



**Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento –  
ICPD**

**Denise Aparecida Rodrigues Pinheiro de Oliveira**

# **O PREQUESTIONAMENTO E OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO**

Brasília  
2004

**Centro Universitário de Brasília**  
**Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento –**  
**ICPD**

**Denise Aparecida Rodrigues Pinheiro de Oliveira**

**O PREQUESTIONAMENTO E OS RECURSOS  
ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO**

Brasília  
2004

**Denise Aparecida Rodrigues Pinheiro de Oliveira**

**O PREQUESTIONAMENTO E OS RECURSOS ESPECIAL E  
EXTRAORDINÁRIO**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)  
como pré-requisito para a obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação *Lato Sensu*, na de Direito  
Processual Civil.

Orientador: Professor Dr. José Delgado

Brasília

2004

**Denise Aparecida Rodrigues Pinheiro de Oliveira**

**O PREQUESTIONAMENTO E OS RECURSOS ESPECIAL E  
EXTRAORDINÁRIO**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)  
como pré-requisito para a obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação *Lato Sensu*, na de Direito  
Processual Civil.

Orientador: Professor Dr. José Delgado

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. José Augusto Delgado

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Tânia Cristina S. Cruz

---

Prof. Dr. Renato Castro Teixeira Martins

Dedico este trabalho ao meu marido, Norberto, e aos meus filhos, Rafael, Larissa e Alexandre, maiores alegrias da minha vida, sempre ao meu lado, apoiando-me e incentivando-me incondicionalmente.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, sempre presente em todos os momentos da minha vida, dando-me luz e sabedoria.

Aos meus pais, Seu Chico (*in memoriam*) e Dona Judith, que me orientaram a seguir os corretos caminhos da vida.

Aos Professores, pelos conhecimentos transmitidos.

À Diretoria da pós-graduação do UniCEUB-ICPD, pelo constante auxílio.

Enfim, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para que este modesto trabalho fosse executado.

*Talvez não tenhamos conseguido fazer o melhor. Mas lutamos para que o melhor fosse feito. Não somos o que deveríamos ser, não somos o que iremos ser, mas graças a Deus não somos o que éramos.*

Marter Luter King

## RESUMO

Os recursos constituem realidade inelutável, mas não devem ser permitidos além do necessário, devendo ser reduzidos ao menor número possível, para que o meio não se sobreleve ao fim. Neste escopo, o recurso especial e o recurso extraordinário serão analisados, principalmente, com relação ao requisito de admissibilidade do prequestionamento. Certo é que o recurso especial é julgado pelo STJ e é interponível de decisões proferidas pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e pelos Tribunais Regionais Federais. São atacáveis as decisões tomadas em grau de recurso e aquelas em que o tribunal tem competência originária, sempre que houver, genericamente, contrariedade à lei federal. Já o recurso extraordinário é julgado pelo STF e caracteriza-se por oportunizar a impugnação de decisões com fundamento em matéria de ordem constitucional, conforme discriminação do artigo 102, inciso II, da Lei Maior. Sendo assim, ambos os recursos, para que sejam apreciados, devem obedecer ao requisito do prequestionamento, qual seja, que os Tribunais Superiores possam manifestar-se sobre a matéria posta e apreciada no Tribunal *a quo*. A falta de prequestionamento leva à preclusão e à posterior desconsideração do recurso.

## **Abstract**

The resources are one badly necessary one, but that they do not have to be allowed beyond the necessary one, scrambling it the lesser possible number, so that the way not if more important to the end. In this target, we will analyze the kind of appeal Brazilian Supreme Court and the appeal to the Brazilian Supreme Court, mainly, with relation to the requirement of admissibility of the prequestioning. Certain it is that, the kind of appeal Brazilian Supreme Court it is judged by the STJ, and it is appropriate of decisions pronounced for the Courts of the States and the Federal District and for the Federal Regional Courts. The decisions taken in resource degree and those are attachable where the court has original jurisdiction, always that he will have, generically, opposition the law federal. Already the appeal to the Brazilian Supreme Court, is judged by the STF and if it characterizes for to be plausible the impugnation of decisions with bedding in substance of constitutional order, as discrimination of article 102, interpolated proposition II, of the Law Biggest. Being thus, both the resources, to be appreciated, must obey the requirement of the prequestioning, which are, that the Superior Courts can disclose surplus to the substance dispatch by post and appreciated in the Court the quo. The prequestioning lack takes the preclusion, and posterior disrespect of the resource.



















## INTRODUÇÃO

Apesar de não estar expressamente previsto no texto constitucional vigente, o prequestionamento é requisito para a interposição do recurso especial e para a do recurso extraordinário, requisito este decorrente da própria natureza desses apelos excepcionais. A remansosa jurisprudência, tanto do STF como do STJ, permite-nos tecer esta assertiva, eis que sedimentada em reconhecer o prequestionamento como um dos principais e imprescindíveis pressupostos para o conhecimento dos apelos excepcionais.

Dúvidas, porém, pairam quando nos deparamos com a necessidade de identificar esse pressuposto, surgindo daí diversas indagações, como por exemplo, como e quando surgiu essa figura; o que efetivamente é o prequestionamento; o mesmo tem ou não respaldo jurídico; qual a sua natureza jurídica; quando é explícito ou implícito; se a indicação do dispositivo legal deve vir expressa. Enfim, estas, dentre tantas outras indagações, surgem a todo o momento em que nós, operadores do Direito, deparamo-nos ante a necessidade de elaborar ou apreciar um recurso de natureza extraordinária.

Sendo assim, para uma melhor compreensão do tema proposto, o presente trabalho será iniciado com uma breve explanação sobre os recursos de maneira geral. Em seguida será feita uma abordagem acerca dos recursos extraordinário e especial e, a partir daí, enfocaremos o prequestionamento em si, buscando esclarecer a sua relevância, as nuances em que se apresenta e, quiçá, poderemos contribuir para um maior esclarecimento desse relevante instituto propiciador do conhecimento daqueles apelos excepcionais.

## 1. DOS RECURSOS

Não constitui objeto desse conciso comentário fazer uma análise detalhada dos diversos tipos de recursos existentes em nosso ordenamento jurídico, mas para uma melhor compreensão do tema proposto, faz-se necessária uma incursão, ainda que breve, sobre o nosso sistema recursal.

O vigente Código de Processo Civil, em seu art. 496, estabelece taxativamente os recursos previstos em nosso ordenamento jurídico, não admitindo qualquer interpretação extensiva. Comporta o seguinte elenco: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e recurso extraordinário. Porém, a legislação civilista não traz em seu bojo uma definição expressa do que seja “recurso”.

Por isso, grande parte dos doutrinadores passou a estudar a fundo os pontos em comum existentes entre as figuras processuais arroladas pela Lei Processual Civil, para então elaborar um conceito de “recurso”.

Todavia, “é freqüente na doutrina a observação de que o recurso surgiu em face à insatisfação no tocante a decisão única, buscando-se sempre que possível o reexame da sentença que se mostra injusta”. (CAVALCANTE, 2003, p. 15).

TUCCI, citado no dicionário jurídico brasileiro ACQUAVÍVA (2000, p. 1.086), define o recurso como:

O poder de vontade, juridicamente regulado, conferido à parte vencida, ou a outrem, para invocar nova decisão, em regra de órgão jurisdicional hierarquicamente superior, sobre o objeto formal ou material do processo (...) a primeira decisão desfavorável toca mais fundo à sensibilidade do vencido, proporcionando espontânea reação deste no sentido da obtenção de novo julgamento, modificativo ou revocatório do anterior.

Definição bastante precisa é dada também por NERY JÚNIOR:

Num sentido amplo, o recurso é o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu (1990, p. 17).

O juiz, na relação jurídica processual, é um sujeito obrigatoriamente imparcial, porém isso não acontece nos ordenamentos jurídicos em geral. Juízes não são máquinas, são seres humanos vulneráveis a erros e injustiças variadas. É da natureza humana exigir a possibilidade do reexame do ato decisório. Sendo assim o recurso conforta o espírito do homem e possibilita o aprimoramento da atividade do Judiciário.

Segundo a origem etimológica – no latim, *recursus* – significa a repetição de um caminho já utilizado. Mas na autorizada lição de BARBOSA MOREIRA, o recurso deve ser entendido "*(...) no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*" (2003, p. 233).

Segue abaixo a explicação das características dos recursos, em geral:

a) remédio – por tratar-se de instrumento processual destinado a corrigir um possível desvio jurídico, em vez de constatá-lo e tirar as suas conseqüências;

b) voluntário – não há recurso de ofício obrigatório; faz-se mister sua interposição por um dos legitimados no art. 499 do CPC; exatamente por ser um ônus processual e não um dever é que a interposição do recurso fica a critério da parte legitimada, de modo que esta, em hipótese alguma, será obrigada a interpô-lo;

c) dentro do mesmo processo – a interposição de recurso não enseja a formação de outro processo, mas tão-somente provoca a extensão do processo em curso, no qual foi proferida a decisão impugnada (essa característica é importante para distinção entre recurso e outros meios de impugnação dos atos judiciais);

d) reforma – *error in iudicando*, isto é, vício relacionado à má apreciação de questão de direito e/ou fato provoca a reforma da decisão recorrida;

e) invalidação – *error in procedendo*, ou seja, vício processual que enseja a cassação da decisão recorrida, a fim de que outra seja proferida pelo mesmo órgão que a prolatou;

f) esclarecimento ou integração – embargos de declaração, cuja finalidade não é, em tese, a modificação da decisão judicial impugnada (art.536, CPC);

g) decisão judicial – a lei processual, em seu art. 162, parágrafo 1º e 2º, ao conceituar sentença e decisão interlocutória, fala em ato judicial; devemos ler tal expressão como pronunciamento judicial, uma vez que a primeira é por demais ampla, abrangendo não apenas sentenças e despachos, mas também a inquirição de testemunhas, tentativa de conciliação, etc. Porém, em se tratando de recorribilidade *“relevante é mesmo a classificação feita no art. 162, notadamente no que diz respeito aos atos emanados dos órgãos de primeiro grau de jurisdição – que podem ser ou não recorríveis e, no caso de o serem, nem sempre o serão pela mesma via”* (MOREIRA, 2003, p. 241).

## 1.1 O RECURSO E O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Clássica é a correlação estabelecida entre o instituto do recurso e o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual as lides ajuizadas devem

submeter-se a exames sucessivos, como garantia de boa solução (MOREIRA, 2003, p. 237).

Certo é que este princípio do duplo grau de jurisdição enseja a possibilidade de que, no bojo de um mesmo processo, seja proferida mais de uma decisão válida, em regra, por órgãos superiores, com a substituição da decisão anterior pela posterior.

Nesse sentido, SANTOS leciona:

O princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado pela Revolução Francesa, consiste em admitir-se, como regra, o conhecimento e decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, o segundo de grau hierárquico superior ao primeiro. Nesse princípio acha-se em um dos alicerces dos recursos e de sua teoria (2003, p. 85).

Já NERY JUNIOR ensina que:

O princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita a revisão por outro órgão do Poder Judiciário. (...)

Tendo em vista a falibilidade do ser humano, não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune de falhas, capaz de decidir de modo definitivo sem que ninguém pudesse questioná-lo em sua fundamentação ao julgar.

De outra parte, nosso subjetivismo nos coloca naturalmente contra decisão desfavorável, de sorte que o sentimento psicológico do ser humano faz com que tenha reação imediata à sentença desfavorável, impelindo-o a pretender, no mínimo, novo julgamento sobre a mesma questão.

Além dessas circunstâncias, há ainda o fato de que o juiz único poderia tornar-se despótico, sabedor de que sobre as decisões não haveria controle algum, conforme sábia advertência de Montesquieu.

Nesta linha de raciocínio, o princípio do duplo grau é, por assim dizer, *garantia fundamental de boa justiça* (2004, p. 38-39, grifo do autor).

Certo é que se trata de princípio de ordem pública, porquanto inserido em nosso sistema jurídico.

Cabe lembrar ser pública e notória a discussão da doutrina acerca da exata significação e alcance do princípio do duplo grau de jurisdição.

O duplo grau de jurisdição é uma exigência do *due process of law*, mas a sua aplicação não pode ser desmedida a ponto de retardar indefinidamente o curso do processo, conforme afirma NERY JUNIOR (1990, p. 126), “desprestigiando a eficácia da justiça em detrimento da paz social, escopo primeiro da atividade jurisdicional”.

Não obstante a existência de tais discussões, fato é que o princípio do duplo grau de jurisdição, com maior ou menor rigor, tem sido adotado nas legislações hodiernas em geral.

Enfim, não há definição universalmente válida do princípio do duplo grau de jurisdição, cabendo, assim, ao intérprete extrair dos textos do *ius positum* os dados necessários à sua caracterização.

## 1.2 RECURSOS E OUTROS REMÉDIOS PROCESSUAIS

Faz-se importante ressaltarem-se as semelhanças e as distinções entre o “recurso” e outros remédios<sup>1</sup> processuais de “impugnação da decisão judicial”, ou seja, as ações de impugnação – por exemplo, a ação rescisória<sup>2</sup> (CPC, art. 485) e a ação anulatória (CPC, art. 486) – pressupõem a instauração de nova relação processual, ainda que não necessariamente sejam todas elas vocacionadas a contrastar decisões transitadas em julgado.

Já os recursos inserem-se na mesma relação processual, prolongando-a e objetivando a reapreciação das decisões proferidas em seu curso, como já

---

<sup>1</sup> Pode-se, portanto, considerar o remédio como um meio processual colocado à disposição do interessado, para que seja eliminado o ato processual viciado ou para que seja adequada a sua legalidade à conveniência e justiça. (NERY JUNIOR, 1990, p. 17).

<sup>2</sup> Chama-se *rescisória* à ação por meio da qual se pedem a desconsideração de sentença trãnsita em julgado, com eventual rejujamento, a seguir, da matéria nela julgada. (MOREIRA, 2003, p. 100).

dito anteriormente, almejando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão impugnada.

Do exposto, observa-se que tais ações e os recursos têm como “semelhança” o fato de ambos serem instrumentos vocacionados a atacar decisões judiciais, colimando a sua reforma ou a sua anulação, e, como principal “diferença” entre os dois institutos ora supracitados, pode-se dizer que os recursos impedem a formação da coisa julgada, enquanto as ações de impugnação fazem nascer um novo processo.

Após essa constatação, torna-se fácil concluir que a ação rescisória, bem como a anulatória, de forma alguma podem ser considerados recursos. Pelo menos não frente aos ensinamentos da melhor doutrina e da posição adotada pela legislação processual vigente.

### **1.3 DA DIFERENÇA DOS RECURSOS E DA REMESSA OBRIGATÓRIA**

Cumprido ressaltar e esclarecer a relação existente entre os “recursos” e o controvertido princípio do duplo grau de jurisdição obrigatório<sup>3</sup>, ou reexame necessário, ou ainda remessa obrigatória, como denominam alguns doutrinadores.

Estabelecido no art. 475 do atual Código de Processo Civil, o instituto da remessa obrigatória serve, precisamente, para emprestar efetividade à decisão, ou seja, enquanto o processo não for mais uma vez julgado pelo

---

<sup>3</sup> O sistema da remessa obrigatória está intimamente ligado a Fazenda Pública, ao passo que, a boa doutrina minoritária entende que este sistema viola o Princípio da Igualdade, estabelecido no art. 5º, C. F., tratando-se de um privilégio do Poder Público.

Tribunal, não transita em julgado a sentença de primeiro grau<sup>4</sup>.

Ressalte-se que, apesar de sua semelhança com a apelação, a remessa obrigatória não se confunde com os recursos, por diversos fatores.

Nesse sentido, NERY JUNIOR esclarece:

Trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo Tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos (2003, p. 813).

Logo, observa-se que não podem ser classificados como recursos os casos de reexame necessário previstos na legislação processual. A doutrina, de modo reiterado, admite que a remessa necessária não tem natureza recursal.

Na realidade, o reexame necessário nada mais é que uma condição de eficácia da sentença, que não produzirá efeito senão depois de reexaminada a matéria pelo tribunal.

## 1.4 RECURSOS – CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS

Convém salientar que o recurso tem por escopo propiciar o exame da

---

<sup>4</sup> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos atos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o dispositivo neste artigo sempre que a condenação, ou direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o dispositivo nesse artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

matéria impugnada pelo tribunal. O juízo ou tribunal de que se recorre chama-se juízo ou tribunal *a quo*, e o tribunal ao qual se recorre de juízo ou tribunal *ad quem*.

Os recursos podem ser considerados uma extensão do próprio direito de ação.

Em sentido lato, recurso seria todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito. Recurso em direito processual, porém, é mais que isso. Ele tem uma concepção técnica e restrita, que se delineia no meio ou no poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação.

Por meio do recurso é que a parte provoca o reexame da matéria decidida, visando a obter a sua reforma ou a sua modificação. Com isso, os recursos podem ter em vista reformar, invalidar, esclarecer ou integrar a decisão impugnada ou parte dela. Na verdade, só os dois primeiros são objetivos típicos dos recursos.

Os recursos adotam vários princípios, dentre eles o princípio do duplo grau de jurisdição (pelo qual o reexame da causa faz-se por órgão jurisdicional de categoria superior ao que proferiu a sentença recorrida); o princípio da correspondência (segundo o qual deverá haver uma correspondência entre o tipo de recurso a ser aplicado perante o tipo de decisão); o princípio da taxatividade (por onde só haverá recurso de uma decisão se a lei federal o prevê ou o virá a prever, ou seja, deverão os mesmos estar previstos legalmente); o princípio da unicidade (pelo qual só cabe um recurso por decisão, ou melhor, um por vez aplicado a decisão ora impugnada; este princípio, embora presente à maioria dos recursos cíveis brasileiros, não se aplica no caso dos recursos constitucionais, quando

deverão ser o recurso especial e o extraordinário interpostos simultaneamente); o princípio da fungibilidade (por este princípio, um recurso poderá ser recebido em nome de outro, desde que esteja sob certas condições, tais como a ausência de má-fé); o princípio da proibição da *reformatio in pejus* (pelo qual o recorrente não corre o risco de ver piorada a sua situação).

Somente poderá recorrer aquele que, pela decisão, tiver sido prejudicado de alguma forma, o sucumbente ou parte vencida. É esta parte vencida que terá o interesse e a legitimidade para recorrer.

Para que um recurso seja interposto, deverão ser observados alguns requisitos, de maneira a possibilitar sua admissibilidade e processamento pelo juízo *a quo* e o conhecimento e apreciação de mérito pelo juízo *ad quem*.

Didaticamente, alguns doutrinadores dividem os pressupostos em intrínsecos e extrínsecos (MOREIRA); outros, em subjetivos e objetivos (GRECO e SANTOS). Também há aqueles que sustentam que os pressupostos objetivos são os extrínsecos e os subjetivos são os intrínsecos (TEIXEIRA FILHO).

Seguindo a concepção do eminente processualista MOREIRA, temos como pressupostos intrínsecos aqueles inerentes à própria existência do direito de recorrer, a saber:

a) cabimento: o ato impugnado deve ser suscetível de ataque por meio de recurso, devendo este ser adequado à impugnar o ato atacado;

b) legitimação: só podem recorrer as partes, o terceiro prejudicado e o Ministério Público (CPC, art. 499);

c) interesse: resulta da própria legitimidade, caracteriza-se sempre que o recorrente tiver expectativa, ainda que em tese, de obter, com o julgamento do recurso, uma situação mais favorável do que aquela gerada pela decisão recorrida;

d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer: impeditivo, o ato incompatível com o poder de recorrer, e extintivo, a renúncia ao direito de recorrer ou a aceitação da decisão.

Ainda dentro do magistério de MOREIRA, os pressupostos extrínsecos são:

a) tempestividade: interposição do recurso no prazo estabelecido por lei;

b) regularidade formal: na forma escrita e fundamentada;

c) preparo: recolhimento das custas necessárias ao seu processamento.

A presença desses requisitos será verificada pelo juízo de admissibilidade, que consiste na verificação, pelo juízo competente, dos requisitos de admissibilidade da espécie recursal de que se tenha servido a parte para impugnar a decisão que lhe foi desfavorável. Trata-se de verificar se estão presentes os pressupostos cuja ausência desautoriza o conhecimento do recurso, determinando, em razão de seu não conhecimento (ao que se daria o nome de juízo de admissibilidade negativo), que o tribunal nem mesmo chegue a analisar o mérito desse recurso. A regra geral é a de que o juízo de admissibilidade seja exercido pelo juízo *a quo* e pelo juízo *ad quem*, e que o juízo de mérito seja exercido uma única vez pelo órgão *ad quem*.

## 1.5 EFEITOS DOS RECURSOS

Com a interposição de um recurso podem surgir inúmeros efeitos, dentre eles destacamos dois. O primeiro, comum a todos, seria o devolutivo (transferência do ato recorrido ao tribunal competente para que decida nos limites do recurso interposto), o outro seria o suspensivo (que impede a eficácia do ato com a interposição do recurso), presente em muitos recursos. Outros não tão relevantes quanto os efeitos já apresentados consistem em obstar a formação da coisa julgada, pelo menos com relação à parte da decisão de que se está recorrendo. A interposição de um recurso obsta, também, a ocorrência de preclusão.

A doutrina tradicional identifica dois efeitos: um comum a todos os recursos, o *efeito devolutivo*; outro, próprio de vários deles, o *efeito suspensivo*.

Em inteligência a esse binômio (devolutivo/suspensivo), SANTOS leciona:

Consiste o *efeito devolutivo* na transferência, para o juízo *ad quem*, do ato decisório recorrido a fim de que, reexaminando-o, profira, *nos limites do recurso interposto*, novo julgamento. Trata-se de efeito inerente à natureza do recurso: se este se conceitua como o poder de provocar o reexame de um ato decisório, pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação, segue-se que o juízo ao qual se recorre deverá estar armado de condições capazes e suficientes para proferir novo julgamento. Por isso, *devolve-se* ao juízo para o qual se recorre o conhecimento pleno do material de que se valeu, ou podia ter-se valido, o juiz que proferiu o ato decisório recorrido. E, ainda por isso mesmo, a interposição de recurso, qualquer que seja, produz efeito devolutivo (2003, p. 100).

O mesmo autor continua esclarecendo:

Entende-se por *efeito suspensivo* o que impede a eficácia do ato decisório desde o momento da interposição do recurso e até que este seja decidido. Aliás, o efeito suspensivo desponta desde a prolação do ato decisório, sempre que este seja impugnável por meio de recurso que produza tal efeito. Têm efeito suspensivo os recursos de apelação, de embargos infringentes ao acórdão e de embargos de declaração. O agravo, o recurso ordinário, o recurso extraordinário e o recurso especial

não produzem o efeito suspensivo, mas apenas, como todos os recursos, o efeito devolutivo (SANTOS, 2003, p. 100).

Já NERY JUNIOR pondera que a classificação de apenas desses dois efeitos, exclusivamente, considera tão somente a interposição do recurso e suas conseqüências em relação à decisão recorrida, entretanto, outros fatores processuais inerentes à interposição do apelo não se restringem a essa dicotomia. Diante de tal ponderação, o proficiente processualista acrescenta:

Ocorre que outros fenômenos processuais atinentes à relação de interposição do recurso (com a eficácia da decisão recorrida; e com o julgamento do próprio recurso) não se subsumem aquela dicotomia, reclamando tratamento dogmático da doutrina do processo civil. Nominamos esses fenômenos como efeito expansivo, efeito translativo e efeito substitutivo dos recursos, examinando-os em seguida à tratativa sobre os efeitos devolutivo e suspensivo dos recursos (NERY JUNIOR, 2004, 428).

Dentro da classificação formulada por NERY JUNIOR, verifica-se que o efeito expansivo ocorre quando do julgamento do recurso puder ser proferida decisão mais abrangente que o reexame da matéria impugnada; que o efeito translativo ocorre quando o órgão *ad quem* julgar fora das questões suscitadas nas razões e contra-razões, considerando-se aqui as questões que podem ser conhecidas de ofício e não dos julgamentos *extra* ou *ultra petita*; e, por fim, que o efeito substitutivo ocorre quando o recurso é conhecido e provido.

Há, ainda, o denominado efeito suspensivo ativo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal, insculpido no inciso III do art. 527 do CPC.

## **2. RECURSO ESPECIAL**

### **2.1 ASPECTOS GERAIS**

O recurso especial foi introduzido no sistema recursal pátrio, com o advento da Constituição de 1988, que procedeu à cisão do recurso extraordinário previsto nas cartas antecessoras e cuja finalidade consistia não só em manter a integridade da Lei Maior, como também da legislação infraconstitucional.

A medida veio a ser adotada pelo legislador constituinte levando em consideração o excesso de encargos anteriormente impostos ao Supremo Tribunal Federal, o que ocasionava relativa lentidão na prestação jurisdicional por aquela corte.

Essa bipartição do extraordinário transportou para o recurso especial o reexame de decisões acerca do direito infraconstitucional. Concomitantemente, deu-se o surgimento do Superior Tribunal Justiça como corte competente para, dentre outros atributos, julgar o especial de forma a resguardar a unidade e a hegemonia do direito federal.

No campo do processo civil comum, o Superior Tribunal de Justiça tem a função de zelar pelo cumprimento das normas federais e de unificar a interpretação e a aplicação do direito federal. O Superior Tribunal de Justiça atua de três maneiras diversas: a) julga em razão de sua competência originária (art. 105, I, da CF); b) aprecia recurso ordinário (art. 105, II, da CF); c) julga o recurso especial (art. 105, III, alíneas a, b e c).

O STJ atua apreciando o recurso especial nas causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais

dos Estados, do Distrito Federal e dos 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 da lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que haja atribuído outro tribunal.

## **2.2 PRESSUPOSTOS DO RECURSO ESPECIAL**

O recurso especial deverá atender os pressupostos genéricos exigíveis para os recursos em geral. Todavia, além desses, há os pressupostos específicos de ordem constitucional, que deverão ser preenchidos por serem peculiares a essa modalidade de recurso.

SANTOS (2003) trata desses pressupostos constitucionais como um todo, alinhavando-os conforme estabelecidos no texto constitucional. Como tal, enumera a existência de causa decidida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e, a existência de questão federal de natureza infranconstitucional.

Já GRECO (2002) preleciona serem os pressupostos específicos passíveis de divisão em duas categorias: prévios ou preliminares, e os relativos aos permissivos constitucionais.

A concepção adotada por GRECO afigura-se mais apropriada, tendo em vista a excepcionalidade do especial e as particularidades pormenorizadas que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal de 1988, que o concebeu em nosso ordenamento jurídico.

A seguir, então, apresentam-se os pressupostos específicos do recurso especial em conformidade com o magistério de GRECO.

## **2.2.1 PRESSUPOSTOS PRELIMINARES DO RECURSO ESPECIAL**

### **2.2.1.1 Decisão Recorrida proferida por Tribunal**

Essa exigência decorre do próprio texto constitucional expresso ao dispor que o recurso especial será cabível de decisão proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Daí inferir-se a impossibilidade de interposição do especial face a decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais, em embargos infringentes (Lei 6.830/80).

Aliás, quanto às decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais, a questão foi sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça mediante a edição da Súmula 203.<sup>5</sup>

Também não se há de cogitar o especial contra decisão monocrática de membro do Tribunal, proferida em julgamento de apelação ou agravo de instrumento, porquanto esse tipo de decisão está sujeito à impugnação mediante agravo regimental, necessário ao esgotamento da instância. Interposto o regimental, e sendo o mesmo julgado pelo órgão fracionário, de forma unânime, aí sim, será interponível o especial.

### **2.2.1.2 PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS**

O recurso especial somente poderá ser interposto após o esgotamento de todos os recursos ordinários, não podendo as partes deixarem de valer-se de

---

<sup>5</sup> Súmula 203 – Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

nenhum desses mecanismos, se cabíveis, perante o juízo *a quo*, para imediatamente interpor o recurso especial.

Essa exigência, no que tange aos embargos infringentes, também se encontra patenteada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 207<sup>6</sup>.

### **2.2.1.3 PREQUESTIONAMENTO**

A matéria objeto do especial deverá ser expressamente examinada pelo tribunal *a quo*. Não se admite o especial portando matéria ou fundamentos novos, os quais, obviamente, não foram objeto de apreciação pelo órgão prolator da decisão recorrida.

Como esse é o tema basilar do presente trabalho, cuja proposta consiste na análise das diversas concepções e facetas em que pode o prequestionamento se apresentar, não serão tecidos maiores comentários a respeito do instituto nesse tópico.

### **2.2.1.4 MATÉRIA DE DIREITO**

O fundamento do recurso especial deve versar apenas sobre matéria de direito, não se podendo questionar erro ou injustiças atinentes à má apreciação da matéria fático-probatória.

---

<sup>6</sup> Súmula 207 – É inadmissível recurso especial quanto cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.

#### **2.2.1.5 IMPUGNAÇÃO DE QUESTÕES DE MÉRITO E QUESTÕES PROCESSUAIS**

O recurso especial será cabível de decisões proferidas por Tribunal, em apelação, agravo de instrumento, embargos infringentes, nas rescisórias ou processos de competência originária dos tribunais, seja objeto do debate em questão inerente ao mérito ou de ordem processual.

#### **2.2.1.6 INTERPRETAÇÃO OU APLICAÇÃO DE DIREITO FEDERAL**

A matéria veiculada na fundamentação do recurso especial deverá versar sobre a interpretação ou aplicação do direito federal, pois não se admite a discussão em torno de questão de direito estadual ou municipal.

Há necessidade de existência de uma questão federal, a qual, sob o magistério de SANTOS, se entende como sendo uma “*quaestio iuris sobre tratado ou lei federal, esta de natureza infraconstitucional*” (2003, p. 178).

#### **2.2.1.7 REGULARIDADE FORMAL**

Por se tratar de via recursal excepcional, o recorrente deverá observar todas as exigências estabelecidas em lei para o recurso, como, por exemplo, as razões de inconformismo, indicação expressa do dispositivo legal federal tido por violado e o permissivo constitucional de seu cabimento.

Para CAVALCANTE a regularidade formal “(...) *está relacionada não somente com a petição que veicula a impugnação extrema – que deve conter por exemplo a fundamentação normativa constitucional que dá sustento ao recurso –, mas também com a necessidade de munir a postulação daquilo que as normas*

*processuais encaram como indispensável, como é o caso da representação das partes através de modo regular, qual seja, mediante advogado com procuração os autos” (2003, p. 101).*

## **2.2.2 PRESSUPOSTOS PERTINENTES AOS PERMISSIVOS CONSTITUCIONAIS**

### **2.2.2.1 CONTRARIAR OU NEGAR VIGÊNCIA A TRATADO OU LEI FEDERAL**

Tal como preceitua o art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, a decisão impugnada deverá incorrer em afronta, direta ou indireta, a lei ou a tratado federal, importando essa afronta em violação ou negativa de vigência do texto legal. Nas razões do recurso especial deverá constar a expressa indicação dos dispositivos legais tidos por violados, explicitando-se os motivos pelos quais se inferem pela contrariedade ou negativa de vigência dos mesmos.

Sobre a hipótese em comento, preconiza CAVALCANTE:

*É de extrema importância aclarar o conceito do que seria *contrariedade e negativa de vigência* no âmbito do direito federal, para o fim específico de *autorização de manejo de recurso especial*, considerando que se a *Constituição emprega os dois termos* – contrariar e negar vigência – há de se concluir que se cuidam de *hipóteses distintas de admissibilidade*, embora com aparentes semelhanças (2003, p. 64, grifo do autor).*

A contrariedade implica a não observância do preceito legal, seja interpretando-o mal, seja desvirtuando seu conteúdo, não atentando para sua vontade real. A contrariedade, ressalta GRECO, é bastante ampla, abrangendo, inclusive, a negativa de vigência (2002, p. 334).

A negativa de vigência configura-se mediante a não aplicação da lei ou até mesmo na declaração de sua revogação, quando na verdade tal não tenha ocorrido.

Analisando esses dois elementos, GRECO tece a seguinte distinção:

(...) contrariar a lei significa desatender seu preceito, sua vontade; negar vigência significa declarar revogada ou deixar de aplicar a norma legal federal. Em ambos os casos, a norma federal desatendida pode ser de direito material ou de direito processual, abrangendo, também, a norma regulamentar, desde que em consonância com a lei em sentido estrito formal. Se o regulamento é legítimo e adequado, sua violação, conseqüentemente, significa violação da lei (2002, p. 335)

#### **2.2.2.2 JULGAR VÁLIDA LEI OU ATO DE GOVERNO LOCAL CONTESTADO EM FACE DE LEI FEDERAL**

Na hipótese inserta na alínea *b*, do inciso III, do art. 105, da Constituição, o especial deverá vir fulcrado na existência de embate entre a lei federal e a lei ou ato de governo local. O tipo aqui referido amolda-se à contrariedade ou negativa de vigência de lei federal, a qual se configura na hipótese de vir a decisão recorrida reconhecer a validade de lei ou ato estadual ou municipal contrário aos ditames de uma lei federal e, se assim o faz, estará afastando a aplicabilidade do diploma federal.

Esse permissivo objetiva preservar a hierarquia das leis, e é por meio de sua força que a lei federal prevalece à estadual ou municipal.

SANTOS assim define o objetivo desse permissivo:

O objetivo do dispositivo constitucional é o de garantir a área de competência federal contra invasões de leis ou atos de governo local. Assim, a expressão *ato de governo local* abrange os atos do Executivo, bem como os atos administrativos do Judiciário e do Legislativo dos Estados, além daqueles praticados pelas Câmaras Municipais, ou por quaisquer outros órgãos de um dos poderes locais (2003, p. 183).

### 2.2.2.3 DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

Obviamente que, se o escopo fundamental do recurso especial consiste no resguardo à integridade da hegemonia da legislação federal infraconstitucional, essa integridade não ficará restrita às hipóteses de violação ou contrariedade, mas também albergará a unidade de interpretação dessas normas, exurgindo daí a imperiosidade da uniformização da jurisprudência.

Para caracterização do dissenso de interpretação, deverão ser observados os seguintes requisitos:

a) o acórdão confrontado não pode ser do mesmo Tribunal como um todo, ou seja não pode ser das câmaras, nem das turmas ou nem das seções. Não serve a divergência interna, conforme já sumulado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.<sup>7</sup> Para configurar a divergência servem, então, julgados oriundos de outro tribunal, inclusive do STJ ou do STF;

b) o acórdão trazido a cotejo deve ter sido prolatado imperiosamente em última instância ordinária, não podendo servir de paradigma se ainda fossem cabíveis embargos infringentes;

c) a interpretação da lei federal dada pelo acórdão paradigma não poderá encontrar-se superada pelo próprio Tribunal de origem ou pelas Cortes Superiores. Inteligência da Súmula 83 do STJ<sup>8</sup>;

d) a divergência deve ser explícita no corpo do acórdão e não, simplesmente, na ementa, pois esta consiste em mera explicação do julgamento;

---

<sup>7</sup> Súmula 13 – A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso.

<sup>8</sup> Súmula 83 – Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

e) quanto ao acórdão trazido à colação deverá vir acompanhado de certidão, cópia autenticada ou citação do repositório oficial ou credenciado no qual foi publicado, com transcrição dos trechos configuradores do dissenso.

Sendo função do recurso especial resguardar a inteireza, a autoridade e a unidade de interpretação da lei federal, nada mais adequado que o seu cabimento mediante a verificação de dissenso de teses, entre tribunais diferentes, acerca de um mesmo dispositivo.

Todavia, a questão não se limita a meramente verificar a discrepância entre o acórdão recorrido e o aresto trazido à colação. É imprescindível ser demonstrado que a decisão vergastada tenha dado interpretação ofensiva à lei federal ou que tenha negado vigência a esta, ao passo que, o julgado paradigma, ao apreciar situação análoga, tenha concedido interpretação coerente e correta em face do mesmo dispositivo legal.

### **2.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL**

Conforme disciplina o art. 541, do Código de Processo Civil, o recurso especial é interposto perante o Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal recorrido, observadas as formalidades alinhadas nos incisos de I a III daquele dispositivo, quais sejam, a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento; e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Recebida a petição, segue-se à intimação do recorrido, para apresentar contra-razões. Após tal ato, seguem os autos para o Presidente ou Vice-Presidente analisar a admissão ou não do especial. Esse pronunciamento consiste no exercício do que, comumente, se denomina de juízo primeiro de admissibilidade.

O Recurso Especial tem duplo juízo de admissibilidade, sendo certo que um é feito pelo próprio tribunal recorrido e outro, pelo tribunal *ad quem*.

No primeiro juízo de admissibilidade, deverá ser analisado, apenas, o preenchimento dos requisitos formais para admissão do recurso. Somente se preenchidos todos os pressupostos, tanto os gerais como os específicos, é que o especial merecerá ter seu seguimento livre. No exercício desse primeiro juízo de admissibilidade, não deve o órgão adentrar no exame do mérito do apelo, deve apenas ater-se à verificação da presença ou não dos pressupostos exigíveis ao seu processamento, tanto os gerais, como os constitucionais prévios e específicos.

Em sede da impugnação especial, essa questão alberga grande relevo em face das hipóteses constitucionais de seu cabimento, máxime aquela contida no permissivo da alínea a, do inciso III, do art. 105, da Constituição. Isto porque, na prática, o juízo prévio de admissibilidade, ao proceder ao exame da presença do pressuposto prévio constitucional, pertinente à violação ou à negativa da vigência de dispositivo legal, acaba por embrenhar-se no mérito do apelo, de maneira a inferir se há ou não a ofensa alegada pela parte recorrente.

Esta não se afigura uma boa técnica, porquanto o juízo prévio deve restringir-se, tão-somente, aos pressupostos gerais e específicos, apartados do mérito do recurso.

NERY JUNIOR e ROSA MARIA NERY, com muita propriedade, aclaram esta situação asseverando que:

**§1º: 4º Decisão do tribunal a quo.** Ao tribunal *a quo* cabe tão-somente verificar se estão presentes os requisitos *formais* do RE e do Resp. A efetiva violação da CF ou a efetiva negativa de vigência da lei federal são *mérito* do recurso, cuja competência para decidir é dos tribunais federais superiores (STF e STJ). É vedado ao tribunal de origem dizer que não

houve violação da CF ou que não existiu negativa de vigência da lei federal (2003, p. 936, grifo do autor).

Nessa mesma linha de raciocínio, MOREIRA também afinca seu magistério, prelecionando que

Não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos da *admissibilidade* do recurso (2003, p. 600, grifo do autor).

Não obstante a técnica e a clareza com que a questão é tratada pelos proficientes juristas, este não é o procedimento adotado na prática, pois em se tratando de recurso especial, o juízo prévio manifesta-se sobre o mérito, o que, aliás, se encontra digerido pela jurisprudência, máxime a emanada pelo Colendo STJ.

CAVALCANTE arremata o problema com as seguintes colocações:

Hoje a questão está consolidada, inclusive por reforço sumular, no sentido de que nesse juízo de admissibilidade, não se deve realizar somente um exame *formal* dos requisitos genéricos autorizadores dos recursos excepcionais. O tribunal recorrido há de *examinar os pressupostos específicos*, e isso somente será possível *verificando se realmente existe o enquadramento da impugnação* em qualquer uma das hipóteses constitucionalmente previstas para o manejo dos recursos especial e extraordinário. E isso somente será possível *com o exame do próprio mérito do recurso*.

Em outras palavras, o primeiro juízo de admissibilidade acaba sendo *um julgamento precário do recurso*, e por isso mesmo José de Moura Rocha defende que 'no exercício de suas atribuições, o presidente do Tribunal de Justiça cumpre verdadeira transferência de competência', competência essa não somente de examinar as condições formais do recurso, como 'decidir se a matéria a ser apreciada enquadra-se nos casos apontados pela Constituição Federal e que constitui mérito'.

(...)

Em suma, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, ao receber o recurso especial ou o recurso extraordinário, *examinará os pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade*, estando entre eles a constatação da incidência de uma das hipóteses constitucionais de cabimento, e por isso mesmo deve realizar *um juízo de mérito*, admitindo ou não o recurso (2003, p.122-124, grifos do autor).

Em se tratando da hipótese da alínea *b*, caberá ao juízo prévio ater-se ao reconhecimento da existência de declaração de validade de ato de governo local, contestado em face de lei federal, não emitindo manifestação acerca do acerto ou desacerto do acórdão.

Na hipótese da alínea *c*, ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido caberá apenas verificar a comprovação do dissenso entre o acórdão vergastado e os arestos colacionados pela parte recorrente, podendo, inclusive, averiguar se a divergência apresentada encontra-se superada por atual posicionamento do C. STJ, ponto este consolidado na Súmula 83<sup>9</sup>.

Proferida a emissão do primeiro juízo de admissibilidade em sentido positivo, o processo será remetido ao órgão *ad quem* e, distribuído para o relator, este procederá a uma nova análise da admissibilidade, positiva ou negativa, pois não se vincula a emissão do pronunciamento do juízo prévio.

Contra a decisão que não admitir o Recurso Especial caberá agravo de instrumento, dirigido ao STJ, no prazo de 10 dias, conforme preceitua o artigo 544 do CPC.

## **2.4 EFEITOS DO RECURSO ESPECIAL**

De regra, o recurso especial tem efeito meramente devolutivo a teor das disposições do art. 542, § 2<sup>o</sup>, do Código de Processo Civil.

Entretanto, em situações excepcionais, poderá ter atribuído o efeito suspensivo vindicado mediante ação cautelar, devendo, com evidência, estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Em tais casos, poderá ser

proposta a cautelar de forma incidental perante o Superior Tribunal de Justiça, mas somente após o exercício do juízo prévio e positivo de admissibilidade<sup>10</sup>.

Embora firme na orientação de admitir a cautelar somente após a interposição e admissão do especial pelo tribunal de origem, excepcionalmente, ante a hipótese de perecimento do direito e possível inutilidade do provimento jurisdicional futuro, o STJ tem conferido, via cautelar, o efeito suspensivo, no intuito de evitar dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que não tenha sido emitido o juízo primeiro de admissibilidade e, às vezes, até quando ainda não interposto o próprio especial prezando assim os princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo, desde que, óbvio, presentes os pressupostos para a concessão da medida<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Súmula 83 – Não se conhece do recurso pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

<sup>10</sup> MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 634 DO STF. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Recusa o entendimento pretoriano, consubstanciado na súmula 634 do STF, a utilização de medida cautelar para agregação de efeito suspensivo a recurso especial que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem (STJ, AGRMC 8124/MG, 4ª. Turma, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, julg. 01/06/2004, DJ 21/06/2004, p. 223).

<sup>11</sup> PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO “FUMUS BONI IURIS”.

1. Ação cautelar ajuizada com o fito de conferir eficácia suspensiva a recurso especial interposto contra acórdão que, em sede de ação civil pública, condenou o ex-Prefeito de Presidente Bernardes/SP por improbidade administrativa, determinando: 1) ressarcimento dos danos causados ao erário; 2) proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; 3) perda da função pública eventualmente ocupada; 4) suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de cinco anos.

2. Nesta Corte é albergada a corrente que aceita, em situações excepcionais, em decorrência da presença da fumaça do bom direito e do perigo da demora evidentes, a concessão de efeito suspensivo a recurso especial pela via de medida cautelar, ainda que pendente de admissibilidade. Esse posicionamento decorre da interpretação do art. 800 do CPC, que dispõe que o juízo competente para apreciar a ação cautelar preparatória é o juízo competente para conhecer do processo principal.

3. *In casu*, o requerente não logrou demonstrar o *fumus boni iuris*, impondo-se a confirmação do *decisum* que indeferiu a liminar.

4. Medida cautelar improcedente (STJ, MC 7961/SP, 1ª. Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, julg. 05/08/2004, DJ 13/09/2004, p. 172).

Esse tem sido o entendimento do STJ em torno do acolhimento de medidas cautelares a emprestar efeito suspensivo ao recurso especial, cujos fundamentos vêm elucidados pelo proficiente Ministro DELGADO. Assevera Sua Excelência que a adoção da medida em tais hipóteses faz-se necessária como alternativa para *“assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se aí a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares ‘inaudita altera pars’) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico”* (STJ, MC 8007/SP, 1ª. Turma, julg. 03/08/2004, DJ 25.08.2004, p. 140).

### 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

#### 3.1 BREVE HISTÓRICO

PONTES DE MIRANDA (1987, t. 4, p. 132) defende não ter o recurso extraordinário constado da Constituição de 1891, nem mesmo encontra figura semelhante na Constituição Norte-americana, tratando-se, sim, de inovação inserta na Constituição de 1934. Todavia, a maioria de nossos doutrinadores, tais como Moacyr Amaral Santos, Barbosa Moreira, Celso Ribeiro de Bastos, dentre outros de não menor importância, vai de encontro à posição adotada pelo saudoso jurista pátrio.

O entendimento predominante na doutrina consiste em reconhecer a origem norte-americana do recurso extraordinário, porém sem previsão na respectiva Constituição. Essa origem decorre do fato de ter a Constituição dos Estados Unidos outorgado à Corte Suprema a competência originária e recursal (*appellate jurisdiction*) com relação a determinadas contendas, referindo-se a recursos somente contra decisões dos órgãos inferiores. Porém, somente em 1789, com o *Judiciary Act*, é que a Corte Suprema, mediante o *writ of error*, veio a ter permissão para proceder à revisão de decisões finais proferidas pelos altos tribunais dos estados norte-americanos naqueles casos em que se agitasse a constitucionalidade de leis e a legitimidade de normas estaduais, direitos e isenções face à Constituição, tratados e leis da União.

Posteriormente, as legislações editadas conferiram à Corte Suprema o poder de reexaminar decisões dos Estados por meio do *appeal* ou do *writ of certiorari*. Esse quadro veio a ser modificado em 1988, quando o *appeal* foi

restringido a um meio de buscar o reexame, enquanto restou o *certiorari* à efetiva apreciação da Suprema Corte.

Como reconhece a doutrina pátria predominante, no Brasil, o apelo excepcional foi contemplado com a promulgação da primeira Constituição da República, em 1891. Ficou estabelecido no art. 59, Par. 1º, alínea *a*, o cabimento de recurso para o Supremo Tribunal Federal contra as sentenças de última instância das justiças dos Estados em que houvesse questionamento acerca da validade ou da aplicação de tratados e leis federais e a decisão fosse contra ela; e na alínea *b*, ficou estabelecido o cabimento de tal recurso quando contestada a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, tendo a decisão recorrida considerado válidos esses atos ou leis impugnadas.

Todavia, a denominação específica de “Recurso Extraordinário” veio somente a ser externada no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente foi adotada pela Lei 221/1894 e, a partir de então, consolidou-se essa designação até a atualidade.

A Constituição de 1891 não previu essa modalidade de recurso para cuidar da discrepância jurisprudencial, o que somente veio a ser inserido com a Emenda Constitucional de 1926.

A Constituição de 1934 trouxe, expressamente, a denominação recurso extraordinário, ampliando seu cabimento para as causas decididas em única instância pelas justiças locais, acrescentando sua interposição para os casos em que a decisão fosse contrária à literal disposição de tratado ou lei federal. Vale enfatizar, por ser objeto de estudo no presente trabalho, que também esta Constituição, expressamente, dispôs em seu art. 76, 2, III, alínea *a*, caber o recurso extraordinário “*quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei*

*federal, sobre cuja aplicação se haja questionado*". O "questionamento" do dispositivo tratava, pois, de exigência expressa para cabimento do apelo excepcional.

A Constituição de 1937 reproduziu a redação da Carta anterior, apenas substituindo a expressão "literal disposição de tratado ou lei federal" por "letra de tratado ou lei federal", não interferindo no conteúdo da norma e mantendo a exigência de "questionamento" do dispositivo tido por contrariado.

A Constituição de 1946 ampliou o âmbito do recurso extraordinário, acrescentando, explicitamente, seu cabimento nas hipóteses de a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, o que, até então, em face das Constituições anteriores, a jurisprudência e a doutrina entendiam tratar-se de um alcance implícito. O termo questionamento foi suprimido. Criaram-se controvérsias quanto à sua permanência para efeitos de cabimento do apelo. Parte da doutrina e da jurisprudência trilhava no sentido de que, se houve a supressão do termo, o requisito tornara-se prescindível. Outra parte comungava do entendimento de que o "questionamento" continuava sendo requisito indispensável. Contudo, prevaleceu essa segunda corrente sob o entendimento de que o prévio questionamento passara a ser exigência implícita e ínsita em face da natureza excepcional do apelo.

A Constituição de 1967 procedeu a algumas alterações quanto ao âmbito de cabimento do recurso extraordinário, estreitando, no tocante à lei federal, na hipótese de a decisão recorrida negar-lhe vigência. Também não externou a necessidade do prévio questionamento, em relação ao qual prevaleceu a construção jurisprudencial de ser o mesmo exigível.

Por derradeiro, seguiu-se a Constituição de 1988. Pontua BARBOSA MOREIRA que, com o advento da atual Carta Magna, a história do recurso

extraordinário dividiu-se em duas fases distintas, uma anterior e outra posterior a ela. Na primeira fase, o apelo excepcional tinha por escopo a integridade e a uniformidade da interpretação da Constituição e das leis federais. Já na segunda fase, concebida com a vigente Carta Política, dá-se a cisão do extraordinário, ficando este restrito ao reexame de questões especificamente relativas aos preceitos constitucionais, sendo que os de ordem infraconstitucionais ficaram a cargo do recurso especial (2003, p. 576 ss).

Desse sucinto histórico, ousamos registrar nossa posição no sentido de entendermos como mais apropriada ao recurso extraordinário a concepção adotada pela Constituição de 1988, porquanto à Suprema Corte do País cabe o resguardo da integridade do direito nacional como guardião da Constituição Federal.

### **3.2 ACEPTÃO E FUNÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Acerca da denominação do apelo, alerta MOREIRA (...) que o recurso extraordinário, tal como delineado no direito brasileiro, não se assemelha às figuras recursais que, em vários ordenamentos estrangeiros, recebem essa mesma nomenclatura, porquanto em diversos países tal designação é dada para os recursos a serem interpostos contra decisões transitadas em julgado.

Seguindo o sobreaviso do insigne mestre, não se mostra aconselhável a busca da conceituação no direito comparado, em razão da diversidade de sentidos que lhe é dada no direito estrangeiro. Com isto, melhor que suas origens sejam restritas ao direito pátrio, quando se tratar da significação do instituto.

Tratando da acepção do recurso extraordinário, leciona SANTOS:

Da especialidade do recurso de tutelar a autoridade e a aplicação da Constituição, dos tratados e das leis federais nos casos excepcionais

previstos na própria, adveio-lhe a denominação de recurso extraordinário, já empregado no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 26 de fevereiro de 1891, e repetida pela Lei n. 221, de 20 de novembro do mesmo ano. Consagrou-a a Constituição de 1934, mantendo-a as Constituições posteriores (2003, p. 163).

Dessa acepção e também dos pressupostos, os quais serão tratados em tópico próprio, deflui a função do recurso extraordinário consistente no resguardo da autoridade e na unidade da Constituição Federal, revestida de caráter eminentemente político.

Completa SANTOS que essa função política “não lhe retira o caráter de instituto processual destinado à impugnação de decisões judiciais, a fim de se obter a sua reforma”. Prossequindo, acrescenta:

É, pois, um recurso processual à disposição do sucumbente, em relação ao qual exerce a função de provocar o reexame de decisões em que se controverte uma questão constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal se devolve o conhecimento da questão constitucional controvertida e, decidindo-a, decidirá concomitantemente a lide que nela se comporta. Conhecendo do recurso e dando-lhe provimento o Supremo Tribunal Federal, em resguardo mesmo da autoridade e unidade da Lei Fundamental, proferirá nova decisão sobre a causa, aplicando a lei ao caso concreto (2003, p. 169-170)

Infere-se ter o recurso extraordinário uma dupla função, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciá-lo, conhecendo-o e dando-lhe provimento, estará tutelando a autoridade e a uniformidade da Lei Maior e proferindo nova decisão. Trata-se, a nosso ver, de um recurso de natureza híbrida, o qual JOSÉ FREDERICO MARQUES (*apud* SANTOS, 2003, p. 170) denominou “instituto de direito processual e constitucional”.

### **3.3 PRESSUPOSTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Além dos pressupostos gerais de admissibilidade dos recursos, o recurso extraordinário, tal como o especial, possui pressupostos prévios ou preliminares e aqueles específicos elencados no próprio texto constitucional, envolvendo a sua integridade. Também, em relação aos pressupostos do extraordinário, segue-se o exame sob as lições de GRECO, como feito ao tratarmos do recurso especial.

Os pressupostos prévios, ou preliminares, são os mesmos exigidos para o recurso especial, quais sejam: decisão proferida em única ou última instância; obrigatoriedade de esgotamento de todos os recursos na via ordinária; prequestionamento; fundamento exclusivamente de direito atinente a tema constitucional e; regularidade formal.

Os pressupostos contidos nos permissivos constitucionais específicos, consistentes naqueles claramente enumerados no art. 102, inciso III, alíneas de a a c, são os seguintes: deve a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional; ou deve declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; ou deve julgar válida lei ou ato de governo local contestados em face da Constituição. Ao rol desses pressupostos constitucionais específicos deve ainda ser acrescida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, requisito este introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o qual será, ainda, regulamentado por lei.

#### **3.3.1 PRESSUPOSTOS PRELIMINARES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

##### **3.3.1.1 DECISÃO RECORRIDA EM ÚLTIMA OU ÚNICA INSTÂNCIA**

O alvo do extraordinário poderá ser qualquer decisão proferida em última ou única instância, não exigindo a Constituição que tal decisão seja oriunda de

tribunal. Desse modo, é cabível o apelo excepcional em face das decisões em embargos infringentes da Lei 6.830/80; das decisões consideradas irrecorríveis na Justiça do Trabalho e; das proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis.

### **3.3.1.2 PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS**

Sendo cabível ainda qualquer recurso nas instâncias ordinárias, não poderá sua interposição ser suprimida, passando-se direto à interposição do extraordinário. Esse tema encontra-se consolidado na Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>.

O art. 102, III, é de clareza singular – a decisão deverá ser última, não mais impugnável mediante qualquer recurso ordinário.

### **3.3.1.3 PREQUESTIONAMENTO**

O prequestionamento implica a obrigatoriedade da emissão de pronunciamento, na decisão recorrida, acerca da matéria veiculada no extraordinário, conforme Súmulas 282 e 356 do STF.

Como esse pressuposto, em especial, consiste no tema foco deste trabalho, o mesmo será objeto de exame no capítulo seguinte.

---

<sup>12</sup> Súmula 281 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

#### **3.3.1.4 MATÉRIA DE DIREITO**

A matéria veiculada no extraordinário deverá restringir-se a questões de direito, não sendo admissível qualquer debate acerca de matéria fático-probatória – Súmula 279 do STF<sup>13</sup>. Deve-se atentar também para o aspecto de que a matéria, ainda que seja só de direito, será de patamar constitucional.

#### **3.3.1.5 REGULARIDADE FORMAL**

A exigência quanto à regularidade na forma de interposição do extraordinário, tal como no especial, é rigorosa. Qualquer falha ou vício poderá inviabilizar seu processamento. Deverá conter a motivação e a expressa indicação do dispositivo constitucional violado.

E mais. A petição de interposição deve indicar, especificamente, o dispositivo constitucional viabilizador do cabimento do apelo, sob pena de não conhecimento. Trata-se de condição expressa no art. 321 do RISTF e, portanto, é imprescindível à valia do apelo, consubstanciando ônus processual do recorrente (STF, AI 432146 AgR/RJ, 1ª. Turma, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 30/06/2004, Diário da Justiça, Seção 1, de 03/0/2004, p. 13).

### **3.3.2 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS**

#### **3.3.2.1 CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL**

As disposições do art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição prescrevem que o extraordinário poderá ser manejado quando a decisão recorrida vulnerar

norma constitucional, que deverá ser expressamente apontada, pois não valerá arguição genérica de violação à Carta Magna. Esse pressuposto encontra assento nas Súmulas 284<sup>14</sup>, 287<sup>15</sup> e 288<sup>16</sup>, todas do Supremo Tribunal Federal.

Essa contrariedade importa na violação ou ofensa, direta ou indireta, à letra ou ao espírito da Constituição, mostrando-se incompatível com a norma ou com o princípio inserto na mesma.

Leciona SANTOS que

A questão federal, no caso, tem de ser considerada com largueza e até mesmo com sentimento de humildade, diante da sua grandeza. Por isso mesmo, escrevíamos no regimento de uma das Constituições anteriores: 'Basta que se questione sobre a constitucionalidade da decisão, em face de texto constitucional, para ter cabimento o recurso extraordinário'. E, se bem entendemos, da mesma opinião é FREDERICO MARQUES, no que tem a companhia de SÉRGIO BERMUDEZ, ao dizer: 'Neste passo, a mais ampla interpretação sobre a harmonia ou o antagonismo da decisão recorrida com o preceito constitucional é permitida e admissível para o reexame do pronunciamento havido no juízo *a quo*'. (2003, p. 165)

Desse modo, suscitada a questão federal no sentido de incorrer o acórdão recorrido em violação a dispositivo constitucional, e, vindo fundamentada o suficiente para ensejar dúvidas quanto ao seu acerto ou não, cabível é o extraordinário.

---

<sup>13</sup> Súmula 279 do STF – Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

<sup>14</sup> Súmula 284 do STF – É inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

<sup>15</sup> Súmula 287 do STF – Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.

<sup>16</sup> Súmula 288 do STF – Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.”

### 3.3.2.2 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TRATADO OU LEI FEDERAL

Para efeitos do permissivo constitucional da alínea *b*, do inciso III, do art. 102, leis e tratados são equiparados. O simples fato de o acórdão recorrido declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal configura questão federal, ensejando o reexame mediante recurso extraordinário.

Para GRECO, essa declaração de inconstitucionalidade da lei ou do tratado consiste em um caso de negativa de vigência. Entende que, assim decidindo, o órgão recorrido estará deixando de dar aplicação àqueles diplomas legais.

Essa declaração deverá vir expressa na decisão recorrida, observando-se os comandos do art. 97 da Constituição. Para que um tribunal declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, é necessário que o faça mediante votação da maioria absoluta de seus membros. Trata-se da denominada “cláusula de reserva de plenário”. Observado esse procedimento, é também imprescindível conter nos autos o acórdão que tenha concluído pela declaração de inconstitucionalidade, sob pena de não se conhecer do extraordinário.

O entendimento do STF tem se assentado nesse sentido. A propósito, veja-se o seguinte acórdão:

EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento.  
2. Recurso extraordinário fundado na alínea b do permissivo constitucional.  
3. Alegação de declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário. Acórdão proferido no incidente de inconstitucionalidade não mencionado.  
4. Falta de peça. Precedente. Fundamento não atacado.  
5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AI 351042 AgR/RJ, Relator Min. GILMAR MENDES, julg. 10/09/2002, 2ª. Turma, DJ 11/10/2002, p. 40).

Como se vê, a Excelsa Corte considera necessário que a inconstitucionalidade seja proferida nos moldes do dispositivo constitucional anteriormente mencionado e que os autos do respectivo incidente, ou cópia do mesmo, constem dos autos do processo em que vier a ser interposto o apelo excepcional.

### **3.3.2.3 JULGAR VÁLIDO ATO DE GOVERNO LOCAL CONTESTADO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO**

Para o permissivo constitucional da alínea c, do inciso III, do art. 102, o extraordinário terá espaço quando a decisão recorrida afirmar a validade de ato de governo local, contestado em face da Constituição, hipótese na qual estará afastando a aplicação desta, podendo ser inconstitucional.

### **3.3.2.4 A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DISCUTIDAS NO CASO**

A Emenda Constitucional n. 45/2004 adicionou um terceiro parágrafo ao artigo 102 da Constituição Federal, estabelecendo que *“No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”*

Estamos diante de um novo requisito que impõe ao recorrente o dever de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no apelo

extremo, para que possa este ser admitido, conforme dispuser a lei que vier a regulamentar o Parágrafo 3º., do art. 102 da Constituição.

Essa condição impõe que os temas levados ao Excelso Tribunal sejam relevantes e possam produzir efeitos nos segmentos mais significativos da sociedade. Isto importa em dizer que, para ser admitido, o recurso extraordinário deverá contemplar discussão a respeito de uma matéria geral pertinente a toda a sociedade ou a determinado segmento desta.

O texto constitucional prescreve a necessidade de que a matéria veiculada no extraordinário seja impactante, podendo ser pertinente à vida, à liberdade, à política, dentre outros valores, direitos e garantias assegurados por nossa Carta Magna.

#### Para ARRUDA ALVIM

*A expressão 'repercussão geral' significa praticamente a colocação de um filtro ou de um divisor de águas em relação ao cabimento do recurso extraordinário, viabilizando-se que o STF, mais uma vez instalado o regime da EC n. 45, só venha a julgar recursos extraordinários na medida em que tenham repercussão geral, deixando sempre de julgar os recursos que não sejam dotados dessa repercussão, ainda que formal e substancialmente pudessem ser aptos à admissão e ao julgamento, e até mesmo julgamento favorável. (2005, p. 64-65).*

Ainda que reconhecida essa repercussão geral e admitido o extraordinário, poderá este ser desprovido e ser confirmada a decisão recorrida. Entretanto, o mérito do apelo extremo somente será apreciado caso o mesmo não seja recusado por *quorum* qualificado do STF, ou seja, por dois terços dos seus membros.

No particular, ALVIM (2005, p. 65) salienta que a recusa do extraordinário pela elevada maioria de dois terços mostra-se saudável, “*porquanto procura que esteja subjacente a essa recusa um alto grau de certeza e de segurança, compensatórias – diga-se assim – da circunstância de a repercussão geral constituir-se num conceito vago, propiciando menor certeza e menos segurança*”.

### 3.4 EFEITOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Tal como o especial, o recurso extraordinário, regra geral, comporta apenas o efeito devolutivo (artigo 542, § 2.º do CPC). Por isso alguns autores observam que há certo drama por que passam as partes sempre que o recurso interposto não contiver este efeito. Ocorre, com isso, grave dano à parte no período de tempo que transcorre entre o julgamento do tribunal *a quo* e a decisão final do recurso. Esse dano pode ser de tal ordem, que o eventual resultado favorável, ao final do processo, tenha pouca relevância.

Nessa linha de preocupação é que se dá a provável concessão de uma medida cautelar para se obter a suspensão da eficácia do julgado que tenha sido impugnado mediante recurso desprovido de efeito suspensivo. Assim, se se estiver diante de hipótese em que a manutenção da eficácia da decisão impugnada pela via recursal de efeito somente devolutivo possa configurar *periculum in mora* e se o direito do requerente for plausível, isto é, se estiver presente o pressuposto consistente no *fumus boni iuris*, é possível que se conceda medida liminar *inaudita altera pars*, no bojo de processo cautelar incidental aforado no júízo recursal, com fundamento no poder geral de cautela do juiz, pela qual se suspendam os efeitos da decisão impugnada, sempre de molde a se proteger o resultado útil do processo.

O Regimento Interno do STF prevê a possibilidade de concessão de medidas cautelares (art. 304). Entretanto, a previsão no regimento interno determina a competência para conhecimento do processo cautelar incidental, enquanto o seu cabimento está disciplinado pelo Código de Processo Civil, ou seja, não são os regimentos internos dos tribunais superiores que tornam possível o aforamento de processo cautelar incidental buscando medidas ínsitas ao poder geral de cautela, mas sim o próprio CPC, que disciplina a matéria no Par. Único do art. 800.

No STF não se tem admitido a concessão da medida cautelar antes que o recurso extraordinário tenha passado pelo crivo do juízo positivo de admissibilidade no tribunal *a quo*, por entender-se que a competência da Augustus Corte somente se estabelece mediante a emissão daquele pronunciamento. Tal entendimento encontra-se pacificado na Súmula 634, que estabelece não competir àquela Corte conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não tenha sido objeto de admissibilidade na origem.

## 4. PREQUESTIONAMENTO

### 4.1 ORIGEM

Do breve histórico traçado acerca do recurso extraordinário, podemos inferir que a presença do prequestionamento consiste em antiga exigência como pressuposto do aludido apelo, encontrando-se expresso na Constituição de 1891, em seu art. 59, Par. 1º., alínea *a*<sup>17</sup>. As Constituições de 1934 (art. 76, III, *a e b*) e de 1937 (art. 101, *a e b*) da mesma forma dispuseram. Já a Constituição de 1946 não mais mencionava de forma expressa o prequestionamento como exigência para a interposição daquele apelo. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não deixou de reconhecer sua necessidade para interposição do recurso extraordinário, posição esta que vem bem aclarada no voto do saudoso Ministro VICTOR NUNES, que, sendo relator de um dos julgados precedentes à edição da súmula 282, prenunciou:

(...) o pré-questionamento como pressuposto do cabimento do recurso extraordinário era expressamente mencionado nas Constituições de 1891, art. 59, III a; de 1934, art. 76, III, a; de 1937, art. 101, III, a, não tendo sido conservada a redação anterior na Constituição de 46. Entretanto, essa mudança de redação é irrelevante para desate do problema em foco, conforme tem decidido, reiteradamente, o Supremo Tribunal (STF, RE 46882/SP, Tribunal Pleno, julg. 14/12/1962, DJ 17/12/1962).

Nos textos magnos anteriores ao de 1946, não era utilizado, precisamente, o termo “prequestionamento”, mas, simplesmente, referia-se ao cabimento do apelo quando houvesse “questionamento” sobre a validade ou aplicação de tratados ou leis federais.

---

<sup>17</sup> Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

Par. 1º. – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

Assevera MEDINA que, a utilização do termo “prequestionamento” teve origem na jurisprudência para ressaltar a necessidade da parte em provocar o pronunciamento da instância inferior acerca da questão federal ou constitucional.

A construção jurisprudencial teve mesmo de prevalecer, porquanto as Constituições de 1946 e seguintes, ao disporem sobre o recurso extraordinário, não mais fizeram menção ao dever das partes de “questionar” o dispositivo constitucional ou o dispositivo de lei federal tidos por contrariados.

#### **4.2 CONCEITO**

Muito embora o prequestionamento encontre-se sedimentado na jurisprudência, ainda representa um empecilho obscuro a ser transposto por ocasião da interposição e curso dos recursos extraordinário e especial, merecendo, por isso, que ousemos buscar, da maneira o mais objetiva possível, conceituá-lo, desvendando as diversas faces em que se apresenta.

Nos dicionários da língua portuguesa, não encontraremos o vocábulo prequestionamento. Porém, à busca de seu significado gramatical, partimos para uma análise morfológica, que nos permite verificar sua estrutura e formação e, procedendo à decomposição do termo, no festejado dicionário AURÉLIO, temos:

“Pre” é um prefixo, do latim *prae*, significa “anterioridade”, preexistência.

“Questionamento” consiste no ato ou efeito de questionar, de pôr em dúvida a correção, legitimidade de algo ou de alguém.

“Questionar” significa discutir; controverter, retorquir, redargüir, fazer ou levantar questão acerca de algo ou de alguém.

Da junção desses vocábulos, morfologicamente, pode-se dizer que prequestionamento significa o ato ou o efeito de previamente se discutir algo antes de determinado fato.

Transportando esse significado morfológico para o jurídico, tem-se que prequestionamento consiste na suscitação de uma questão jurídica em momento pretérito, qual seja, anterior à interposição dos recursos extraordinário e especial, nos quais será abordada a vulneração a dispositivo constitucional e federal em que tenha incorrido o julgado recorrido.

À primeira vista, parece-nos simples, porém, apesar de estarmos tratando de um instituto com presença marcante no cotidiano de advogados e magistrados, conceituá-lo talvez não passe de uma tentativa ousada, já que tanto a jurisprudência e quanto a doutrina mostram diversas significações para o termo.

É fato que o termo prequestionamento surgiu em decorrência da interpretação dada ao art. 59, inciso III, alínea “a”, da Constituição de 1891, a qual, como dito no tópico anterior, estabelecia o cabimento de recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando presente o questionamento sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela. Obviamente, se cabia recurso para o STF porque tratados e leis federais foram contrariados, é porque tais dispositivos encontravam-se apreciados na decisão recorrida e isto, sim, consiste na análise prévia necessária ao cabimento dos apelos de natureza extraordinária.

Pesquisando doutrina e jurisprudência, pudemos detectar três correntes acerca do que venha a ser prequestionamento, as quais vêm assim sistematizadas por MEDINA:

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 do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito. (2002, p. 201-3)

Dessa sistematização ofertada por MEDINA, abstraímos os entendimentos diversificados em torno da acepção do termo prequestionamento. Uns o entendem como mero pronunciamento do órgão julgador *a quo* em torno da questão federal ou constitucional; outros se posicionam pela configuração do prequestionamento mediante suscitação da questão pela parte e; por fim, há aqueles que aglutinam o primeiro e o segundo pensamentos, ou seja, entendem que a questão deve ser suscitada pela parte e apreciada pelo órgão julgador, sendo certo que tal questão poderá aparecer, ainda que não incitada por nenhuma das partes. Na verdade, imprescindível mesmo é a emissão de juízo pelo órgão *a quo* acerca do tema federal ou constitucional.

Passemos, então, à análise de cada uma dessas concepções à luz da doutrina e da jurisprudência.

#### **4.2.1 PREQUESTIONAMENTO COMO MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL RECORRIDO**

Neste tópico, cuidaremos do prequestionamento enquanto manifestação do órgão recorrido em torno do tema de direito constitucional e federal.

Os recursos extraordinário e especial, enquanto recursos de natureza excepcional, guardam entre si algumas similitudes decorrentes de serem fruto da bipartição do recurso extraordinário previsto na Carta de 1967 e nas que lhe

antecederam. Além de deterem características comuns inerentes aos outros recursos, possuem requisitos comuns atinentes a um e a outro, como, por exemplo, só podem ser interpostos em face de decisão proferida por única ou última instância, de forma que tal decisão comporte emissão de juízo sobre uma questão constitucional ou federal.

Logo, se a decisão recorrida não tratar expressamente de tais questões, não poderá ser objeto de nenhum dos recursos de natureza extraordinária, até porque, a Constituição não abre exceções para esse requisito.

Aliás, esse é o ponto basilar da Súmula 282/STF, a qual consolida a inadmissibilidade do recurso extraordinário quando não ventilada a questão constitucional na decisão recorrida. O mesmo entendimento é adotado pelo C. STJ ao examinar o especial.

Caso a questão não seja abordada pela decisão recorrida, não haverá possibilidade de interposição do extraordinário nem do especial. E a Constituição não exclui, nem mesmo matéria de ordem pública, caso não estejam estas apreciadas pela decisão recorrida. Nesse particular, pontua MEDINA que:

Desse modo, a possibilidade de conhecimento *ex officio* das matérias discriminadas nos arts. 267, Par. 3º., e 301, Par. 4º., do CPC só atingiria os recursos extraordinário e especial se existisse, na Constituição Federal, dispositivo com conteúdo semelhante.

Por tal razão, a nosso ver, as matérias que, nas instâncias ordinárias, podem ser conhecidas *ex officio*, em virtude da aplicação das disposições processuais mencionadas, não podem ser conhecidas *ex officio* em sede de recurso extraordinário e recurso especial. E mais não constando a matéria na decisão recorrida, mesmo que haja provocação da parte quando da interposição do recurso extraordinário ou recurso especial, ainda assim não será possível o conhecimento da matéria pelo Tribunal *ad quem*. É que, como se viu, por expressa disposição constitucional somente poderão ser alvo do recurso extraordinário ou do recurso especial as matérias “decididas” na decisão recorrida.

A estas razões poder-se-ia opor que as disposições constantes dos arts. 267, Par. 3º., e 301, Par. 4º., do CPC constituiriam norma específica, em relação às normas constitucionais que instituíram os recursos extraordinário e especial, em virtude de aquelas serem relativas à incoerência de

preclusão, para as partes e para o juiz, para se manifestarem acerca das matérias de ordem pública, em “qualquer grau de jurisdição”.

Tal argumento, a nosso ver, não prevaleceria. Isso porque, no caso ocorre justamente o inverso, ou seja, as normas relativas aos recursos extraordinário e especial é que são específicas, em relação às normas processuais relativas à inoccorrência da preclusão quanto às matérias de ordem pública. Os arts. 267. Par. 3º., e 301, par. 4º., do CPC dispõem, de modo genérico, acerca da inoccorrência da preclusão, sem se referir expressamente às hipóteses dos recursos excepcionais. Já, contudo, os arts. 102, inc. III, e 105, inc. III, por sua vez, são expressos no sentido de que a questão constitucional ou federal deverá ter sido decidida (2002, p. 220-221).

A jurisprudência do colendo STJ corrobora com esse entendimento, decidindo, reiteradamente, sobre a imprescindibilidade da emissão de juízo pelo órgão *a quo* acerca de todos os dispositivos tidos por violados no especial, ainda que se trate de preceito de ordem pública<sup>18</sup>.

Nesse mesmo sentido, tem se firmado a Excelsa Corte asseverando que *“em se tratando de recurso extraordinário que exige o prequestionamento como requisito constitucional, qualquer questão objeto dele, inclusive de ordem pública, tem de ser prequestionada (súmulas 282 e 356)”* (STF, AI 308273 AgR/PE, 1ª. Turma, Relator Ministro MOREIRA ALVES, julg. 25/02/2003, DJ. 00/00/2000, p. 843).

Sob essa ótica, o fundamental para a configuração do prequestionamento consiste na emissão de pronunciamento acerca de questão federal ou constitucional

---

<sup>18</sup> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. PRETENSÃO DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA MERITAL. INTUITO PROTETATÓRIO. MULTA. CABIMENTO. 1- O acórdão embargado foi absolutamente claro ao consignar o momento oportuno para a parte se insurgir em relação à formação do litisconsórcio, oferecendo interpretação ao texto do art. 46, parágrafo único, do CPC, nos limites em que a matéria foi prequestionada pelo acórdão de segundo grau. A alegação sobre a questão ser de ordem pública não foi objeto de análise, em nenhum momento, no Tribunal *a quo* e, a despeito disso, carece de prequestionamento, não viabilizando sua discussão por ocasião do julgamento do recurso especial. A respeito: ‘Inúmeros precedentes da Corte corroboram o entendimento de que as questões de ordem pública que ensejam nulidade absoluta, para serem reconhecidas na instância extraordinária, dependem de prequestionamento’ (AGA 493606/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ de 06/10/2003). 2- Os embargos de declaração não constituem via adequada para a revisitação do mérito da decisão, resumindo-se em complementá-la, afastando-lhe vícios de compreensão. (STJ, EDRESP 571771/PR, 1ª Turma, Relator Min. JOSÉ DELGADO, julg. 05/05/2004, DJ 07/06/2004, p. 166).

pela decisão recorrida, ou seja, é necessário que efetivamente tenha havido a manifestação do órgão jurisdicional *a quo* acerca da matéria legal ou constitucional veiculada no recurso.

#### **4.2.2 PREQUESTIONAMENTO COMO MANIFESTAÇÃO DAS PARTES PERANTE O ÓRGÃO JURISDICIONAL RECORRIDO**

Pelo critério apresentado no tópico anterior, verificamos ser exigência constitucional, para o cabimento dos recursos extraordinário e especial, que a decisão recorrida contenha juízo acerca de questão federal ou constitucional.

Doravante, cumpre-nos perquirir se a emissão daquele juízo deve ou não decorrer de provocação das partes, quando objetivam estas obter a manifestação do órgão julgador sobre questão federal ou constitucional, de forma a assegurar-lhes o direito de futura e adequada interposição dos apelos excepcionais.

Essa concepção parte do entendimento de que o prequestionamento surge a partir de provocação das partes acerca de determinada questão federal ou constitucional, provocação esta feita perante o órgão prolator da decisão a ser atacada via especial ou extraordinário.

Tal idéia estaria amparada no princípio dispositivo, segundo o qual o órgão julgador deve restringir-se a emitir seu pronunciamento apenas em relação às matérias suscitadas pelas partes, ressalvadas, em instância ordinária, as questões de ordem pública. Também encontraria apoio no princípio da eventualidade ou da defesa concentrada, por força do qual, em se tratando de recursos, incumbe às partes, sob pena de preclusão, a invocação da questão federal e constitucional, nas razões ou contra-razões de recursos interpostos perante a instância inferior, com

vistas a obter expressa manifestação do órgão julgador acerca daquelas questões, quando da prolação de sua decisão.

Em que pesem tais ponderações, fato é que a Constituição não contempla a exigência de ser o prequestionamento realizado pelas partes. O imprescindível, conforme os permissivos constitucionais para cabimento do especial e do extraordinário, é que as questões constitucional ou federal seja objeto de expreso pronunciamento na decisão recorrida.

A atividade das partes perante a instância inferior deve estar centrada na busca da inequívoca manifestação do órgão a respeito daquelas questões, de maneira a viabilizar a admissibilidade do especial e/ou do extraordinário que porventura tenham a intenção de interpor.

Mas isto não quer dizer que o órgão irá se pronunciar, restritivamente, sobre os pontos suscitados pelas partes, pois questões outras podem surgir e ser apreciadas pelo órgão *a quo*, em decorrência da devolutividade da matéria decidida em primeira instância, ou por se tratar de questão de ordem pública. Também não estará o órgão obrigado a apreciar todos os fundamentos invocados pelas partes, podendo motivar sua decisão apenas em um ponto necessário à solução da demanda. Neste caso, entendendo a parte que determinada questão relevante para o deslinde da causa não foi apreciada, caberá a ela manifestar a respectiva omissão mediante os competentes embargos declaratórios, sob pena de preclusão.

O prequestionamento, na verdade, configurar-se-á quando a questão constitucional ou federal debatida no recurso extraordinário ou no recurso especial constar da decisão recorrida, e isto poderá ocorrer, quer por postulação das partes, quer de ofício pelo órgão *a quo*.

O STF e o STJ comungam esse entendimento, deixando claro que a simples provocação da parte não é o suficiente para se considerar prequestionada uma determinada matéria. A exemplo, citamos os seguintes julgados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido empolgada pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente (STF, RE 35267 AgR/RS, 1ª. Turma, Relator Min. MARCO AURÉLIO, julg. 01/06/2004, DJ 25/06/2004, p. 19).

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – PREQUESTIONAMENTO: CONCEITO E CONFIGURAÇÃO.

1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto, não bastando a simples menção a tais dispositivos.
2. Surgindo violação à norma federal durante o julgamento pelo Tribunal ou não tendo este se manifestado sobre as questões suscitadas, é imprescindível o prequestionamento da matéria, através de embargos de declaração, que não serão considerados protelatórios, conforme Súmula 9/STJ. Entretanto, se o Tribunal restar silente, no recurso especial deve-se alegar violação ao art. 535 do CPC.
3. Tese em torno dos dispositivos legais apontados como violados no especial não prequestionada no voto recorrido.
4. Agravo regimental improvido (STJ, AGRAGA 568708/RS, 2ª. Turma, Relatora Min. ELIANA CALMON, julg. 15/06/2004, DJ 13/09/2004, p. 213).

Vemos, pois, não ser o prequestionamento um ato meramente resultante da atividade postulatória das partes, de nada adiantando tal atividade se a questão suscitada houver sido apreciada pelo tribunal recorrido.

#### **4.2.3 PREQUESTIONAMENTO COMO POSTULAÇÃO DAS PARTES E MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO RECORRIDO**

Das duas concepções anteriores, inferimos que, para a configuração do prequestionamento, não é suficiente a argüição da matéria pelas partes, mas, sim,

que haja o enfrentamento no acórdão recorrido. Esse enfrentamento pode ocorrer em decorrência da postulação das partes ou de ofício, quando a questão federal e/ou constitucional surgir no decorrer do julgamento, sem que as partes a tenham abordado.

Dessa idéia, extraímos que o prequestionamento não se configura apenas mediante a atividade das partes. Esta deve estar conjugada ao pronunciamento do órgão inferior. Por outro lado, o prequestionamento concretiza-se a partir da abordagem da questão pelo tribunal ordinário, em razão de questão surgida ao longo do julgamento da causa, independentemente da provocação das partes.

#### **4.3 PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO E EXPLÍCITO**

Verificadas tais concepções, segundo as quais pode ser constatada a presença do prequestionamento, vimos que o que realmente importa para o acesso à via do extraordinário e do especial é o conteúdo da decisão recorrida, ou seja, a abordagem da questão constitucional ou federal pela instância ordinária.

Essa abordagem pode se dar de forma explícita ou implícita. Explícita, quando o acórdão recorrido indica expressamente o dispositivo legal ou constitucional e afirma estar tal abordagem em harmonia com os respectivos comandos. Implícita, quando o acórdão recorrido não indica expressamente o dispositivo, mas do seu conteúdo se colhe pronunciamento pertinente a determinado preceito.

Obviamente que a expressa menção do preceito constitucional ou infraconstitucional na decisão recorrida facilita a constatação da presença do prequestionamento, deixando claro o enfrentamento da questão. Entretanto, se

desta forma não ocorrer, será imprescindível uma acurada, mas não dificultosa, análise do julgado, para que possa ser percebida a presença do tema em debate a refletir a aplicação do preceito, ainda que não indicado expressamente. A propósito, MANCUSO tece as seguintes considerações:

Atualmente, o prequestionamento da matéria devolvida ao STF e ao STJ por força dos recursos extraordinário e especial há que ser entendido com temperamento, não mais se justificando o rigor que inspirou as Súmulas 282, 317 e 356. Desde que se possa, *sem esforço*, aferir no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado nas instâncias precedentes, cremos que é o bastante para satisfazer essa exigência que, de resto, não excrescente, mas própria dos recursos de tipo excepcional, malgrado não conste, às *expressas*, nos permissivos constitucionais que os regem. É que os Tribunais Superiores, não se constituindo em '3ª. ou 4ª. instâncias', apenas conhecem da matéria jurídica bem delineada na extensão e compreensão do que lhes foi devolvido pelo recurso de tipo excepcional. Por outras palavras, a eles não se aplicam os brocardos *iura novit curia* e o *da mihi factum, dabo tibi jus*, próprios dos juízes singulares e dos Tribunais de Apelação (Justiça, Alçadas), que conhecem da matéria jurídica e da de fato. Daí por que, tanto que o tema federal ou constitucional tenha sido agitado, discutido, tornando-se *res dubia* ou *res controversa* (RTJ 109/371), cremos que ele estará prequestionado (2001, p. 217-218, grifos do autor).

O prequestionamento implícito tem sido identificado ante a ausência da expressa indicação do dispositivo apontado por violado na decisão recorrida. No entanto, isto não importa na imprescindibilidade do enfrentamento de questão legal ou constitucional por aquela decisão, o que seria tornar dispensável o prequestionamento. Não é disso que se trata! Considera-se aqui que o tema jurídico foi debatido pelo acórdão recorrido, porém este não fez precisa indicação do dispositivo.

O prequestionamento predominantemente aceito, porém, é o explícito, configurado quando o acórdão recorrido, expressamente, indica o dispositivo legal e/ou constitucional tido por violado nos recursos excepcionais, ainda que necessária a interposição dos embargos de declaração.

O prequestionamento implícito tem encontrado acolhida no Superior

Tribunal de Justiça, que, fulcrando-se em regras mais flexíveis da hermenêutica, busca primar pelo fim social da norma de maneira a viabilizar o acesso à Justiça.

Sobre o tema, reiteradamente, o STJ tem assim se pronunciado:

PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. DESNECESSÁRIA A REFERÊNCIA AOS NÚMEROS QUE IDENTIFICAM AS NORMAS LEGAIS, DESDE QUE TENHA OCORRIDO O DEBATE SOBRE O TEMA JURÍDICO NO ACÓRDÃO. DIVERGÊNCIA NÃO CONSTATADA.

1. Para efeito de prequestionamento, não há necessidade que o Acórdão recorrido tenha citado expressamente os dispositivos legais tidos por violados, sendo suficiente o debate da matéria jurídica neles contida.

2. Embargos de Divergência não conhecidos.

(STJ, ERESP 129856/DF, Corte Especial, Relator Min. EDSON VIDIGAL, julg. 25/03/2004, DJ. 03/05/2004, p. 85)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - O prequestionamento implícito consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento implícito.

II - São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada.

(STJ, ERESP 155621/SP, Corte Especial, Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, julg. 02/06/1999, DJ. 13/09/1999, p. 37)

Há, inclusive, julgados também proferidos pela Corte Especial do STJ reconhecendo o prequestionamento explícito quando a decisão recorrida, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, houver se pronunciado a respeito dos mesmos, ainda que não indique seus respectivos números. A exemplo, veja-se a seguinte ementa:

PROCESSUAL – RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – DISCUSSÃO DO TEMA FEDERAL – FALTA DE REFERÊNCIA AOS NÚMEROS QUE IDENTIFICAM AS NORMAS LEGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO.

- Considera-se explícito o questionamento, quando o tribunal *a quo*, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, nem declinar os números que os identificam no Ordenamento Jurídico, enfrenta as regras neles contidas (STJ, ERESP 165212/MS, Corte Especial, Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, julg. 20/10/99, DJ. 17/09/2001, p. 100).

Já o Supremo Tribunal Federal acolhe apenas o prequestionamento explícito, exigindo a expressa indicação do dispositivo constitucional cuja violação for invocada no extraordinário. Tal posicionamento vem justificado sob o argumento de que a não indicação expressa do dispositivo constitucional na decisão recorrida importa na ausência da efetiva apreciação de litígio constitucional (Min. CELSO DE MELLO, AGRRE 344528-6/MG).

No particular, em feito de sua relatoria, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE esclarece:

‘Pquestionamento implícito’ seria o que resultasse do descumprimento de uma norma que não chegou a ser examinada pelo acórdão recorrido. O requisito do prequestionamento, no entanto, como se sabe, assenta no fato de não ser aplicável à fase de conhecimento do recurso extraordinário o princípio *jura novit curia*, instrumento de revisão *in jure* das decisões proferidas em única ou última instância, o RE não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal *a quo* sobre a questão suscitada no recurso extraordinário. Por isso, sendo o prequestionamento, por definição, necessariamente explícito, o chamado “prequestionamento implícito” não é mais do que uma simples e inconcebível contradição entre termos. (STF, AI 253566 AgR/RS, 1ª. Turma, julg. 15/02/2000, DJ 03/03/2000, p. 66, grifo do original)

Nessa linha de entendimento, reiteradamente, tem decidido a Excelsa

Corte:

INADMISSIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

- A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta e prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário. Precedentes (STF, AGRRE 344528-6/MG, 2ª. Turma, Relator Min. CELSO DE MELLO, julg. 27/08/2002, DJ. 04/10/2002, p. 130).

- Falta de prequestionamento – e atualmente é pacífico o entendimento desta Corte de que não se admite como tal o denominado prequestionamento implícito – das demais questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário.

Agravo a que se nega provimento (STF, AI 306307-AgR/SP, 1ª. Turma, Relator Min. MOREIRA ALVES, julg. 25/03/2003, DJ. 02/05/2003, p. 29).

Em que pese a firme posição do Supremo Tribunal Federal, ousamos fincar nosso entendimento sob o ponto de vista de que o fundamental para a configuração do prequestionamento está na efetiva emissão de pronunciamento do tribunal inferior acerca da interpretação e aplicação do dispositivo legal e/ou constitucional à solução da controvérsia, ainda que não tenha feito expressa menção ao número ou ao teor do preceito invocado, ou seja, coadunamos com a posição esposada pelo Colendo STJ.

#### **4.4 PREQUESTIONAMENTO E EMBARGOS DECLARATÓRIOS**

Costumeiramente, como ressalta CAVALCANTE (2003), os embargos declaratórios são associados ao prequestionamento, máxime quando aqueles são opostos em face de decisão proferida por tribunal ordinário. Porém, essa associação mostra-se um tanto quanto equivocada, a partir do momento em que se pensa em utilizar os embargos como remédio heróico para o surgimento de tema federal ou constitucional na decisão então embargada.

Os embargos declaratórios não constituem meio para inovação ou introdução de novos temas à causa. Trata-se de um dos recursos elencados pelo nosso sistema recursal, que o coloca à disposição do jurisdicionado com a finalidade de requerer ao juiz ou tribunal prolator da decisão que seja esclarecida a obscuridade; alijada a contradição ou a sanada omissão existente no julgado, como artifício viabilizador para o cabimento dos apelos excepcionais.

Não podemos olvidar que ao órgão julgador cabe emitir pronunciamento acerca das questões relevantes ao deslinde da causa e, também, que a decisão a ser proferida deve ser fundamentada (CF, art. 93, IX), clara e coerente, despida de

obscuridade, contradição e omissão pois, se assim não for, devem entrar em cena os embargos declaratórios.

Em se tratando de decisão de única ou última instância, atacáveis, portanto, apenas via extraordinário ou especial, necessariamente, tal decisão deverá enfrentar tema constitucional ou federal suscitado por qualquer das partes ou examinável de ofício. Caso assim não ocorra, torna-se imperiosa a provocação do órgão judicial, mediante a oposição de embargos declaratórios, para sanar o defeito de seu pronunciamento.

Opostos os declaratórios e, sendo os mesmos acolhidos, certamente estará sanado o defeito da decisão embargada e, por conseguinte, estará prequestionada questão constitucional e/ou federal de maneira a ensejar a interposição dos apelos excepcionais. Nesta circunstância, os embargos “*funcionam como simples meio condutor daquilo que deveria ter sido abordado no julgamento da causa*” (CAVALCANTE, 2003, p. 111, grifo do autor).

Do nosso ponto de vista, é importante ser destacado que os embargos serão opostos para se buscar o pronunciamento acerca de questão já levantada pelas partes perante o órgão inferior ou que possa ser objeto de conhecimento *ex officio*, porquanto, como já ressaltamos, os declaratórios desservem para inovar fundamentos.

A ressalva decorre do fato de que, às vezes, os embargos declaratórios são utilizados com a finalidade de se obter do órgão julgador um pronunciamento sobre tema constitucional e/ou federal impertinente à causa, ou até mesmo que não houvera sido suscitado pelas partes antes da prolação da decisão embargada, tudo com vistas a forçar o aparecimento de tal questão de forma a habilitar posterior interposição dos apelos excepcionais.

Diante de tais circunstâncias, em se tratando de prequestionamento, achamos crucial a idéia de CAVALCANTE (2003) de classificar os embargos declaratórios em quatro formas, quais sejam: autênticos, explicitantes, exaurientes e pós-questionadores.

Os embargos declaratórios autênticos consistem naqueles embargos cuja hipótese acima descrevemos, tendo por objetivo sanar uma omissão do julgado, por não ter este examinado uma questão efetiva e anteriormente levantada no processo. Em tal hipótese, a questão constitucional ou federal já teria sido enfrentada pela primeira instância e agitada na apelação, entretanto, o tribunal inferior deixou de emitir juízo a tal respeito. Configurou-se, assim, típica omissão a ser objeto dos embargos, porquanto se não houver a manifestação do órgão acerca de tal questão, inviabilizada estará a via dos recursos excepcionais.

Os declaratórios explicitantes consistem numa modalidade que visa a aclarar a fundamentação do julgado, pois este, embora tenha abordado a questão federal ou constitucional, não o fez de forma direta e explícita. A parte, então, guarda a intenção de ver aperfeiçoada a prestação jurisdicional mediante menção mais evidente do dispositivo constitucional e/ou federal ventilado na decisão.

Essa explicitação mostra-se necessária para efeitos de tornar transparente o prequestionamento da questão, não só para atendimento dos permissivos constitucionais para cabimento do extraordinário e do especial, como também para atender o posicionamento do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Do STF, porque somente admite o prequestionamento explícito da questão com expressa indicação do dispositivo constitucional em debate; do STJ, posição menos formal, porque exige apenas que o julgado enfrente as regras contidas nos dispositivos legais tidos por violados no especial, não havendo

exigência de que conste do teor da decisão recorrida a indicação do número ou letra daqueles dispositivos.

Os embargos declaratórios exaurientes seriam aqueles opostos pelas partes em razão de tema constitucional e/ou federal surgido apenas no decorrer do julgamento da apelação e sobre o qual não tiveram oportunidade de se manifestar. No entanto, caso o órgão inferior tenha se pronunciado de forma explícita sobre a questão surgida no curso do julgamento, torna-se despicienda a interposição dos embargos declaratórios.

Por derradeiro, temos os embargos de declaração pós-questionadores. Figura da qual surge a equivocada associação dos declaratórios com a figura do prequestionamento. Nestes, o intuito da parte embargante consiste em obter do órgão julgador um pronunciamento acerca de questão constitucional e/ou federal que, até então, não havia sido agitada e não guarda qualquer sentido na demanda. Como diz CAVALCANTE, a parte *“tenta forçar a abordagem de matéria constitucional ou federal não aplicável ao caso.”* (2003, p. 115).

O Ministro FERNANDO GONÇALVES, em julgado de sua lavra, consigna que *“Os embargos de declaração opostos após o julgamento da apelação, versando matéria não agitada e nem decidida antecedentemente, não traduzem prequestionamento da questão federal, mas, consoante julgado do Superior Tribunal de Justiça (Resp 31257-0), pós-questionamento”* (STJ, RESP 404113/SP, 4ª. Turma, julg. 16/03/2004, DJ 01/07/2004, p. 201).

Verificadas essas “modalidades” de embargos de declaração tal como delineadas por CAVALCANTE, inferimos que aquele recurso, para efeito de configurar o prequestionamento, somente terá valia se a decisão recorrida for omissa, contraditória ou obscura quanto à questão constitucional ou federal

ventilada pelas partes ou examinável de ofício, a fim de que seja esgotada a instância ordinária.

Exatamente dessa concepção, sem desvirtuar a verdadeira natureza dos embargos declaratórios, é que adveio a construção jurisprudencial consubstanciada nas Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal, e na súmula 211, do Superior Tribunal de Justiça.

A súmula 282 do STF dispõe ser *“inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”*.

Por sua vez, a súmula 356 diz que *“o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”*.

Essas duas súmulas foram editadas, em 16 de dezembro de 1963. A primeira foi editada para realçar a importância da provocação das partes e da manifestação da decisão recorrida em torno do tema constitucional ou federal. A segunda, para arredar dúvidas sobre a imprescindibilidade do prequestionamento para manejo do recurso extraordinário, máxime em razão de tal requisito não ter sido expressado pela Constituição de 1946 e, como as demais sobrevindas a esta também não contemplaram tal previsão, o entendimento sumulado continua a prevalecer.

Tanto uma como a outra súmula primam pelo enfrentamento da questão federal ou constitucional pela decisão recorrida. Essa questão, como vimos, surgirá por força de manifestação das partes ou por se tratar de matéria de ordem pública surgida no decorrer do julgamento e, não sendo objeto de expressa resolução, verificar-se-á a omissão do acórdão, por conseguinte, a interposição dos embargos

declaratórios será imprescindível, com o fito de sanar a omissão, tanto em atendimento à técnica do prequestionamento, como para a perfeita e completa entrega da prestação jurisdicional.

Os embargos declaratórios, em tais casos, serão indispensáveis, pois por meio dos mesmos é que virá a ser integrada a decisão com a manifestação acerca do tema federal ou constitucional, tudo em exata observância ao dispositivo que regulamenta o remédio (CPC, art. 535) e aos dispositivos constitucionais que prescrevem os recursos especial e extraordinário.

Da leitura da súmula 356 nasceu uma corrente jurisprudencial com entendimento de que ante a mera oposição dos embargos de declaração já estaria atendido o requisito do prequestionamento, sendo, pois, cabível o extraordinário, não importando se acolhidos ou rejeitados os embargos. Nessa linha trilha o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE que, em diversos feitos de sua relatoria, tem asseverado:

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 (STF, AI 731179 AgR/SP, 1ª. Turma, julg. 26/06/2003, DJ 01/08/2003, p. 119).

De outro lado, situa-se uma outra corrente que sustenta entendimento diametralmente oposto, ou seja, de que a simples interposição dos embargos declaratórios não se mostra bastante para a configuração do prequestionamento, porquanto a questão constitucional deve constar da decisão recorrida. Se acerca de tal questão a decisão ficou omissa, ainda que instada mediante os declaratórios,

restará à parte, no recurso extraordinário, argüir a nulidade do julgado por ofensa ao devido processo legal. Essa corrente vem trilhada pelo proficiente Ministro MARCO AURÉLIO, que assim externa seu posicionamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO. Diz prequestionada determinada matéria quando o Órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. Verificada a omissão, incumbe à parte protocolar embargos declaratórios, no que consubstanciam verdadeiro ônus processual. A persistência do Órgão julgador no erro de proceder desafia a veiculação, no extraordinário, não da matéria sobre a qual não chegou a haver a emissão de juízo, mas de transgressão ao devido processo legal com o pedido de declaração de nulidade do provimento. Impossível é atribuir aos declaratórios efeito que eles não têm, ou seja, pelo simples conteúdo, revelarem o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e a decisão prévios do tema (STF, AI 161014-1 AgR/SC, 2ª. Turma, julg. 08/09/1994, DJ 20/04/1995, p. 9957).

Esse segundo entendimento, a nosso ver, encontra-se mais harmônico com a exigência constitucional para cabimento do apelo extremo, que requer a presença da questão constitucional ou federal debatida na decisão recorrida. A interposição dos embargos declaratórios tem por escopo apenas a integração do julgado, não lhe sendo dado, por si só, atender essa finalidade.

Interpostos os declaratórios e persistindo o vício na decisão embargada acerca da questão federal ou constitucional, como salienta MEDINA, restarão violados os princípios insculpidos nos artigos 5º., incisos LIV e LV, e 93, da Constituição Federal, incorrendo em *error in procedendo*, por conseguinte, deverá a decisão ser anulada para que outra seja proferida.

E esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal Justiça, que o consolidou editando a Súmula 211, segundo a qual é *“inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal.”*

Destarte, para manejo do recurso especial, não é suficiente a interposição dos embargos declaratórios acerca de questão não enfrentada no acórdão recorrido. É imprescindível que a matéria suscitada nos embargos e no especial conste expressamente do julgado atacado.

Sendo rejeitada a pretensão veiculada nos embargos declaratórios, o recurso especial deverá trazer o pleito de nulidade da respectiva decisão, por negativa de vigência aos artigos 458, inciso II, e 535, do Código de Processo Civil, ante a falta de prestação jurisdicional e também de fundamentação.

## 5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, deduz-se que, de fato, o prequestionamento é um dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário, muito embora não se trate de expressa imposição constitucional, pois decorre da própria natureza excepcional daqueles recursos.

A questão a ser debatida em tais recursos há de ser prequestionada, ou seja, tal como consubstanciado nas Súmulas 282 e 356 do STF, é necessário que o Tribunal *a quo* a tenha apreciado.

Portanto, como pressuposto de admissibilidade do recurso especial e do extraordinário, o prequestionamento deve ser feito de forma explícita, uma vez que, conforme se procurou deduzir ao longo do trabalho, tratam-se de recursos que têm por escopo a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais e da Constituição.

Sem que, concretamente, o acórdão haja apreciado as questões pertinentes aos citados objetivos, consubstanciados nos permissivos constitucionais, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente para decidir os aludidos recursos.

Destarte, à luz da racionalidade conclusiva e de acordo com o texto constitucional, em específico, com os artigos 102, III, e 105, III, não há dúvidas de que, para o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a matéria (a causa) deve estar devidamente exaurida pelas instâncias locais.

Se não for decidida, mesmo que pudesse ter sido, não há como

alcançar aquelas duas Cortes Superiores para tratar de tema que o órgão *a quo* não decidiu.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico de direito*. 3. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003

ALVIM, ARRUDA. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 63-99.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as constituições brasileiras*. Campinas: Bookseller, 2001.

CURTY, Marlene Gonçalves; CRUZ, Anamaria da Costa; MENDES, Maria Tereza Reis. *Apresentação de trabalhos acadêmicos, dissertações e teses: (NBR 14724/2002)*. Maringá: Dental Press, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. 4. t. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo civil: recursos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Princípios de processo civil na constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação as decisões judiciais*. 4. ed. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. *Prequestionamento*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
1. DOS RECURSOS.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
1.1 O RECURSO E O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
1.2 RECURSOS E OUTROS REMÉDIOS PROCESSUAIS.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
1.3 DA DIFERENÇA DOS RECURSOS E DA REMESSA OBRIGATÓRIA.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
1.5 EFEITOS DOS RECURSOS.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
2. RECURSO ESPECIAL .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
2.1 ASPECTOS GERAIS .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
2.2 PRESSUPOSTOS DO RECURSO ESPECIAL..	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
2.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
2.4 EFEITOS DO RECURSO ESPECIAL .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3.1 BREVE HISTÓRICO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3.2 ACEPTÃO E FUNÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3.3 PRESSUPOSTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3.4 EFEITOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO ..	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
4. PREQUESTIONAMENTO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
4.1 ORIGEM.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
4.2 CONCEITO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
4.3 PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO E EXPLÍCITO.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
4.4 PREQUESTIONAMENTO E EMBARGOS DECLARATÓRIOS.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
5. CONCLUSÃO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>

