



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

IRANILDA BASTOS DE PAULA

**PREQUESTIONAMENTO: ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DÁ
PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO
DOS ARTIGOS 165, 458 E 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Brasília
2011

IRANILDA BASTOS DE PAULA

**PREQUESTIONAMENTO: ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DÁ
PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO
DOS ARTIGOS 165, 458 E 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Brasília
2011

IRANILDA BASTOS DE PAULA

**PREQUESTIONAMENTO: ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DÁ
PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO
DOS ARTIGOS 165, 458 E 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho.

Brasília, 04 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho
Prof. Orientador

César Augusto Binder
Prof. Examinador

Vetuval Martins Vasconcelos
Prof. Examinador

Dedico o presente trabalho ao meu marido e a minha filha que, mesmo penalizados com minha constante ausência, me deram apoio necessário para a conclusão deste trabalho acadêmico.

AGRADECIMENTO

A todos aqueles que de algum modo me auxiliaram na realização deste trabalho. Em especial, minha família, amigos e professores do Curso de Direito do UniCEUB. A todos, muito obrigada.

RESUMO

O recurso especial surge na Constituição Federal de 1988 como resultado da criação do Superior Tribunal de Justiça, sendo oriundo do desdobramento da competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do recurso extraordinário. O manejo desse recurso exige o cumprimento de determinados requisitos de admissibilidade. Um deles é o prequestionamento, presente no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal. Tal requisito consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para o Tribunal Superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Trata-se de requisito intrínseco de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, de forma que, sem sua presença, não poderão ser admitidos o recurso especial ao STJ e o recurso extraordinário ao STF. Doutrina e jurisprudência divergem acerca dos vários sentidos que são dados a esse requisito e do papel dos embargos de declaração prequestionadores na sua configuração. O Supremo Tribunal Federal e o Superior de Justiça sumularam posicionamentos antagônicos em relação à configuração do prequestionamento, quando há interposição dos referidos embargos de declaração prequestionadores. A situação tem gerado insegurança jurídica, pois, a depender de qual Tribunal julgue o recurso excepcional, o STF ou o STJ, pode-se ter ou não por configurado o prequestionamento. Esse trabalho discute os prejuízos causados ao recorrente diante do atual posicionamento do STJ acerca do tema, propondo solução que entende ser passível de desonerar o recorrente do excessivo e, muitas vezes, infundável ônus do prequestionamento no recurso especial.

Palavras-chave: Direito processual Civil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Prequestionamento. Embargos de Declaração Prequestionadores. Prequestionamento Ficto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 RECURSO ESPECIAL E PREQUESTIONAMENTO	9
1.1 Um novo tribunal - uma nova competência recursal	9
1.2 Recurso especial.....	12
1.2.1 Conceito	12
1.2.2 Competência	12
1.2.3 Objeto.....	12
1.2.4 Hipóteses de cabimento.....	13
1.3 Prequestionamento	14
1.3.1 Os diversos sentidos da expressão “prequestionamento”	16
1.3.2 Prequestionamento explícito e implícito	19
1.3.3 Prequestionamento e embargos de declaração	24
1.3.4 Conceito de embargos de declaração.....	25
1.3.5 Natureza jurídica	25
1.3.6 Cabimento	26
1.3.7 Procedimento	28
1.3.8 Efeitos	29
1.3.9 Função prequestionadora dos embargos declaratórios	30
2 RECURSOS CABÍVEIS PARA BUSCAR O PREQUESTIONAMENTO APÓS A REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES	37
2.1 Segundos embargos de declaração prequestionadores	37
2.2 Recurso especial como meio de prequestionar a matéria sobre a qual já tenham sido opostos embargos de declaração	38
3 ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DO RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458 E 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	41
3.1 A “ <i>via crucis</i> ” criada pelo entendimento do STJ acerca do recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC	41
3.2 Reclamação constitucional como forma de garantir a autoridade da decisão do STJ que dá provimento ao recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC	43
3.3 Prequestionamento ficto	45
3.4 Prequestionamento ficto de acordo com o Novo CPC – possibilidade de pacificação do tema	49
3.5 Configuração do prequestionamento pela interposição do segundo recurso especial por violação aos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC	50
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O artigo 458 do Código de Processo Civil (CPC) afirma que o juiz, no dispositivo da sentença, deverá resolver as questões que lhe são submetidas pelas partes. Trata-se de regra que, embora discipline os requisitos essenciais da sentença, aplica-se também aos acórdãos por força do artigo 165 do citado diploma legal, o qual, por sua vez, determina a observância do disposto no artigo 458 na prolação das sentenças e dos acórdãos.

Esta pesquisa nasceu da necessidade de investigar as conseqüências da decisão do Superior Tribunal de Justiça, a qual dá provimento ao recurso especial interposto por violação aos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil, anulando o acórdão recorrido e devolvendo os autos à origem para que outro seja proferido em seu lugar.

Busca-se, também, verificar a atuação do Tribunal *a quo*, diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça que determina o rejuízo dos embargos de declaração para suprir a omissão do julgado anterior, demonstrando a importância dessa atuação na configuração do prequestionamento como requisito indispensável para que seja aberta a via processual do recurso especial.

Insere-se ainda nos objetivos da pesquisa demonstrar os prejuízos a que fica submetida a parte quando o Tribunal de origem insiste em afirmar que não houve omissão, mesmo diante de decisão superior que anula o acórdão recorrido e determina que outro seja proferido em seu lugar.

As dificuldades relacionadas à matéria em questão têm origem na diversidade de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do prequestionamento e do papel dos embargos de declaração para sua configuração.

A pesquisa será estruturada em três capítulos: **No primeiro**, será abordada a relevância do recurso especial como instrumento de atuação do Superior Tribunal de Justiça, analisando um dos seus requisitos específicos de admissibilidade: o prequestionamento. **O segundo capítulo** cuidará dos diversos caminhos para configurar o prequestionamento, diante da rejeição dos embargos de declaração prequestionadores, abordando as possibilidades de interposição de segundos embargos de declaração e a interposição de recurso especial por violação

aos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil. **No terceiro e último capítulo** este estudo pretende apresentar os prejuízos causados ao recorrente diante do atual entendimento jurisprudencial do STJ, no que diz respeito ao julgamento do recurso especial interposto por violação aos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC, avaliando as saídas existentes e propondo solução mais consentânea com os princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo.

É importante esclarecer que, embora a proposta deste trabalho não seja a comparação entre os diferentes entendimentos adotados pelas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o prequestionamento, torna-se fundamental apresentar os diferentes pontos de vista adotados pelas Cortes Superiores a fim de que se possa compreender melhor o problema discutido no último capítulo. Neste, será necessário comparar tais entendimentos para, em fim, avaliar qual deles se confirma como meio mais adequado de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo.

O tema proposto será desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica de autores de referência sobre a matéria, com enfoque no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

1 RECURSO ESPECIAL E PREQUESTIONAMENTO

1.1 Um novo tribunal - uma nova competência recursal

A criação do Superior Tribunal de Justiça e, conseqüentemente, a do recurso especial, foi resultado da proposta apresentada por José Afonso da Silva, que, em 1963, sugeriu a criação de um novo Tribunal Superior correspondente ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho, a fim de que para eles fosse deslocada parte da competência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

[...] falta um Tribunal Superior correspondente ao TSE e ao TST para compor as estruturas judiciárias do Direito comum, do Direito fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito penal militar. Já salientamos que essas estruturas até aqui se compõem com o STF.

Esse é o defeito que precisa ser eliminado com a criação de, pelo menos, um Tribunal Superior, cuja função será a de exercer as atribuições de órgão de cúpula e de composição das estruturas judiciárias defeituosas, há pouco mencionadas [...]

Tal órgão, que denominaríamos de Tribunal Superior de Justiça por uma questão de uniformidade terminológica relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental, entre outras, julgar em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional e militares: a) quando a decisão recorrida fosse contrária à letra de tratado ou lei federal; b) quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal, e a decisão recorrida aplicasse a lei ou ato impugnado; c) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fosse diversa da que lhe haja dado qualquer tribunal estadual, ou tribunal militar ou o Tribunal Federal de Recursos, ou divergisse de decisão por ele próprio proferida.¹

O Supremo Tribunal Federal detinha a competência para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância, envolvendo tanto matéria constitucional, quanto infraconstitucional, relativa a tratado ou lei federal.²

Àquele tempo, a grande quantidade de matérias levadas ao conhecimento da Corte Suprema, pela via do recurso extraordinário, acabou por gerar o que se convencionou chamar de “a crise do Supremo” o que, a bem da verdade, poderia ser chamada de a crise do recurso extraordinário, tendo em vista que este era o único

¹ SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 455-456.

² CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 769-795.

meio de que dispunha a parte para levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal questão de direito constitucional ou federal pendente de solução.³

Buscou-se, então, encontrar uma solução para a crise pela qual passava o Supremo Tribunal Federal, retirando do seu rol de atribuições as matérias afeitas à violabilidade da lei federal e à uniformização da jurisprudência, deixando ao órgão supremo a missão de cuidar dos valores constitucionais.⁴

Nesse contexto, o recurso especial surge na Constituição Federal de 1988 como resultado do desdobramento da competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do recurso extraordinário. Antes da instalação do STJ, a Corte Suprema, pela via do recurso extraordinário, era competente para o julgamento das causas decididas em única ou última instância, incluindo as que tratassem de matéria infraconstitucional, o que acabava por gerar um enorme acúmulo de processos e demora na prestação jurisdicional.⁵

Rodolfo Camargo Mancuso ensina que: “a Constituição Federal procedeu uma cisão na seara do recurso extraordinário, reservando-o para questões constitucionais e passando as questões federais de direito comum para o recurso especial do STJ”.⁶

No mesmo sentido, Luiz Orione Neto ensina que, antes da promulgação da atual carta constitucional, o recurso extraordinário exercia o duplo papel de assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade da interpretação da Constituição Federal e das leis federais:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se um divisor de águas no tocante ao papel desempenhado pelo recurso extraordinário. Com efeito, na fase anterior à Carta Magna vigente, o recurso extraordinário tinha o escopo de assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade da interpretação da Constituição Federal e das Leis Federais.⁷

Humberto Theodoro Júnior, ao se pronunciar sobre a questão, acrescenta:

³ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 438.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 455-456.

⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 438.

⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 93.

⁷ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 438.

A função do recurso especial, que antes era desempenhada pelo recurso extraordinário, é a manutenção da autoridade da lei federal [...] Daí que não basta o inconformismo da parte sucumbente para forçar o reexame do julgamento de tribunal local pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial. Dito remédio de impugnação processual só terá cabimento dentro de uma função política, qual seja, a de resolver uma questão federal controvertida. Através dele não se suscitam nem se resolvem questões de fato nem questões de direito local.⁸

Para José Miguel Garcia Medina,⁹ os recursos extraordinário e especial têm finalidade diferenciada dos demais recursos previstos no ordenamento jurídico processual, pois objetivam velar precipuamente pela correta aplicação da lei federal e da Constituição Federal.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao se pronunciar sobre a estreita relação entre os recursos extraordinário e especial, acrescenta:

Há um núcleo comum que aproxima e harmoniza esses recursos, permitindo neles se surpreender certas características, que explicam o porquê de sua qualificação como “excepcionais”. De resto, compreende-se que apresentam vários pontos em comum, já que em última análise, o recurso especial é uma variante do extraordinário, deste extraído como uma costela de Adão.¹⁰

Para Bernardo Pimentel Souza¹¹, o recurso especial passou a ser a via processual adequada para submeter à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, as ofensas à legislação federal perpetradas pelos Tribunais de Segundo Grau, assim como os dissídios jurisprudenciais acerca da interpretação do direito federal infraconstitucional.

Portanto, vê-se que o recurso especial foi instituído como um meio para que a novel corte pudesse cumprir o relevante papel que lhe foi atribuído pelo constituinte originário, qual seja, a missão de zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional comum.¹²

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 701.

⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009. p. 27.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 8. ed. São Paulo. RT, 2003. p. 102.

¹¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 807.

¹² SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 807.

1.2 Recurso especial

1.2.1 Conceito

Adota-se o conceito de Luiz Orione Neto: “O recurso especial é o meio próprio pra controlar a fundamentação das decisões judiciais, proferidas pelos tribunais de segundo grau, com escopo de uniformizar, em âmbito nacional, o entendimento das normas federais”.¹³

1.2.2 Competência

O julgamento do recurso especial é competência exclusiva do STJ, com vistas a absorver parte da competência antes afeta ao STF, especialmente a que trata do controle da legalidade das decisões dos Tribunais Estaduais e da Justiça Federal, assim como da uniformidade de interpretação do direito federal.¹⁴

A competência exclusiva do STJ para julgamento do recurso especial está prevista no artigo 105, inciso III, da CF, nos seguintes termos:

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:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.¹⁵

1.2.3 Objeto

De acordo com os ensinamentos de Nelson Luiz Pinto, podem ser objeto de recurso especial as decisões (acórdãos) de última instância, ou seja, contra as quais não é mais cabível qualquer recurso ordinário, proferidas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 105, III, da CF).¹⁶

¹³ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 498.

¹⁴ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 193.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹⁶ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 193.

Assim, decisões de primeiro grau, ainda que de última instância, ou mesmo de segundo grau, ainda passíveis de serem impugnadas por outros recursos, como, por exemplo, embargos infringentes, não comportam recurso especial.¹⁷

Também não cabe recurso especial contra acórdão proferido por Turma Recursal. Esse é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 203 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”. A bem da verdade, o Colégio Recursal é parte integrante dos Juizados Especiais, e não um tribunal propriamente dito. Dessa forma, ainda que a matéria verse sobre direito federal infraconstitucional, não será admissível o recurso especial interposto contra decisão proferida por Turma Recursal em Juizado Especial.¹⁸

Não bastassem as lições doutrinárias sobre o tema, a própria constituição utiliza a expressão “tribunais”, deixando claro que somente é possível o manejo do recurso especial quando se tratar de decisões de única ou última instância proferidas pelos Tribunais Regionais Federais e por Tribunais de Justiça.

1.2.4 Hipóteses de cabimento

Os pressupostos constitucionais de cabimento do recurso especial encontram-se alinhados no art. 105, inciso III, alíneas a, b e c, da Constituição Federal.¹⁹

Dispõe a Magna Carta em seu art. 105, III, que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

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

Seguindo as lições de Sálvio de Figueiredo Teixeira:

¹⁷ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 194.

¹⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 811.

¹⁹ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 498.

Na primeira alínea (a), o constituinte de 1988 preferiu usar expressão mais ampla, dirimindo de antemão discussões sobre o alcance das expressões “contrariar” e “negar vigência”, em face da desuniformidade existente até então nos textos anteriores. O sentido, porém, é um só: evitar a inobservância do direito federal, o seu descumprimento. Contrariar a lei é, em última análise, o mesmo que tê-la por inexistente, negar-lhe vigência, deixar de aplicá-la ou violá-la.²⁰

No que diz respeito à alínea “b”, veja-se o que diz Nelson Luiz Pinto:

Com efeito, para que o recurso especial possa ser conhecido pela alínea “b” do art. 105, III, basta tão-somente, que lei ou ato de governo local aplicados pelo tribunal *a quo*, tenham sido contestados, nos autos, em face da lei federal. Não se questiona, aqui, para admissibilidade do recurso, sobre o acerto da decisão recorrida. Basta que lei ou ato local tenham sido contestados frente a uma lei federal para que se tenha por cabível o recurso. Se o tribunal *a quo* agiu ou não com acerto é questão de mérito do recurso especial, e que só interessa, portanto ao STJ, quando do julgamento do mérito do recurso especial, após sua admissão (conhecimento).²¹

Sobre o cabimento do recurso especial pela alínea “c”, eis o que diz Bernardo Pimentel Souza:

Cabe recurso especial com esteio na alínea “c” do inciso III, do artigo 105 da Constituição quando a corte de origem tiver atribuído à *lei federal* interpretação diferente da conferida por *outro tribunal*. Com efeito, a finalidade do recurso especial pela alínea “c” é para possibilitar a uniformização da jurisprudência dos tribunais do país acerca da interpretação da lei federal [...].²²

Da leitura do texto constitucional e das lições doutrinárias colacionadas, conclui-se: somente é cabível o recurso especial nas hipóteses taxativamente estabelecidas no texto constitucional, não sendo possível estabelecer quaisquer acréscimos ou supressões por meio de lei ordinária ou de disposições regimentais.²³

1.3 Prequestionamento

O manejo do recurso especial exige o cumprimento de determinados requisitos de admissibilidade. Um deles é o questionamento, presente no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal. Tal requisito “consiste na exigência de que

²⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 69.

²¹ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 200.

²² SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 830-831.

²³ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 498.

a questão de direito veiculada no recurso interposto para o Tribunal Superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido”.²⁴

Paulo Gustavo M. Carvalho, corroborando o entendimento acima, dispõe que:

O prequestionamento no recurso especial decorre da expressão “causas decididas” contida no inciso III do artigo 105 da Constituição da República Federativa do Brasil, o que demonstra a necessidade de o Tribunal *a quo* ter analisado a questão para possibilitar a abertura da via extraordinária.²⁵

André Luiz Santa Cruz Ramos confirma o entendimento de que o prequestionamento decorre da expressão “causas decididas”, *litteris*:

O requisito do prequestionamento para o conhecimento do recurso especial e extraordinário é uma decorrência do texto constitucional, embora não esteja nele expressamente previsto. Com efeito, quando a Constituição Federal afirma, em seus arts. 102, III, e 105, III, que cabem o recurso extraordinário e o recurso especial contra *causas decididas* em única ou última instância, está exigindo implicitamente que “a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão *a quo*, para que possa ser apreciada no recurso excepcional”.²⁶

Trata-se de requisito intrínseco de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, de forma que, sem sua presença, não poderão ser admitidos o recurso especial ao STJ e o recurso extraordinário ao STF.

Nesse sentido, lecionam Angélica e Eduardo Arruda Alvim, *litteris*:

[...] percebe-se claramente que a questão federal há de ter sido enfrentada pelo acórdão local. Isso quer dizer que sem o requisito do prequestionamento, inviável será a interposição de recurso especial em qualquer das hipóteses elencadas no inc. III do art. 105 da CF.²⁷

Assim, pode-se concluir que o prequestionamento não é mera criação da doutrina ou da jurisprudência. Ele decorre da exigência, do próprio texto constitucional, de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para o Tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido.²⁸

²⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 816.

²⁵ CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 777.

²⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252.

²⁷ ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 397, n. 104, p. 3-29, maio/jun. 2008. p. 4.

²⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 816.

1.3.1 Os diversos sentidos da expressão “prequestionamento”

Problema dos mais complexos é a definição de prequestionamento em vista dos vários sentidos que são dados a essa expressão tanto na doutrina quanto na jurisprudência.²⁹

No que diz respeito à divergência doutrinária, podemos identificar três posicionamentos sobre o prequestionamento:

- a) prequestionamento é o debate anterior acerca de determinado tema, realizado pela parte antes da decisão recorrida;
- b) prequestionamento é a manifestação inequívoca do Tribunal recorrido acerca do tema, ainda que não se tenha verificado um debate anterior; e
- c) prequestionamento é o prévio debate acerca do tema, acompanhado de manifestação inequívoca do Tribunal a esse respeito.³⁰

José Miguel Garcia Medina se coloca a favor do primeiro entendimento:

[...] O Prequestionamento, como se viu, decorre de manifestação das partes, manifestação esta que deve ocorrer perante o órgão julgante para que este se manifeste sobre a questão constitucional ou federal, determinando o cabimento do recurso extraordinário ou especial em relação a tal pronunciamento.

Daí se inferir que o prequestionamento deve ocorrer, necessariamente, antes da decisão recorrida, e não depois.³¹

Do mesmo modo entende Nicanor Sena Passos:³²

A locução pré-questionamento, derivada de pré-questionar, nada mais significa senão discutir ou levantar questão controvertida. Em linguagem jurídica, é a invocação do que a parte pretende alegar em seu favor na primeira oportunidade em que é possível fazê-lo.

Leônidas Cabral Albuquerque³³ também concorda com o entendimento de que o prequestionamento resulta do debate anterior acerca de determinado tema, realizado pela parte antes da decisão recorrida:

Prequestionar é questionar antes. É provocar decisão acerca da matéria antes do ato de julgamento do recurso. O modo mais comum e seguro de fazê-lo é mediante petição escrita, durante as fases postulatória e instrutória, provocando, então, a manifestação explícita do julgador a respeito, quando do proferimento da decisão.

²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 229.

³⁰ ZULIANI, Maria Izabel de Miranda. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2011. Acesso restrito a Ministros e servidores do Superior Tribunal de Justiça.

³¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 337.

³² PASSOS, Nicanor Sena. Pré-questionamento. **Revista Consulex**, Brasília, v. 3, n. 35, nov. 1999. p. 50.

³³ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. **Admissibilidade do recurso especial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996. p. 58.

Sustentando o entendimento de que o prequestionamento decorre da manifestação do Tribunal de origem a respeito do tema de direito constitucional ou federal, independentemente de postulação anterior da parte, argumenta Eduardo Ribeiro de Oliveira, na forma abaixo:

[...] 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 cabíveis extraordinário e especial. Não há nenhum amparo legal ou constitucional, entretanto, para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule a provocação da parte, antes do julgamento.³⁴

Igual posicionamento é adotado por Bernardo Pimentel Souza:

O prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso especial interposto para o tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Com efeito, não basta a parte ter suscitado o tema, ainda que à exaustão. Se a matéria jurídica suscitada não foi decidida pelo julgado recorrido, não está satisfeita a exigência do prequestionamento.³⁵

Há ainda quem entenda o prequestionamento como uma soma dos dois entendimentos anteriores, ou seja, o prévio debate acerca do tema, acompanhado de manifestação inequívoca do Tribunal de origem. Nesse sentido, destaque-se a opinião de Athos Gusmão Carneiro:

[...] Para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida explicitamente (ainda que não imprescindível a expressa menção ao artigo de lei).³⁶

Conforme dito anteriormente, há divergência inclusive no campo jurisprudencial, cuja sistematização nos é fornecida por José Miguel Garcia Medina, *in litteris*:

[...] Grosso modo, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca

³⁴ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 249.

³⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 816.

³⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 107.

do tema de direito federal ou constitucional, seguido da manifestação expressa do Tribunal a respeito.³⁷

Ainda no que diz respeito à divergência jurisprudencial, destacam-se os seguintes precedentes:

O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, mesmo com a oposição dos embargos de declaração, incide o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.³⁸

1. Para a configuração do questionamento prévio (indispensável para o conhecimento do recurso especial), não é necessário que haja menção expressa do dispositivo infraconstitucional tido como violado. Todavia, é imprescindível, como na espécie, que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente.

2. Agravo regimental não provido.³⁹

O prequestionamento, no recurso especial, é aferido a partir do acórdão recorrido; nada importa que o tema tenha sido suscitado nas razões de apelação ou do próprio recurso especial - é preciso que o Tribunal a quo tenha decidido a respeito do artigo de lei federal alegadamente violado, ainda que implicitamente.⁴⁰

A configuração do prequestionamento não emerge da comprovada manifestação dos temas de direito federal nas razões dos recursos ordinários, mas da sua efetiva apreciação pelo acórdão recorrido. A matéria infraconstitucional precisa ser ventilada na decisão do Tribunal a quo, pois o alcance da expressão 'ventilar a questão federal' significa tornar a matéria res controversa perante o segundo grau de jurisdição.⁴¹

O necessário e devido prequestionamento está umbilicalmente ligado ao exaurimento da matéria na instância a quo associada ao adequado liame intelectual criado pela prestação jurisdicional ofertada frente à pretensão recursal.⁴²

A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação em momento procedimental adequado. Não basta, no entanto, só argüir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão

³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 217-218.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1235982/ES**. Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990860&sReg=200901846589&sData=20100816&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun. 2010.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 947.978/RS**. Primeira Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGA 259.509-GO**. Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 09 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGA 72.262-PR**. Terceira Turma. Relator: Ministro Cláudio Santos. Brasília, 15 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ERESP 144.844-RS**. Corte Especial. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 03 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária.⁴³

Não há consenso, portanto, sobre o momento em que ocorre o prequestionamento: se quando da provocação das partes, da decisão recorrida ou através da conjugação dos dois momentos, o que justifica a diversidade de posições doutrinárias e jurisprudenciais analisadas acima.⁴⁴

1.3.2 Prequestionamento explícito e implícito

Segundo José Miguel Garcia Medina⁴⁵: “Ainda no que tange à configuração do prequestionamento, há que se determinar o que se deva entender por prequestionamento implícito, e qual a diferença deste com o chamado prequestionamento explícito”.

José Theophilo Fleury⁴⁶ se manifestou sobre a complexidade do assunto, nos seguintes termos:

[...] não se chegou ainda a um consenso sobre o significado deste requisito e diversas têm sido as formas de prequestionamento tidas como passíveis de viabilizar o conhecimento dos recursos especial e extraordinário. Ora se fala em prequestionamento explícito, ora em prequestionamento implícito, ora em prequestionamento ficto; contudo, não se deu solução ainda a este requisito que tem obstaculizado milhares de recursos especiais e extraordinários perante o STJ e o STF.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁷ resume a controvérsia da seguinte forma:

Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida, não menciona a *norma jurídica violada*, e prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida. Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AGRAG 134.175-SP**. Primeira Turma Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de abril de 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5. ed. rev. e atual. da obra prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. São Paulo: RT, 2009. p. 117.

⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 340.

⁴⁶ FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF x súmula 211/STJ? In: ALVIM, Eduardo pelegri de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000. p. 409.

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005. p. 278.

prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão.

Há, ainda, quem denomine de implícito o prequestionamento enquanto atividade das partes [...].

Perseu Gentil Negrão⁴⁸ pertence à corrente que afirma haver prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pelo acórdão recorrido, e prequestionamento implícito quando, apesar de não haver menção expressa à norma, a questão jurídica tiver sido enfrentada.

[...] Prequestionamento explícito é aquele onde houve expressa menção a determinado texto de lei. Já o prequestionamento implícito é aquele onde determinado texto de lei foi examinado, mas não referido expressamente ou de modo claro.

Esse entendimento também é sustentado por Leônidas Cabral Albuquerque⁴⁹: “o prequestionamento pode ser explícito, quando a decisão expressamente resolve a questão, ou implícito, se a decisão, apesar de não referir-se expressamente à controvérsia legal, julga a matéria”.

Entre os defensores da segunda concepção de prequestionamento estão Angélica e Eduardo Arruda Alvim e José Theophilo Fleury. Essa parte da doutrina considera como prequestionamento explícito a ocorrência de pronunciamento efetivo acerca da matéria no acórdão recorrido, ainda que não seja imprescindível a expressa menção ao dispositivo legal ou constitucional; e, como prequestionamento implícito, a hipótese de a questão ter sido posta à discussão no primeiro grau, sem ser mencionada no acórdão.

Veja-se a opinião de Angélica e Eduardo Arruda Alvim⁵⁰:

É preciso, pois, que haja prequestionamento explícito para que esteja aberta a via do especial. Deve-se, porém, entender corretamente a expressão prequestionamento explícito como referente à hipótese em que tenha havido pronunciamento efetivo sobre a questão federal emergente da lei federal que se pretende tenha sido ofendida. Acertada a conceituação do Prof. Nelson Nery Jr.: Para aqueles que exigem o prequestionamento explícito o acórdão tem que decidir efetivamente a questão [...] já o prequestionamento implícito significa que a questão foi posta à discussão no primeiro grau mas não foi mencionada no acórdão.

⁴⁸ NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial**: doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53.

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. **Admissibilidade do recurso especial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1966. p. 89.

⁵⁰ ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997. p. 169.

No mesmo sentido:⁵¹

O prequestionamento não é do número do dispositivo de lei federal ou da Constituição Federal, mas, sim, da questão jurídica que lhe diz respeito, tal como previsto na Súmula 282 do STF e, agora, na Súmula 211 do STJ. Se assim é, havendo decisão a respeito da questão jurídica (seja constitucional, seja legal), o prequestionamento se mostra presente e explícito.

Não há, portanto, que se falar em prequestionamento implícito nas hipóteses em que o acórdão se ocupa do tema jurídico tratado pelo dispositivo tido por afrontado. Se houve pronunciamento sobre a questão jurídica, o prequestionamento é explícito independentemente da menção expressa ao número do dispositivo legal ou constitucional [...].

A terceira corrente sobre o tema é sustentada por autores como Nelson Luiz Pinto e José Miguel Garcia Medina, que consideram como prequestionamento explícito a ocorrência de manifestação expressa do recorrente; e, como prequestionamento implícito, a hipótese de o Tribunal de origem, apesar de não haver manifestação do recorrente a respeito, ter o dever de se manifestar acerca de determinada matéria que, por força de lei, deve ser conhecida de ofício.

[...] As condições da ação e os pressupostos processuais devem, necessária e obrigatoriamente, ser objeto de exame ex officio por qualquer juiz ou tribunal, antes de se adentrar o julgamento do mérito, independentemente de ter havido ou não requerimento das partes. Assim, pode-se dizer que essas matérias de ordem pública estariam, por força de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito.⁵²

[...] Somente é possível diferenciar-se prequestionamento explícito de prequestionamento implícito se, tomando-se por prequestionamento a atividade realizada pelos litigantes com o fito de levar ao órgão julgante matéria a ser por este julgada, entender-se por explícito o prequestionamento quando o mesmo se realizar expressamente, e implícito quando, a despeito de não haver manifestação expressa da parte a respeito, nas razões recursais, dever o órgão julgador manifestar-se acerca de determinadas matérias, em virtude de determinação legal.⁵³

Tratada a divergência doutrinária, passa-se à análise da questão no âmbito jurisprudencial, demonstrando o posicionamento do STJ e do STF acerca do tema.

O Superior Tribunal de Justiça aceita o prequestionamento implícito, considerado como apreciação da questão jurídica pelo acórdão recorrido, sem

⁵¹ FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF x súmula 211/STJ? In: ALVIM, Eduardo pelegri de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000. p. 426-427.

⁵² PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o STJ teoria geral e admissibilidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 182.

⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 239.

necessidade de menção expressa à norma jurídica violada, conforme se verifica a partir da leitura dos seguintes julgados:

Ante a nova orientação traçada pela Corte Especial, tem-se aceito o prequestionamento implícito. Contudo, tal só se dá quando o tema cogitado no especial tiver sido efetivamente debatido e decidido, pelo Tribunal local, com tão contundente ênfase e tão forte nitidez que a olhos desarmados se perceba qual o dispositivo legal que se tratou, ainda que não tenha sido, expressamente, referenciado, o que seria enveredar pelo formalismo exacerbado.

Os embargos declaratórios não se prestam para rejuízo da causa. Reconhecido o prequestionamento implícito, aprecia-se, nesse ponto, o recurso especial, mas dele não se conhece, por importar em reexame de prova.

Embargos parcialmente conhecidos e, nesta parte, parcialmente acolhidos, mantida, contudo, a decisão do especial.⁵⁴

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INCLUSÃO DO SÓCIO NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. IMPOSIÇÃO DE MULTA. SÚMULA 98/STJ.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte tem admitido o prequestionamento implícito, de forma que, apesar dos dispositivos tidos por violados não constarem do acórdão recorrido, se a matéria controvertida foi debatida e apreciada no Tribunal de origem [...].⁵⁵

No sentido oposto, a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal tem exigido o prequestionamento explícito. No entanto, a Corte Suprema adota dois entendimentos a respeito do significado de prequestionamento explícito.

Uma parte da jurisprudência entende que o prequestionamento explícito se configura 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, conforme se verifica nos julgados abaixo colacionados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 2. Se a questão constitucional não foi suscitada

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 43232/SP**. Quarta Turma. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 06 de abril de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400022506&dt_publicacao=29-05-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1100394/PR**. Primeira Turma Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 01 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe04/05/2009>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem, são ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido.⁵⁶

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA A PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão recorrida haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Embargos de declaração rejeitados.⁵⁷

Outra parte da jurisprudência, embora exija o prequestionamento explícito, o aceita como atendido desde que tenha sido debatida a questão constitucional no corpo do acórdão recorrido, independente de menção expressa ao dispositivo legal tido por violado.

Confirmando o segundo entendimento, seguem as seguintes ementas:

EMENTA: 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Delegados de Polícia de carreira e Delegados bacharéis em direito: vencimentos: isonomia: inadmissibilidade de equiparação por decisão judicial, com base no art. 39, § 1º, CF, redação original, sob o fundamento de identidade de atribuições: incidência da Súmula 339: precedentes. 3. Recurso extraordinário: o requisito do prequestionamento não reclama menção expressa ao dispositivo constitucional pertinente à questão de que efetivamente se ocupou o acórdão recorrido.⁵⁸

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Não há necessidade de que o Tribunal a quo faça expressa menção do dispositivo constitucional objeto do recurso extraordinário. Imposição de multa de 1% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil.⁵⁹

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PREQUESTIONAMENTO - CONFIGURAÇÃO. O prequestionamento prescinde da referência, no acórdão proferido, a números de artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Diz-se prequestionado certo tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. PODER DE POLÍCIA - EXERCÍCIO. O poder de fiscalizar determinado serviço público, impondo multa, é do Executivo. A existência de lei criadora de sociedade de economia mista, outorgando-lhe a fiscalização, não é de molde a concluir-se que, uma vez extinta, não ocorra a possibilidade de, mediante decreto, o serviço vir a ser exercido por uma das secretarias do Estado. Conclusão diversa, no sentido

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 372698 AgR. Primeira Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 21 de fevereiro de 2006. **Diário de Justiça**, 24 mar. 2006. p. 31.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 249746 AgR-ED. Segunda Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 12 de novembro de 2000. **Diário de Justiça**, 26 abr. 2002. p. 88.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 361341 ED. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 01 de março de 2005. **Diário de Justiça**, 01 abr. 2005. p. 36.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 469054 AgR. Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28 de novembro de 2006. **Diário de Justiça**, 02 fev. 2007. p. 111.

da exigência de uma lei que assim disponha, implica inobservância ao princípio da separação dos Poderes.⁶⁰

Em suma: o Superior Tribunal de Justiça aceita o prequestionamento implícito, considerado como apreciação da questão jurídica pelo acórdão recorrido, sem menção expressa ao dispositivo legal. Já o Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que o prequestionamento da matéria constitucional deve ser explícito.

Contudo, a Corte Suprema adota dois entendimentos para caracterizar o prequestionamento explícito. Conforme já se demonstrou, parte da jurisprudência exige o prequestionamento numérico, ou seja, é necessário que o acórdão recorrido faça referência expressa ao dispositivo constitucional tido por violado. No entanto, há uma corrente que entende configurado o prequestionamento explícito, desde que tenha sido debatida a questão constitucional no corpo do acórdão recorrido, independente de menção expressa ao dispositivo legal.

1.3.3 Prequestionamento e embargos de declaração

De acordo com Bruno Mattos e Silva:⁶¹ “Se alguma questão suscitada na apelação não tiver sido apreciada e decidida pelo tribunal de apelação, devem ser opostos embargos de declaração para que seja suprida a omissão”.

No mesmo sentido, observe-se a lição de Paulo Gustavo M. Carvalho⁶², *litteris*:

Com efeito, caso o acórdão impugnado não tenha enfrentado o tema suscitado na instância *a quo* deve o recorrente opor embargos de declaração com o objetivo de sanar a omissão do julgador, antes da interposição do recurso especial, porquanto a matéria não se encontra decidida, inexistindo, conseqüentemente, o devido prequestionamento da matéria.

Para melhor entendimento da questão, far-se-á uma abordagem dos embargos de declaração e de sua função prequestionadora.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 170204. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 1998. **Diário de Justiça**, 14 maio 1999. p. 19.

⁶¹ SILVA, Bruno Mattos e. **Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário**: roteiro para advocacia no STJ e no STF. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 17.

⁶² CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 778.

1.3.4 Conceito de embargos de declaração

Dá-se o nome de embargos de declaração ao recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal prolator da decisão que afaste a obscuridade, supra a omissão ou elimine a contradição existente no julgado.⁶³

1.3.5 Natureza jurídica

No direito brasileiro, os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso, tanto que o legislador pátrio os inseriu no rol dos recursos, conforme previsto no artigo 496, inciso IV, do Código Processo Civil.⁶⁴

Para Bernardo Pimentel Souza, a natureza jurídica dos embargos de declaração também se revela na disposição contida nos artigos 538 e 554 do mesmo Código:

A expressão “outros recursos” inserta no caput do artigo 538 do mesmo diploma também revela a natureza recursal dos embargos declaratórios. Por fim, o artigo 554 reforça tal conclusão. A cláusula “se o recurso não for de embargos declaratórios” igualmente afasta eventual dúvida acerca da natureza jurídica do instituto.⁶⁵

Ratificando o entendimento de que os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso, André Luiz Santa Cruz Ramos⁶⁶ também toma posição afirmando que, diante do que dispõe o Código de Processo Civil, em seus artigos 496, IV, e 535, I e II, não há dúvidas de que os embargos declaratórios constituem uma espécie de recurso, por atenderem ao princípio da taxatividade.

Teresa Arruda Alvim Wambier acrescenta que os embargos de declaração também têm o poder de obstar os efeitos da coisa julgada, característica essa típica de recursos, o que reforça a tese de que sua natureza jurídica é, de fato, recursal.⁶⁷

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 707.

⁶⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 628.

⁶⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 628.

⁶⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 232.

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005. p. 54.

1.3.6 Cabimento

O cabimento dos embargos de declaração está previsto no artigo 535 do Código de Processo Civil nos seguintes termos:

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.⁶⁸

Conforme se depreende da leitura do referido artigo, em seus incisos I e II, o pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração é a existência de obscuridade ou contradição na sentença ou no acórdão, ou omissão de algum ponto sobre o qual deveria se pronunciar o julgador.

Considera-se obscura a decisão judicial cujo conteúdo é vago, confuso ou ininteligível, que dificulta ou impossibilita a compreensão de seu teor. A obscuridade pode resultar de falha na transmissão de idéias pelo julgador no momento da redação da decisão, a qual, por não ser clara, impede a correta interpretação do pronunciamento judicial.⁶⁹

Considera-se omissa a decisão que possui lacuna referente a algum ponto que deveria ter sido apreciado pelo julgador, seja porque expressamente suscitado pela parte ou pelo Ministério Público ou porque a lei exige o seu pronunciamento *ex officio*. É inaceitável que o estado-juiz deixe de cumprir sua missão de dizer o direito, gerando decisões incompletas que não solucionam a lide em sua integralidade.⁷⁰

Uma decisão é tida como contraditória quando há incompatibilidade entre as proposições constantes do julgado que, avaliadas em conjunto, são inconciliáveis, incoerentes entre si. A contradição pode ocorrer tanto em diferentes partes da decisão como em apenas uma delas: entre o relatório e a fundamentação, entre a fundamentação e o dispositivo, entre o dispositivo e a ementa, bem como entre tópicos de qualquer destes.⁷¹

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

⁶⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 633.

⁷⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 633.

⁷¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 633-634.

Nesse sentido, é precisa a explicação de Gilson Delgado de Miranda:

São três os pressupostos específicos ao cabimento dos embargos, a saber: (a) obscuridade; (b) contradição; (c) omissão.

Nesse passo, ocorre obscuridade quando a redação do julgador não for clara, dificultando, pois, a correta interpretação do pronunciamento judicial. Já a contradição existe em razão da incerteza quanto aos termos do julgado, pelo uso de proposições inconciliáveis, podendo acarretar, inclusive, dificuldades a seu cumprimento. Por fim, a omissão se dá quando o julgado não aprecia o ponto, ou questão, que deveria ter sido dirimida.⁷²

Ressalte-se que, embora o artigo 535 do Código de Processo Civil faça menção apenas a “sentenças e acórdãos”, os embargos declaratórios podem ser opostos em qualquer procedimento, conforme entendimento doutrinário que se apresentará.

Humberto Theodoro Júnior, ao tratar das hipóteses de cabimento da espécie recursal aqui referida, afirma que qualquer decisão judicial comporta embargos declaratórios. Acrescenta o autor:

São cabíveis ditos embargos até mesmo da decisão que tenha solucionado anteriores embargos declaratórios, desde, é claro, que não se trate de repetir simplesmente o que fora argüido no primeiro recurso. É preciso que se aponte defeito (obscuridade, omissão ou contradição) no julgamento dos próprios embargos.⁷³

No entender de Teresa Arruda Alvim Wambier, os embargos de declaração têm natureza recursal e são cabíveis não somente contra sentenças e acórdãos, mas contra todo e qualquer tipo de pronunciamento judicial.⁷⁴

No mesmo sentido se pronuncia Bernardo Pimentel Souza:

A interpretação literal do inciso I do artigo 535 pode conduzir à conclusão de que o recurso de declaração é cabível apenas contra sentença e acórdão. Todavia, o inciso II não contém restrição quanto ao cabimento dos embargos, o que permite acionar tradicional princípio de hermenêutica jurídica: *ubi lex non distiguunt, nec interpres distiguere*. [sic]. Realmente, a exegese do inciso II do artigo 535 afasta a limitação do cabimento dos embargos declaratórios tão-somente em relação a sentença e a acórdão. Com efeito, ainda à luz apenas do método gramatical, é possível concluir que o recurso de declaração é cabível contra qualquer decisão de “juiz ou tribunal [...]”.⁷⁵

⁷² MIRANDA, Gilson Delgado. Dos embargos de declaração. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1592.

⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 707.

⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005. p. 56-57.

⁷⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 629.

Assim, os embargos declaratórios caracterizam-se pela possibilidade de serem opostos em qualquer procedimento, seja ele comum, executório ou cautelar, contra os atos decisórios tidos como viciados, oriundos de qualquer instância.⁷⁶

1.3.7 Procedimento

O procedimento para oposição dos embargos de declaração aparece descrito no artigo 536 e 537 do Código de Processo Civil:

Art. 536. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, não estando sujeitos a preparo.

Art. 537. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto.

À luz dos artigos supra, o recurso de embargos de declaração deve ser interposto por meio de petição dirigida ao prolator da decisão ou ao relator, a qual precisa estar acompanhada das razões recursais, nas quais o embargante deve apontar um dos vícios previstos no artigo 535 do CPC.

Sobre o tema, esclarece Humberto Theodoro Júnior:

O rito dos embargos de declaração sofre pequena variação conforme o decisório atacado seja sentença ou acórdão. O prazo para interposição é, atualmente, o mesmo: cinco dias (art. 535, com redação da Lei nº. 8.950, de 13.12.94). A petição será endereçada ao juiz ou ao relator e indicará o ponto obscuro, contraditório ou omissivo. Não há preparo.

[...]

Sem audiência da parte contrária, o juiz decidirá o recurso em cinco dias. Nos tribunais, o julgamento caberá ao mesmo órgão que proferiu o acórdão embargado. Para tanto, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo seu voto (art. 537). Quer isso dizer que o relator do acórdão impugnado continuará sendo o relator para o julgamento dos embargos de declaratórios.⁷⁷

Conforme os ensinamentos do autor supramencionado, embora a lei não preveja contraditório após a interposição dos embargos de declaração, há situações em que será obrigatória a intimação da parte contrária para responder aos embargos, tendo em vista a modificação do julgado:

A lei não prevê contraditório após a interposição do recurso e a justificativa para essa orientação está em que os embargos não se destinam a um novo julgamento da causa, mas apenas ao aperfeiçoamento do decisório já proferido. Havendo, porém, casos em que o suprimento de lacuna ou a eliminação de contradição leve à anulação do julgamento anterior para nova

⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005. p. 56-57.

⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 708.

decisão da causa (caráter infringente inevitável, em casos, por exemplo, de competência ou condição de procedibilidade, de erro material ou de questão prejudicial), não deverá órgão julgador enfrentar a questão nova para proferir, de pleno, o rejuízo. Para manter-se o princípio do contraditório, o caso será de anular-se apenas a decisão embargada e ordenar que o novo julgamento seja retomado com a plena participação da outra parte, segundo as regras aplicáveis ao recurso principal.⁷⁸

Trata-se de medida garantidora do princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal.

1.3.8 Efeitos

Aos embargos declaratórios são atribuídos os efeitos devolutivo, interruptivo e, somente em casos excepcionais, o efeito infringente.

A regra geral é que a oposição dos embargos interrompe o prazo para a interposição de outros recursos. Nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, entretanto, essa regra é excepcionada, conforme dispõe o artigo 50, da Lei nº. 9.099/95, que atribui efeito suspensivo aos embargos.⁷⁹

O efeito interruptivo se refere ao prazo para a interposição de qualquer outro recurso, conforme previsto no artigo 538 do Código de Processo Civil: “Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”.

Conforme se depreende da leitura do artigo citado, esse efeito obsta a apresentação de quaisquer outros recursos até que a parte seja intimada da decisão nos embargos de declaração.

Já o efeito devolutivo decorre da necessidade de que o mesmo órgão prolator da decisão impugnada a reexamine para, verificando um dos vícios autorizadores dos embargos, aclará-la ou complementá-la através da decisão resultante de novo julgamento.⁸⁰

Quanto à atribuição de efeitos infringentes ou modificativos, essa hipótese, excepcional, encontra respaldo no artigo 463, inciso II, do CPC, que

⁷⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 708.

⁷⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 658.

⁸⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 235-236.

permite a alteração da sentença em conseqüência da oposição dos embargos declaratórios:

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração.

Ressalte-se que, embora a lei não preveja contraditório após a interposição dos embargos de declaração, nesses casos haverá sim obrigatoriedade de intimação da parte contrária para responder os embargos, tendo em vista a modificação do julgado.

Nesse sentido dispõe Nelson Luiz Pinto:

Nos embargos de declaração inexistente contraditório. Assim, uma vez recebidos, o juiz deverá julgá-los no prazo de cinco dias, e se em segundo grau o relator deverá colocá-los em mesa para julgamento na sessão subsequente (art. 537 do CPC), nela proferindo seu voto, inexistindo necessidade de novo relator. Tratando-se, entretanto, de medida excepcional, onde os embargos de declaração podem ter efeitos infringentes do julgado, deve o juiz ou tribunal, antes de decidi-los, abrir vista à parte contrária, em respeito ao contraditório, pois deles poderá resultar uma nova decisão da causa. O prazo para manifestação da parte contrária, neste caso, será o mesmo dia da interposição – cinco dias.⁸¹

1.3.9 Função prequestionadora dos embargos declaratórios

Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos, a função primordial desses embargos é a de “provocar o órgão jurisdicional a *quo* a manifestar-se expressamente sobre questões federais e/ou constitucionais discutidas no processo, como forma de deixar explícito o prequestionamento da matéria suscitada no REsp ou no RExt.”⁸²

Nelson Luiz Pinto dá sua contribuição, ao explicar a necessidade de interposição dos chamados embargos de declaração prequestionadores para viabilizar o acesso às instâncias superiores:

São também os embargos de declaração utilizados com o objetivo de prequestionamento da questão federal ou de questão constitucional, para efeito de viabilizar a interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário. Trata-se de requisito necessário à admissão desses

⁸¹ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 181.

⁸² RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252.

recursos, nos quais não se pode ventilar questões que não foram objeto de tratamento no acórdão recorrido.⁸³

Luís Eduardo Simardi Fernandes, ao se referir aos embargos de declaração com função prequestionadora, acrescenta:

Recebem estes a denominação de “prequestionadores” porque o embargante, embora em um primeiro momento anseie a correção do vício, pretende, a final, o preenchimento do requisito do prequestionamento, para que lhe seja aberta a possibilidade de interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial.⁸⁴

Contudo, o uso dos embargos de declaração com essa finalidade prequestionadora é tema polêmico no âmbito jurisprudencial em decorrência dos diferentes critérios estabelecidos nas Súmulas 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Para André Luiz Santa Cruz Ramos, as cortes Superiores concordam apenas no ponto em que, sendo omissa a decisão do tribunal *a quo*, deve a parte opor embargos de declaração, buscando deixar expresso o prequestionamento:

Tanto o STJ quanto o STF entendem que, sendo omissa a decisão do órgão jurisdicional *a quo*, deve a parte opor embargos declaratórios para que haja manifestação expressa acerca da questão federal ou constitucional a ser suscitada no REsp ou no RExt, respectivamente. Mas a concordância dos dois tribunais superiores sobre o tema termina por aí.⁸⁵

Paulo Gustavo M. Carvalho contribui com a discussão explicando que a divergência de entendimentos entre Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, acerca do prequestionamento, se inicia quando há embargos de declaração opostos e rejeitados.⁸⁶

Para melhor compreensão do entendimento jurisprudencial, se analisará a aplicação das referidas Súmulas 356 do STF e 211 do STJ.

Para o STF, a necessidade de oposição dos embargos de declaração com finalidade prequestionadora está inserta na Súmula 356: “O ponto omissso da

⁸³ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

⁸⁴ SIMARDI, Luís Eduardo Fernandes. **Embargos de declaração**: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: RT, 2003. p. 219.

⁸⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 253.

⁸⁶ CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 778.

decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”⁸⁷

A Suprema Corte por ocasião do julgamento do RE nº 219.934/SP, consolidou entendimento segundo o qual a admissibilidade do recurso extraordinário, fundada em omissão, está condicionada à interposição dos embargos de declaração com função prequestionadora. No entanto, não exige esta corte que a omissão sobre a questão constitucional seja suprida pelo tribunal *a quo* para que o recurso extraordinário seja admitido. Basta que o ponto omisso tenha sido objeto de embargos de declaração para que a parte possa interpor o extraordinário sobre a matéria que foi o objeto dos embargos de declaração⁸⁸.

Veja-se o que diz Fábio Victor da Fonte Monnerat sobre o entendimento jurisprudencial no STF:

O Supremo Tribunal Federal [...] vem entendendo que se o acórdão recorrido deixou de enfrentar a questão constitucional aventada no processo, a interposição dos embargos de declaração satisfaz o requisito do prequestionamento para o recurso extraordinário, não importando que, persistindo a omissão, o tribunal recorrido não se tenha pronunciado sobre os temas aventados, [...].⁸⁹

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, adota o entendimento plasmado na Súmula 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

André Luiz Santa Cruz Ramos explica o entendimento adotado pela jurisprudência do STJ:

Com efeito, o entendimento consagrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é o de que, mesmo tendo sido opostos embargos declaratórios, se o órgão *a quo* permaneceu sem apreciar a questão federal, está *ausente* o requisito do prequestionamento. Para o STJ, matéria prequestionada é a que consta do acórdão recorrido. Se a matéria não consta do acórdão recorrido, não está prequestionada. Assim, mesmo que a parte recorrente tenha oposto embargos de declaração, se o órgão *a quo* se mantiver omisso quanto à questão federal levantada no REsp, não terá

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 356**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0356.htm>. Acesso em: 04 jun. 2010.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219934. Primeira Turma. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 14 de junho de 2000. **Diário de Justiça**, 16 fev. 2001. p.140.

⁸⁹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ: posições contrárias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 141, p. 197-209, nov. 2006. p. 206.

havido o seu prequestionamento, e por isso o apelo especial não será conhecido [...].⁹⁰

Diante do posicionamento constante na Súmula 211 do STJ, Fábio Victor da Fonte Monnerat, acrescenta:

[...] O Superior tribunal de Justiça [...] não julga o objeto do recurso, caso, mesmo com a interposição dos embargos declaratórios não seja sanada a omissão. Ainda segundo esta corrente o recurso especial, nestes casos, deve ser provido com fundamento na violação do art. 535, II, do CPC para que os autos sejam remetidos ao tribunal *a quo* e que seja sanada a omissão.⁹¹

Angélica e Eduardo Arruda Alvim chamam a atenção para o fato de que os embargos de declaração prequestionadores devem tratar somente de questões suscitadas em tempo oportuno, não devendo ser utilizados para introduzir questão nova:

Revela notar, todavia, que os embargos de declaração não se prestam a fazer com que o tribunal local se pronuncie acerca de questão federal não levantada em tempo oportuno, vale dizer, os embargos declaratórios não devem ser utilizados para introduzir discussão que diz respeito a questão federal nova, que não tenha sido apreciada pelo acórdão embargado, porque não suscitada. Assim, os denominados embargos declaratórios “prequestionadores” não consubstanciam nova modalidade de embargos declaratórios. Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, que tem cabimento nas hipóteses do art. 535 do CPC.⁹²

Constatada a necessidade de interposição dos chamados embargos de declaração prequestionadores para viabilizar o acesso às instâncias superiores, resta saber se os embargos de declaração opostos com finalidade prequestionadora devem ser considerados protelatórios, sujeitando, assim, o embargante às penalidades legais.

Em resposta a essa indagação, Nelson Luiz Pinto explica a razão para que os embargos de declaração prequestionadores não sejam considerados procrastinatórios. Afirma o autor que o embargante, nesse caso, apenas cumpre exigência jurisprudencial, *litteris*:

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

⁹⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 253-254.

⁹¹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ: posições contrárias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 141, p. 197-209, nov. 2006. p. 207.

⁹² ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 397, n. 104, p. 3-29, maio/jun. 2008. p. 16.

Trata-se de súmula que deve ser compreendida em consonância com as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula 282 do Supremo, [...] exige, para o conhecimento do recurso extraordinário, que a matéria objeto do recurso tenha sido prequestionada nas instâncias inferiores.

Já a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal estabelece que o ponto omissis na decisão recorrida, se não tiver sido objeto de embargos de declaração, não poderá ser objeto de apreciação no recurso extraordinário (leia-se, também, recurso especial).⁹³

Do acima citado, conclui o mesmo autor:

Se a interposição dos embargos de declaração com o objetivo exclusivamente de prequestionamento da matéria legal ou constitucional é imposição até mesmo de súmula o STF, não pode sua utilização ser considerada de caráter procrastinatório, com vistas à imposição ao recorrente da penalidade prevista no parágrafo único do ART. 538 do CPC.⁹⁴

Para José Miguel Garcia Medina: “a interposição não pode ser considerada protelatória, dentre outras razões, porque a jurisprudência tem exigido a interposição dos embargos de declaração para satisfação do requisito do prequestionamento.”⁹⁵

O STJ, conforme se verifica dos julgados abaixo, vem aplicando a citada Súmula 98 para fundamentar suas decisões no que diz respeito à existência ou não dos chamados embargos de declaração protelatórios, determinando, com isso, o afastamento ou a imposição da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTÉ ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. (RECURSO REPETITIVO - RESP 1.002.932-SP). MULTA DO ART. 538, DO CPC. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO PROTRELATÓRIO.

[...]

8. A Súmula 98, do STJ, cristalizou o entendimento jurisprudencial de que: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

9. Consectariamente, revela-se descabida a imposição da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que a oposição dos embargos de declaração, in casu, revela nítida finalidade de prequestionar a matéria discutida no recurso especial.

⁹³ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o STJ teoria geral e admissibilidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 179-170.

⁹⁴ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o STJ teoria geral e admissibilidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 179-170.

⁹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009. p. 290.

12. Agravo regimental desprovido.⁹⁶

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. ACOLHIMENTO.

1. Inaplicável a multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil, quando opostos os embargos declaratórios com o objetivo de suprir a exigência do enunciado nº 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, com vistas à interposição de recurso extraordinário, posto que os "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório." (Súmula do STJ, Enunciado nº 98).

2. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.⁹⁷

Com efeito, no Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de interposição dos embargos de declaração, para prequestionar o ponto que surge apenas por ocasião do julgamento da apelação, é questão já decidida pela Corte Especial:

Nesse sentido, o EREsp nº 8.285/R:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - NECESSIDADE - QUESTÃO FEDERAL.

É necessária a interposição de embargos de declaração para se obter o prequestionamento, possibilitando a abertura de via especial, mesmo que a questão federal tenha surgido somente no julgamento perante a Corte de origem. [...].⁹⁸

Não podem, portanto, ser considerados protelatórios os embargos de declaração interpostos com objetivo específico de prequestionamento, por tratar-se de providência exigida pela própria jurisprudência para admissibilidade dos recursos extraordinários.⁹⁹

Há, no entanto, situações em que o tribunal *a quo* rejeita os embargos de declaração, impossibilitando a abertura da via especial pela ausência do

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1204166/DF**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de setembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1006867&sReg=201001394955&sData=20101013&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun. 2010.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1099153/RS**. Primeira Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1031812&sReg=200802293701&sData=20110202&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2011.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EREsp 8285/RJ**. Corte Especial. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 03 de junho de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700239438&dt_publicacao=09-11-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

⁹⁹ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o STJ teoria geral e admissibilidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 192.

prequestionamento, obrigando o recorrente a buscar outros meios de suprir a omissão judicial.¹⁰⁰

¹⁰⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 635.

2 RECURSOS CABÍVEIS PARA BUSCAR O PREQUESTIONAMENTO APÓS A REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES

Segundo Bernardo Pimentel Souza.¹⁰¹: “Se o próprio acórdão estiver contaminado por omissão na prestação jurisdicional, pode o irresignado apresentar segundos embargos de declaração, assim como interpor recurso especial com esteio nos artigos 165, 458 e 535, todos do Código de Processo Civil”.

A questão será tratada de acordo com esse direcionamento, abordando-se, em primeiro lugar, a solução indicada pela via dos embargos de declaração.

2.1 Segundos embargos de declaração prequestionadores

Segundo ensina Bernardo Pimentel Souza¹⁰²: “[...] cabe outro recurso de declaração contra julgado proferido em embargos declaratórios. É que o próprio *decisum* prolatado nos embargos também pode ser omissivo, contraditório e obscuro”.

No mesmo sentido, veja-se a lição de Humberto Theodoro Júnior, já colacionada alhures:

São cabíveis ditos embargos até mesmo da decisão que tenha solucionado anteriores embargos declaratórios, desde, é claro, que não se trate de repetir simplesmente o que fora argüido no primeiro recurso. É preciso que se aponte defeito (obscuridade, omissão ou contradição) no julgamento dos próprios embargos.¹⁰³

Essa opção, no entanto, não garante sucesso ao recorrente, pois, conforme já se concluiu no capítulo anterior, nada impede que o julgador *a quo* reitere o entendimento adotado no julgamento dos embargos anteriores, renovando a omissão e, por vezes, sujeitando o embargante à sanção processual preceituada pelo artigo 538, parágrafo único, do CPC.¹⁰⁴

Nesse sentido, veja-se a decisão proferida, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 20100020044506 AGI:

¹⁰¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 635.

¹⁰² SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 636.

¹⁰³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 707.

¹⁰⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 253-254.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. IMPUTAÇÃO AO ACÓRDÃO PRIMEIRAMENTE EMBARGADO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS IMPUTÁVEIS AO JULGADO QUE RESOLVERA OS PRIMEIROS EMBARGOS. INCABIMENTO. VIA INADEQUADA. REJEIÇÃO. CARÁTER PROTETÓRIO. CARACTERIZAÇÃO. MULTA. IMPOSIÇÃO.

1. A renovação de embargos de declaração em face do julgado que resolvera embargos primeiramente manejados está condicionada à subsistência de vício imputável ao decisório por derradeiro editado, ou seja, àquele que solvera a pretensão declaratória primeiramente manejada, não se afigurando viável a reiteração de embargos com o escopo de serem expungidas lacunas imputadas ao *decisum* primeiramente embargado cuja insubsistência já fora afirmada.

2. A reiteração de embargos de declaração manifestamente incabíveis traduzem abuso no exercício do amplo direito de defesa e ao livre acesso ao judiciário resguardados à parte, legitimando a qualificação da pretensão declaratória como protelatória e a sujeição do embargante à sanção processual preceituada pelo artigo 538, parágrafo único, do CPC, à medida que, consubstanciando o processo instrumento destinado à materialização do direito material, não se compatibiliza com o devido processo legal e com seu objetivo teleológico a perpetuação da causa mediante o uso de instrumento impróprio para o reprisamento de questões já solvidas.

3. Embargos conhecidos e desprovidos. Multa imposta. Unânime.¹⁰⁵

Persistindo a omissão, resta ao recorrente interpor recurso especial por negativa de vigência aos artigos 165, 458 e 535, inciso II do CPC, situação em que o STJ determinará o retorno dos autos à instância de origem a fim de que seja sanada omissão perpetrada no re julgamento dos embargos de declaração.

2.2 Recurso especial como meio de prequestionar a matéria sobre a qual já tenham sido opostos embargos de declaração

Segundo José Miguel Garcia Medina¹⁰⁶: “Interposto o recurso de embargos de declaração e, mesmo assim, persistindo a omissão, caberá o recurso especial por violação ao art. 535 do CPC. Aponta-se, no caso, vício de atividade, cabendo a cassação da decisão recorrida.”

Perseu Gentil Negrão, acrescenta:

É lícito à parte opor embargos de declaratórios visando prequestionar a matéria em relação a qual o acórdão recorrido quedou-se omissivo, embora sobre ele devesse se pronunciar. A rejeição desses embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial calcado

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI 20100020044506. Quarta Turma Cível. Relator: Ministro Teófilo Caetano. Brasília, 04 de agosto de 2010. **Diário da Justiça**, 13 jan. 2011. p. 65.

¹⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 338.

em violação aos termos do art. 535, inciso II, do CPC, por quanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada.¹⁰⁷

Nesse contexto, o recurso especial, se conhecido e provido, se prestará à anulação do acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que seja sanada a omissão perpetrada, devendo manifestar-se o tribunal a *quo* sobre a íntegra dos embargos de declaração opostos pelo recorrente.¹⁰⁸

Esse é o entendimento consagrado na jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR. ART. 535 DO CPC. OMISSÕES CARACTERIZADAS. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. REJULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O Tribunal de origem, embora provocado por embargos de declaração, deixou de apreciar matérias suscitadas pelo recorrente desde as razões da apelação, tais como: premissa equivocada da qual partiu o aresto recorrido de que o auto de infração teria feito menção ao item 95 da Lista de Serviços anexa a Lei Complementar 56/87; o fato de o auto de infração não descrever os serviços tributados não previstos no art. 3º, itens 95 e 96 da LC 56/87.

2. Omissões e contradições caracterizadas, determinando-se o retorno dos autos à origem para rejulgamento dos embargos aclaratórios, ficando prejudicado o exame do recurso extremo no tocante às demais matérias.

3. Recurso especial provido em parte.¹⁰⁹

PROCESSUAL CIVIL. TESE NÃO DEBATIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 211/STJ. PRELIMINAR. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CARACTERIZADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. REJULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O recurso especial não merece ser conhecido quanto às teses recursais não debatidas pelo Colegiado a quo, não obstante a oposição de embargos aclaratórios, a teor da Súmula 211/STJ.

2. O Tribunal de origem, embora provocado por embargos de declaração, deixou de apreciar matéria suscitada pelo recorrente desde as razões da apelação, qual seja, o não-enquadramento das rendas auferidas a título de recuperação de encargos e despesas no conceito de "preço do serviço" disposto no art. 9º do Decreto-Lei 406/68.

3. Omissão caracterizada.

4. Prejudicialidade do exame do recurso extremo no tocante às matérias de fundo.

5. Retorno dos autos à origem para rejulgamento dos embargos de declaração.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que seja sanada a omissão perpetrada.

É como voto.¹¹⁰

¹⁰⁷ NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial**: doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 51.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 397.788/MG**. Terceira Turma. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Brasília, 03 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='001321779'>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1092094/GO**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe 04/05/2009>. Acesso em: 04 jun. 2010.

No entanto, essa via processual também não garante o suprimento da omissão. Nada impede que, a despeito da determinação do STJ, o julgador *a quo* reitere o entendimento adotado no julgamento dos embargos anteriores, mantendo o acórdão recorrido inalterado.

Nesse sentido o julgamento dos Embargos de Declaração na Apelação Cível APC4121296, proferido pela Quinta Turma Cível do TJDF:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO RECONHECIDA PELO STJ – DETERMINAÇÃO DA ANÁLISE DA QUESTÃO ATINENTE À REGULARIDADE DO DESMEMBRAMENTO DE SOLO RURAL EM COMPLEMENTAÇÃO AO ACÓRDÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS OPOSTOS ANTERIORMENTE - ÁREA SUPERIOR À FRAÇÃO MÍNIMA DE PARCELAMENTO – ALIENAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE LEI QUE IMPONHA O ATESTADO DE REGULARIDADE – PORTARIA DO INCRA E PARECER APROVANDO O PARCELAMENTO - ATO ABUSIVO CARACTERIZADO - ACÓRDÃO MANTIDO - EMBARGOS REJEITADOS.

1. Tendo sido reconhecida omissão no v. acórdão, objeto de recurso especial, determinou o c. STJ o retorno dos autos, a fim de que julgue a questão atinente à regularidade do parcelamento rural.

[...]

5. Não há razões para que se altere o acórdão que julgou os embargos opostos anteriormente ao que deu provimento ao apelo dos autores, permitindo-lhes a alienação e transcrição da escritura no cartório de registro de imóveis.

6. Embargos julgados em complementação e rejeitados. Unânime.¹¹¹

O que se vê, *in casu*, é mais uma medida contraproducente em que se exige do recorrente sucessivas interposições de recurso especial por ofensa dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC, impondo-lhe os riscos de uma Justiça tardia e inútil, “quando tudo já poderia ter sido resolvido antes, com maior celeridade e economicidade e dando maior ênfase à efetividade processual do que ao formalismo”.¹¹²

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1068444/RS**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=835678&sReg=200801379125&sData=20081201&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APC 4121296. Quinta Turma Cível. Relator: Ministro Romeu Gonzaga Neiva. Brasília, 17 de novembro de 2010. **Diário da Justiça**, 25 nov. 2010. p. 235.

¹¹² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8976>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DO RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458 E 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Esta pesquisa procurou, no primeiro capítulo, abordar a relevância do recurso especial como instrumento de atuação do Superior Tribunal de Justiça, analisando um dos seus requisitos específicos de admissibilidade: o prequestionamento.

No segundo capítulo, buscou-se conhecer os diversos caminhos para configurar o prequestionamento, abordando o entendimento jurisprudencial do STF e do STJ sobre o tema.

No presente capítulo, busca-se avaliar os prejuízos causados ao recorrente pelo atual entendimento do STJ, verificando as possibilidades existentes para contornar a situação que se instaura no momento em que o Superior Tribunal de Justiça, diante da rejeição dos embargos de declaração, dá provimento ao recurso especial interposto por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para integração do acórdão.

3.1 A “*via crucis*” criada pelo entendimento do STJ acerca do recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC

Conforme já esclarecido neste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça não julga o objeto do recurso, caso, mesmo com a interposição dos embargos declaratórios, não seja sanada a omissão. Inteligência da Súmula 211: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*".

Essa corte, diante da rejeição dos embargos de declaração, sustenta ser necessário que o embargante interponha recurso especial por violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, para que se anule o acórdão proferido nos embargos anteriores e proceda-se à devolução dos autos à Corte de origem, a

fim de que se prequestione a matéria federal, possibilitando o recurso especial referente à questão de fundo.¹¹³

No entanto, conforme comprovado no tópico anterior, nada impede que, a despeito da determinação do STJ, o julgador reitere o entendimento adotado no julgamento dos embargos anteriores, mantendo o acórdão recorrido inalterado.

Nesse sentido, eis a lição de Fernando Balieiro Lodi, *litteris*:

[...] Pode o juiz entender, pessoalmente, e dentro do âmbito de sua liberdade jurisdicional que o *decisum* não é passível de complementação, embora o seja; exigir-se do embargante a interposição de recurso especial, por violação às disposições do art. 535, II, do CPC, aguardando-se a decisão deste para só aí interpor novo recurso especial ou extraordinário, é afrontar a exigência social da célere prestação da tutela jurisdicional.¹¹⁴

Frederico Augusto Leopoldino Koehler, em artigo intitulado: “Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo”, descreve o que chama de “*via crucis*” gerada pela aplicação da Súmula 211 do STJ:

[...] Na verdade, mais ritualística é a solução que decorre da aplicação da Súmula 211 do STJ, eis que terá que ser percorrida uma onerosa, demorada e inútil *via crucis* a fim de atingir objetivo que poderia ter sido de logo cumprido, qual seja, a análise da questão de fundo pelo Tribunal Superior.

De fato, não há sentido em remeterem-se os autos de volta à Corte de origem, para que esta profira um novo julgamento cuja finalidade é de antemão sabida: aclarar a omissão, prequestionando a matéria federal, de modo a abrir à parte a via do recurso especial. Ora, qual o sentido de percorrer-se todo esse iter quando já se sabe com antecedência o resultado que será gerado?

Realmente, o novo julgamento do Tribunal inferior será, invariavelmente, no sentido de informar que os dispositivos que se querem prequestionar não devem ser aplicados à lide. Assim, haverá um retorno à estaca zero, com o início de novo recurso especial no intuito de julgar a questão de fundo (que por um período ficara totalmente obnubilada), quando tudo já poderia ter sido resolvido antes, com maior celeridade e economicidade e dando maior ênfase à efetividade processual do que ao formalismo.¹¹⁵

Fábio de Oliveira Camilo compartilha da opinião de que a atuação do STJ, no cumprimento do disposto na Súmula 211, submete o recorrente a uma *via crucis*:

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1092094/GO**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe 04/05/2009>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹¹⁴ LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 449.

¹¹⁵ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8976>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

Ora, submeter a parte a uma verdadeira *via crucis* no sentido de ter de obter a nulidade de um julgamento por omissão, retornando os autos à instância *a quo*, para que outra decisão seja proferida – sabendo-se de antemão que seu resultado será muito provavelmente de que o Tribunal de segundo grau considerou a questão de direito constitucional irrelevante para o julgamento da demanda -, é insofismavelmente afrontar as garantias fundamentais da celeridade e razoável duração do processo, constitucionalmente asseguradas.¹¹⁶

A “ritualística” adotada pelo Superior Tribunal de Justiça foi bem descrita no julgamento da Reclamação nº 1.442 - SP (2003/0154354-6), de relatoria da ministra Denise Arruda:

[...] O recurso especial seria conhecido e provido para declarar nulo o acórdão dos embargos de declaração; com a remessa dos autos ao tribunal de origem, a omissão, obscuridade e contradição persistiriam em novo acórdão, o que daria ensejo a novo recurso especial que, por sua vez, seria conhecido e provido para declarar nulo o novo acórdão dos embargos de declaração; com a remessa dos autos ao tribunal de origem, a omissão, obscuridade e contradição persistiriam em mais um novo acórdão, o que daria ensejo a mais um novo recurso especial [...].¹¹⁷

Assim, mantido o ponto de vista estreito da Súmula 211, corre-se o risco de gerar um círculo eterno e infundável, sem que jamais se tenha por configurado o prequestionamento.¹¹⁸

3.2 Reclamação constitucional como forma de garantir a autoridade da decisão do STJ que dá provimento ao recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC

A reclamação, nos moldes do art. 105, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal e art. 187 do Regimento Interno do STJ, destina-se a garantir a autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça ou à preservação de sua competência.¹¹⁹

Nesse contexto, analisa-se a jurisprudência do STJ para verificar o cabimento da reclamação constitucional como instrumento hábil a garantir a

¹¹⁶ CAMILO, Fábio de Oliveira. Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e STJ e o princípio da razoável duração do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 159, p. 239-258, maio 2008. p. 254.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 1442/SP. Primeira Seção. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 09 de junho de 2004. **Diário de Justiça**, 09 ago. 2004. p. 162.

¹¹⁸ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: DOCTRINA do STJ: edição comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 347-365.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1092094/GO**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe 04/05/2009>. Acesso em: 04 jun. 2010.

autoridade da decisão proferida no julgamento do recurso especial interposto por violação aos artigos 165, 458 e 535, II, do CPC:

RECLAMAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À DECISÃO DESTA CORTE SUPERIOR – PEDIDO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL.

1. Não há desrespeito à decisão do STJ que determinou o retorno dos autos ao Tribunal "a quo" para julgar novamente os embargos de declaração, por violação do art. 535 do CPC, e este os rejeita.

2. Acaso a omissão no julgado não seja suprida pelo Tribunal de origem, como havia sido determinado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, eventual ofensa ao art. 535 do CPC deverá novamente ser suscitada pelo recorrente em novo recurso especial.

Agravo regimental improvido.¹²⁰

Eis o voto condutor do arresto:

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS

(Relator):

Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Inexiste desrespeito à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

A determinação de que os embargos de declaração fossem novamente analisados pela origem foi cumprida, com nova prolação de decisão. Se a decisão proferida pelo Tribunal "a quo" persiste na omissão, como entende o Autor, a matéria deverá ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, oportunamente, por meio de novo recurso especial, e não pelo atalho da reclamação.

Em outro dizer, se a omissão não foi suprida pelo Tribunal de origem, como havia sido determinado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, eventual violação do art. 535 do Código de Processo Civil deverá novamente ser suscitada pelo recorrente em novo recurso especial.

Portanto, não existe violação de competência do Superior Tribunal de Justiça ou tampouco decisão judicial passível de ser defendida por meio de reclamação.

Assim, deve o interessado utilizar os meios ordinários para obter a prestação jurisdicional, inexistindo o atalho pretendido, sendo o presente pedido manifestamente incabível, nos termos do art. 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.¹²¹

No mesmo sentido, veja-se um trecho do voto proferido pela Ministra Denise Arruda no julgamento Reclamação nº 1.442 - SP (2003/0154354-6):

Aduza-se que, mesmo no caso de persistência da omissão quando do julgamento dos embargos de declaração pelo Tribunal local, em desarmonia ao decidido por esta Corte, o caminho mais correto seria a manifestação de outro recurso especial, [...].¹²²

Da jurisprudência colacionada acima, verifica-se que, se a omissão não foi suprida pelo Tribunal de origem, conforme havia sido determinado pelo Superior

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl 3998/RJ. Primeira Seção. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 25 de agosto de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, 03 set. 2010.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl 3998/RJ. Primeira Seção. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 25 de agosto de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, 03 set. 2010.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 1442/SP. Primeira Seção. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 09 de junho de 2004. **Diário de Justiça**, 09 ago. 2004. p. 186.

Tribunal de Justiça, eventual violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil, deverá novamente ser suscitada pelo recorrente em novo recurso especial. Não sendo cabível, segundo o entendimento majoritário do STJ, a reclamação constitucional como forma de garantir o suprimento da omissão na instância *a quo*.¹²³

3.3 Prequestionamento ficto

Conforme já noticiado em tópicos anteriores, a posição que hoje prevalece no Supremo Tribunal Federal é no sentido de considerar preenchido o prequestionamento pela simples interposição dos embargos de declaração. Para essa Corte: "*O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*" - Inteligência da Súmula 356. Desse modo, quando opostos os embargos de declaração, já se encontra prequestionada a matéria, incumbindo ao Tribunal Superior, desde logo, examinar a questão de fundo.¹²⁴

Nesse sentido:

I. RE: prequestionamento: Súmula 356. O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela. [...].¹²⁵

Diferentemente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça é contrário ao prequestionamento ficto. Inteligência da Súmula 211: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*."¹²⁶

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl 3998/RJ. Primeira Seção. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 25 de agosto de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, 03 set. 2010.

¹²⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8976>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 334.279/PA**. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 27 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='000318079'>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1168537/RJ**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 15 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/dj/abreDocumento.jsp?seq_publicacao=3143&seq_documento>.

Nesse sentido, vejamos as seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. ART. 105 DO CTN. FATO JURÍDICO. CRIAÇÃO DE IMPOSTO. INCIDÊNCIA.

1. Diferentemente desta Corte Superior, o Pretório Excelso adota o chamado "prequestionamento ficto", ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples interposição de embargos declaratórios, ainda que eles sejam rejeitados, sem qualquer exame da tese constitucional, bastando que essa tenha sido devolvida por ocasião do julgamento.

[...]

5. Agravo regimental não provido.¹²⁷

PÚBLICA. EXECUÇÃO POR PRECATÓRIO. PRECEDENTE DO SUPREMO. CITAÇÃO DO MUNICÍPIO. NECESSIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente desta Corte, adota o chamado "prequestionamento ficto", de modo que a mera oposição dos embargos declaratórios, por si só, já preenche o requisito do prequestionamento para fins de interposição de recurso extraordinário, não havendo prejuízos à parte pela rejeição dos aclaratórios, em face do disposto na Súmula 356/STF.

[...]

6. Recurso especial provido em parte.¹²⁸

Essa Corte, conforme já esclarecido, nesta pesquisa, sustenta ser necessário que o embargante interponha recurso especial por violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, para que o STJ anule o acórdão proferido nos embargos e devolva os autos à Corte de origem, a fim de que se prequestionem a matéria federal, possibilitando o recurso especial referente à questão de fundo.¹²⁹

Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos¹³⁰, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao prever a devolução dos autos ao órgão *a quo* para que este supra a omissão do julgado, conflita com a economia processual.

=2821809&data_pesquisa=29/06/2010&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento&ids>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 998.392/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 de maio de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, 11 jun. 2010.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1086745/SE**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 14 de abril de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe 04/05/2009>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1092094/GO**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe 04/05/2009>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹³⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 253-254.

Luís Fernando Balieiro Lodi considera o entendimento do STJ uma afronta à celeridade processual:

[...] Pode o juiz entender, pessoalmente, e dentro do âmbito de sua liberdade jurisdicional que o decisum não é passível de complementação, embora o seja; exigir-se do embargante a interposição de recurso especial, por violação às disposições do art. 535, II, do CPC, aguardando-se a decisão deste para só aí interpor novo recurso especial ou extraordinário, é afrontar a exigência social da célere prestação da tutela jurisdicional.¹³¹

O excesso de formalismo oriundo da aplicação da Súmula 211 já foi criticado, até mesmo no âmbito do STJ. Nesse sentido, veja-se a opinião de Francisco Cláudio de Almeida Santos:

Também não se pode esquecer que a teimosia, o descaso e às vezes até o arbítrio podem toldar o direito da parte de recorrer para a instância superior. Já registamos em outras oportunidades, em arrazoados, que um desembargador de medianos conhecimentos e inteligência pode, sem maiores conseqüências, resistir eternamente às investidas da parte, através de embargos declaratórios para obter o pronunciamento do Tribunal sobre a questão constitucional ou federal em debate, com ameaças, inclusive, de impor penalidades ao jurisdicionado pela interposição de recurso protelatório. Daí, mantido o ponto de vista estreito contido na Súmula n. 211/STJ, pouco adianta retardar a apreciação do mérito do recurso especial com sucessivas decisões de provimento do recurso por violação do art. 535 do CPC. Sabendo-se que o rejuízo de um recurso destes na instância ordinária consome pelo menos dois anos, a Justiça tardia não mais será útil.¹³²

Francisco Peçanha Martins também manifestou opinião no sentido de se abandonar o entendimento plasmado na Súmula 211, passando a defender que, se o Tribunal de apelação não pronunciar-se acerca da matéria suscitada pela parte e, não o fazendo nem mesmo após a interposição dos embargos de declaração, a matéria deve ser considerada prequestionada, a exemplo do entendimento adotado pelo STF.

Veja-se o que disse o então ministro em voto vencido proferido no acórdão do Recurso Especial nº 553.793/PE, de relatoria da ministra Eliana Calmon, publicado em 22/03/2004, *litteris*:

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, parece-me que a posição do Supremo Tribunal Federal estaria mais consentânea com a celeridade do processo, porque evitaria a volta ao tribunal a quo com o óbice de não podermos obrigá-lo a rejuizar. Além do

¹³¹ LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 449.

¹³² SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: DOCTRINA do STJ: edição comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 347-365.

mais, estamos todos hoje defendendo, aliás, contra o meu voto inicial, a súmula vinculante. Ora, se a mais alta Corte do País segue uma orientação, parece-me que não deveríamos discrepar, sobretudo se não temos o respaldo da lógica e da celeridade. Em razão disso, peço vênia para, daqui por diante, ficar vencido e aplicar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹³³

Contudo, em que pesem as manifestações de despreço pela aplicação da Súmula 211, ocorridas inclusive no âmbito do STJ, impende ressaltar que a Corte Especial, em questão de ordem suscitada pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima e julgada na sessão realizada em 30/6/09, no bojo do recurso especial 968378/RS, entendeu por manter a referida Súmula:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS. APOSENTADORIA. VANTAGEM PREVISTA NO ART. 192, II, DA LEI 8.112/90. CRITÉRIO DE CÁLCULO. REVISÃO DO ATO.

DECADÊNCIA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Havendo omissão no exame de questão essencial à solução da controvérsia – relativa à decadência do direito de a Administração rever o ato de aposentadoria –, vício que persistiu com o julgamento dos embargos de declaração, resta configurada a ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial conhecido e parcialmente e provido para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que profira nova decisão com a análise da questão omitida.¹³⁴

Para melhor entendimento da questão, transcreve-se, abaixo, parte do voto do relator:

[...] Impende ressaltar que a Corte Especial, em questão de ordem suscitada por este relator e julgada na sessão realizada em 30/6/09, no bojo do presente recurso especial, entendeu por manter a Súmula 211/STJ.

Por conseguinte, em razão do não-prequestionamento da matéria em comento, em face da omissão do Tribunal a quo, faz-se necessário o retorno dos autos à origem para que seja ela examinada.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que profira nova decisão com a análise da questão relativa à decadência administrativa.

É o voto.¹³⁵

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 553793/PE. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 20 de novembro de 2003. **Diário de Justiça**, 22 mar. 2004. p. 288.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 968378/RS**. Quinta Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=812516&sReg=200701584310&sData=20091215&formato=PDF>. Acesso em: 30 ago. 2010.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 968378/RS**. Quinta Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=812516&sReg=200701584310&sData=20091215&formato=PDF>. Acesso em: 30 ago. 2010.

Resta claro que o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, repudia o chamado “prequestionamento ficto”.¹³⁶

Aquela corte, no cumprimento do disposto na Súmula 211, insiste em fazer repercutir sobre o recorrente as consequências das falhas de julgamento do Tribunal de origem, impondo-lhe o ônus de interpor sucessivos recursos especiais por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC que, providos, prestar-se-ão unicamente para declarar nulo o acórdão dos embargos de declaração, determinando o retorno dos autos à origem, e, conseqüentemente, gerando um ciclo infundável sob o risco de nunca se ter por configurado o prequestionamento.¹³⁷

3.4 Prequestionamento ficto de acordo com o Novo CPC – possibilidade de pacificação do tema

Conforme já esclarecido nesta pesquisa, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça fixaram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento quando há interposição de embargos de declaração prequestionadores: para o primeiro, basta a oposição dos embargos para caracterizar o prequestionamento em relação ao recurso extraordinário (Súmula nº 356); para o segundo, o prequestionamento só é reconhecido se o tribunal *a quo* tiver enfrentado a questão articulada no recurso especial (Súmula nº 211).¹³⁸

Nesse contexto, urge ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8046/2010 de autoria do Senador José Sarney, dispondo sobre a reforma do Código de Processo Civil que, em seu artigo 940, estabelece uma possibilidade de pacificação no entendimento jurisprudencial das duas Cortes Superiores acerca da interposição dos embargos de declaração prequestionadores:

Art. 940 - Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 998.392/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 de maio de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, 11 jun. 2010.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 1442/SP. Primeira Seção. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 09 de junho de 2004. **Diário de Justiça**, 09 ago. 2004. p. 162.

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGA 259.509-GO**. Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 09 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade.¹³⁹

Pela inteligência do artigo supracitado, sendo o Novo Código aprovado, na forma proposta, o STJ, ainda que contrariando sua jurisprudência majoritária e conservadora, terá de se adequar à posição já sedimentada na jurisprudência da Corte Suprema: aceitar o prequestionamento ficto, configurado pela simples interposição dos embargos de declaração.

Logo, concretizada essa situação, a parte que se sentir prejudicada em razão da inadequada prestação jurisdicional, poderá se valer dos embargos declaratórios que é o recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal, prolator da decisão, que afaste a obscuridade, supra a omissão ou elimine a contradição existente no julgado, bastando a oposição desses embargos para caracterizar o prequestionamento.

Contudo, não se deixe escapar que se trata apenas de um projeto e não de uma lei vigente e em condições de modificar o contexto atual. Permanecendo, portanto, inalterada a divergência jurisprudencial até que se publique a norma para consolidar um único entendimento jurisprudencial acerca da ocorrência do prequestionamento pela via dos embargos de declaração com função prequestionadora.

Em última análise, significa dizer que, para o STJ, permanece necessidade de enfrentamento da matéria pelo Tribunal de segundo grau após a oposição dos embargos de declaração. Repudiando esta Corte, até o momento, o denominado prequestionamento ficto.

3.5 Configuração do prequestionamento pela interposição do segundo recurso especial por violação aos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC

Comprovados os prejuízos causados ao recorrente pelo atual entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II, do CPC, pretende a pesquisa, com fundamento na doutrina e na jurisprudência, propor solução passível de aliviar parte do infindável ônus do prequestionamento, evitando que o recorrente fique à

¹³⁹ BRASIL. Camara. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 06 jun. 2011.

mercê de convicções pessoais do julgador que, a pretexto de estar perfeito o julgado, se nega, reiteradamente, a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos.¹⁴⁰

Parte-se da seguinte situação:

- O recorrente fez uso dos embargos de declaração prequestionadores, porém estes foram rejeitados;
- O recorrente interpôs recurso especial, alegando violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC;
- O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, reconhecendo a omissão e determinando o retorno aos autos ao Tribunal de origem para rejuízo dos embargos de declaração e consequente esclarecimento das questões relevantes ao esclarecimento da lide;
- Retornados os autos ao Tribunal de origem, foram estes novamente rejeitados, sob o argumento de inexistência de vício a ser sanado por aquela via;
- Irresignado, o recorrente interpôs outro recurso especial, alegando novamente violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC.

Assim, considerando-se que o Tribunal de origem não cumpra a determinação do STJ, deve este Tribunal Superior, conhecendo do segundo recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC, desde logo, dar-lhe provimento quanto ao mérito, sem a necessidade de nova devolução dos autos à instância *a quo* para que se realize, mais uma vez, o julgamento dos embargos de declaração.¹⁴¹

Seria o caso, aqui, de uma modalidade de prequestionamento ficto configurado não pela interposição dos embargos de declaração, como entende o STF, mas pela interposição do segundo recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do CPC.

¹⁴⁰ LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 449.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 626148/MA**. Primeira Turma Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='001289694'>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

A solução proposta neste trabalho já encontra defensores, até mesmo no âmbito do STJ, o que pode ser verificado através do julgamento do Recurso Especial 626.148-MA, em que o Ministro José Delgado pediu voto de vista e se manifestou nos seguintes termos:

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O recurso merece exame sobre o ângulo determinado por esta Corte em decisão anterior quando impôs ao Tribunal a quo que procedesse a um novo julgamento considerando os argumentos expendidos pelo Estado do Maranhão (fl. 163).

[...]

Diante do exposto, e por o Tribunal de origem não ter cumprido a determinação deste Tribunal, o meu voto é conhecendo do recurso e, desde logo, dando-lhe provimento quanto ao seu mérito para fixar o valor da execução, em data de 7.12.99, no valor de R\$ 59.147,63 (cinquenta e nove mil, cento e quarenta e sete reais e sessenta e três centavos).

É como voto.¹⁴²

Na ocasião, o Ministro Francisco Falcão acompanhou a dissidência:

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: O Estado do Maranhão interpôs recurso especial, arrimado na violação do art. 535 do Código de Processo Civil. Tal recurso foi julgado por esta colenda Corte, a qual lhe deu provimento, por entender ter restado omissa a acórdão *a quo*, na medida em que "deixou de se manifestar sobre ponto pertinente à lide, expressamente ventilado pelo recorrente e indispensável à apreciação do apelo extremo" (fl. 169).

Retornados os autos ao Tribunal de Justiça local, rejuizando-se os embargos de declaração opostos, foram estes rejeitados, novamente, ao argumento de que, de fato, inexistia vício a ser sanado por aquela via. Daí a interposição de outro recurso especial, em que se alega, novamente, afronta ao art. 535 da Lei Instrumental Civil. Distribuídos os autos ao em. Ministro Luiz Fux, por prevenção, votou Sua Excelência pelo não conhecimento do apelo, ausente a sustentada contrariedade à norma federal.

Após pedido de vista, o il. Ministro José Delgado, por sua vez, à consideração de que o Tribunal de origem não cumpriu determinação desta eg. Corte, votou pelo provimento do recurso especial, já quanto ao seu mérito, "para fixar o valor da execução, em data de 7.12.99, no valor de R\$ 59.147,63 (cinquenta e nove mil, cento e quarenta e sete reais e sessenta e três centavos).

Foi então que também pedi vista dos autos para melhor exame da matéria. Acompanho a dissidência, entendendo como o nobre Ministro José Delgado que restou consignado nos autos a delimitação da conversão monetária, exurgindo, então, o valor acima indicado, conforme informa o recorrente.

Tais as razões expendidas conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É o voto vista.¹⁴³

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 626148/MA**. Primeira Turma Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='001289694'>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 626148/MA**. Primeira Turma Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='001289694'>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

Neste ponto da discussão, impende ressaltar que para Perseu Gentil Negrão¹⁴⁴: “A apreciação da questão não debatida, subverte o *iter* processual, ao tempo em que surpreende a parte adversa, suprimindo-lhe a prerrogativa do contraditório, e cria para Corte Superior o ônus de apreciar tema inédito”.

No entanto, em conformidade com a lição de Luís Fernando Balieiro Lodi entende-se que¹⁴⁵: “Os prejuízos ao embargante que cumpriu as disposições processuais interpondo seus embargos no prazo da lei são evidentes, prejuízos não há, todavia, à parte contrária, que terá o direito de contra-arrozoar o recurso”.

No mesmo sentido, se pronunciou Fábio de Oliveira Camilo, *in litteris*:

Não concordamos, absolutamente, com os argumentos de que se estaria suprimindo um grau de jurisdição, porquanto o tribunal *a quo* já teve a oportunidade de se pronunciar, inclusive, por duas vezes, e não o fez, não sendo concedida *máxima vênia*, obrigação da parte o fazer.

De igual forma, não há ofensa ao princípio do contraditório, pois se a decisão foi omissa, só pode o ser sobre questão já debatida anteriormente pelas partes, ressalva feita somente ao caso em que a questão federal surgiu no próprio julgamento, situação na qual, no entanto, será da parte *ex adversa* intimada a manifestar-se nas contra-razões do recurso especial ou extraordinário, garantindo-se, assim, vigência ao sobredito princípio.¹⁴⁶

Em resumo, retomando a proposta da pesquisa, ter-se-ia o seguinte contexto: diante da interposição do recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do CPC, o STJ, se entender pela omissão, deve, como de costume, dar provimento ao apelo extremo, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja feita a integração do acórdão, conforme inteligência de sua Súmula 211, o que já caracteriza afronta à exigência social da célere prestação jurisdicional.¹⁴⁷

Mas, caso o tribunal *a quo*, a pretexto de estar perfeito o julgado, não cumpra a determinação Superior para se manifestar sobre o ponto que será objeto do recurso especial, obrigando o recorrente a interpor um segundo recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do CPC, deve o STJ considerar

¹⁴⁴ NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial**: doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 51.

¹⁴⁵ LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 449.

¹⁴⁶ CAMILO, Fábio de Oliveira. Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e STJ e o princípio da razoável duração do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 159, p. 239-258, maio 2008. p. 254.

¹⁴⁷ LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 449.

configurado o prequestionamento no momento da interposição desse segundo recurso especial, sem a necessidade de nova devolução dos autos à instância *a quo* para re julgamento dos embargos de declaração, já que nova determinação de integração do acórdão, provavelmente, não será cumprida na instância *a quo*.¹⁴⁸

Afinal, não é razoável exigir-se do recorrente algo que não está ao seu alcance. Se ele fez uso de todos os meios processuais disponíveis para configurar o prequestionamento e, ainda assim, o acórdão padece de omissão por ter o Tribunal de origem se recusado a acatar a determinação do STJ, reiterando o argumento de estar perfeito o julgado, o recorrente não tem com interferir nessa decisão. Deve o STJ, nesses casos, assegurar a entrega da prestação jurisdicional, julgando a questão de fundo no momento da interposição do segundo recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do Código de Processo Civil.

Afasta-se, assim, o rigorismo exagerado imposto ao recorrente pelo atual entendimento do STJ sem, contudo, banalizar a interposição do recurso especial, cujo cabimento continuará dependente do cumprimento de requisitos constitucionalmente estabelecidos.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 626148/MA**. Primeira Turma Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='001289694'>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa procurou, no primeiro capítulo, abordar a relevância do recurso especial como instrumento de atuação do Superior Tribunal de Justiça, analisando um dos seus requisitos específicos de admissibilidade, o prequestionamento.

No segundo capítulo, partindo-se da rejeição dos embargos de declaração prequestionadores, buscou-se apresentar os diversos caminhos para configurar o prequestionamento, abordando a possibilidade de apresentação dos segundos embargos de declaração e do recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

No terceiro capítulo, mostrou-se que a conduta adotada pelo STJ, sempre determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o rejuízo dos embargos de declaração, somada à “teimosia” do julgador ordinário que, a pretexto de estar perfeito o julgado, não cumpre com a determinação Superior para se manifestar sobre o ponto que será objeto do recurso especial, atribui ao recorrente a excessiva onerosidade de interpor sucessivos recursos especiais por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do CPC, gerando um ciclo infundável, sob o risco de nunca se ter por configurado o prequestionamento.

Tornou-se claro que essa conduta promove um “retorno à estaca zero”, com o início de novo recurso especial no intuito de julgar a questão de fundo quando tudo já poderia ter sido resolvido antes, com maior celeridade e economicidade e dando maior ênfase à efetividade processual do que ao formalismo.¹⁴⁹

É, no mínimo, inconveniente o fato de que os dois principais Tribunais Superiores do país tenham sumulado posicionamentos antagônicos em relação a um dos principais requisitos de cabimento dos recursos excepcionais: o prequestionamento. A situação tem gerado insegurança jurídica, pois, a depender de qual Tribunal julgue o recurso excepcional, o STF ou o STJ, pode-se ter ou não por configurado o prequestionamento.

¹⁴⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8976>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

Espera-se que haja um consenso no entendimento do STF e do STJ acerca do tema. “Oxalá o STJ reveja sua posição e adote a posição trintenária dada pelo STF, afastando a aplicação da Súmula 211¹⁵⁰ e pacificando-se, de uma vez por todas, como deve ser cumprido o requisito do prequestionamento”.¹⁵¹

Enquanto não se chega a essa desejável pacificação, que seja, ao menos, adotada a solução proposta nesta pesquisa: a adoção, pelo STJ, do chamado “prequestionamento ficto” configurado, neste caso, pela interposição do segundo recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, II do CPC.

Entende-se que a medida sugerida é passível de desonerar o recorrente do excessivo e, muitas vezes, infundável ônus do prequestionamento no recurso especial, pois se estabelece um limite a partir do qual o STJ, necessariamente, entenderá por configurado o prequestionamento e julgará o recurso especial referente à questão de fundo para assegurar entrega da prestação jurisdicional, já retardada pelo excesso de formalismo oriundo da Súmula 211.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 211 do STJ**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94205>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219934. Primeira Turma. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 14 de junho de 2000. **Diário de Justiça**, 16 fev. 2001. p. 140.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. **Admissibilidade do recurso especial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996.

ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 397, n. 104, p. 3-29, maio/jun. 2008.

ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8038.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Câmara. Anteprojeto do novo código de processo civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 06 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGA 259.509-GO**. Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 09 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGA 72.262-PR**. Terceira Turma. Relator: Ministro Cláudio Santos. Brasília, 15 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl 3998/RJ. Primeira Seção. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 25 de agosto de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, 03 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1218338/RJ**. Primeira Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 18 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1235982/ES**. Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 05 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990860&sReg=200901846589&sData=20100816&formato=PDF>. Acesso em: 4 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 998.392/SP**. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 de maio de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, 11 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1168537/RJ**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 15 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/dj/abreDocumento.jsp?seq_publicacao=3143&seq_documento=2821809&data_pesquisa=29/06/2010&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento&ids>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1204166/DF**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de setembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1006867&sReg=201001394955&sData=20101013&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 365.079/SP**. Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 18 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 820.561/SE**. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 20 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 945.372/RJ**. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 947.978/RS**. Primeira Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 43232/SP**. Quarta Turma. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 06 de abril de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400022506&dt_publicacao=29-05-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1099153/RS**. Primeira Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista_eletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1031812&sReg=200802293701&sData=2010202&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ERESP 144.844-RS**. Corte Especial. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 03 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ERESP 155.321-SP**. Corte Especial. Relator: Ministro Hélio Mosimann. Brasília, 03 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 8285/RJ**. Corte Especial. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 03 de junho de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700239438&dt_publicacao=09-11-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 1442/SP. Primeira Seção. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 09 de junho de 2004. **Diário de Justiça**, 09 ago. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rcl 3.828/SC**. Primeira Seção. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno STJ**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=815>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1068444/RS**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=835678&sReg=200801379125&sData=20081201&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1086745/SE**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 14 de abril de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe04/05/2009>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1092094/GO**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe04/05/2009>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1100394/PR**. Primeira Turma Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=867849&sReg=200801863168&sData=20090504&formato=PDFDJe04/05/2009>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1117788/RJ**. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 17 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1166205/RS**. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 397.788/MG**. Terceira Turma. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Brasília, 03 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='001321779'>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 553793/PE. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 20 de novembro de 2003. **Diário de Justiça**, 22 mar. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 626148/MA**. Primeira Turma Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='001289694'>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 968378/RS**. Quinta Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=812516&sReg=200701584310&sData=20091215&formato=PDF>. Acesso em: 30 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 211 do STJ**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94205>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AGRAG 134.175-SP**. Primeira Turma Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de abril de 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 170204. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 1998. **Diário da Justiça**, 14 maio 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219934. Primeira Turma. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 14 de junho de 2000. **Diário da Justiça**, 16 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 249746 AgR-ED. Segunda Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 12 de novembro de 2000. **Diário da Justiça**, 26 abr. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 334.279/PA**. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 27 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn='000318079'>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 361341 ED. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 01 de março de 2005. **Diário da Justiça**, 01 abr. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 372698 AgR. Primeira Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 21 de fevereiro de 2006. **Diário da Justiça**, 24 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 469054 AgR. Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28 de novembro de 2006. **Diário da Justiça**, 02 fev. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 356**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0356.htm>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI 20100020044506. Quarta Turma Cível. Relator: Ministro Teófilo Caetano. Brasília, 04 de agosto de 2010. **Diário da Justiça**, 13 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APC 4121296. Quinta Turma Cível. Relator: Ministro Romeu Gonzaga Neiva. Brasília, 17 de novembro de 2010. **Diário da Justiça**, 25 nov. 2010.

CAMILO, Fábio de Oliveira. Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e STJ e o princípio da razoável duração do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 159, p. 239-258, maio 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999.

CARVALHO, Paulo Gustavo M. Recurso especial. In: CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 769-795.

FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF x súmula 211/STJ? In: ALVIM, Eduardo pelegri de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000. p. 409-440.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8976>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 445-453.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 8. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extrordinário**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009.

MIRANDA, Gilson Delgado. Dos embargos de declaração. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ: posições contrárias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 141, p. 197-209, nov. 2006.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial**: doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 245-257.

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASSOS, Nicanor Sena. Pré-questionamento. **Revista Consulex**, Brasília, v. 3, n. 35, nov. 1999.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o STJ teoria geral e admissibilidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. Embargos de declaração. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). **Processo nos Tribunais Superiores de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 231-260.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: DOCTRINA do STJ: edição comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 347-365.

SILVA, Bruno Mattos e. **Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário**: roteiro para advocacia no STJ e no STF. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SIMARDI, Luís Eduardo Fernandes. **Embargos de declaração**: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: RT, 2003.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOLEDO, Francisco de. Observações sobre o recurso especial em matéria penal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005.

ZULIANI, Maria Izabel de Miranda. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2011. Acesso restrito a Ministros e servidores do Superior Tribunal de Justiça.