato que não aconteceu com o prequestionamento, o qual, ao contrário, não é mencionado em qualquer lei.

Assim, pode-se conceituar o prequestionamento como um “requisito jurisprudencial”, já que ele somente é tratado em súmulas e decisões dos tribunais pátrios. Deste modo, apesar de nesse trabalho ser defendido um posicionamento bastante minoritário em termos doutrinários e jurisprudenciais, defendeu-se que nem o STJ, nem o STF, poderiam deixar de apreciar os recursos especiais e extraordinários sob a tese de falta de prequestionamento, devendo esses tribunais, terem maior preocupação com o seu papel constitucional de guardiões da legislação federal e constitucional.

Ademais, atualmente, não deve mais prevalecer o entendimento de que o prequestionamento serviria para que os tribunais superiores ficassem menos assoberbados, haja vista que nos últimos anos foram criados, de forma clara e precisa, novos institutos jurídicos que teriam esta função, como a repercussão geral (EC. 45 de 2004), a súmula vinculante (EC. 45), os recursos repetitivos (criados por meio da lei 11.672/08, a qual acrescentou o artigo 543-C ao CPC), além de vários outros previstos no texto do Código de Processo Civil e na Constituição Federal.

No entanto, apesar da crítica feita ao entendimento jurisprudencial defensor da constitucionalidade do prequestionamento, a partir do momento em que a grande maioria dos tribunais pátrios considera o prequestionamento como um requisito de admissibilidade específico, eles deveriam unificar o entendimento sobre esse instituto, resguardando os princípios constitucionais da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição.

Como salientado na Introdução desse trabalho, em nome dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, caberia ao Supremo Tribunal Federal, como órgão guardião da Constituição Federal, unificar o entendimento dos tribunais hierarquicamente inferiores acerca do prequestionamento, acabando com adoção de tipos diferenciados de prequestionamento.

O papel primordial dos tribunais, mormente dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, é trazer a pacificação social resolvendo os conflitos de

forma justa e pacífica. No entanto, este papel é atenuado quando se começa a ter um apego irracional a formalismos, já que o resultado obtido é uma prestação jurisdicional imperfeita, devido à não-admissão dos recursos especial e extraordinários pelo STJ e pelo STF respectivamente.

Conclui-se, por fim, que o instituto do prequestionamento é um requisito constitucional de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário que é adotado de pelo STJ e pelo STF de forma diferente, fato que causa grande insegurança jurídica.

Assim, deveria o Supremo Tribunal Federal uniformizar o conceito de prequestionamento trazendo, assim, a pacificação social.

Referências

- ASSIS, Araken de. *Condições de Admissibilidade dos Recursos Cíveis. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.
- ASSIS, Araken de. Prequestionamento e Embargos de Declaração. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. São Paulo, v.3, n.33, p.11-31, set. 2002.
- AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário Aspectos Gerais e Efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro Et Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Quem Tem Medo do Prequestionamento? *Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>>. Acesso em: 11 out. 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.
- CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle Constitucional do Cabimento do Recurso Especial in *Revista dos Tribunais*, julho de 1994, n.º 704.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7.ed. Salvador: Jus Podium, 2009. v. 3.
- DIDIER JR., Fredie. *Recurso de Terceiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 2005.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção do Terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LACERDA, Galeano. Prequestionamento. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 346, abr./jun. 1999, p. 199-210.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento. In: *Linhas Mestras do Processo Civil: Comemoração dos 30 Anos de Vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO, Samuel. *Recurso Especial e Extraordinário (Teoria e Prática)*. São Paulo: Hemus, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NAGIB, Miguel Francisco Urbano. A Competência Recursal Extraordinária do STF e do STJ. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 7. jul./set., 2007.

NERY JR, Nelson. *Princípios Fundamentais : Teoria Geral dos Recursos*. 3.ed. São Paulo: RT, 1996.

NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, São Paulo: RT, 2002. v. 4.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos Recursos Especial e Extraordinário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Roteiro para Advocacia no STJ e no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e a Ação Rescisória*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.1.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. *Teoria geral dos Recursos*. São Paulo: RT, 1999.

i