

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – EMP
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM TRIBUNAIS SUPERIORES

ANA PAULA CANOVAS FEIJÓ ARAUJO

Fortaleza – CEARÁ

2003

ANA PAULA CANOVAS FEIJÓ ARAUJO

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM TRIBUNAIS SUPERIORES.

Monografia apresentada à Escola Superior do Ministério Público em convênio com a Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil, sob orientação da Professora Maria Magnólia Barbosa da Silva, Mestre.

Fortaleza – CEARÁ

2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – EMP

TÍTULO: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM TRIBUNAIS SUPERIORES

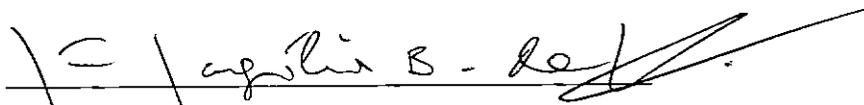
Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção de título de especialista em Processo Civil, concedido pela Universidade Federal do Ceará/Escola Superior do Ministério Público do Ceará.

Autora: Ana Paula Canovas Feijó Araujo

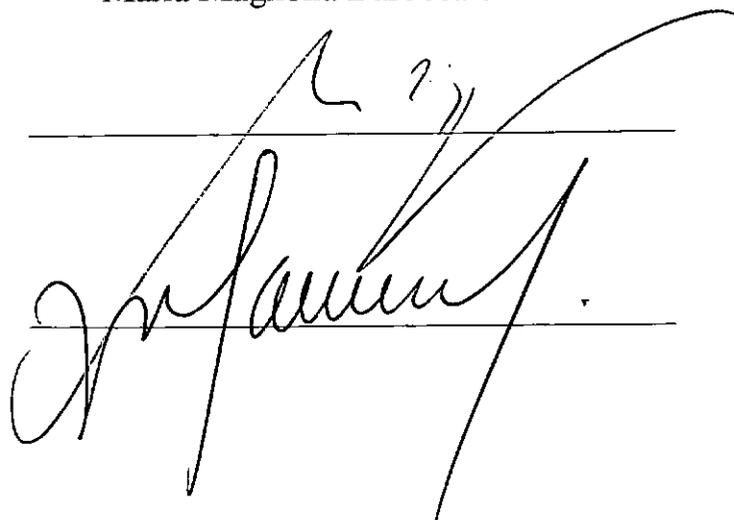
Monografia Aprovada em: 31 / 07 / 2003

Nota: 10,00

Banca Examinadora:



Maria Magnólia Barbosa da Silva



RESUMO

ARAÚJO, ANA PAULA CANOVAS FEIJÓ. Embargos declaratórios em Tribunais Superiores. Maria Magnólia Barbosa da Silva – Mestre – Orientadora - Marcelo Lima Guerra – Doutor - Coordenador do Curso de Especialização em Processo Civil.

O embargo declaratório prequestionador é um instituto jurídico previsto na jurisprudência pátria com o objetivo de forçar que haja o debate no juízo *ad quo* do tema recorrido à Tribunal Superior sob pena de não conhecimento do recurso.

A presente dissertação objetiva demonstrar a utilização deste instituto no direito brasileiro como meio processual indispensável aos recursos em instância superior, além de justificar a utilização dos mesmos dentro da previsão constitucional.

DEDICATÓRIA

Creio que todos os seres humanos são filhos de um mesmo Pai que nos criou e nos ama. E dessa forma, somos todos ligados, um a um, por este amor maior que cuida de nós e guia cada passo nosso.

Assim, como cada folha que cai da árvore, são os acontecimentos da nossa vida e as pessoas que conhecemos que são colocadas em nosso caminho.

Acho que algumas são mais que nossos irmãos, são verdadeiros anjos que Deus nos envia para que o nosso aprendizado seja mais completo e feliz.

Assim são os meus pais, Helane e Cleide, zelosos e amorosos, espelhos para a minha existência, são a fonte das minhas conquistas e realizações.

Assim são meus irmãos, Celi e Daniel, que cresceram e brincaram comigo, e sempre foram e serão as pessoas com quem irei contar e amar para sempre.

Assim são meus sobrinhos, Víctor e Beatriz, razão das maiores alegrias em nossa família e do eterno contentamento em nosso coração.

Assim é o meu amigo e namorado, Cristiano, que foi o primeiro incentivador deste curso e demonstrou ao longo desses anos que me ama muito e sempre estará junto a mim em todos os momentos.

Assim é a minha amiga, professora e orientadora, Magnólia, que foi quem acreditou em mim e me deu a primeira chance de estágio, e à quem devo a confiança que tenho hoje no meu trabalho porque teve uma fundação firme.

Assim são as minhas velhas amigas Andréa, Cristiana e Leticia que me viram crescer em todos os aspectos e sempre estiveram comigo, tornando-se verdadeiras irmãs. Assim são Tio Roberto e Tia Nilma que rezam por mim.

Assim são minhas novas amigas Juliana, Haradja, Daniela e Maria Daniela que torcem pela minha felicidade e com quem posso contar sempre.

Assim foi a Nena, que foi um pouco disso tudo e deixou muitas saudades.

Dedico a cada uma dessas pessoas o fruto desta Especialização que é este trabalho, porque sem as quais a minha existência ficaria faltando um pedaço.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
CAPÍTULO I	05
EMBARGOS DECLARATÓRIOS	
1.1 – Origem histórica	05
1.2 – Conceito	05
1.3 – Natureza Jurídica	06
1.4 – Aplicação	09
1.5 – Efeitos	11
1.6 – Embargos meramente protelatórios	13
CAPÍTULO II	15
RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO	
CAPÍTULO III	24
PREQUESTIONAMENTO	
3.1 – Esboço histórico	24
3.2 – Subsistência do instituto na atualidade	25
3.3 – Fundamento jurídico	27
3.4 – Definição	29
3.5 – Prequestionamento explícito e implícito	30
3.6 – Questões de ordem pública	32

3.7 – Vícios surgidos no julgamento	34
CAPÍTULO IV	38
EMBARGOS DECLARATÓRIOS PREQUESTIONADORES	
4.1 – Terminologia	38
4.2 – Verbetes sumulares 184/TST e 356/STF	39
4.3 – Art. 535, CPC	41
4.4 – Pós-questionamento	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

Os Tribunais Superiores não constituem uma terceira instância de julgamento, e sim, uma instância especial onde determinadas matérias, devido a sua importância, têm ali foro privilegiado como guardiões e defensores.

Para que tais matérias sejam ali discutidas, faz-se necessário que sejam interpostos recursos próprios para tal. Assim, o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial se prestam a esta função.

Como o próprio nome diz, recursos, devem pleitear direito já argüido e negado na instância *ad quo*, pois somente se recorre daquilo que foi decidido, não se podendo recorrer do nada, como mera decorrência lógica.

Para tanto, algumas regras são impostas para que tais recursos sejam conhecidos por estes tribunais. Uma delas é o prequestionamento.

Uma das formas de se obter o prequestionamento é por meio de embargos declaratórios.

Os embargos declaratórios prequestionadores são um instituto jurídico não previsto em qualquer dispositivo legal pátrio ou alienígena.

Podem ser depreendidos da jurisprudência e da interpretação do texto constitucional. Além das súmulas dos tribunais superiores.

No entanto, são obrigatórios para o conhecimento dos recursos extraordinário e especial.

Prestam-se a suscitar a discussão da matéria objeto da lide a fim de se obter o entendimento da mesma nos tribunais *ad quo* para que em sede superior se possa aferir se a aplicação e o entendimento vêm sendo aplicados corretamente.

Fato este que não passa de mera decorrência lógica, uma vez que os tribunais superiores não julgam matéria de fato, verificam apenas se o direito, conforme a sua competência, vem sendo aplicado uniforme e corretamente.

Portanto, faz-se necessário que haja uma discussão anterior acerca da matéria para que se possa recorrer dessa decisão. É o que a jurisprudência chama de prequestionamento.

Para fins didáticos, foi abordado o tema da seguinte maneira: inicialmente discorreu-se sobre os embargos declaratórios que é o instituto raiz desta discussão. Logo a seguir vieram os recursos extraordinários e os especiais que são o objetivo da obtenção da tutela jurisdicional. Mais adiante o tema do prequestionamento que suscita muita controvérsia doutrinária e que é condição imprescindível para o conhecimento dos recursos supramencionados. Ao fim o tema cerne deste trabalho que é a garantia de recebimento dos recursos que são os embargos declaratórios prequestionadores.

Os embargos declaratórios prequestionadores são necessários quando, na decisão, não for discutida a matéria. Assim será demonstrado neste trabalho.

CAPÍTULO I – EMBARGOS DECLARATÓRIOS

1.1 – Origem histórica

O termo Embargos Declaratórios tem sua origem do Direito Português, anterior às Ordenações Afonsinas. As Ordenações subsequentes, Manuelitas e Filipinas, o Regulamento 737, de 1850 e a Consolidação de Ribas de 1876 também trataram do instituto. O entendimento na doutrina é que a finalidade dos embargos é obstaculizar ou impedir os efeitos de uma decisão judicial. O que mais chama a atenção é que tal instituto não tem o menor esboço no direito romano, no germânico ou no canônico.

No Direito brasileiro o instituto foi previsto em 1939 no Código de Processo Civil no Livro “Dos Recursos”, nos artigos 839, 840, 862 e parágrafos. O Código de Processo Civil de 1973 tratou da matéria nos artigos 463, II, 464 e 465, referindo-se aos embargos aplicando as decisões de primeira instância, no artigo 496, IV, ao arrolar as várias espécies de recursos, e nos artigos 535 a 538, que tratam dos embargos nos tribunais. Com a Lei 8.950/94, os artigos 464 e 465 foram revogados, ficando o assunto reduzido ao Capítulo V do Título X, que trata tanto dos embargos em primeira instância como também perante os tribunais.

1.2 – Conceito

O significado jurídico do vocábulo embargos é:

“Expressão polissêmica e que ao diverso do sing. *embargo* é empregada em vários institutos jurídicos, diferentes uns dos outros, com traço comum de opor empecilho, ou obstáculo (como ‘barricadas’, daí o traço etimológico, do lat. tard. *imbarricare*) à pretensão do adversário na conquista de um direito. Cognatos: *embargar* (v); *embargado* (adj. e s.m.), qualificativo para o julgado objeto de embargos; a parte contra quem se embarga, e equiparada a réu e a recorrido; na execução, o devedor; *embargante* (adj. e s. 2 g.), ou *embargador* (adj. e s.m., p. us.), que é objeto de embargos, quem se opõe, equiparando-se ao autor e ao recorrente; na execução, o credor.”¹

No direito pátrio os embargos podem significar recurso ou ação. Pode-se encontrar os Embargos de Devedor (artigo 736 CPC), Embargos de Terceiro (artigo 1046 CPC), Embargos de Obra Nova ou Nunciação de Obra Nova (artigo 934 CPC), Embargos Infringentes (artigo 530 CPC), Embargos de Declaração (artigo 535 CPC), Embargos de Divergência (artigo 546 CPC), Embargos Infringentes de Alçada (artigo 34 da Lei n.º 6830/80). É certo que todos estes diferem muito entre si tanto no cabimento, como no prazo de interposição, efeitos e procedimentos.

O embargo de declaração estudado aqui está previsto no Código de Processo Civil nos artigos 463, inciso II; 496, inciso IV; 535 e 538, além de

¹ Dicionário Jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas, pp. 304 e 305

ser encontrado também, na Lei n. ° 9099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, nos artigos 48, 49 e 50.

Poderá também ser utilizada a denominação de “embargos declaratórios” como se percebe no artigo 554 do Código de Processo Civil, artigo 26 da Lei n. ° 9868/99, artigos 83, inciso III; 337, §1º e 339 do Regimento Interno do STF, os enunciados n. ° 278 e 297 da Súmula do TST.

1.3 – Natureza jurídica

A doutrina inclina-se majoritariamente para admitir que os embargos de declaração são recursos². O próprio texto do Código de Processo Civil informa que tais embargos pertencem ao grupo dos recursos, como infere tanto no artigo 496 como no artigo 538.

Há quem sustente que os embargos declaratórios são apenas um procedimento incidente, não possuindo natureza recursal, uma vez que se destina somente à aclarar ou complementar uma decisão como também não são exigidos o contraditório ou o preparo. Tal corrente minoritária é defendida por SÉRGIO BERMUDEZ³:

“Destinando-se a reformar, ou a corrigir apenas a fórmula da sentença, ou do acórdão, e não o seu conceito, não se pode dizer que os embargos de declaração sejam um recurso. Seu escopo é somente

² Justificando o afirmado no texto: Ermani Fidélis dos Santos, Manual de direito processual civil, p.579; Humberto Theodoro Júnior, Curso de direito processual civil, p. 584; Nelson Nery Júnior, Código de processo civil comentado, p. 1045, nota 1; Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, p. 25, 314, 315, 320 e 321.

³ Comentários ao Código de Processo Civil, p. 209 e 210. No mesmo sentido, Wellington Moreira Pimentel Comentários ao Código de Processo Civil, p. 546-561.

aperfeiçoar a forma através da qual a vontade do juiz se exteriorizou, mas a decisão permanece imutável quanto ao conteúdo.

(...)

Interessante é a observação de João Monteiro, que nega a natureza recursal dos embargos, estabelecendo um paralelo entre a decisão declarativa e declarada e a lei interpretativa, e a interpretada. Assim como aquela faz parte integrante desta, de modo que uma e outra são a mesma lei, assim também a sentença declarativa e a declarada se integram numa só decisão.

Mero procedimento incidente, destinado ao aperfeiçoamento da forma pela qual a decisão se materializou, os embargos de declaração não constituem um recurso.”

Atualmente, predomina na doutrina processualista civil pátria o entendimento de que os embargos declaratórios são recursos. Isto porque se pede um novo pronunciamento judicial da questão que geralmente se limitará a esclarecer ou a complementar o julgado anterior que se encontrava incompleto ou de difícil entendimento, prejudicando as partes interessadas. Tais prejuízos só poderão ser sanados por meio de embargos declaratórios, o que não significa a formação de uma nova relação processual.

Também não prospera a assertiva de que os embargos declaratórios não são recursos porque uma das características destes é o recolhimento do preparo. Ora, o agravo retido e o regimental também não dependem de preparo, o que demonstra que a ausência deste foi mera escolha legislativa.

Os embargos de declaração têm como finalidade tornar mais clara uma decisão interlocutória, uma sentença, um acórdão. Muitas vezes, os embargos declaratórios visando aclarar a decisão seja pela obscuridade, seja pela contradição, terminam por modificar a decisão, como diz o artigo 463, caput e inciso II do Código de Processo Civil, informando que a

sentença só poderá ser alterada por meio de embargos de declaração. Como também ensina o enunciado n.º 278 do Tribunal Superior do Trabalho onde “A natureza da omissão suprida pelo julgamento dos embargos declaratórios pode ocasionar efeito modificativo no julgado. Fato este que dará ensejo a que a parte contrária participe com o contraditório. Desta forma, faz-se necessária a intimação da parte contrária a fim de que impugne tal recurso.

Outra característica dos embargos de declaração é que podem ser opostos contra qualquer ato decisório viciado, em qualquer instância, em qualquer procedimento comum, executório ou cautelar.

Ademais, a interposição dos embargos, estes interrompem o prazo para a interposição de outros recursos. Excetua-se a esta regra o artigo 49 da Lei n.º 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, quando há a suspensão.

1.4 – Aplicação

O Código de Processo Civil em seu artigo 535 informa quais defeitos ou vícios das decisões judiciais que deverão ser sanados por meio dos embargos declaratórios. Silenciando a parte acerca de tais defeitos, ou seja, não interpondo recurso, preclui-se o tema e, por consequência, um possível prequestionamento.

Os embargos de declaração poderão ser interpostos em qualquer natureza de processo, podendo ocorrer nos processos de conhecimento,

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro apreciando os Embargos de divergências ao Recurso Especial n.º 8.285, publicado no Diário de Justiça do dia 09 de novembro de 1998, página 02, assim tratou da matéria, *in verbis*:

“Sr. Presidente, o recurso especial tem por objeto o acórdão recorrido. O arresto fixa a extensão normativa da postulação ao Superior Tribunal de Justiça.

Em sendo assim, parece-me, seria excessivamente formal impor-se a oposição de embargos de declaração a fim de o tema ser reeditado, vez que foi ele decidido. Não já supressão de instância. O tema foi posto no julgado, em razão do que, *data venia* do eminente Ministro-Relator, conhecendo dos embargos, acolho-os.”

“Não posso admitir a exigência de embargos declaratórios, para ‘prequestionar’ algo que deveria ter sido objeto de discussão, na assentada do julgamento findo. Enxergo em tal exigência, uma impossibilidade lógica: prequestionar a posteriori. Tais declaratórios teriam o condão de pós-questionar.

Tenho para mim que em tema de prequestionamento, coloca-se alternativa fatal: a tese foi questionada, sendo desnecessária a oposição de embargos: ou ela não aflorou e de nada adiantariam os embargos declaratórios.

Tais embargos fazem-se necessários, quando o tema, agitado pelas partes, foi ignorado pelo Tribunal.

Na hipótese ignorada pelo Acórdão embargado, um dos votos vencidos, no Tribunal *a quo* fez referência expressa ao Artigo 104 do Código Civil, dizendo (fls. 286/7):

‘O pedido de anulação teve como fundamento o vício da simulação.

Diante da regra do artigo 104 do Código Civil o autor, para possibilitar a procedência do pedido, alegou ter se tratado de simulação inocente.

Na verdade, se se tratasse de simulação fraudulenta não poderia ser acolhido pedido de anulação eis que, formulado por participantes do ato (artigo 104 do Código Civil).’

Este argumento foi lançado na assentada do julgamento e desprezado pela maioria.

Não vejo como se exigir a interposição de embargos declaratórios, para que se tenha como prequestionada a suposta afronta ao artigo 104 do Código Civil.”

Os Tribunais, cada vez mais, vêm exigindo a oposição de embargos declaratórios com a finalidade única de prequestionar a matéria que será tratada em sede de recurso especial e/ou extraordinário, mesmo que as questões federais/constitucionais tenham surgido no julgamento de segundo grau.

CAPÍTULO IV - EMBARGOS DECLARATÓRIOS PREQUESTIONADORES

4.1 – Terminologia

Para analisar a terminologia de Embargos Declaratórios Prequestionadores tem que ser observada se a questão suscitada perante o tribunal de origem já tenha sido decidida em acórdão, podendo o recorrente interpor embargos declaratórios para que o tribunal se pronuncie acerca da matéria.

Desse modo pode-se classificar os embargos declaratórios em esclarecedores e prequestionadores, como leciona ANTÔNIO CARLOS AMARAL LEÃO²³ quando diz que os primeiros tratam dos delineados pelo Artigo 535, CPC, enquanto os demais se referem àqueles que transpor os óbices dos verbetes sumulares números 282 e 356/STF.

Todavia a análise pelo tribunal de um embargo declaratório que tem como objetivo esclarecer uma matéria não abordada na decisão do tribunal *a quo*, como preceitua o Artigo 535, II do CPC, ao manifestar-se não estaria o tribunal prequestionando a matéria?

Como observado, a doutrina não é unânime acerca do assunto. Vejamos o que nos ensina JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA²⁴:

²³ O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. . v.650. p. 238.

²⁴ Recursos no Processo Civil – O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial – Prequestionamento, p. 210.

“Vê-se, pois, que através de embargos de declaração não é possível realizar-se prequestionamento, uma vez que, a rigor, o prequestionamento eminentemente necessário já é de ter sido realizado que não da apresentação das razões recursais. Os embargos declaratórios prestar-se-iam, apenas, a iniciar o órgão julgador a suprir determinada omissão, e nesse sentido talvez fique demonstrada a existência de violação a disposição federal. No máximo, poder-se-ia entender que a parte ‘requestionaria’, através dos embargos de declaração. Isso porque já teria ocorrido prequestionamento e, não havendo manifestação do órgão julgador, a respeito da questão constitucional ou federal, através dos embargos de declaração se visaria a alcançar a supressão da omissão, mas não o prequestionamento, que já é de ter ocorrido.”

Desse modo, a simples manifestação na decisão acerca da matéria de direito suscitada perante o tribunal pode ser considerada como um prequestionamento, uma vez que, o fazendo, estará esclarecendo as omissões ocorridas em instâncias inferiores. No entanto, o rigorosismo formal da jurisprudência entende que mesmo debatido o tema, deverá ser interposto embargos declaratórios para fim de prequestionamento, pois por via reversa, não os entendem como meramente protelatórios quando se prestam a prequestionamento.

4.2 – Verbetes sumulares 184/TST e 282/STF e 356/STF

O prequestionamento deverá ocorrer quando estiver sendo feita a abordagem da matéria. Desse modo, poderá o demandado requerer em sua petição a manifestação expressa do juízo acerca de um dispositivo (lei federal ou uma norma constitucional) para que essa matéria possa ser

discutida novamente em instâncias superiores. Quando assim não for feito o tribunal superior negará provimento ao recurso alegando que a matéria não fora discutida anteriormente.

Assim, quando a questão suscitada não for debatida, caberá a parte interessada na interposição do recurso especial e/ou extraordinário opor embargos declaratórios para que seja suprida a omissão, e, conseqüentemente, a manifestação do juízo. Nesse sentido, os enunciados 184, 282 e 356 das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente dispõem:

“184 – Ocorre preclusão quando não forem opostos embargos declaratórios para suprir omissão em recurso de revista ou embargos.”

“282 – É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

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

Nos termos do artigo 102, inciso III da Constituição Federal de 1988 em que o recurso extraordinário tratará somente quando for ofensa direta ao texto constitucional. Por sua vez, o recurso especial tratará de “questão federal suscitada”.

“Se a alegada ofensa à Constituição surge com a prolação do próprio acórdão, impõe-se a oposição de embargos declaratórios, a fim de que

seja suprido o requisito do prequestionamento. Precedentes. Agravo improvido.”²⁵

Como exposto, o não esgotamento da matéria de direito suscitada em instâncias inferiores ensejará no não provimento de recursos especial e/ou extraordinários sendo os embargos declaratórios o meio eficaz e adequado para suprir quaisquer omissões das decisões.

4.3 – Artigo 535 do CPC

Uma vez utilizados os embargos declaratórios com o intuito de sanear as omissões da decisão, e estes sendo desprovidos, a parte deverá alegar, tanto no recurso especial como no recurso extraordinário, a ofensa ao disposto no Artigo 535, II do CPC, bem como aos preceitos Constitucionais que asseguram o devido processo legal, acesso ao Judiciário assim como também o princípio da ampla defesa. A omissão, portanto, não é suprida com a oposição de embargos de declaração²⁶, sendo imprescindível que a

²⁵ RE 230109 AgR/SP. Primeira turma do STF, unânime, não consta a data do julgamento, relatora Ministra ELLEN GRACIE, *in* STF. Disponível em: < <http://www.gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=prequestionamento&u=http://ww...> > Acesso em 16/04/2003.

²⁶ Na jurisprudência: REsp 242.128/SP, 3ª Turma/STJ, unânime, relator Ministro WALDEMAR ZVEITER, *in* Diário da Justiça de 18 de setembro de 2000, pág. 127, *in verbis*: “Se o tribunal recorrido permanece silente, mesmo após a manifestação dos embargos declaratórios, é possível aventar, no recurso especial, a alegativa de ofensa ao artigo 535, II do CPC; ao invés de se apontar como violados os dispositivos legais que não formam objeto do necessário prequestionamento. Aplicação, na espécie, da súmula 211/STJ.”: REsp 43.622/SP, 1ª Turma/STJ, unânime, relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, *in* Diário da Justiça de 1º de junho de 1994, pág. 16.912, *in verbis*: “Processual civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Embargos declaratórios rejeitados pelo Tribunal *a quo*. Impossível o acesso ao recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na Corte de origem. Tal ausência não é suprida pela mera oposição dos embargos declaratórios. Faz-se imprescindível que os embargos sejam acolhidos pela Corte de origem para que seja sanada a possível omissão constante do v. acórdão embargado. Se o órgão julgador persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja o Tribunal *a quo* emitido juízo explícito.”

discussão da matéria no tribunal *a quo* para que seja assim considerada como prequestionada.

Seguindo o mesmo entendimento EDUARDO RIBEIRO²⁷ discorreu sobre a matéria:

“Claro está que do sistema não redundará que fique a parte desamparada, caso o tribunal se furte ao dever de suprir a lacuna que realmente exista. Em tal circunstância, não terá havido, por certo, violação a lei que regula assunto anão cuidado, questão não decidida. Entretanto, se omissão existia e o tribunal recusou-se a supri-la, com base, por exemplo, na possibilidade de resultar efeito infringente, terá havido violência ao artigo 535 do CPC, se se tratar de processo de natureza cível ou mesmo às normas constitucionais que se ocupam da obrigatoriedade da prestação jurisdicional. O recurso haverá de ter esse fundamento e, provido, será determinado ao tribunal que proceda a outro julgamento dos embargos apreciando o ponto em que se deu a falta.

Por certo que advirá alguma delonga. Isso é inevitável, enquanto houver decisões que não se atenham às normas processuais. Não se há de aceitar, entretanto, possa considerar-se dispensável o que se tem como decorrente da própria natureza extraordinária do recurso. Ou assim não é, e dele se prescindirá em todos os casos.

Acresce notar, ainda, que haverá um proveito didático em cassar a decisão que rejeitou indevidamente, os embargos, pois se fará ver o erro em que se terá ocorrido, desestimulando se persista na prática.”

²⁷ Júnior, Nelson Nery; Wambier, Tereza Arruda Alvim. Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98. pp. 254 e 255.

O STF também se posicionou sobre a matéria por meio da sua 2ª Turma²⁸ mediante voto proferido pelo Ministro Relator MARCO AURÉLIO:

“A razão de ser do prequestionamento, como pressuposto de recorribilidade de todo e qualquer recurso de natureza extraordinária – revista trabalhista (TST), especial (STJ), extraordinário *stricto sensu* (STF) – está na necessidade de proceder-se a cotejo para dizer-se do atendimento ao permissivo meramente legal ou constitucional. A ordem jurídica agasalha remédio próprio ao afastamento de omissão – os embargos declaratórios – sendo que a integração do que decidido cabe ao próprio órgão prolator do acórdão. Persistindo o vício do procedimento e, portanto, não havendo surtido efeitos os embargos declaratórios, de nada adianta veicular no recurso de natureza extraordinária a matéria de fundo, sobre a qual não emitiu juízo o órgão julgador. Cumpre articular o mau trato aos princípios constitucionais do acesso ao Judiciário e da ampla defesa, considerada a explicitação contida no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Então a conclusão sobre a existência do vício desaguará não na apreciação da matéria sobre a qual silenciou a Corte de origem, mas na declaração da nulidade do acórdão tido como omisso.”

É prudente alegar nos recursos especiais e extraordinários os dispositivos referentes ao objeto da causa quanto aos princípios constitucionais e preceitos processuais. Uma vez que o STJ e o STF entendam que a questão já esteja prequestionada, poderá o recurso ser conhecido e devidamente julgado.

²⁸ AI 136.378/SP. Unânime, in Diário de Justiça de 20 de setembro de 1991, pág. 12.886.

Como exposto, uma vez suscitada a questão e não ocorrendo a manifestação expressa acerca da matéria em instâncias inferiores o entendimento dominante tem sido de que o STJ ou STF possa julgá-la, desde que devidamente e corretamente prequestionada. E encontrando omissão no acórdão quanto à questão prequestionada, o acórdão de desprovimento dos embargos será anulado devendo o tribunal de origem realizar novo julgamento saneando o erro inicial, qual seja, explicitando os pontos omissos.

4.4 – Pós – questionamento

Como já apresentado os embargos declaratórios servem para esclarecer alguma omissão em decisão judicial, seja de um juiz ou de um tribunal. Desse modo, não resta dúvida que a sua finalidade é tão somente esclarecer algum ponto obscuro, omissos ou duvidoso, não podendo, todavia, ser objeto questões que não foram antes suscitadas.

De tal forma, ao utilizar-se dos embargos declaratórios com a finalidade de abordar questões novas, estaria a parte não prequestionando, mas “pós-questionando”.

Caso a invocação do tema federal caiba às partes e tenha ocorrido apenas após o proferimento da decisão recorrida, não estará a Corte obrigada a manifestar-se sobre o assunto suscitado extemporaneamente, em sede declaratória, porque inexistia omissão a ser suprida em face do posterior questionamento sobre a matéria.

No mesmo sentido Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS assim dispôs:

“Embargos declaratórios opostos após a formação do acórdão, com o escopo de prequestionar tema não agitado anteriormente, no processo. Na hipótese, não haveria ‘prequestionamento’, mas ‘pós-questionamento’. O direito processual brasileiro não admite embargos declaratórios para pós-questionar temas estranhos ao debate.”²⁹

Quando o assunto abordado no prequestionamento não tiver sido discutido anteriormente, diz-se que foi feito de forma inadequada não tendo a corte que se manifestar a seu respeito.

Caso o tribunal apreciasse a matéria estaria ferindo pressupostos processuais que poderiam anular a decisão. Observe-se que o prequestionamento, se assim fosse admitido, estaria deixando as partes em condições desiguais, uma vez que a outra parte seria pega de surpresa e não poderia sequer se manifestar.

O “pós-questionamento” ofende o princípio da eventualidade, já que as questões a serem discutidas pelo Tribunal deverão ser aquelas argüidas previamente pelas partes ou aquelas a serem conhecidas de ofício.

É, portanto, caso de aplicação da súmula 282/STF, pois quando na decisão recorrida não tiver sido suscitada a matéria, e esta aparecesse pela primeira vez nos embargos, suprimiria a ampla defesa e o contraditório, além de não ter sido debatida pelo tribunal *ad quo*, portanto, ausente de prequestionamento. Desta forma, não conhecida pelo tribunal *ad quem*.

²⁹ EDREsp 199.970/DF. 1ª Turma/STJ, unânime, in Diário da Justiça de 09 de outubro de 2000, pág. 102.

CONCLUSÃO

A interposição de embargos declaratórios é a forma processual adequada para provocar a manifestação jurisdicional a respeito da questão federal suscitada pelas partes e não apreciada pela decisão proferida. Há muito esse procedimento vem sendo praticado por decisões jurisprudenciais e também sumulada pelo STF para possibilitar o questionamento de temas federais na decisão recorrida, antes da interposição dos recursos extraordinário e especial.

O recurso ausente de prequestionamento da matéria a que destina, incide em não conhecimento no juízo de admissibilidade. Por esta razão o tribunal *ad quo*, em relação ao tema que se pretende argüir em tribunal superior, deverá se manifestar claramente a respeito da matéria em litígio, e no caso de assim não ser deverá ser oposto embargos declaratórios pela parte interessada a fim de suscitar o debate da questão omissa, sob pena de preclusão do direito.

Estes são os denominados “embargos declaratórios prequestionadores” pois se prestam a sanar omissão do tribunal que não debateu matéria questionada como violada e pretende suscitar decisão explícita sobre o direito, a fim de que no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, possam ser conhecidos pelo tribunal superior.

A partir da omissão da decisão recorrida, a fim de não se prejudicar a parte interessada, a oposição de embargos declaratórios serve para sanar a omissão da sentença bem como para suscitar a discussão do

prequestionamento por parte do julgador, pois este será o cerne do recurso especial e extraordinário.

Tamanha a necessidade de prequestionamento para o conhecimento do recurso que a jurisprudência, conforme súmula 211 do STJ, verificando por várias vezes que os embargos declaratórios opostos contra decisão do tribunal *ad quo* resultavam em decisões novamente omissas no tocante ao prequestionamento disciplinou a oposição de novos embargos sob àqueles omissos.

Isto ocorre da seguinte forma: interpõe-se o recurso especial por afronta ao artigo 535 do CPC, pleiteando a nulidade do acórdão dos embargos, para que outro seja proferido, desta vez devendo apreciar a matéria que o Tribunal não o fez quando deveria. Assim, o recurso especial anulará o acórdão dos embargos de declaração, devendo ser interpostos novos embargos.

Uma parte da doutrina, como Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, sequer é a favor do prequestionamento dado o rigorismo que entendem ser necessário à aplicação das leis, uma vez que não é encontrado em dispositivo legal algum. A outra parte, como o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, a qual nos filiamos, defende a necessidade do prequestionamento sob pena de propiciar uma terceira instância de julgamento e não uma instância especial a qual somente determinado tipo de matéria é apontada e verificada a sua correta aplicação e entendimento.

Assim deve ser visto os Tribunais Superiores regulados pela Carta Magna, instâncias especiais as quais somente determinadas matérias, devido sua importância, devem ser objeto de sua apreciação.

O Professor WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO³⁰ foi muito feliz quando afirmou que Constituição possui a natureza, também, de uma lei processual. Porque, como foi exposto neste trabalho, toda a natureza da exigência do prequestionamento advém do texto constitucional que exige para o recurso extraordinário e especial “causas já decididas”, ou seja, que tenha sido discutido em instância *ad quo* a matéria ali recorrida. Disciplinando assim, o texto constitucional sobre matéria processual constitucional a ser seguida e exigida.

³⁰ Teoria Processual da Constituição, p. 27.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Sônia Márcia Hase de. **Dos embargos de declaração**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ALVIM, Arruda. **Direito Processual Civil**. – Coleção Estudos e Pareceres; II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BARBOSA MOREIRA. **Comentários ao Código de processo Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro, 1998.
- BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- CASTRO NUNES. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.
- COSTA, Moacyr Lobo da. **Origem dos embargos no Direito lusitano**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- Dicionário jurídico da academia brasileira de letras jurídicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- GALENO LACERDA. **Críticas ao prequestionamento**. Revista dos Tribunais. V 758, p. 68.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. 19ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JÚNIOR, Nelson Nery; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Recursos cíveis de acordo com a Lei 9.759/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Anotado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. **O prequestionamento para a admissibilidade do Recurso Especial**. Revista dos Tribunais. V. 650, p. 238.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Recursos no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NAGIB, Miguel Francisco Urbano. **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo**. São Paulo, 1995.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 4ª ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2002.

PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça – Teoria Geral e Admissibilidade**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROBERTO ROSAS. **Direito Sumular**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SAMUEL MONTEIRO. **Recurso Especial e Extraordinário**. 1ª ed. São Paulo: Hemus Editorial Ltda, 1992.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARAIVA, José. **Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis à ação rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

TAPAI, Giselle de Melo Braga, coordenação. **Código de Processo Civil**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991.

VICENTE MIRANDA. **Embargos de declaração no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1990.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do Resp e do RE**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

é a exigência de que conste na decisão recorrida a matéria objeto do recurso.

Assim afirma NELSON NERY JÚNIOR¹⁴, *in verbis*:

“A mesma locução, *causas decididas*, autoriza a exigência do denominado prequestionamento da questão constitucional ou federal, exigência essa feita nos verbetes ns. 282 e 356 da Súmula da jurisprudência dominante no STF, aplicáveis ao RE e também ao REsp. A questão objeto dos recursos excepcionais deve ter sido decidida pelo órgão judicial inferior, sem o que não se terá cumprido o requisito constitucional para a admissibilidade desses recursos”.

Quanto à definição pode-se encontrar várias correntes. Para algumas, o prequestionamento significa que a questão tenha sido suscitada antes do julgamento impugnado. Já para outras correntes afirma que há prequestionamento quando a matéria é argüida pela parte e decidida pelo acórdão. As demais acreditam que o prequestionamento exige apenas que a questão tenha sido decidida.

Contudo o simples fato da questão ter sido suscitada pelas partes não é por si só suficiente para que seja considerado como um prequestionamento, sendo necessário que pelo menos tenha sido discutida em instâncias inferiores.

3.5 – Prequestionamento explícito e implícito

¹⁴ Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos, p 252.

Existem duas óticas pelas quais se pode observar o prequestionamento. A primeira quando o dispositivo legal tido como violado vier expressamente apontado no acórdão recorrido. Segundo, quando vier somente suscitado em primeiro grau e nas razões de apelo, e não vier expressamente apontado no aresto de segundo grau.

O prequestionamento implícito é quando a questão suscitada constou na decisão para o Tribunal *ad quem* (decisão de 2º grau), mas não foi feito pela corte local. O STF tem repellido o prequestionamento implícito como hábil a dar cabimento ao Recurso extraordinário. Por sua vez, o STJ, mediante entendimentos pessoais de alguns ministros, tem aceito, eventualmente, o cabimento do Recurso especial quando feito o prequestionamento implícito.

O prequestionamento explícito ocorre quando os temas do Recurso extraordinário ou especial foram debatidos e sobre eles o tribunal local haja emitido juízo expresso.

SAMUEL MONTEIRO¹⁵ informa que para o Supremo Tribunal Federal o prequestionamento é implícito quando:

“A questão, o tema, a ofensa à Constituição Federal, a negativa de vigência de lei federal, constou no recurso ou do contra-recurso para o tribunal local (instância de 2º grau), mas não foi objeto de ventilação, de abordagem, de enfocamento, nem foi tratada, nem discutida, nem tornada *res dubia*, nem *res controversa* e, conseqüentemente, sobre ela não foi emitido juízo pela corte local (Súmula 282)”.

¹⁵ Recurso especial e extraordinário, p. 54.

O STF tem se manifestado contra o prequestionamento implícito para o conhecimento ao recurso extraordinário. Já o STJ aceita com mais facilidade, mas, ainda assim, não são todos os ministros que adotam este entendimento. Portanto, não é medida segura nem recomendável. Sendo sim, mais prudente o fiel cumprimento do prequestionamento de forma clara, direta e precisa.

“Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Se o acórdão recorrido, para decidir o mérito da questão objeto do extraordinário, não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor das súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido”.¹⁶

Há o prequestionamento explícito quando a manifestação rejeitando a questão controvertida vem indicando o dispositivo legal violado que fundamenta a decisão. Enquanto que no prequestionamento implícito o assunto discutido de que se trata o dispositivo legal violado estaria presente na aplicação da norma, contudo, sem indicá-la para fundamentar a decisão.

Tudo, sem, no entanto se esquecer de indicar o dispositivo legal em que a norma vem sendo ofendida como também os que justificam a

¹⁶ (RE 351132 AgR/CE, Segunda Turma do STF, unânime, não consta a data do julgamento, relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, *in* STF. Disponível em: <<http://www.gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nphbrs?d=SJUR&s1=prequestionamento&s1=prequestionamento&u=http://ww...>> Acesso em 16/04/2003.)

interposição do recurso. O STJ às vezes não exige tal indicação, mas este entendimento não é regra, portanto, merecedor de cautela. Já o STF tem se mostrado mais exigente na cobrança dos dispositivos legais que fundamentam a motivação do recurso.

3.6 – Questões de ordem pública

Existe ainda um fator importante a ser considerado que são as questões de ordem pública. Estas, por força de lei, deverão ser conhecidas de ofício pelo julgador, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. O que se questiona é a necessidade de prequestionamento para tais questões.

Pode-se elencar algumas delas, *in verbis*:

“Nulidade absoluta; incompetência absoluta; dissídio sumular; coisa julgada; matéria constitucional; recurso de revista para o TST – para acesso ao recurso extraordinário, o prequestionamento da questão constitucional deve ser feito, obrigatoriamente, na petição de recurso de revista; questões federais – toda e qualquer questão federal ou do direito federal que, como norma infraconstitucional, possa abrigar o recurso especial deve ser prequestionada na forma dos precedentes do STF, à época aplicáveis ao recurso extraordinário relativo a essas questões, que com a CF/88 passaram para a competência do STJ a partir de sua instalação em 07.04.1989.”¹⁷

Tendo em vista que a constituição não fez distinção entre a natureza da matéria e exigiu o prequestionamento para o conhecimento do recurso

¹⁷ Monteiro, Samuel. Recurso especial e extraordinário, p. 61.

especial e do extraordinário, se aduz que sempre que houver questões de ordem pública, estas deverão ser prequestionadas.

A minoria da doutrina acredita que pelo fato das questões de ordem pública poderem ser argüidas em qualquer tempo ou grau de jurisdição, não precisem ser prequestionadas quando suscitadas em sede especial.

Neste sentido, orienta-se NELSON LUIZ PINTO¹⁸, *in verbis*:

“Na verdade, as condições da ação e os pressupostos processuais, necessariamente, devem ter sido examinados nas instâncias inferiores, independentemente da alegação das partes, para que se chegue a um julgamento de mérito. Poder-se-ia, assim, até mesmo dizer que o prequestionamento dessas questões de ordem pública estaria, por força de lei, implícito em qualquer decisão de mérito.”

A doutrina majoritária entende que mesmo as questões de ordem pública precisam de prequestionamento, pois os recursos especial e extraordinário o têm como requisito fundamental para o seu conhecimento.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça assim informam, *in verbis*:

“O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema, objeto do recurso, haver sido examinado pela decisão atacada, constitui consequência inafastável da própria previsão constitucional, ao estabelecer os casos em que cabível o especial, mesmo em

¹⁸ Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça – Teoria Geral e Admissibilidade, p 125.

tratando-se de questão passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias.”¹⁹

“A premissa de que as questões de ordem pública podem ser alegadas em qualquer tempo e juízo não se aplica às instâncias especial e extraordinária, que delas apreciam se conhecidos os recursos derradeiros, mas somente às instâncias ordinárias.”²⁰

“Sendo o prequestionamento requisito constitucional do recurso extraordinário, só se podem examinar nele as questões que foram prequestionadas, não se excetuando dessa regra as que a legislação processual genericamente declara suscetíveis de apreciação *ex officio* em qualquer grau de jurisdição, que se tem de entender que é em qualquer grau de jurisdição ordinária, sob pena de ofensa ao texto constitucional.”²¹

3.7 – Vícios surgidos no julgamento

A jurisprudência dominante entende que o prequestionamento também se torna indispensável para as questões surgidas no próprio julgamento do acórdão recorrido.

Acerca da matéria o Ministro EDUARDO RIBEIRO, *in verbis*²²:

¹⁹ AGA 219.472/DF, 3ª Turma do STJ, unânime, relator Min.EDUARDO RIBEIRO, *in* Diário de Justiça de 23 de agosto de 1999, p. 124.

²⁰ AARESP 85.558/SP, 1ª Seção do STJ, unânime, relatora Ministra ELIANA CALMON, *in* Diário da Justiça de 12 de junho de 2000, p. 65.

²¹ AGRAG 137.794/RS, 1ª Turma do STF, unânime, relator Ministro MOREIRA ALVES, *in* Diário da Justiça de 10 de novembro de 1995, p. 38.313.

²² Junior, Nelson Nery; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Org.). Recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. P. 250.

“Permito-me voltar ao já afirmado. O prequestionamento, entendido como haver sido a matéria decidida no provimento recorrido constitui pressuposto dos recursos extraordinários, em sentido lato, em virtude de sua própria natureza e das finalidades a que visam e, o que é definitivo, da previsão constitucional. Insista-se: só por essas razões é que sua presença exigir-se. Se assim é, não há como abrir exceção, pois estar-se-ia admitido o recurso fora das hipóteses estabelecidas na Constituição.

Costuma-se justificar a posição contrária, com base em que evidentemente impossível o prequestionamento, em tais circunstâncias, e que seria inadequado o pedido de declaração. Há um equívoco, entretanto.

Claro está que, nestas hipóteses, não se poderia reclamar da parte que, ao recorrer, ou nas contra-razões, houvesse de alertar o órgão revisor quanto às suas normas processuais que a serem observadas no julgamento de modo a provocar seu exame explícito quando esse se realizasse. A obediência a todas elas faz-se de ofício.

Igualmente não se haverá de pretender que, ao apreciar uma apelação, demonstrasse o Tribunal que se atinha a todas as regras incidentes, entre elas os limites da devolução, contagem de prazos e as formalidades procedimentais indispensáveis. Isso se faz rotineiramente e os requisitos se supõem atendidos. Se, entretanto, sem qualquer referência à existência do óbice, o Tribunal, por exemplo, ultrapassa os lindes da devolução, cumpre seja convocado a se manifestar sobre o ponto. Poderá a matéria prender-se, por hipótese, a interpretação do que foi objeto da impugnação. O pronunciamento específico é indispensável para verificar se houve violação da lei ou dissídio jurisprudencial.”

execução e cautelar. Como também podem ser interpostos no procedimento comum ordinário, sumário e especial.

A doutrina informa os atos que poderão sofrer embargos que são: decisão interlocutória⁴, sentença, acórdão e decisão monocrática. Quanto à sentença e o acórdão, o texto legal é bem claro. Mas, existe divergência acerca do cabimento de Embargos em face da decisão interlocutória e da monocrática.

O texto legal também informa quando tais atos deverão ser impugnados: ocorrendo obscuridade ou contradição na sentença ou acórdão, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

A decisão judicial obscura encontra-se no julgamento vago, confuso ou ininteligível, dificultando ou impossibilitando a interpretação ou compreensão do mesmo. Tal decisão está sem um dos seus pressupostos fundamentais e indispensáveis que é a clareza.

A decisão para poder dizer o direito por meio do Estado tem que ser cristalina, já que o pronunciamento judicial tem como objetivo determinar a certeza jurídica a respeito da lide ou da questão decidida. Devendo haver o emprego de linguagem objetiva, clara e de raciocínio lógico para que todos possam ter amplo acesso ao dever ser do texto do julgado.

A contradição em uma decisão judicial ocorre quando os pontos que se contradizem são inconciliáveis entre si, havendo incompatibilidade entre as

⁴ Nesse sentido: Nelson Nery Júnior. Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos, p. 214.

proposições constantes do julgado. Poderá haver contradição em diferentes momentos da decisão, como em um só. Ou seja, encontram-se nos enunciados do acórdão, na motivação e respectivo dispositivo legal, na ementa em relação ao acórdão, no teor do acórdão ou nas proposições da ementa e o resultado da votação, entre outros.

A omissão ocorre quando o julgador deixa uma lacuna na decisão sobre a qual a questão foi suscitada pela parte ou o Ministério Público, ou que deveria ser argüida de ofício deveria tendo sido pronunciada. Assim o estado-juiz deixa de cumprir sua missão de “dizer o direito” gerando decisões impróprias ao dever ser.

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, n. ° 9099/95, em seu artigo 48 utilizou a palavra dúvida para justificar a impugnação de decisão proferida em Juizado Especial por meio de embargos declaratórios.

Tal terminologia advém do Código de Processo Civil anterior onde o cabimento dos embargos ocorreria em caso de omissão, contradição, obscuridade ou dúvida. Ora, é certo que a dúvida é um elemento intensamente subjetivo, que propiciava tanto uma imensa demanda de embargos como também de não conhecimento a eles, enfraquecendo o juízo de admissibilidade. Onde decorre um prejuízo ainda maior, o da morosidade processual porque sempre que interposto o embargo declaratório, suspende-se o prazo para interpor quaisquer outros recursos à cada uma das partes, na forma do artigo 538 do CPC.

Outro fato que comumente ocorre é quando a decisão dos embargos declaratórios interpostos encontra-se mais uma vez omissa, obscura ou

contraditória. Neste caso, caberá novamente embargos declaratórios a fim de se sanar o defeito da decisão. Caso contrário, se preclui do direito que não for apontado. No entanto, vício não apontado no primeiro embargo declaratório, não poderá ser apontado nos posteriores porque, como já foi explicado, o direito preclui. Assim nos ensina o enunciado n.º 317 do Supremo Tribunal Federal que diz: "São improcedentes os embargos declaratórios quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão".

1.5 – Efeitos

Os efeitos dos embargos declaratórios podem ser devolutivos ou interruptivos.

O efeito interruptivo está em relação ao prazo para a interposição de qualquer outro recurso, conforme o artigo 538 do Código de Processo Civil. Ou seja, outro recurso somente poderá ser interposto quando houver sido dada a intimação da decisão proferida nos embargos, constituindo-se também um efeito de retratação.

O devolutivo está na intenção de se reexaminar a decisão impugnada pelo mesmo órgão que a proferiu. Desta forma, busca-se interpretar ou declarar a decisão impugnada que poderá ser complementada pela decisão proferida nos embargos.

Os embargos declaratórios poderão adquirir efeitos infringentes quando corrigirem erro material manifesto, suprirem omissão ou extirparem contradição. Desta forma, quando se corrige o defeito da

decisão, modifica-se o julgado. Tudo em consonância ao artigo 463, inciso II, do CPC o qual permite a mudança da sentença por meio de embargos declaratórios.

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5º, inciso LI, o direito ao contraditório. Contudo, o Código de Processo Civil não indica, no tocante aos embargos, a intimação para a parte contrária a se manifestar acerca dos embargos. Levando-se em consideração que a decisão poderá ser modificada, faz-se necessária a ampla defesa com a intimação da parte. A omissão do órgão julgador que deixar de intimar a parte contrária aos embargos terá como consequência a nulidade da decisão em face da ampla defesa e do contraditório que são princípios constitucionais e, por isso, norma superior que prevalece ao Código de Processo Civil que é silente quanto à intimação.

1.6 – Embargos meramente protelatórios

Os embargos meramente protelatórios encontram-se tipificados no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil e pode-se adequar também ao artigo 18 do mesmo diploma legal.

Não ocorrendo obscuridade ou contradição na sentença ou acórdão, ou não sendo omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal e sendo opostos embargos declaratórios, consideram-se estes protelatórios.

Constitui-se um mau uso dos institutos processuais, visando retardar o andamento do feito, uma vez que oposto, interrompe o prazo para a interposição dos outros recursos, desnecessariamente.

Desta forma, o juiz, de maneira subjetiva e fundamentada, declarará, expressamente, a protelação dos embargos de declaração. Neste caso, determinará a aplicação da multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Esta multa é considerada sanção para que se desestimule o uso abusivo dos embargos que, por terem efeito interruptivo, retardam o julgamento incidente.

Também são considerados protelatórios os embargos interpostos contra decisão proferida em outros embargos declaratórios que arguem defeitos da primeira decisão que não foram argüidos anteriormente.

O valor da multa paga pelo embargante é aumentada em até 10% e destinado ao embargado caso novos declaratórios manifestamente protelatórios sejam interpostos. Enquanto a multa não for depositada, o embargante não poderá interpor novos recursos.

O Superior Tribunal de Justiça em seu enunciado 98 decidiu que os embargos declaratórios que se destinam a prequestionamento não têm caráter protelatório. Portanto, não deverão sofrer sanção pecuniária.⁵

⁵ “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório” Súmula 98 do STF.

“(…) O acórdão maltrata o artigo 538, parágrafo único do CPC, ao considerar protelatórios os embargos de declaração que objetivam, inequivocamente, prequestionar matérias a serem submetidas às instâncias extraordinárias, aplicando multa ao recorrente. (...)” (RESP 338411/PI; Sexta turma do STJ, unânime, relator Min. Fernando Gonçalves, *in* Diário da Justiça de 18 de abril de 2002, p. 338.

CAPÍTULO II – RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Recurso Especial está previsto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal brasileira e a partir do artigo 541 até o 546 do Código de Processo Civil.

Em primeira análise, depreende-se que somente caberá contra causas decididas por Tribunais Federais ou dos Estados e do Distrito Federal. Portanto, não cabe tal recurso contra Juízo de primeiro grau. Como também não cabe contra segundo grau dos Juizados Especiais, uma vez que não constituem tribunais, isto em conformidade à súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça, bem como contra os Tribunais trabalhistas, eleitorais, militares federais e contra o Superior Tribunal Federal.

Caberá contra decisão que contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Informa ainda o esgotamento dos instrumentos recursais quando afirma “única ou última instância”. Portanto, faz-se necessário que todos os Recursos já tenham sido interpostos para o conhecimento do Recurso Especial.

O Superior Tribunal de Justiça sumulou os seguintes enunciados acerca do Recurso Especial, *in verbis*:

“Súmula: 211

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

Súmula: 207

É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

Súmula: 203

Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.(*)

(*) julgando o agrg no ag 400.076-ba, na sessão de 23/05/02, a Corte especial deliberou pela alteração da súmula n. 203.

Redação anterior:

Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua **competência, por órgão de segundo grau dos juizados especiais.**

Súmula: 126

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

Súmula: 123

A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais.

Súmula: 86

Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

Súmula: 83

Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula: 13

A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial.

Súmula: 7

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Súmula: 5

A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”

Caberá o Recurso Extraordinário contra decisão que contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato local contestado em face da Constituição de 1988.

ALEXANDRE DE MORAES entende que a Constituição Federal permite o cabimento do Recurso Extraordinário de decisões interlocutórias e que a mesma não exige que a decisão seja de algum tribunal, portanto, cabendo “decisões de juiz singular, quando inexistir Recurso Ordinário e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais e Cíveis”⁶.

O Supremo Tribunal Federal sumulou os seguintes enunciados acerca do Recurso Extraordinário, *in verbis*:

Súmula nº 208

O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas-corpus.

STF Súmula nº 210

⁶ Direito Constitucional, p. 454. No mesmo sentido Nelson Nery Júnior. Princípios Fundamentais – teoria geral dos recursos, p. 216.

O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos artigos 584, parágrafo 1º e 598 do Código de Processo Penal.

Súmula nº 228

Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir.

Súmula nº 233

Salvo em caso de divergência qualificada (Lei 623, de 1949), não cabe recurso de embargos contra decisão que nega provimento a agravo ou não conhece de recurso extraordinário, ainda que por maioria de votos.

Súmula nº 249

É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

Súmula nº 253

Nos embargos da Lei 623, de 19.02.1949, no Supremo Tribunal Federal, a divergência somente será acolhida, se tiver sido indicada na petição de recurso extraordinário.

Súmula nº 272

Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.

Súmula nº 273

Nos embargos da Lei 623, de 19.02.1949, a divergência sobre questão prejudicial ou preliminar, suscitada após a interposição do recurso extraordinário, ou do agravo, somente será acolhida se o acórdão-padrão for anterior a decisão embargada.

Súmula nº 279

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula nº 280

Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

Súmula nº 281

É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Súmula nº 282

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

Súmula nº 283

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula nº 284

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súmula nº 285

Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra "c" do Artigo 101, III, da Constituição.

Súmula nº 286

Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula nº 287

Nega-se provimento do agravo quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súmula nº 288

Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.

Súmula nº 289

O provimento do agravo, por uma das turmas do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário.

Súmula nº 291

No recurso extraordinário pela letra "d" do artigo 101, número III, da Constituição, a prova do dissídio jurisprudencial far-se-á por certidão, ou mediante indicação do "diário da justiça" ou de repertório de jurisprudência autorizado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Súmula nº 292

Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no artigo 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.

Súmula nº 296

São inadmissíveis embargos infringentes sobre matéria não ventilada, pela turma, no julgamento do recurso extraordinário.

Súmula nº 300

São cabíveis os embargos da Lei 623, de 19.02.1949, contra provimento de agravo para subida de recurso extraordinário.

Súmula nº 355

Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida.

Súmula nº 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.

Súmula nº 369

Julgados do mesmo tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial.

Súmula nº 389

Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário.

Súmula nº 399

Não cabe recurso extraordinário, por violação de Lei Federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal.

Súmula nº 400

Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra (a) do Artigo 102, III, da Constituição Federal.

Súmula nº 432

Não cabe Recurso Extraordinário com fundamento no Artigo 101, III, d, da Constituição Federal, quando a divergência alegada for entre decisões da Justiça do Trabalho.

Súmula nº 454

Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

Súmula nº 456

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

Súmula nº 475

A Lei 4.686, de 21.06.1965, tem aplicação imediata aos processos em curso, inclusive em grau de recurso extraordinário.

Súmula nº 505

Salvo quando contrariarem a Constituição, não cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal, de quaisquer decisões da Justiça do Trabalho, inclusive dos presidentes de seus tribunais.

Súmula nº 513

A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

Súmula nº 515

A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.

Súmula nº 527

Após a vigência do Ato Institucional 6, que deu nova redação ao Artigo 114, III, da Constituição Federal de 1967, não cabe recurso extraordinário das decisões do juiz singular.

Súmula nº 528

Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do tribunal "a quo", de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

Súmula nº 598

Nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la, mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário.

Súmula nº 602

Nas causas criminais, o prazo de interposição de recurso extraordinário é de 10 (dez) dias."

A doutrina classifica o Recurso Extraordinário e o Especial como sendo recursos extraordinários *latu senso*. Isso se deve ao fato de ambos possuírem aspectos como características e pressupostos processuais em comuns, tais como: prévio esgotamento das instâncias ordinárias; não visam à correção de injustiças do julgado impugnado, não se configuram como terceiro grau de jurisdição; não reexaminam matéria fática; apresentam duplo juízo de admissibilidade, com uma fase no Tribunal *a*

quo e outra no Tribunal *ad quem*; seus pressupostos específicos de admissibilidade encontram-se na Constituição; a Execução que se faça na sua pendência é provisória; destinam-se a uniformização do entendimento da Lei Federal no país (recurso especial) e à salvaguarda da Constituição (recurso extraordinário).

Para que seja possível interpor qualquer recurso Especial ou Extraordinário necessariamente terá que haver o prequestionamento ou a discussão acerca da matéria em instâncias inferiores.

Mesmo sendo admitido o recurso extraordinário ou especial, e sendo constatado no STJ ou no STF que o requisito essencial para a interposição do recurso não está presente, o resultado será o seu não conhecimento. Sendo mais comum, todavia, a negativa do seguimento, por despacho do Ministro Relator, sem apreciação pela Turma Recursal.

O Ministro Marco Aurélio Melo, ainda ministro do TST assim definiu prequestionamento, *in verbis*:

“Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado explicitamente tese a respeito e, portanto, emitido juízo”.⁷

Posteriormente, no STF assim decidiu, *in verbis*:

⁷ (E. Decl. No Ag. Em RR N.º 227/84, plenário do TST, vv, DJU-I de 06.06.86, p.9985, 1ª coluna, in médio).

“Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão prolator de decisão impugnada haja adotado entendimento explícito sobre ele”.⁸

Desse modo, o prequestionamento trata do passo inicial para que uma matéria que trate de lei federal ou mesmo de norma constitucional seja apreciada no STJ ou no STF.

⁸ (RE N.º 125.248-RS, no STF, DJU-I de 16.10.90, p. 11.266).

CAPÍTULO III – PREQUESTIONAMENTO

3.1 – Esboço histórico

O prequestionamento teve suas raízes nos Estados Unidos da América do Norte, em que, devido à colonização Inglesa, predominou o direito Consuetudinário ou *Common Law*. O *writ of error* instituído pela *Judiciary Act* americana, em 24 de setembro de 1789, disciplinou a exigência do requisito do prequestionamento prévio perante o Tribunal local, ou instância de 2º grau, que irá julgar o recurso contra a decisão do juiz singular de 1º grau, a fim de que a Corte Suprema dos Estados Unidos possa rever em determinadas hipóteses as decisões finais das justiças dos Estados Membros.

A Carta republicana pátria de 1891 inseriu no texto constitucional as hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário, reiterando-se nas Constituições posteriores a necessidade de prévio pronunciamento (prequestionamento) pelas cortes locais das questões deduzidas suscitadas em última instância.

As Cartas de 34 e 37 exigiam que se houvesse questionado sobre a aplicação da lei federal para que se legitimasse a interposição do Recurso. As Constituições de 1946 e 1967 retiraram as expressões que previam a necessidade de manifestação anterior pelas cortes locais do prequestionamento como pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário e, após a Constituição de 1988, do Recurso Especial.

Motivo pelo qual trouxe inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais relativas à subsistência do prequestionamento.

3.2 – Subsistência do instituto na atualidade

Alguns doutrinadores se opuseram à exigência do prequestionamento, por exemplo, PONTES DE MIRANDA⁹, *in verbis*:

“A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 24 de setembro de 1948 (R. F., 124, 212), entendeu que se havia de ter questionado previamente quanto à aplicação do texto de lei federal e não caberia o recurso extraordinário se só se manifestou na segunda instância a questão. Tudo isso desgarra dos princípios constitucionais. A respeito do artigo 101, III, a, da Constituição de 1946, não há qualquer alusão à questão; nem tem qualquer importância só se ter cogitado do texto na superior instância; pode mesmo acontecer que só a última decisão haja infringido o direito expresso”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁰ tem o seguinte entendimento, *in verbis*:

“É de notar-se que as Constituições de 34 e 37 exigiam que se houvesse questionado sobre a aplicação da lei federal para que se legitimasse a interposição do Recurso. A atual Carta Magna, contudo, eliminou a cláusula ‘sobre cuja aplicação se haja questionado’. Por isso, hoje, não se exige pré-questionamento sobre a aplicação da lei federal, para interpor-se o Remédio constitucional; basta que a decisão a tenha vulnerado. Significa, pois, que não importa ser a lei malferida a invocada, mas qualquer uma existente na ordem jurídico-positiva

⁹ Comentários ao Código de Processo Civil, p. 159.

estatal; do mesmo modo, pouco importa que a lei aplicada seja a invocada ou outra qualquer, desde que dominadora da espécie, eliminada estará a legitimidade do remédio extremo constitucional”.

GALENO LACERDA¹¹ defende o seguinte pensamento, *in verbis*:

“No que diz com o prequestionamento, trata-se de erro enorme, de ofensa mortal à Constituição, porque sujeita a aplicação de todas as leis, inclusive a Lei Maior, à condição resolutive do ‘princípio dispositivo’, do falso poder de disposição das partes, ou ao arbítrio dos juízes e tribunais inferiores. Nesta perspectiva forte e realista, que sepulta o tão decantado ‘ativismo judicial’, não cabe cogitar sequer de embargos declaratórios inoperante. Cabe, sim, proclamar, com desassombro e coragem, o gravíssimo e insuportável equívoco dessa postura.

Nem se afirme que o pretense primado das normas regimentais em matéria de recurso extraordinário estaria prestigiado pela Constituição Federal. Isso valeu apenas durante a vigência da EC 7, que acrescentou um parágrafo 1º ao artigo 119 da Carta de 1967, atribuindo ao Supremo Tribunal o poder de indicar, em seu Regimento, as causas suscetíveis de recurso extraordinário. Essa atribuição, porém, não foi mantida pela Constituição vigente, de 1988, de modo que não cabe, atualmente, em nenhuma hipótese, submeter o poder soberano de julgar, confiado ao judiciário, em especial à Corte Suprema, por imperativo constitucional, ao requisito prévio do prequestionamento, de iniciativa das partes ou de Juízes e tribunais de graduação inferior.”

¹⁰ Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro, p. 198.

¹¹ Revista dos Tribunais, volume 758, p. 68.

Apesar destas manifestações contra o prequestionamento, o que se depreende da doutrina e da jurisprudência é a necessidade daquele em favor ao conhecimento dos recursos.

“Embargos de Declaração. – Inexistência, no caso, de omissão quanto não ser a verba relativa a honorários de advogado vantagem pessoal. – Declaração de ocorrência, no caso, do prequestionamento necessário para o conhecimento do recurso extraordinário. – Não é o Poder Judiciário órgão de consulta par dar esclarecimentos sobre questões de dúvida subjetiva de uma das partes. Embargos recebidos em parte para declarar que houve, no caso, o prequestionamento necessário par o conhecimento do recurso extraordinário.”¹²

“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 constitucional, quando ocorrente, não basta, por si, para viabilizar a via recursal extraordinária. Precedentes.”¹³

Dessa forma, como o objetivo do processo é alcançar seu fim, cabe o cuidado de prequestionar a matéria, uma vez que a jurisprudência quase totalitária é a favor do prequestionamento sob pena de não conhecimento do recurso.

¹² (RE 255785 ED/SP, Primeira Turma do STF, unânime, não consta a data do julgamento, relator Ministro MOREIRA ALVES, *in* STF. Disponível em: < <http://www.gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=prequestionamento&u=http://ww...> > Acesso em 16-04-2003.)

¹³ (RE 285776 AgR/CE, Segunda Turma do STF, unânime, não consta a data do julgamento, relator Ministro CELSO DE MELO, *in* STF. < <http://www.gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nphbrs?d=SJUR&s1=prequestionamento&u=http://ww...> > Acesso em 16-04-2003.)

3.3 – Fundamento jurídico

O país é organizado na forma federativa, um ente seu não pode interpretar e aplicar as leis federais e a norma constitucional como se suas fossem, desconsiderando o Estado em si.

O texto constitucional pátrio em seu Artigo 102, III e 105, III utiliza a expressão “as causas decididas em única ou última instância (...) quando a decisão recorrida:”. Daí decorre somente ser passível de apreciação em recurso Extraordinário ou Especial a questão jurídica constitucional ou federal efetivamente discutida no acórdão recorrido. Ou, caso não seja debatido pelo juízo *ad quo*, interposto embargos declaratórios para sanar a omissão e produzir o prequestionamento com o debate.

Essa forma de impugnação visa a controlar a constitucionalidade e a legalidade das decisões judiciais proferidas em certos casos especificados na Constituição.

Portanto, embora não haja expressamente na Carta Magna o vocábulo prequestionamento, aduz-se que para que haja causa já decidida deverá ter havido antes discussão e manifestação expressa sobre a matéria de direito suscitada. É mera decorrência lógica que postula o processo constitucional, onde o texto constitucional orienta o meio pelo qual se obtém o resultado a que se quer chegar, ou seja, a apreciação por um tribunal superior da matéria em litígio.

Jurisdicionalmente houve uma orientação no sentido da obrigatoriedade do prequestionamento para o conhecimento dos Recursos

Extraordinário e Especial. Esta orientação encontra-se assentada nos enunciados sumulares n.^{os} 282 e 356 do STF, respectivamente, *in verbis*:

“É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

“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”.

A verificação de questão de direito a ser feita nos tribunais superiores, jamais deverá ser entendida como uma terceira instância, porque não é para este fim que tais tribunais se valem. E sim, para a manutenção de um entendimento e aplicação uniforme das leis federais, bem como para a guarda suprema da Constituição. Desta forma, somente há o que se rever daquilo que anteriormente foi visto, ou seja, só há o que discutir sobre a aplicação daquilo que foi aplicado. Para tanto, faz-se necessário que haja essa discussão em instâncias inferiores, sendo feito por meio do prequestionamento.

3.4 – Definição

O prequestionamento é o pressuposto de admissibilidade dos recursos excepcionais, consistente na necessidade de que as questões a serem tratadas pelos tribunais superiores, por intermédio de seus respectivos recursos, sejam discutidas anteriormente pelas instâncias ordinárias, uma vez que, pela própria natureza descrita no texto constitucional, exigem o prévio esgotamento de recursos em todas as instâncias anteriores. Ou seja,