

**KARINE DE ALMEIDA SANTOS**

**EFEITO DEVOLUTIVO NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL: DIMENSÕES DO  
PRÉ-QUESTIONAMENTO EM VIRTUDE DO NOVO CPC E IMPLICAÇÕES NA  
ATUAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO STJ.**

**KARINE DE ALMEIDA SANTOS**

**EFEITO DEVOLUTIVO NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL: DIMENSÕES DO  
PRÉ-QUESTIONAMENTO EM VIRTUDE DO NOVO CPC E IMPLICAÇÕES NA  
ATUAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO STJ.**

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

Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

Brasília

2018

**KARINE DE ALMEIDA SANTOS**

**EFEITO DEVOLUTIVO NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL: DIMENSÕES DO  
PRÉ-QUESTIONAMENTO EM VIRTUDE DO NOVO CPC E IMPLICAÇÕES NA  
ATUAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO STJ.**

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

Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

Brasília, 14 de abril de 2018.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof. Dr. João Ferreira Braga**  
Orientador

---

**Prof. Dr. Carlos Orlando Pinto**  
Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, minha força, por ter me sustentado até aqui. A meus amados pais, maiores exemplos de vida. A meu esposo, André, pela paciência e apoio. A meu orientador, professor João Braga, por toda dedicação, respeito e atenção dados na orientação deste estudo.

*“Não chores, meu filho;  
Não chores, que a vida  
É luta renhida:  
Viver é lutar.  
A vida é combate,  
Que os fracos abate,  
Que os fortes, os bravos  
Só pode exaltar”.*

*(Gonçalves Dias)*

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto o pré-questionamento ficto no recurso especial, e como objetivo analisar a sua aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A relevância do presente estudo verifica-se na análise das implicações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, ao positivizar a ficção do pré-questionamento, bem como às mudanças ocorridas nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, conhecido pelo rigor e formalismo exigido, no tocante a observância do preenchimento do requisito em questão e pelo entendimento consolidado de não se aceitar a ficção do pré-questionamento. Primeiramente, traz-se uma abordagem histórica dos motivos que levaram à instituição do Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, analisa-se a evolução do pré-questionamento no plano doutrinário e jurisprudencial, bem como se estuda a finalidade dos embargos de declaração pré-questionadores. Ao final, estuda-se a positivação do pré-questionamento ficto, à luz do art. 1.025 do novo Código de Processo Civil e sua aplicação e interpretação perante o Superior Tribunal de Justiça. Com isto, pretende-se responder qual foi a interpretação dada pelo mencionado tribunal, quanto à positivação da ficção legal e se esta atendeu a intuito do legislador.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Pré-questionamento ficto. Art. 1.025. Novo Código de Processo Civil. Recurso Especial. Superior Tribunal de Justiça.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUAS FUNÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS: UM ESTUDO ACERCA DO CONTROLE DO DIREITO FEDERAL POR MEIO DO RECURSO ESPECIAL .....</b>	<b>10</b>
1.1 A Constituição da República de 1988 e a reestruturação do Poder Judiciário .....	10
1.2 Tribunais superiores e seus papéis jurídico-políticos .....	14
1.3 Competências atribuídas às Cortes de superposição – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – para a preservação do estado federado e de sua ordem jurídica. ....	17
1.4 Superior Tribunal de Justiça: competências herdadas do Supremo Tribunal Federal, em especial a de controle do direito federal .....	19
1.4.1 <i>A formação de jurisprudência específica sobre matéria federal: instrumentos processuais voltados a esse propósito.</i> .....	22
1.5 Recurso Especial.....	25
1.5.1 <i>Hipóteses constitucionais de cabimento e finalidades tutelares.</i> .....	26
1.5.2 <i>O pré-questionamento e a sua interpretação doutrinária e jurisprudencial: controvérsias existentes em torno do conceito em tela</i> .....	30
<b>2 O PRÉ-QUESTIONAMENTO: REFLEXÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO CONCEITO NO PLANO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>36</b>
2.1 O pré-questionamento considerado como a exigência de pronunciamento expresso sobre a questão federal infraconstitucional no julgamento recorrido. A construção doutrinária e jurisprudencial a partir do comando constitucional inscrito no inciso III dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal. ....	36
2.2 A dicotomia entre a posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: um estudo analítico a respeito das diferentes percepções das cortes de superposição. ....	42
2.2.1 <i>A visão do Supremo Tribunal Federal: o pré-questionamento como ato/iniciativa da parte.</i> .....	45
2.2.2 <i>O pré-questionamento e a compreensão assentada pelo Superior Tribunal de Justiça: ato do tribunal recorrido</i> .....	49
2.3 Os embargos de declaração pré-questionadores: a funcionalidade dos declaratórios na configuração do pré-questionamento. Um estudo sobre o alcance dos enunciados de súmula das cortes superiores.....	51
2.4 Reflexões conclusivas em torno da evolução do conceito doutrinário e jurisprudencial de pré-questionamento. ....	56

2.5 O Código de Processo Civil de 2015, o princípio da primazia do julgamento de mérito e impactos no ambiente dos recursos extraordinários.....	57
2.5.1 <i>O processo civil no Estado constitucional: implicações na atuação das instâncias de superposição</i> .....	61
2.5.2 <i>A positivação do pré-questionamento ficto no CPC/2015: uma atenta avaliação do disposto no art. 1.025 da novel legislação codificada e da sua constitucionalidade.</i> ....	64
2.6 Considerações finais acerca do pré-questionamento e sua aplicação aos recursos extraordinários interpostos contra decisões publicadas em data anterior à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.....	71
<b>3 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRÉ-QUESTIONAMENTO À LUZ DO NOVO CPC NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>	<b>73</b>
3.1 Recurso Especial n. 1.639.314/MG, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 10/04/2017.....	73
3.2 Recurso Especial n. 1.684.231/SC, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26/02/2018.....	75
3.3 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 689.034/SC, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 31/08/2016.....	77
3.4. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.128.181/RS, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 06/11/2017. ....	80
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>85</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o pré-questionamento ficto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, à luz do novo Código de Processo Civil. Em razão de variadas concepções dadas pela doutrina e jurisprudência ao requisito, e ante a divergência de entendimentos entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no tocante a sua aplicabilidade, o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015 positivou a ficção do instituto em seu art. 1.025, em clara oposição ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, que não aceitava tal ficção.

A relevância do presente estudo verifica-se na análise da aplicabilidade da positivação da ficção legal perante o Superior Tribunal de Justiça, abordando à intenção do legislador em positivar o instituto, bem como sua implicação no campo processual civil e no âmbito dos tribunais superiores. Com isto, pretende-se responder qual foi à interpretação dada pelo mencionado tribunal, quanto à ficção legal e se esta atendeu a intuito do legislador.

A pesquisa é do tipo dogmática-instrumental e contará com o aparato doutrinário, jurisprudencial, com pesquisas feitas em artigos acadêmicos, notícias veiculadas por mídia eletrônica, bem como por toda a legislação pertinente ao tema, que se constitui por meio físico e eletrônico.

No primeiro capítulo, serão apresentados os motivos que ensejaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, que se deu mediante a reestruturação do Poder Judiciário, ocorrida na vigência da Constituição Federal de 1988, e também pela denominada “crise do Supremo”, que fez surgir à necessidade de se instituir um tribunal superior, cuja missão fosse à de uniformização e controle do direito federal infraconstitucional.

Serão feitas também considerações a respeito do papel jurídico-político, exercido pelos tribunais superiores, bem como se abordará as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal e as que foram herdadas pelo Superior Tribunal de Justiça, a sua importância e seu relevante papel no tocante ao controle do direito federal, feito por meio do recurso especial. Para isso, serão indicadas as hipóteses constitucionais de cabimento e finalidades tutelas do recurso especial e, por fim, será feita uma breve análise inicial, acerca das controvérsias existentes sobre o pré-questionamento.

No segundo capítulo, será realizado um estudo mais detalhado acerca da evolução do pré-questionamento no plano doutrinário e jurisprudencial. Para isso, será demonstrada a existência do requisito nas Constituições anteriores e sua supressão, a partir da Constituição

de 1946, que deu início as controvérsias e à divergência de entendimentos entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao pré-questionamento ficto. Tal controvérsia será demonstrada por meio de julgados proferidos por ambos os tribunais superiores.

Também será preciso apontar a finalidade dos embargos de declaração pré-questionadores e fazer algumas reflexões conclusivas a respeito da evolução do pré-questionamento.

Para o estudo da positivação do pré-questionamento ficto, no âmbito do novo Código de Processo Civil, serão feitas algumas considerações a respeito das fases metodológicas do Processo Civil, seguido do estudo acerca do princípio da primazia do julgamento do mérito, bem como se abordará o alcance do art. 1.025 e de sua constitucionalidade, a fim de explicar a finalidade buscada pelo novo Código de Processo Civil no âmbito dos recursos.

Por fim, o terceiro capítulo terá como finalidade fazer uma análise acerca da positivação do pré-questionamento ficto, nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. A análise será feita por meio de recentes julgados proferidos no âmbito do tribunal superior, em que houve a apreciação e interpretação do art. 1.025 do Código de Processo Civil. Tudo isso para que, ao final, se chegue à análise dos impactos trazidos com a positivação do pré-questionamento ficto na nova legislação e se tal positivação ocasionou alguma mudança de comportamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Após a demonstração da aplicação do pré-questionamento perante o Superior Tribunal de Justiça, através dos seus acórdãos, será verificada se a interpretação do requisito pelo mencionado tribunal se deu conforme pretendeu a nova legislação.

## **1 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUAS FUNÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS: UM ESTUDO ACERCA DO CONTROLE DO DIREITO FEDERAL POR MEIO DO RECURSO ESPECIAL**

Neste capítulo, pretende-se realizar uma breve abordagem acerca dos motivos que ensejaram a formação do Superior Tribunal de Justiça, instituído pela Constituição Federal de 1988, bem como a importância desse tribunal, conhecido como Tribunal da Cidadania, e seu papel perante a sociedade e a comunidade jurídica, no tocante ao controle do direito federal, feito por meio do recurso especial.

Será tratado também acerca do papel jurídico-político dos tribunais superiores, apontando-se as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal e as competências herdadas pelo Superior Tribunal de Justiça, concernente ao controle do direito federal, analisando a formação da jurisprudência específica sobre a matéria federal e traçando os principais pontos a respeito do recurso especial, principal recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e, conseqüentemente, traçando as controvérsias que ainda cercam o pré-questionamento.

Não se pretende aqui esgotar todos os aspectos que ensejaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, mas apenas situar o leitor em uma linha cronológica de acontecimentos para bem entender o objetivo deste trabalho.

### **1.1 A Constituição da República de 1988 e a reestruturação do Poder Judiciário**

A Constituição da República de 1988 foi o marco para o estabelecimento da nova democracia. Nela se consignou um rol abrangente de direitos aos cidadãos, que antes não lhes era assegurado. Foi a partir dela também, que se iniciou a reestruturação do Poder Judiciário, ocasionada em razão da ampliação de instrumentos legítimos, aptos a se recorrer aos tribunais na busca pela execução desses novos direitos, fazendo com que a via judicial ganhasse maior visibilidade dentro do cenário político e social.

No que diz respeito à revolução democrática da justiça, Boaventura de Sousa Santos<sup>1</sup>, em uma análise crítica acerca dos principais pontos, concernentes às mudanças ocorridas pelos tribunais nos últimos anos, em que pese à evolução da democracia e o papel do direito e da justiça, aduz que o Poder Judiciário, até metade do século XX, posicionava-se de modo

---

<sup>1</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

conservador, no que diz respeito às questões políticas, econômicas, e que envolviam lutas por transformação social, afirmando o seguinte:

“Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A construção do Estado latino-americano ocupou-se mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário numa parte do aparato burocrático do Estado - um órgão para o poder político controlar - de fato, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores”.<sup>2</sup>

O autor informa que, até então, não se vislumbrava um Poder Judiciário apto a promover à justiça social, tendo em vista que não era do interesse dos regimes autoritários cancelarem tal promoção, o que o impedia de agir diante dos atos repressivos praticados por esses regimes.

Contudo, observou-se que, ao final da década de 1980, o Poder Judiciário teve suas fronteiras alargadas, não apenas em países latino-americanos, como o Brasil, mas também na Europa, África e Ásia, saindo de sua posição conservadora para assumir o papel de protagonista, dando forma ao denominado intervencionismo judiciário, que busca garantir maiores direitos aos cidadãos.<sup>3</sup>

Ainda segundo o autor, são diversas as razões que ensejaram tal protagonismo, não sendo possível identificar, exatamente, todos os pontos que o levaram a essa posição, por questões internas de cada país, relacionadas aos níveis de desenvolvimento social, econômico e cultural vivenciados. Porém, afirma que a elevação do Poder Judiciário ao novo cenário relaciona-se com o “desmantelamento do Estado intervencionista”, seja o Estado desenvolvimentista, o Estado-providência ou o Estado do bem-estar social, que não foram capazes de dar uma efetiva aplicação ao alcance dos direitos.<sup>4</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, que afastou o regime autoritário ditatorial e abriu caminho para o regime democrático, com a instituição do modelo republicano-federativo, ampliou o rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e acresceu os direitos ao meio ambiente e do consumidor. Possibilitou também que os cidadãos tomas-

---

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 21.

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 22.

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 23-24.

sem consciência de seus direitos e, mesmo diante de uma estrutura administrativa estatal deficiente, incapaz de atender as políticas sociais dispostas na Constituição, os fez buscar, por meio do Poder Judiciário, a efetiva execução desses direitos e garantias.<sup>5</sup>

No entanto, com a troca de um regime autoritário para um regime democrático, as sociedades passaram pelo que o autor denominou chamar de “curto-circuito histórico”, porque a instituição de um rol tão complexo de direitos sem a efetiva consolidação de políticas públicas e sociais, aptas a respaldarem tais direitos, tornou difícil a tarefa de efetivá-los.<sup>6</sup>

Por tal razão, a nova atuação do Poder Judiciário, em relação à legitimidade social atribuída aos tribunais, ensejou um “confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado”, em razão da incompetência dos poderes políticos para atender às demandas sociais requeridas. Dessa forma, “o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação”.<sup>7</sup>

Com isso, além de garantir independência e autonomia ao Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 deu a ele também reforço institucional, atribuindo-lhe a função de guardião dos direitos fundamentais, civis, políticos e sociais.<sup>8</sup>

Diante do novo papel do Poder Judiciário dentro da sociedade, a intensa busca pela intervenção judicial acabou afetando sobremaneira a atuação dos tribunais, pelo fato de eles não conseguirem suprir todas as expectativas esperadas pela parte. A partir de então, iniciou-se a busca por uma nova organização dentro da estrutura judicial, a fim de viabilizar uma melhor prestação jurisdicional.

Para além das atribuições trazidas pela Constituição Federal de 1988, uma de suas maiores inovações, no tocante à reestruturação do Poder Judiciário, foi a instituição do Superior Tribunal de Justiça, constituído com a finalidade de julgar recursos extraordinários relacionados ao direito federal, atuando como instância federal e tratando de matérias de cunho

---

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p. 25

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p. 26.

<sup>7</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p. 29.

<sup>8</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *25 anos do Tribunal da Cidadania: A Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional///index.php/vinteecincoanos/issue/view/272/showToc>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

infraconstitucional, retirando, assim, a carga processual suportada pelo Supremo Tribunal Federal, que ficou conhecida como a “Crise do Supremo”.<sup>9</sup>

É que, até o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal detinha duas prerrogativas, relativas ao controle e à uniformização da interpretação da norma: a ele cabia fazer o controle e a uniformização tanto do direito constitucional, quanto do direito infraconstitucional, por meio do recurso extraordinário.<sup>10</sup>

Conforme explica Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>11</sup>, em razão do excesso de demandas levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, devido a essa prerrogativa peculiar, obstáculos jurisprudenciais, legais e regimentais foram colocados por esse tribunal como requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, a fim de barrar o número de recursos. Contudo, tais empecilhos demonstraram-se limitados, não podendo suportar o acúmulo de processos, gerando delonga na prestação jurisdicional, daí a denominada “crise do Supremo”.

Em razão da crise vivenciada, após intensos debates entre os maiores juristas à época, foi com a Constituição Federal de 1988 que se instituiu o Superior Tribunal de Justiça, incumbido da defesa da unidade federal, no intuito de auxiliar o Supremo Tribunal Federal, aliviando-o de sua sobrecarga e permitindo a ele assumir o papel de Corte Constitucional, cuja missão é a defesa da Constituição.<sup>12</sup>

Ao passo que foi precipuamente instituído um novo tribunal, instituiu-se, consequentemente, um novo recurso destinado a ele. Desse modo, o recurso extraordinário, antes de competência apenas do Supremo Tribunal Federal, divide-se em dois: o recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, e o recurso extraordinário especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, com vistas à tutela da lei federal.

Diante de tal divisão, permitiu-se, a princípio, uma melhor atuação com relação à prestação jurisdicional. Contudo, antes da instituição do Superior Tribunal de Justiça já havia

---

<sup>9</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>10</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113.

<sup>11</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113.

<sup>12</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 25 anos do Tribunal da Cidadania: *A Constituição de 1988*. Dispo nível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/vinteecincoanos/issue/view/272/showToc>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

críticas a seu respeito, relacionadas ao volume de demandas que esse tribunal viria a receber, levando, por consequência, ao mesmo problema enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, em torno do excesso de litigiosidade que viria a postergar a outorga dessa prestação.<sup>13</sup>

Analisado o panorama histórico dos motivos que ensejaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, com o advento da Constituição Federal de 1988, reestruturando o Poder Judiciário, cumpre observar que, para melhor compreensão acerca da atuação desse tribunal e da sua função, convém tecer algumas observações relativas ao papel jurídico-político dos tribunais superiores, o qual será abordado no tópico subsequente.

## 1.2 Tribunais superiores e seus papéis jurídico-políticos

Ao Estado compete o poder de decisão. “Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado decide”<sup>14</sup>. Essa capacidade de decisão, conforme explica Cândido Rangel Dinamarco<sup>15</sup>, ocorre de forma abstrata, por meio de regras de conduta e organização da vida em sociedade e, concretamente, dentro do âmbito político, administrativo e jurisdicional.

Em sede jurisdicional, verifica-se a atuação estatal através dos órgãos que compõem o Poder Judiciário<sup>16</sup>, entre eles encontra-se o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, órgãos de superposição, que possuem relevante papel na sociedade.

As questões políticas permeiam todos os Poderes da Federação, mas, diferentemente dos outros poderes, no Judiciário, sempre que lhes seja apresentada alguma demanda, em razão da indeclinabilidade da jurisdição, deve haver pronunciamento, e ele o faz por meio de suas decisões, que são fundamentadas, por expressa previsão legal.<sup>17</sup>

Em vista disso, os tribunais superiores não podem se esquivar da atividade

---

<sup>13</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 115.

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 104.

<sup>15</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>16</sup> Art. 92, CF/88: São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

<sup>17</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004. p. 98.

controladora referente a atos políticos. No entanto, em regra, tal atividade não é livre, salvo as exceções concernentes ao princípio da inércia, o Poder Judiciário só age mediante provocação.<sup>18</sup>

A função jurídico-política exercida pelos tribunais superiores encontra respaldo na própria Constituição Federal, a qual os encarregou de desempenhá-la com vistas à preservação do Estado, ou seja, definindo os rumos a serem seguidos pela sociedade, na promoção do interesse público.<sup>19</sup>

Assim, verifica-se que o exercício da função jurídico-política, quando da realização da prestação jurisdicional indeclinável, pode ser realizado por meio dos recursos, das audiências públicas e também através dos precedentes.<sup>20</sup>

No que concerne à intervenção dos tribunais nas questões políticas, ressalta-se a legitimidade democrática a eles conferida pela Constituição Federal, que lhes deu autoridade. Em razão disso, a sociedade, ao se deparar com alguma questão que afronta veementemente o ordenamento constitucional e infraconstitucional, busca no Poder Judiciário esse controle, que possibilita a correção das incongruências.<sup>21</sup>

Tal atribuição é indispensável à manutenção da ordem social, pois se o Estado não interviesse nas relações, deixando de fornecer a prestação jurisdicional, apta a pacificar os conflitos postos à intervenção estatal, conforme explica Dinamarco<sup>22</sup>, “seria a renúncia à própria subsistência da organização política da sociedade”.

Nesse contexto, verifica-se que a função jurídico-política dos tribunais superiores é exercida, primordialmente, por meio do recurso, meio de impugnação que permite o reexame da decisão, que surge em razão do inconformismo da parte que sucumbiu no processo, bem como permite o aprimoramento do ato judicial, por meio da correção de erros de julgamento, em decorrência de falhas que podem ocorrer nas decisões.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004, p. 99.

<sup>19</sup> PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. Tese (Doutorado). São Paulo. 2007. Disponível em <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php)>. Acesso em 26 ago. 2017.

<sup>20</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004.

<sup>21</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004. p. 114-115.

<sup>22</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 200-201.

<sup>23</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. [livro eletrônico]. p. 15.



A faculdade colocada à disposição da parte, de se recorrer às instâncias de superposição, surge quando se verifica que ocorreu o exaurimento das possibilidades de se impugnar nas instâncias ordinárias ou em única instância. Portanto, enquanto for possível interpor um recurso na instância de origem, não será cabível recurso extraordinário ou especial.<sup>24</sup>

Tendo em vista que as instâncias ordinárias também aplicam em suas decisões normas constitucionais e federais, é comum que se encontrem julgamentos distintos a respeito da interpretação de tais normas. Em razão da divergência de entendimentos, os recursos são levados às instâncias excepcionais, que buscam sua interpretação e uniformização.<sup>25</sup>

Portanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o principal recurso julgado, visando à busca da uniformização e interpretação da lei federal, é o recurso especial, “fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF (antes da CF/1988)”<sup>26</sup>, como já explicado anteriormente. Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o recurso apto a uniformizar a interpretação da Constituição Federal é o recurso extraordinário.

Cumprido destacar que a atuação dos tribunais está adstrita ao disposto especificamente na Constituição Federal de 1988, que elenca as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, mais precisamente no art. 102, III, e art. 105, III. Assim, tais recursos servem apenas para impugnar matéria de direito, não se admitindo o revolvimento de matéria fática.<sup>27</sup>

Em razão da atuação específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de controle da atividade jurisdicional, as decisões emanadas por esses órgãos de superposição prevalecem sobre os tribunais inferiores.

Verificado o alto grau de importância dos tribunais excepcionais, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no que tange à sua função jurídico-política, faz-se

---

<sup>24</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 313.

<sup>25</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3.

<sup>26</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 306.

<sup>27</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3.

necessária uma abordagem acerca das competências atribuídas a eles, o que será feito no tópico a seguir.

### **1.3 Competências atribuídas às Cortes de superposição – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – para a preservação do estado federado e de sua ordem jurídica.**

O Supremo Tribunal Federal, considerado como órgão de cúpula do Poder Judiciário, em razão de sua função precípua, qual seja, a guarda da Constituição, foi concebido no ano de 1890, após a proclamação da República.<sup>28</sup>

A princípio, coube-lhe a função de exercer o controle de constitucionalidade difuso, baseado no modelo norte-americano, em que se prestigia a uniformidade das decisões. Já no século XX, foi incorporado o controle concentrado europeu, adotando-se o sistema misto, em que há o controle político e jurisdicional.<sup>29</sup>

Em razão da democracia, o controle difuso é dividido com os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive Superior Tribunal de Justiça, que podem declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei. Contudo, o Supremo Tribunal Federal é que exerce, em última instância, o controle difuso e, em única instância, o concentrado, proferindo a última palavra no tocante a questões de cunho constitucional.<sup>30</sup>

No que se refere ao tema em questão, convém relembrar a afirmação, sempre recordada, do Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto:

[...] 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado aquela Corte, em recurso especial, e rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012.

<sup>29</sup> PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012.

<sup>30</sup> PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012.

<sup>31</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 145589 AgR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+145589%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+145589%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/af52czd>>. Acesso em 27 ago. 2017.

A reforma do Poder Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, reforçou a função de Corte Constitucional do Supremo Tribunal Federal, competindo-lhe decidir questões jurídicas de alto relevo. Assim, deu a ele o poder de emitir as denominadas súmulas vinculantes, a partir de decisões reiteradas sobre matéria constitucional de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas.<sup>32</sup>

Por tal motivo, os órgãos do Poder Judiciário devem sempre atentar para as questões já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, posto ser dele a atribuição de uniformizar nacionalmente as questões constitucionais.

Como dito anteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário se reestruturou e instituiu-se o Superior Tribunal de Justiça, ao qual foram outorgadas funções, antes exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, na finalidade de retirar-lhe a sobrecarga processual, podendo desempenhar sua verdadeira função constitucional.<sup>33</sup>

Por serem tribunais de superposição, sobrepõem às instâncias ordinárias, portanto, “julgam os recursos interpostos em causas que já tenham exaurido todos os graus das Justiças comuns e especiais”<sup>34</sup>, denominadas de causas decididas.

Observa-se que ocorreu apenas o desmembramento do recurso extraordinário, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, o julgamento de questões constitucionais e, ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial, o de questões federais.<sup>35</sup>

A interposição dos recursos extraordinário e especial mostra-se excepcional, não comportando a apreciação de matérias de fato, apenas de direito<sup>36</sup>. Assim, o art. 102, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que o Supremo Tribunal Federal julgará, por meio do recurso extraordinário:

---

<sup>32</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>33</sup> PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012.

<sup>34</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 199.

<sup>35</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.

<sup>36</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

“as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: “a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição, d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”<sup>37</sup>.

No que concerne ao manejo do recurso especial, sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme estabelece o art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, ocorre quando a decisão recorrida, que foi proferida em única ou última instância, pelos tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios: “a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.<sup>38</sup>

Ante as observações apontadas, constata-se que os motivos que ensejaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, com vistas à preservação do estado federado e da sua ordem jurídica, bem como a atribuição que lhe foi dada, de controle do direito federal infraconstitucional, a partir do manejo do recurso especial, foram de suma importância dentro da nova estrutura do Poder Judiciário. E é sobre tal atribuição que se passa a explanar no tópico subsequente.

#### **1.4 Superior Tribunal de Justiça: competências herdadas do Supremo Tribunal Federal, em especial a de controle do direito federal**

Como narrado anteriormente, até o advento da Constituição Federal de 1988, portanto, antes do surgimento do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal possuía a competência de analisar as questões constitucionais, bem como julgar às questões relativas ao direito federal infraconstitucional. Contudo, o acúmulo das duas funções estava inviabilizando a outorga da prestação jurisdicional, que já não estava mais satisfazendo aos anseios da comunidade jurídica, o que levou a já mencionada crise do Supremo.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

<sup>38</sup> BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

<sup>39</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 78.

Diante dessa circunstância, a Constituição Federal de 1988 institui, então, o Superior Tribunal de Justiça, encarregado do “controle da inteireza positiva do direito infraconstitucional, com o respectivo instrumento processual: o recurso especial”.<sup>40</sup>

O Superior Tribunal de Justiça passa a ser então, a última instância do Poder Judiciário, no que tange às questões de direito federal infraconstitucional, julgando as causas advindas de todo território nacional, provenientes tanto da justiça comum estadual, quanto da federal, com exceção dos juizados especiais, levando a uma observância obrigatória pelos tribunais inferiores.

Arruda Alvim, ao discorrer sobre a função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial, assim explicou:

“A função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judicante em relação a inteligência de todo o direito federal de caráter infra constitucional[sic]. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação [...]”.<sup>41</sup>

Nesse sentido, a atuação do Superior Tribunal de Justiça é de grande importância, pois ao exercer o controle do direito federal, que é o objeto trazido no recurso especial, acaba por fazer uma reanálise da decisão proferida pela instância de origem. Assim, sua atuação vai muito além do que a simples apreciação do direito das partes, uma vez que pacifica e afirma a correta aplicação do direito federal.

Acerca da interpretação da lei federal, realizada por meio do recurso especial, Luiz Guilherme Marinoni aduz que:

“A regra de que o STJ deve, mediante recurso especial, definir o sentido da lei federal e a interpretação que deve prevalecer em caso de divergência entre tribunais é indiscutível evidência de que as decisões do STJ devem ser obrigatoriamente observadas pelos tribunais inferiores”.<sup>42</sup>

Nas palavras do referido autor, seria absurdo que a atribuição dada ao Superior Tribunal de Justiça, de interpretar o direito federal, não fosse obrigatória para os tribunais inferiores, uma vez que incorreria em contradição ao sistema judicial, porque implicaria dizer

---

<sup>40</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 111.

<sup>41</sup> ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 37.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673-698.

que as instâncias ordinárias pudessem discordar das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que configuram a razão da sua existência.<sup>43</sup>

Informa ainda que “dar ao STJ a incumbência de definir o sentido da lei federal e de dissipar a divergência interpretativa entre tribunais inferiores é o mesmo que conferir às suas decisões força obrigatória perante os tribunais ordinários”.<sup>44</sup>

Tal atribuição é oriunda da própria Constituição Federal de 1988, que definiu sua competência a partir do art. 105, III e alíneas. Portanto não pode ser exercida por outro órgão, sob pena de se configurar usurpação de competência.<sup>45</sup>

Além disso, ao se interpor o recurso especial, a parte que entendeu pelo seu manejo deve demonstrar a divergência na aplicação do direito infraconstitucional, sendo pacífica a orientação de que não se admite a interposição do recurso para revisão de provas.<sup>46</sup>

A orientação faz-se compreensível, pois, se assim não o fosse, esvaziaria a função precípua desse tribunal, inviabilizando a entrega da prestação jurisdicional, no tocante à uniformização da jurisprudência.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, mediante seus precedentes, dá a direção para que os demais tribunais inferiores se orientem quando aplicarem e buscarem a interpretação da norma. Conforme explica Arruda Alvim<sup>47</sup>, “as decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como correto em relação ao direito federal infra constitucional [sic]”.

---

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673-698.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 674.

<sup>45</sup> ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

<sup>46</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. Corte Especial. Julgado em 28/06/1990. DJ: 19/03/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

<sup>47</sup> ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 39.

#### ***1.4.1 A formação de jurisprudência específica sobre matéria federal: instrumentos processuais voltados a esse propósito.***

Sabe-se que os efeitos causados por divergências jurisprudenciais são prejudiciais no campo do sistema jurídico, da sociedade e na vida do jurisdicionado, e que em um Estado Democrático de Direito, como é o nosso, deve se prezar pela segurança jurídica, sendo esta a sua base de sustentação, pois é o que a sociedade espera.<sup>48</sup>

A segurança jurídica é referenciada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, e se expressa “em termos de estabilidade e continuidade da ordem jurídica e de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social”.<sup>49</sup>

Embora se afirme que “a divergência judicial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social”<sup>50</sup>, a mesma divergência suscita o litígio, que é levado aos tribunais superiores, a fim de que se dê a melhor interpretação para a solução da lide.

Tal é o que ocorre no Superior Tribunal de Justiça, ao exercer a sua função de uniformizador da norma infraconstitucional, orientando a atuação dos tribunais inferiores no que tange à adequada aplicação da norma federal.

Entretanto, embora seja esse o entendimento disseminado no meio jurídico e acadêmico, vale ressaltar o proposto por Marinoni, quando explica que “as decisões do STJ não podem ser qualificadas de “corretas”, pois são enunciados que, embora racionalmente aceitáveis, são discutíveis”.<sup>51</sup>

A explicação para tal afirmação é a de que as decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em face dos tribunais inferiores, são investidas de força e autoridade,

---

<sup>48</sup> DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: DANTAS, Bruno (Org.) *Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2011, p. 62-73.

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 696-697.

<sup>50</sup> DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: DANTAS, Bruno (Org.) *Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2011.

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 675.

porque advindas da própria Constituição Federal, que o instituiu dentro do sistema como alta Corte de Justiça, garantidora da uniformização da interpretação da lei federal.<sup>52</sup>

Portanto, o que ocorre é que uma decisão não contraria a lei. Na verdade, há vários tipos de decisões: as que entram em desacordo com a interpretação da lei federal, fixada em precedente do Superior Tribunal de Justiça, as que estão de acordo com entendimento firmado por esse tribunal, mas que podem estar em fase de revogação e às que cuidaram de questão federal ainda não discutida por outro tribunal federal ou tribunal de justiça, ou mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>53</sup>

Contudo, o autor afirma que, no contexto da prática judicial atualmente vivenciado, o recurso especial tornou-se um instrumento para atender o interesse da parte inconformada, que sucumbiu no processo, e não mais pela busca da correta interpretação da lei federal. De modo que ele é interposto a pretexto de se estar diante de contrariedade de norma federal, sob o argumento de que a decisão deve ser reformada, ou interpretada de maneira favorável ao sucumbente.<sup>54</sup>

Tal conduta faz com que a interposição de tantos recursos especiais ocupe, além da medida, o trabalho do Superior Tribunal de Justiça, que fica inviabilizado do seu compromisso “com a definição do sentido e desenvolvimento do direito federal infraconstitucional”.<sup>55</sup>

Marinoni, então, explica que diante do novo cenário, o termo “contrariedade à lei” deve ter uma nova interpretação, devendo ser compreendido de acordo com sentido dado à lei pelo Superior Tribunal de Justiça, salvo se este ainda não tenha julgado a questão federal ou se esta não tenha sido decidida contrariamente por outro tribunal.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 675.

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 675.

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673-698.

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 676.

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



Tecidas as considerações acima, cumpre salientar que, dos instrumentos utilizados pela mencionada Corte de Justiça, a fim de formar a jurisprudência apta a propiciar a uniformização da matéria federal em todo o território nacional, o principal é o recurso especial. Na lição de Nelson Nery Júnior:

“O recurso especial se presta a uniformizar o entendimento de lei federal no país, sendo cabível das decisões dos tribunais estaduais e regionais federais de última ou única instância quando: contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (CF 105, III)”.<sup>57</sup>

De acordo com o autor, a incumbência imposta pela Constituição Federal faz com que o tribunal superior, por meio do recurso especial, examine apenas as matérias nele previstas, tornando-o um recurso excepcional, o que não comporta corrigir eventuais injustiças cometidas pelos demais tribunais, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não configura um terceiro grau de jurisdição, mas um guardião da norma infraconstitucional, cabendo-lhe a uniformização e interpretação da lei federal.<sup>58</sup>

Semelhante à posição acima colocada, esclarece a ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Isabel Gallotti<sup>59</sup> que se não houvesse um tribunal com tal atribuição, às leis federais não teriam sentido único. Seriam inconstantes, conforme as circunstâncias variáveis que ocorrem no meio político, econômico, social e cultural em cada Estado, o que afetaria o próprio conceito de direito federal.

O efeito devolutivo do recurso especial restringe-se às hipóteses previstas na Constituição Federal, “sempre voltado para a uniformização do entendimento da lei federal no País”<sup>60</sup>. Com isso, assegura-se a estabilidade da norma em questão.

Em decorrência da posição em que se situa o Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico, embora suas decisões produzam efeitos entre as partes, na maioria dos casos, a matéria das decisões ultrapassa os muros do processo, servindo de parâmetro para os

---

<sup>57</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 421-422

<sup>58</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>59</sup> GALLOTTI, Maria Isabel. Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 649-664.

<sup>60</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 422.

demais órgãos julgadores e também para a comunidade jurídica, quando se deparam com situações análogas ou, por vezes, idênticas, do ponto de vista jurídico.<sup>61</sup>

As decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça repercutem na esfera dos tribunais inferiores, que devem se atentar à aplicação do que foi decidido, ensejando a uniformização da jurisprudência no âmbito federal.<sup>62</sup>

Com relação à força das decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça, Arruda Alvim tece a seguinte consideração:

“As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional [sic]. Tais decisões, em devendo ser exemplares, hão, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais”.<sup>63</sup>

Verifica-se, portanto, que o recurso especial é o instrumento utilizado na busca pela uniformização e estabilidade da norma a ser aplicada pelos demais tribunais quando da realização da ordem jurídica, resolvendo o conflito. É também um dos caminhos para se chegar ao Superior Tribunal de Justiça, quando a parte se deparar com algumas das questões trazidas pelo art. 105, III, da Constituição Federal de 1988.

Para que se alcance a fase de análise do seu mérito, devem ser preenchidos alguns requisitos de admissibilidade, entre os quais está o pré-questionamento, tema do presente trabalho.

Portanto, no tópico a seguir será realizado um estudo acerca do recurso especial, seguido pelas controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias que cercam o pré-questionamento.

## 1.5 Recurso Especial

Conforme elucidado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça, tornando-o guardião do direito federal infraconstitucional. Com o novo tribunal instituído, ocorreu o desmembramento do recurso extraordinário, passando a

---

<sup>61</sup> SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. *Manual de recursos extraordinário e especial*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

<sup>62</sup> DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: DANTAS, Bruno (Org.) *Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2011, p. 62-73.

<sup>63</sup> ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 39.

existir também o recurso extraordinário especial, meio de impugnação apto a dirimir as questões infraconstitucionais levadas ao Superior Tribunal de Justiça.

O recurso especial é tido pela doutrina como uma costela de Adão, porque derivou do recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal<sup>64</sup>. Razão pela qual há requisitos comuns a um e a outro recurso, pois, em verdade, ambos decorrem da mesma raiz constitucional e têm por finalidade a tutela jurisdicional.

### ***1.5.1 Hipóteses constitucionais de cabimento e finalidades tutelares.***

Na lição de Araken de Assis<sup>65</sup>, “o recurso especial constitui instrumento valioso e nobre [...]. É o remédio instituído para viabilizar o STJ como guardião do direito federal comum”, pois se presta a proteger a plenitude e interpretação da norma federal infraconstitucional.

Por meio do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça indica aos tribunais inferiores “os padrões normativos de condutas, prestando, assim, relevante contributo a fim de conter a nociva dispersão jurisprudencial a respeito dos mais intrincados temas do direito processual e material relacionado à legislação federal”<sup>66</sup>.

No que concerne ao cabimento do recurso especial, Cassio Scarpinella Bueno<sup>67</sup> explica que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.029, não se pronuncia a respeito das hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, apenas faz uma breve referência de que tais hipóteses estão elencadas na Constituição Federal de 1988, limitando-se, dessa maneira, a tratar apenas do seu processamento.

Isso porque as leis hierarquicamente inferiores à Constituição não podem restringir, modificar ou ampliar a norma constitucional. Razão pela qual o Código de Processo Civil de 2015 não as reproduziu em seu texto. Entretanto, o procedimento, bem como os

---

<sup>64</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 133.

<sup>65</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 698.

<sup>66</sup> FREIRE, Alexandre. DONOSO, Denis. BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recurso Especial: cabimento e forma de interposição do recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da CF (Divergência Jurisprudencial). In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 632.

<sup>67</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.

requisitos de admissibilidade podem ser estabelecidos em lei ordinária, tanto a geral quanto a extravagante. Assim explica Araken de Assis.<sup>68</sup>

Assim, verifica-se que às hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas na Constituição Federal de 1988, que reserva em seu art. 105, III e alíneas, as condições específicas, as quais se permitirão a interposição de tal recurso excepcional. Veja-se o que ela estabelece:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

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

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.<sup>69</sup>

De acordo com o rol taxativo elencado acima, observa-se que não é cabível interpor recurso especial contra acórdão proferido pelos juizados especiais, visto que estes não estão previstos constitucionalmente. Fredie Didier Jr. explica:

“Ao prever as hipóteses de cabimento do recurso especial, o art. 105, III, da Constituição Federal alude a decisão proferida, em única ou última instância, por Tribunal de Justiça, por Tribunal Regional Federal ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Não é sem razão, aliás, que o enunciado n. 203 da súmula do STJ prescreve que “não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”. É que o órgão de segundo grau dos Juizados Especiais não se encaixa na previsão constitucional, não se identificando nem como Tribunal de Justiça, nem com Tribunal Regional Federal nem com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios”.<sup>70</sup>

É que, ao tempo em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, ainda não havia a lei dos juizados especiais, Lei n. 9.099/95, que só veio a ser promulgada posteriormente, no ano de 1995. Por essa razão é que não se admite recurso especial combatendo acórdão de juizado especial, porque ainda não havia essa ramificação do Poder Judiciário, tal como está organizada pela Lei. 9.099/95.

Importante frisar que o recurso especial possui fundamentação vinculada, portanto, ele “não se destina à revisão geral, ampla e irrestrita das decisões tidas por injustas”,

<sup>68</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 698.

<sup>69</sup> BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 set. 2017.

<sup>70</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: *Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3. p. 343.

devendo se ater às condições expressamente arroladas pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 105, III.<sup>71</sup>

No tocante ao juízo de admissibilidade dos recursos, convém esclarecer que o recurso especial, além dos requisitos genéricos, exige requisitos específicos, decorrentes da própria Constituição. Assim, para que se passe à análise do mérito do recurso especial, necessário é que se cumpram certas condições e requisitos.<sup>72</sup>

Nas palavras de Nelson Nery Jr., “chamamos o exame destes requisitos de juízo de admissibilidade. O exame do recurso pelo seu fundamento, isto é, saber se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso, denomina-se juízo de mérito”.<sup>73</sup>

Na prática forense, é comum a utilização das expressões “conhecer ou não do recurso” para referir-se ao resultado do juízo de admissibilidade e “dar provimento ou negar provimento ao recurso”, referindo-se ao juízo de mérito.<sup>74</sup>

Obedecendo a uma ordem cronológica, o requisito de admissibilidade, em regra, precede o de mérito. Dessa forma, no recurso especial, antes que se passe a análise do mérito, observa-se se foram preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, tanto genéricos quanto os específicos.

Os requisitos genéricos dizem respeito ao cabimento, à adequação, à tempestividade, à regularidade procedimental, à inexistência de fato impeditivo ou modificativo do direito de recorrer, também conhecidos pela doutrina como pressupostos objetivos ou extrínsecos. Também se observa a legitimidade e interesse em recorrer, chamados de pressupostos subjetivos ou intrínsecos.<sup>75</sup>

Em relação aos requisitos específicos do recurso especial, que se encontram na Constituição Federal, também é importante salientar que, “dos tipos constitucionais defluem

---

<sup>71</sup> FREIRE, Alexandre. DONOSO, Denis. BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recurso Especial: cabimento e forma de interposição do recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da CF (Divergência Jurisprudencial). In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 634.

<sup>72</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>73</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 239.

<sup>74</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>75</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

duas condições genéricas: (a) o esgotamento das vias recursais ordinárias; (b) o prequestionamento da questão federal no provimento impugnado”.<sup>76</sup>

O esgotamento das vias recursais ordinárias é interpretado como “causas decididas”, ou seja, quando não é possível se interpor mais nenhum recurso. Depreende-se de tal exigência que, para que o recurso especial seja cabível, a decisão proferida seja de única ou última instância, e seja de acórdãos proferidos pelos tribunais regionais federais, tribunais dos Estados e do Distrito Federal, uma vez que é necessária a manifestação final dos órgãos colegiados, não sendo suficiente a decisão isolada do relator.<sup>77</sup>

Tendo em vista a função primária do recurso especial, que é a de busca da preservação, uniformização e interpretação do direito federal, só em um segundo momento o interesse das partes é satisfeito. Por tal razão, atendendo à sua finalidade constitucional, é que foram editadas as Súmulas 7 e 5 do Superior Tribunal de Justiça<sup>78</sup>, as quais vedam, respectivamente, o revolvimento de matéria fática e o reexame de cláusula contratual<sup>79</sup>.

Além da exigência de exaurimento da instância ordinária, há a exigência do pré-questionamento, configurado pelo levantamento da questão federal no acórdão guerreado, demonstrando que a questão, a respeito do aspecto ou do tema a ser levado a exame pela instância superior, fora debatida nas vias ordinárias.

Acerca desse requisito de admissibilidade emergem controvérsias, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Tais pontos controvertidos serão demonstrados a partir do tópico subsequente.

---

<sup>76</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 700.

<sup>77</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3.

<sup>78</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Corte Especial. Julgado em 28/06/1990. DJ: 19/03/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 5. Corte Especial. Julgado em 10/05/1990. DJ: 21/05/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

<sup>79</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.

### ***1.5.2 O pré-questionamento e a sua interpretação doutrinária e jurisprudencial: controvérsias existentes em torno do conceito em tela***

O requisito do pré-questionamento é exigência antiga. Apesar de o termo não ser mais utilizado pela Constituição vigente, a expressão pré-questionamento foi primeiramente difundida a partir das Constituições Federais de 1891 a 1946, e foi sob o amparo desta última que o Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas a respeito: súmulas 282 e 356, que versavam que só caberia recurso extraordinário, quando a validade da lei federal perante a Constituição fosse questionada.<sup>80</sup>

A partir de então, tal requisito causou - e ainda causa - muitos debates dentro da comunidade jurídica acerca de sua aplicação, mais especificamente no ponto em que toca o pré-questionamento ficto, em razão da divergência de entendimento quanto à sua admissibilidade vista entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O pré-questionamento ficto ocorre por meio dos embargos de declaração pré-questionadores, assim denominados pela doutrina e a jurisprudência, e têm como objetivo suscitar questões constitucionais ou federais não abordadas no acórdão proferido pela instância ordinária. Assim, opostos tais embargos, já se viabilizaria a entrada para os recursos excepcionais. Mesmo que o acórdão sequer conheça dos embargos pré-questionadores, o requisito já restaria suprido.<sup>81</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>82</sup>, ao comentar sobre o assunto, assinala que o pré-questionamento é ponto de discussão entre doutrinadores, tribunais (locais e Superiores) e advogados, pois não há consenso de posicionamento no que diz respeito a ele, causando, assim, perplexidade na comunidade jurídica.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o legislador, tentando ver solucionadas as controvérsias existentes em torno do conceito em tela, indicou expressamente a hipótese do pré-questionamento ficto em seu art.

---

<sup>80</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnica de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.

<sup>81</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>82</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento*. *Direito e democracia*, Canoas, v. 7, n.2, p. 408, 2º sem. 2006.

1.025. Mas, será que o problema foi realmente solucionado? Para responder a essa questão é necessário fazer uma abordagem a respeito das controvérsias existentes.

Com relação à natureza jurídica do pré-questionamento, o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência é o de que se trata de um requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, uma vez que é analisado em momento anterior ao mérito do recurso.<sup>83</sup>

Nas palavras de Fredie Didier Jr., o pré-questionamento é requisito necessário para o conhecimento dos recursos extraordinários. É “o enfrentamento, pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado, da questão de direito que é objeto do recurso excepcional”.<sup>84</sup>

Concernente ao fundamento jurídico para a exigência desse requisito há quem entenda não haver previsão constitucional, a exemplo de Cassio Scarpinella Bueno<sup>85</sup> e José Miguel Garcia Medina<sup>86</sup>. Mencionados autores afirmam se tratar de uma criação jurisprudencial, mas, conforme aduz Bruno Mattos e Silva, “não há notícia de qualquer decisão que tenha acolhido essa tese”.<sup>87</sup>

A expressão pré-questionamento é fruto da interpretação do termo “causas decididas”, previsto nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988, portanto, possui a mesma função. O intuito é o de que o tribunal superior decida apenas a questão suscitada no acórdão recorrido.

O preenchimento desse requisito é importante, pois limita a atuação do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, uma vez que esses foram instituídos com a missão de guarda da norma constitucional e infraconstitucional, na busca de sua uniformização e interpretação.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>84</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3. p. 310.

<sup>85</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>86</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>87</sup> SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6.

<sup>88</sup> SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



Não se pode deixar de lado que tal requisito é utilizado como uma forma de filtrar a numerosa e crescente carga de recursos interpostos perante os tribunais excepcionais. Na elucidação de Clara Moreira Azzoni:

“[...] o prequestionamento, muito embora encontre seu fundamento na Carta Magna, especificamente na expressão causas decididas, é constantemente utilizado como instrumento de controle político das questões a serem decididas pelos Tribunais Superiores”.<sup>89</sup>

No tocante ao momento em que ocorre o pré-questionamento, José Miguel Garcia Medina<sup>90</sup> explica que, de início, a jurisprudência entendia que tal requisito não decorria de postulação anterior na instância inferior, mas se fazia presente a partir da decisão recorrida. Todavia, tal entendimento passou a ser compreendido como manifestação da parte na instância de origem juntamente com a decisão proferida, ou seja, ato da parte e ato do tribunal.

Ainda conforme elucida referido autor, variados sentidos sobre como se deve entender o pré-questionamento são dados pela doutrina e jurisprudência. Assim, entendimento dominante nos tribunais superiores versa sobre o pré-questionamento expresso, que ocorre quando a decisão combatida manifestou-se de forma expressa sobre o tema suscitado no recurso.<sup>91</sup>

De outro modo, orientação antiga também da jurisprudência, afirmava ser ato da parte, ou seja, cabe a ela levantar, de forma prévia, a questão. Nesse ponto, esclarece que se a parte não suscitasse a questão, não se preenchia tal requisito.<sup>92</sup>

Sobre o assunto, Teresa Wambier tece a seguinte consideração:

“A expressão prequestionamento que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que “questionam”, passou a significar a exigência de que DA DECISÃO conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão federal. Na verdade, então, o prequestionamento da decisão seria o reflexo da atividade das partes ao longo do processo. Caso este prequestionamento (das partes) não se re-

<sup>89</sup> AZZONI, 2009, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 276.

<sup>90</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.113.

<sup>91</sup> O autor cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 113, nota de rodapé 13. “Para que se configure prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir interpretação da legislação federal (AgRg no Ag 883.046/RS, 4ª Turma., julgamento. 12.05.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

<sup>92</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 114.

fletisse na decisão, teria havido omissão do Judiciário, suprível pela via dos embargos de declaração”.<sup>93</sup>

Entendimento perfilhado em sede doutrinária trata do pré-questionamento como ato do tribunal, sob o fundamento de que ele só ocorre quando o órgão julgador efetivamente apreciou a questão. Caso ele não o tenha feito, não se pode dizer que a matéria foi pré-questionada, portanto, incabível o recurso excepcional. Assim se manifestam Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>94</sup>, Bruno Mattos e Silva<sup>95</sup> e Fredie Didier Jr<sup>96</sup>.

Outra concepção apontada por Medina refere-se ao pré-questionamento enquanto ato da parte e do tribunal. Além da exigência de se arguir a questão de forma prévia, para viabilizar o manejo dos recursos excepcionais, é necessário que a questão tenha sido ventilada na decisão.<sup>97</sup>

Por fim, filiando-se ao entendimento dos que compreendem que tal requisito consubstancia-se em ato da parte, antes de proferida a decisão recorrida, encontra-se Medina.<sup>98</sup>

Acerca das espécies de pré-questionamento, conforme explica Fredie Didier Jr.<sup>99</sup>, quando há o enfrentamento da questão no acórdão recorrido, mencionando-se expressamente o dispositivo da norma, objeto da interpretação, ocorreu o pré-questionamento expresse. Contudo, quando tal enfrentamento ocorre, mas o acórdão não faz menção expressa ao dispositivo legal, ocorreu o pré-questionamento implícito.

De acordo com Medina, antes de entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o entendimento que se destacava era o de que a decisão guerreada deveria se manifestar expressamente acerca dos dispositivos violados. Após sua vigência, já instituído o Superior

---

<sup>93</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento*. Direito e democracia, Canoas, v. 7, n.2, p. 420-421, 2º sem. 2006.

<sup>94</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 322.

<sup>95</sup> SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 4.

<sup>96</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 310.

<sup>97</sup> MEDINA, MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 114.

<sup>98</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 115.

<sup>99</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 311.

Tribunal de Justiça, este passou a inutilizar tal exigência, adotando-se a regra do pré-questionamento implícito.<sup>100</sup>

A questão polêmica e que durante muito tempo dividiu o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, voltava-se ao pré-questionamento ficto, sendo este verificado quando a parte levantava a questão, em sede de embargos de declaração, mas o tribunal recorrido não a apreciava, fazendo permanecer a omissão.<sup>101</sup>

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça era o de que se a questão omissa não era suprida, não se podia ver preenchido o requisito do pré-questionamento, portanto, inadmissível seria o recurso especial, conforme Súmulas 211 e 320<sup>102</sup>. Em contrapartida, através da orientação consolidada na súmula 356<sup>103</sup>, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era o de que se tal omissão continuasse, a parte estaria sendo prejudicada, por já ter alegado a questão e reiterado o seu pedido nos embargos. Portanto, a oposição dos embargos de declaração já seria suficiente, configurando-se o denominado pré-questionamento ficto.<sup>104</sup>

O conflito fica bem elucidado quando a parte, ao se deparar com a possibilidade de interpor, tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, tendo em vista que o acórdão proferido na segunda instância violara tanto questão de direito federal, quanto constitucional, se via em um grande embaraço, pois um recurso era admitido, uma vez que a simples oposição dos embargos já preenchia o requisito do pré-questionamento, enquanto que o outro não era admitido, visto não ter preenchido tal requisito.<sup>105</sup>

<sup>100</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 191.

<sup>101</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017..p. 257.

<sup>102</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

<sup>102</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Corte Especial. Julgado em 05/10/2005. DJ: 18/10/20065. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=211+&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 nov 2017.

<sup>103</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. 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. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)>. Acesso em: 04 nov. 2017.

<sup>104</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 312.

<sup>105</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Todavia, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, passou a adotar o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, desprezando o pré-questionamento ficto.

Tal postura motivou o legislador a criar uma ficção legal do pré-questionamento, que se encontra no art. 1.025, do Código de Processo Civil:

“Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”<sup>106</sup>.

Segundo explica Fredie Didier Jr., “a posição é coerente com um sistema que prestigia o julgamento do mérito – primazia da decisão de mérito”<sup>107</sup>. Nas palavras de Medina, a divergência jurisprudencial entre os mencionados tribunais superiores obstaculizava o acesso das partes às instâncias superiores, bem como as impedia de cumprir sua missão constitucional. Afirma ainda:

“a função constitucional dos tribunais superiores é prejudicada pela elevada divergência jurisprudencial existente acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial e, particularmente, em relação ao prequestionamento. Isso porque, em vez de funcionarem como Tribunais que deem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem a discrepância acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos criados para este fim, referidos Tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a confusão acerca de quais e como se configuram, efetivamente, os requisitos constitucionais dos recursos excepcionais”<sup>108</sup>.

Diante de tais análises, verifica-se que o que a Comissão de Juristas, nomeada para elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil buscou, foi afastar as rígidas formalidades processuais impostas às partes, e que acabavam por colocar de lado direitos conquistados pelos cidadãos mediante a Constituição Federal de 1988, mencionados no início deste capítulo, como o de acesso à justiça e o de uma prestação jurisdicional fidedigna. Portanto, ao final de tudo, prevaleceu a orientação antes adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a do pré-questionamento ficto.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> BRASIL, *Lei. n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 05 dez. 2017.

<sup>107</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*.. 13ªed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3.

<sup>108</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 277.

<sup>109</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 279.

## **2 O PRÉ-QUESTIONAMENTO: REFLEXÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO CONCEITO NO PLANO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL**

O presente capítulo busca analisar, com mais detalhes, sobre o pré-questionamento enquanto requisito de admissibilidade dos recursos interpostos perante os tribunais superiores, em especial, o Superior Tribunal de Justiça.

Tal requisito, ainda que pareça simplório, continua a ser objeto gerador de perplexidade no campo jurídico, ocasionando debates entre a doutrina e a jurisprudência, merecendo atenção também no âmbito acadêmico, em razão da importância de sua aplicação, principalmente porque com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, houve a indicação expressa do pré-questionamento ficto, ponto principal das controvérsias existentes. Portanto, busca-se analisar se tal positividade vem ocasionando alguma mudança de comportamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Por tal razão, será realizado um estudo acerca da evolução do conceito em questão, o que ocasionou sua exigência, o antagonismo entre as cortes de superposição a respeito do requisito, a finalidade dos embargos de declaração pré-questionadores e, ainda, os impactos trazidos com o novo Código de Processo Civil com a positividade do pré-questionamento no ambiente dos recursos.

### **2.1 O pré-questionamento considerado como a exigência de pronunciamento expresso sobre a questão federal infraconstitucional no julgamento recorrido. A construção doutrinária e jurisprudencial a partir do comando constitucional inscrito no inciso III dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal.**

Conforme explica José Miguel Garcia Medina, o pré-questionamento decorre de inúmeras controvérsias e promove interessantes debates no meio jurídico. “E eis que, quando se esperava que a respeito pudesse haver alguma calma, surgem problemas diferentes, a exigirem novos estudos”.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, v.8. p. 281.

Diante de tais considerações, para melhor compreensão acerca do tema, é importante abordar seus diferentes tipos de conceituação no campo doutrinário e jurisprudencial, bem como as mudanças ocorridas ao longo do tempo, no tocante a esse pressuposto recursal.

Como dito inicialmente, a natureza de tal requisito encontra-se atualmente na Constituição Federal de 1988. No entanto, o pré-questionamento já se encontrava presente nas Constituições Federais de 1934 e 1937, que deliberavam que caberia recurso extraordinário quando a decisão contrariasse literalmente dispositivo de tratado ou lei federal “sobre cuja aplicação se haja questionado”.<sup>111</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946 o verbo “questionar” foi suprimido, o que fez com que a doutrina à época entendesse pela desnecessidade do pré-questionamento no recurso extraordinário. Entretanto, tal entendimento não prevaleceu. Embora em meio a posições divergentes, a jurisprudência, mesmo com a supressão do requisito na Constituição de 1946, entendeu pela sua exigência, ainda que de modo implícito.<sup>112</sup>

Sobrevindo a Constituição de 1967 a discussão não fora resolvida. Por tal razão, a jurisprudência que entendia pela necessidade do pré-questionamento manteve-se. A permanência do requisito era uma forma de reduzir o número de recursos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, já assoberbado pela grande quantidade de recursos a ele demandado.<sup>113</sup>

A Constituição Federal de 1988 que, como narrado anteriormente, instituiu o Superior Tribunal de Justiça e seu respectivo recurso especial, silenciou-se a respeito do requisito, contudo, a jurisprudência entendeu que o termo estaria presente na expressão “causas decididas”, contida nos arts. 102, III e 105, III, da Carta Magna.

---

<sup>111</sup> BRASIL, Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

<sup>112</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 66.

<sup>113</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 67.

Contraopondo tal entendimento jurisprudencial, Cassio Scarpinella Bueno<sup>114</sup> explica que, pela leitura dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988, é possível notar que não há menção ao pré-questionamento como hipótese de cabimento dos recursos excepcionais. A referência quanto a esse requisito é feita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, verificada nas súmulas 211 e 356, respectivamente. Do texto constitucional, o que se tem expresso é o termo “causas decididas”. É desse termo que variam as interpretações e indagações a respeito do pré-questionamento.

Rodolfo de Camargo Mancuso conceitua a expressão “causa decidida” da seguinte maneira:

“[...] Para fins de recurso extraordinário, a locução “causa decidida” (art. 102, III,CF) significa uma ação julgada extinta, com ou sem resolução de mérito, ordinariamente revista por tribunal, não se pode descartar a hipótese de que o RE venha manejado em face de ação julgada extinta em instância única – causa de alçada, executivo fiscal, decisão colegiada nos Juizados Especiais.  
[...] Já para fins de recurso especial, dado que a CF atrelou o qualificativo “Tribunal” à “causa decidida” (art. 105, III), tem-se então que a “causa decidida” é aquela que, em instância única ou última, foi julgada por Tribunal (=órgão judiciário de 2º grau) [...]”<sup>115</sup>.

Para Nelson Nery Junior<sup>116</sup>, causa decidida é a “manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso”. O pré-questionamento seria um meio para alcançar esse fim.

Embora boa parte da doutrina fosse contrária à permanência do pré-questionamento, este sempre foi considerado inerente aos recursos excepcionais, “variando, apenas, o grau de intensidade ou a forma de sua configuração”. É o que explica Bueno.<sup>117</sup>

Outro ponto que faz com que o pré-questionamento se torne ainda mais controverso diz respeito à questão federal. De acordo com Medina, a necessidade da questão federal ou constitucional na decisão “não é a única concepção de prequestionamento, nem aquela que primeiramente surgiu na história, e, rigorosamente, é a que menos corresponde ao

<sup>114</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

<sup>115</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 145.

<sup>116</sup> NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. v.4. p. 864.

<sup>117</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. p. 3. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

sentido da expressão”<sup>118</sup>, porém, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência atual a utilizam para se referir como a atividade desenvolvida pela instância ordinária, quando profere uma decisão que será impugnada pelos recursos excepcionais.

A Constituição Federal de 1988 também preceitua que a questão deve estar contida na decisão guerreada e, mais do que isso, “os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição, por sua vez, são expressos no sentido de que a questão constitucional ou federal deverá estar expressa na decisão recorrida”.<sup>119</sup>

A falta de consenso, no entanto, diz respeito ao que venha a ser pronunciamento expresso na decisão recorrida, a fim de viabilizar o acesso às instâncias excepcionais. Assim, variadas formas para tentar explicar a questão se apresentam na doutrina e jurisprudência, bem como é ponto que diverge o entendimento entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Sobre o assunto, já se manifestou José Theophilo Fleury:

“[...] não se chegou ainda a um consenso sobre o significado deste requisito e diversas têm sido as formas de prequestionamento tidas como passíveis de viabilizar o conhecimento dos recursos especial e extraordinário. Ora se fala em prequestionamento explícito, ora em prequestionamento implícito, ora em prequestionamento ficto; contudo, não se deu solução ainda a este requisito que tem obstaculizado milhares de recursos especiais e extraordinários perante o STJ e STF.”<sup>120</sup>

Com relação às modalidades e formas de pré-questionamento em implícito, explícito e ficto, também não há entendimento uniforme. É o que confirma Cassio Scarpinella Bueno:

“pergunta que não oferece solução adequada, uniforme e segura é a relativa ao que é prequestionamento ou a como é que surge o prequestionamento, como é que ele se manifesta palpavelmente e, conseqüentemente, como é a que a estreita via do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal abre-se para o jurisdicionado. Conseqüencia disto é, no mínimo, a desorientação dos jurisdicionados quanto às possibilidades reais de ascenderem às Cortes Superiores, em virtude de questões meramente formais”.<sup>121</sup>

<sup>118</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 144.

<sup>119</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 161.

<sup>120</sup> FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF x súmula 211/STJ. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 409.

<sup>121</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. p. 6. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.



A partir desse ponto, observa-se que ao termo foram atribuídas algumas classificações, definições e sentidos. E é fácil observar que não se encontra uniformidade na sua definição e aplicação, nem na doutrina, nem na jurisprudência, o que dificulta o entendimento da real finalidade e a (des) necessidade do requisito em questão, pois, conforme se verificou, o pré-questionamento se verifica nas formas numérica, explícita, implícita e ficta.

O pré-questionamento numérico ocorre quando se menciona o número do dispositivo violado na decisão que se pretende recorrer<sup>122</sup>. O Supremo Tribunal Federal, principalmente, já proferiu algumas decisões negando o conhecimento do recurso extraordinário pela ausência de menção ao dispositivo. Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça já se mostrou mais maleável.

Quanto a tal postura, a doutrina, a exemplo de Cassio Scarpinella Bueno<sup>123</sup>, entende se tratar de formalidade exagerada, irrelevante e superável. São mecanismos pelos quais os tribunais superiores se utilizam para reduzir o número de demandas levadas a eles. Nelson Nery Junior<sup>124</sup> também já se pronunciou pela sua desnecessidade, afirmando ser suficiente que a questão tenha sido concretamente decidida.

Roque Antônio Carraza<sup>125</sup> assevera que a exigência de indicação expressa de dispositivo constitucional e federal é um exagero. Nas palavras do autor “basta que a questão (constitucional ou federal) emerja, ainda que implicitamente, da decisão recorrida, para que os recursos possam ser admitidos”. Percebe-se, com isso, que o autor adota a linha dos que optam pela forma implícita do pré-questionamento.

---

<sup>122</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. p. 6. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

<sup>123</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. p. 8. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

<sup>124</sup> NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. v.4. p. 853-864.

<sup>125</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Do recurso extraordinário e do recurso especial*. Justitia. São Paulo. n. 167, jul/set. 1994. p. 51-57. Disponível em: <[Http.www.justitia.com.br/revistas/8wxc8c.pdf](http://www.justitia.com.br/revistas/8wxc8c.pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 54.

Contrário à posição acima, Vinicius Silva Lemos<sup>126</sup>, entende que a forma numérica de pré-questionamento possibilita uma maior amplitude e clareza ao acórdão, quando este expõe expressamente o dispositivo violado.

A forma explícita de pré-questionamento já foi entendida no sentido de que a decisão recorrida deveria analisar a questão levantada à luz da norma legal apropriada ao caso, bem como debatê-las expressamente. Mas, atualmente, tal forma é entendida pela doutrina, a exemplo de Medina<sup>127</sup>, Glória Maria Portella<sup>128</sup> e Bernardo Pimentel<sup>129</sup>, como sendo a efetiva e precisa apreciação da questão levantada no acórdão combatido, ainda que não haja menção expressa à norma violada.

Quanto ao pré-questionamento implícito, há mais de um entendimento sobre sua configuração. Pode ser ele entendido quando a norma jurídica foi examinada, porém não foi mencionada expressamente na decisão. Adotando tal posição está Perseu Gentil Negrão<sup>130</sup>, Vinicius Silva Lemos<sup>131</sup> e Rodrigo Freire<sup>132</sup>. Também é entendido quando a matéria é colocada sob discussão na instância de origem, mas sequer é mencionada no acórdão, que a rejeita de forma implícita. É como entende José Miguel Garcia Medina.<sup>133</sup>

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende o pré-questionamento implícito como um ato do tribunal, pois não há participação das partes. Medina explica que o que é preciso entender e distinguir, no entanto, é que para configuração do pré-

---

<sup>126</sup> LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1050.

<sup>127</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 191.

<sup>128</sup> PORTELLA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. *Teoria e Crítica do Recurso Especial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 94.

<sup>129</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 695.

<sup>130</sup> NEGRÃO, *apud* MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 187.

<sup>131</sup> LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.045-1.072.

<sup>132</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito no recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 957-981.

<sup>133</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 244.

questionamento implícito na “decisão a ser impugnada por recurso extraordinário ou recurso especial, exige-se que as partes tenham realizado o prequestionamento explicitamente”.<sup>134</sup>

Sobre a divisão em pré-questionamento explícito ou implícito, Nelson Nery Junior afirma ser esta irrelevante, pois cria-se um falso problema quanto ao verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos, o cabimento. Para ele, o que importa é que a causa tenha sido decidida.<sup>135</sup>

Como visto, os conceitos mencionados pela doutrina não possuem um sentido único, sendo possível encontrar mais de uma posição a respeito de uma mesma forma, como nos casos do pré-questionamento explícito e implícito, gerando confusão quanto a sua real aplicação. Tal controvérsia será demonstrada também no âmbito da jurisprudência.

Finalmente, o pré-questionamento ficto, que basicamente se configura por meio dos embargos de declaração pré-questionadores. E nesse aspecto é que se encontra a principal divergência de entendimento entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Ponto que será melhor analisado na sequência. Cumpre, agora, proceder ao estudo sobre as diferentes percepções das cortes excepcionais a respeito do pré-questionamento ficto.

## **2.2 A dicotomia entre a posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: um estudo analítico a respeito das diferentes percepções das cortes de superposição.**

Já se verificou na doutrina a evidente divisão de conceituações a fim de tentar explicar a aplicação do pré-questionamento. Embora haja explicações plausíveis e bem fundamentadas, nota-se que parte dos doutrinadores não concorda com o requisito de admissibilidade, em razão de a Constituição Federal de 1988 não exigi-lo expressamente.

No entanto, ainda que ausente a expressão na Carta Magna, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça não descartou a exigência do requisito, tornando-o condição indispensável ao conhecimento dos recursos excepcionais. A doutrina, então, entendeu que a postura adotada pelas cortes superiores foi

---

<sup>134</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 244.

<sup>135</sup> NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 856.

um mecanismo de controle político, para limitar os recursos dirigidos a elas, e que acabou por obstaculizar o acesso a justiça, em razão de formalismo desnecessário. É o que aduz Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Na experiência brasileira, porém, ante a crescente sobrecarga de processos que foi assoberbando nossos Tribunais da Federação, uma outra função, embora não admitida expressamente, passou a ser desempenhada pelo prequestionamento, qual seja a de operar como filtro, elemento de contenção, ou ao menos um fator regulador do volume excessivo de recursos excepcionais dirigidos ao STF e ao STJ”.<sup>136</sup>

Cassio Scarpinella Bueno<sup>137</sup> já declarou que a Constituição não faz menção ao pré-questionamento como hipótese de cabimento dos recursos excepcionais. Trata-se de uma criação jurisprudencial retirada das súmulas 356, do Supremo Tribunal Federal e 211, do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma Nelson Nery Junior<sup>138</sup> que o requisito pode ter sido considerado como uma criação jurisprudencial em razão dos enunciados das súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal, porém, explica que não poderia a Corte Suprema “criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial, tarefa conferida exclusivamente à Constituição Federal”.

Nery Júnior também defende que o pré-questionamento não foi criação do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras do autor, ele apenas esclareceu e interpretou a norma constitucional, contida na expressão “causas decididas”. O autor também considera incorreto afirmar que a Constituição Federal é silente quando ao requisito<sup>139</sup>. Comungando o mesmo raciocínio estão Teresa Alvim e Bruno Dantas.<sup>140</sup>

<sup>136</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 311.

<sup>137</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. p. 12. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

<sup>138</sup> NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 853-864.

<sup>139</sup> NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 858.

<sup>140</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 341.

Demonstrada a falta de uniformidade de entendimento, no tocante às variadas conceituações e formas de pré-questionamento na doutrina, verifica-se que a dicotomia de posicionamentos também se faz presente entre as cortes de superposição.

O contraponto existente entre Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, acerca de sua aplicação é visto nas súmulas 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcritas:

Súmula 356, STF: O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.<sup>141</sup>

Súmula 211, STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.<sup>142</sup>

Analisando tais súmulas, nota-se a divergência de entendimento entre as Cortes Superiores que, inclusive, já foi reconhecida no julgado de relatoria do Ministro Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça<sup>143</sup>. A divergência consubstancia-se na aceitação do chamado pré-questionamento ficto.

O pré-questionamento ficto ocorre quando da utilização dos embargos de declaração pré-questionadores, recurso utilizado para sanar a omissão do tribunal de segunda instância no acórdão proferido. Enquanto o Supremo Tribunal Federal admite o preenchimento do requisito, mesmo que o tribunal de origem não se manifeste sobre a questão constitucional levantada pela parte, ao opor os embargos, o Superior Tribunal de Justiça continua a exigir o pronunciamento expresso da questão levantada pela via dos aclaratórios pelo tribunal de segunda instância.

Ao analisar a súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, Cassio Scarpinella Bueno entende que pré-questionamento “parece ser o conteúdo da decisão que se recorre”, já em relação à súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, pré-questionamento “pretende ser

<sup>141</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648&termo=>>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>142</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=211&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>143</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ED no REsp n. 158.140/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 15 de outubro de 1998. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199700880842&dt\\_publicacao=23-11-1998&cod\\_tipo\\_documento=1&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700880842&dt_publicacao=23-11-1998&cod_tipo_documento=1&formato=PDF). Acesso em: 28 mar. 2018.

mais o material impugnado (ou questionado) pelo recorrente, do que, propriamente, o que foi efetivamente decidido pela decisão recorrida”.<sup>144</sup>

Da interpretação do enunciado das referidas súmulas, no tocante à compreensão do pré-questionamento ficto, abriram-se dois entendimentos a respeito de qual ato restaria configurado o requisito pela via dos embargos de declaração. De um lado, o Supremo Tribunal Federal o interpreta como iniciativa da parte. Do outro, o Superior Tribunal de Justiça entende que é ato do tribunal. A doutrina ora se divide cada qual a favor de um tribunal. As duas visões antagônicas serão explanadas nos tópicos seguintes.

### ***2.2.1 A visão do Supremo Tribunal Federal: o pré-questionamento como ato/iniciativa da parte.***

Conforme anteriormente explanado, o marco inicial que ensejou os debates acerca da (in) exigência do pré-questionamento, em face da supressão do termo “questionar” se deu a partir da Constituição de 1946 e do entendimento jurisprudencial firmado pela continuidade do requisito. Tanto que foram editadas duas súmulas a respeito, a saber, súmula 282 e 356, ambas do Supremo Tribunal Federal.

Antes da promulgação da referida Constituição, não havia divergência de entendimento na doutrina quanto à necessidade da manifestação das partes para atender o requisito do pré-questionamento, pois as Constituições de 1934 a 1937 traziam-no em seu texto, de forma expressa. Além do prévio questionamento das partes na instância ordinária, a questão constitucional deveria estar contida na decisão.<sup>145</sup>

Contudo, como as Constituições de 1946 e 1967 retiraram o termo questionar do seu texto, a doutrina manifestou-se no sentido de não ser mais necessária a prévia manifestação das partes para questionar a questão constitucional. Porém, não se determinou como se daria a execução do pré-questionamento para viabilizar o acesso à instância superior.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

<sup>145</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 226.

<sup>146</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 226.

Mas, foi em razão da supressão do termo questionar na Constituição de 1946 que, segundo Medina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a dar importância à atividade das partes na realização do pré-questionamento. Ou seja, saber se a parte teria efetivamente pré-questionado a matéria. Assim, passou-se a considerar o requisito como ato que decorre da iniciativa das partes.<sup>147</sup>

A atividade realizada pelas partes antes de proferida a decisão a ser refutada é a concepção mais rudimentar do termo. Através dessa primeira conceituação é que se editou, no ano de 1963, a súmula 282, do Supremo Tribunal Federal, a qual aduz ser “inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.<sup>148</sup>

Sua edição foi resultado da interpretação contida no art. 101, III, a e b, da Constituição de 1946, que mencionava sobre a necessidade de as partes questionarem a validade da lei federal e do tribunal se manifestar sobre a questão que fora agitada.<sup>149</sup> A ideia inicial pode ser extraída de um trecho do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1963:

“[...] não tendo sido alegada a pretendida existência de coisa julgada sobre o objeto do litígio, como se vê da certidão de fl. 146, pois correu em branco o prazo para o ora recorrente impugnar os embargos. Desse modo, é evidente que sobre a pretendida coisa julgada, não houve prequestionamento pelo acórdão recorrido, cujo relator, o ilustre Desembargador Oliveira e Silva, nem sequer foi advertido, como fora necessário, a fim de apreciá-la e submetê-la ao tribunal na assentada do julgamento”.<sup>150</sup>

Observa-se, no julgado, que a ausência de pré-questionamento, em razão de a parte não ter suscitado a questão em momento oportuno, inviabilizou o tribunal a se manifestar sobre o objeto do litígio, incorrendo na ausência de pré-questionamento.

A prévia manifestação das partes era obrigatória e, se caso fosse verificado que o tribunal ordinário houvesse se manifestado sobre questão federal ou constitucional sem o

<sup>147</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 226.

<sup>148</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 282. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496&termo=>>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

<sup>149</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 250.

<sup>150</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 53740/Guanabara. Segunda Turma. Relator: Min. Ribeiro da Costa. Brasília, 06 de agosto de 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=152451>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

devido pré-questionamento da parte, esta deveria opor embargos de declaração, a fim preencher o requisito.<sup>151</sup>

Surge, então, a questão dos embargos de declaração pré-questionadores da interpretação da súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, editada em 13/12/1963, a qual aduz: “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”.<sup>152</sup>

Ao interpretar a súmula, o Ministro Alfredo Buzaid, do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 1983, entendeu que era por meio dos embargos de declaração que ocorria o pré-questionamento da questão federal na instância ordinária, tida por debatida, ainda que fosse outra a solução dada pelo órgão, ou mesmo quando a questão surgisse na própria decisão<sup>153</sup>. Frisa-se que tal entendimento continua a se aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, já na vigência da Constituição Federal de 1988, conforme explica Medina.<sup>154</sup>

A partir de tal interpretação jurisprudencial, na doutrina, passou-se a afirmar que, opostos os embargos pré-questionadores no tribunal de origem, o requisito do pré-questionamento estaria satisfeito, independente de o tribunal ter se manifestado, o caminho para os recursos excepcionais estaria livre, pois ocorreu o pré-questionamento ficto da questão.

É o que se confirma dos julgados paradigmáticos proferidos pela Primeira e Segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal, de relatoria, respectivamente, dos Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. São eles:

<sup>151</sup> “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 da 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, de, pelo simples conteúdo, revelarem o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e a decisão prévios do tema”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 146660 AgR / SP. 2ª Turma. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data do julgamento: 20/04/1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=326868>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

<sup>152</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648&termo=>>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>153</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 92946-1 Agr/RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Alfredo Buzaid. Brasília, 02 de setembro de 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=271145>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

<sup>154</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 255.



“O que, a teor da súmula 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 [...]”.<sup>155</sup>

“[...] Não vejo como não conhecer do Recurso. O Estado praticou todos os atos necessários e tecnicamente exigíveis para que a matéria chegasse ao STF. Estou com a 1ª Turma (RE 210.638). Prover-se o RE para, anulado o acórdão dos embargos, "compelir" o STJ a emitir juízo sobre a questão constitucional, é "formalismo" inconsistente com o objetivo último das regras processuais: decidir a lide material. Além do mais, no caso, a omissão dos Embargos não elide o fato da questão constitucional ter sido, de certa forma, apreciada no acórdão do Especial”.<sup>156</sup>

A aplicação do pré-questionamento ficto pode ser observada também em julgados mais recentes do Tribunal Supremo<sup>157</sup>. Contudo, a orientação jurisprudencial antes perfilhada, já demonstrava estar mudando o seu entendimento. Tal mudança começou a ser observada ao final da vigência do Código de Processo Civil de 1973, já na iminência da promulgação do novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Eis um julgado proferido nesse sentido:

“O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expreso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.<sup>158</sup>

Do julgado acima mencionado e por todo o analisado quanto à postura do Supremo Tribunal Federal, observa-se que mesmo ante a controvertida aplicação do pré-questionamento e sua conceituação na jurisprudência, majoritariamente se aceitava o chamado

<sup>155</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 210638/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de abriu de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

<sup>156</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 208.639-8/RS. Segunda Turma.. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Min. Nelson Jobim. Brasília, 06 de abriu de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

<sup>157</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 747901 AgR / RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: 08/05/12; DJe: 22/05/12; RE 612.458 Agr/RS. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 19/05/15; DJe: 31/07/15; RE 862496/SP. Decisão monocrática. Relator: Min. Teori Zavascki. Data do julgamento: 09/02/15.

<sup>158</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso extraordinário. RE 678.139/RJ. Primeira Turma. Relator (a): Min. Rosa Weber. Brasília, 20 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4354854>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

pré-questionamento ficto, pois era decorrente de ônus da parte, que o cumpria, mesmo ante a insistente omissão do tribunal inferior. Contudo, a Corte Constitucional passou a rejeitar a permanência da omissão, exigindo a expressa manifestação da instância inferior, adotando, assim, a mesma rigidez imposta pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual se passa a falar na sequência.

### ***2.2.2 O pré-questionamento e a compreensão assentada pelo Superior Tribunal de Justiça: ato do tribunal recorrido***

Diversamente da posição acima colocada, o Superior Tribunal de Justiça, que antes adotava o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, passou a entender que, mais importante do que a manifestação das partes acerca do ponto controverso, é que o tribunal se manifestasse expressamente sobre a questão infraconstitucional. Esta sim deve estar presente na decisão recorrida. Tal entendimento é firmemente arraigado pelo Tribunal da Cidadania.<sup>159</sup>

Ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça foi se distanciando do entendimento mais receptivo firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual informa que a simples oposição de embargos de declaração basta para preencher o requisito.

O Superior Tribunal de Justiça, então, firmou seu entendimento no sentido de que, ainda que a questão constitucional ou infraconstitucional tenha sido levantada no próprio acórdão, seria necessário opor embargos de declaração para pré-questionar. Daí surgiu a necessidade criada pela jurisprudência de que, se houver como corrigir o vício por meio dos embargos, então ainda não se tem uma causa decidida, por não se esgotar a instância.<sup>160</sup>

E por serem os embargos de declaração considerados como necessários para aperfeiçoar o pré-questionamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 98, a qual

---

<sup>159</sup> “Para abertura da via especial, requer-se o prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem, como desiderato principal, impedir a condução, a esta Corte, de questões federais não debatidas, no Tribunal a quo”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1532378 / SP. Primeira Turma. Min. Sérgio Kukina; Data do julgamento: 12/12/17; DJe: 18/12/17.

<sup>160</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 264.

informa que “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”<sup>161</sup>, vez que é exigência do próprio tribunal.

Contudo, sustenta o tribunal que é preciso demonstrar a certeza ao opor os embargos com finalidade pré-questionadora, pois caso contrário eles serão considerados protelatórios.<sup>162</sup>

O motivo que levou o Superior Tribunal de Justiça a firmar entendimento contrário ao do Supremo Tribunal Federal baseou-se em um pedido da parte para anular a decisão proferida pelo tribunal inferior, em face de sua omissão. Isso fez com que o Tribunal Cidadão exigisse da parte que, ao se deparar com uma omissão no acórdão do tribunal de origem, interpusesse o seu recurso especial alegando negativa de vigência a lei federal, com base no art. 535, II, Código de Processo Civil de 1973, atual art. 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015.<sup>163</sup>

A orientação jurisprudencial repetiu-se tantas vezes que o Superior Tribunal de Justiça acabou editando a súmula 211, cujo teor é: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”.<sup>164</sup>

A edição de tal súmula configurou verdadeiro divisor de águas no tocante à aplicabilidade do pré-questionamento entre os dois maiores e mais importantes tribunais superiores brasileiros, cada qual interpretando e estabelecendo o sentido do disposto nos art.

---

<sup>161</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. Corte Especial. Julgado em 14/04/1994. DJ: 25/04/94. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 03 fev. 2018.

<sup>162</sup> “A mera reiteração de embargos de declaração descaracteriza o intuito prequestionador autorizado pela Súmula n. 98 do STJ, configurando conduta protelatória, passível de multa”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1.355.461/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 05 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510345&num\\_registro=201202479468&data=20160511&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510345&num_registro=201202479468&data=20160511&formato=PDF)>. Acesso em 30 jan. 2018.

<sup>163</sup> “tendo o órgão julgador persistido na omissão, rejeitando os embargos declaratórios, correta a atitude da parte em veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não em insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles tenha o órgão decisório emitido juízo explícito, inobstante a tanto tenha sido instado pela parte. Violação ao art. 535, II, do CPC. Recurso provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Recurso Especial. REsp 7.587/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 23 de junho de 1993. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199100012130&dt\\_publicacao=16-08-1993&cod\\_tipo\\_documento=1&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100012130&dt_publicacao=16-08-1993&cod_tipo_documento=1&formato=PDF)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

<sup>164</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

102, III e 105, III da Constituição Federal de 1988. A contrariedade de entendimentos passou a ser tolerada em ambos os tribunais, inclusive já sendo confessada expressamente:

“A falta de manifestação do tribunal a quo sobre as normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos declaratórios (Súmula 356); mas, o entendimento, adotado no STJ, de que a oposição dos embargos não afasta, em tais hipóteses, a falta de prequestionamento (devendo a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariedade ao art. 535 do Cód. Proc. Civil), embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF - e, por via de consequência, com sua fonte normativa (CF, arts. 102, III, e 105, III) -, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário”.<sup>165</sup>

Colocadas as posições dos tribunais superiores, como dito, ao final da vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar o mesmo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Tal comportamento levou o Código de Processo Civil de 2015 a positivizar a ficção do pré-questionamento, adotada inicialmente pela Corte Constitucional, primando pelos princípios da cooperação e da razoável duração do processo, insculpidos na Constituição Federal de 1988.

### **2.3 Os embargos de declaração pré-questionadores: a funcionalidade dos declaratórios na configuração do pré-questionamento. Um estudo sobre o alcance dos enunciados de súmula das cortes superiores**

Como estudado nos tópicos anteriores, o pré-questionamento ficto tornou-se o principal ponto divergente entre os tribunais superiores, e se deu por meio da interpretação jurisprudencial acerca da necessidade de oposição dos embargos de declaração, para que a parte pudesse questionar ao tribunal recorrido e fazer com que este se pronunciasse sobre a questão federal constitucional ou infraconstitucional levantada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula 356, mostrou-se mais branda quanto aos declaratórios. Assim, pela sua mera oposição, se conhecia do recurso extraordinário. Contrariamente, o Superior Tribunal de Justiça refutou tal entendimento, alegando a necessidade da oposição dos embargos e o necessário enfrentamento da questão pelo tribunal inferior no acórdão recorrido, sob pena de incidir a súmula 211.

---

<sup>165</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. AI 198631 AgR /PA. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=283914>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

Pelo fato de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ser tão rigorosa quanto à exigência de pronunciamento expresso na decisão recorrida e os tribunais locais, por vezes, não se pronunciarem a respeito, as partes se viram obrigadas a opor os embargos de declaração, “especialmente com a finalidade de aperfeiçoar o julgamento a ser objeto de recurso extraordinário e especial”.<sup>166</sup>

Diante da difícil conceituação do que venha a ser e como se caracteriza o pré-questionamento, a parte que pretende manejar o recurso excepcional opõe os ditos embargos, com o intuito de se precaver, ante as diferentes exigências jurisprudenciais.<sup>167</sup>

É o que afirma Rodrigo da Cunha Lima Freire<sup>168</sup> ao explicar que, em razão da exigência de o tribunal inferior decidir a causa, através de pronunciamento expresso acerca da questão federal, a parte deve ficar atenta ao acórdão, uma vez que se este incorrer em omissão, deverá ela, a parte, opor embargos de declaração, a fim de que o tribunal efetivamente julgue a causa.

Ocorre que os embargos de declaração não foram instituídos para tal propósito, pois possuem finalidade específica, prevista atualmente no art. 1.022 do Código de Processo Civil. Contudo, tornou-se tão habitual o seu manejo para cumprir a finalidade exigida pela jurisprudência, que a eles foi dada a expressão “embargos de declaração pré-questionadores”.<sup>169</sup>

A doutrina, por seu turno, também se divide quanto às posições adotadas, havendo quem concorde com o teor da súmula 356 do Supremo Tribunal Federal<sup>170</sup> e quem defenda a rigidez imposta pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 211. Todavia, majoritariamente, a posição do Supremo Tribunal Federal é a mais aplaudida pela doutrina, já a do Superior Tribunal de Justiça, criticada.

---

<sup>166</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 252.

<sup>167</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 268.

<sup>168</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 973.

<sup>169</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 252.

<sup>170</sup> Autores como: José Miguel Garcia Medina, Cassio Scarpinella Bueno, Fredie Didier Junior, Bruno Mattos e Silva, Rodolfo de Camargo Mancuso e Vinicius Lemos.

Como explica Cassio Scarpinella Bueno<sup>171</sup>, o pré-questionamento vem da ideia de causa decidida, ainda que esta não tenha se mostrado no acórdão combatido suficientemente clara. Então, se o acórdão interpreta ou aplica questões constitucionais ou infraconstitucionais de maneira equivocada, a parte vislumbra a possibilidade de levar o erro à análise do tribunal superior. O pressuposto que garante a análise do recurso é a causa estar definitivamente decidida.

Comumente, os tribunais de segunda instância rejeitam os embargos, a pretexto de que o tribunal não é obrigado a responder um a um os fundamentos apontados pelas partes<sup>172</sup>. Porém, conforme explica o autor, essa análise deve ser vista com critério, pois o tribunal só não está obrigado a responder se a matéria já houver sido enfrentada e decidida, de modo a não configurar omissão.

Também é comum que a parte, ainda assim, oponha os embargos de declaração, apenas com o propósito de buscar o re julgamento da causa, mesmo havendo debate, bem como quando a parte inova em sede de embargos, levantando questão nunca antes ventilada, fazendo com que estes sejam rejeitados, por não cumprirem a finalidade que lhes foi dada.

Todavia, ante a necessidade de haver a concreta decisão, a parte só fica viabilizada de interpor o recurso excepcional se cumprido o requisito do pré-questionamento. Por isso ela faz uso dos embargos de declaração, a fim de instar o tribunal a julgar a matéria. Entretanto, na maioria das vezes, esbarra-se na conhecida expressão já narrada e no óbice da súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

A interpretação do enunciado da súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça traz a necessidade de se interpor dois recursos especiais. Tendo em vista que o tribunal de segunda instância não apreciou os embargos de declaração pré-questionadores, o tribunal superior entende que primeiro a parte deve interpor recurso especial com base no art. 105, III, da

---

<sup>171</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o recurso extraordinário n. 298.695/SP*. Disponível em: < [www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/009.pdf](http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/009.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>172</sup> A título de exemplo: “o dever de fundamentação das decisões judiciais, que consta expressamente do texto constitucional (CF, art. 93, inciso IX), não impõe ao magistrado a obrigação de utilizar-se dos fundamentos que as partes entendem ser os mais adequados. Basta que a fundamentação apresentada tenha sido suficientemente utilizada no deslinde da questão para que a norma constitucional seja observada em sua integralidade”. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Embargos de declaração na apelação cível 0002650-03.2015.4.01.3307/BA. Sétima Turma. Relator: Des. Federal Hercules Fajoses. Brasília, 07 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00026500320154013307&pA=&pN=26500320154013307>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

Constituição Federal, por negativa de vigência à lei federal, isto é, ao art. 1.022, da nova legislação (antigo 535 do Código de Processo Civil de 1973).<sup>173</sup>

Quando o Superior Tribunal de Justiça conhecer o recurso especial, por negativa de vigência à lei federal, então, ele determina ao tribunal de segunda instância que julgue a causa, suprindo a omissão. O tribunal de segunda instância, então, atendendo a ordem emanada pelo tribunal superior, profere novo acórdão e, a partir desse novo acórdão, satisfeita a exigência da causa decidida, a parte pode interpor o segundo recurso especial, agora sim, levantando o mérito da demanda, a matéria de fundo. Ocorre que essa formalidade pode levar algum tempo ou mesmo anos.

Percebendo o formalismo desnecessário, o Supremo Tribunal Federal - muito antes de o Superior Tribunal de Justiça editar a súmula 211 - por meio da referida súmula 356, afastou tal formalidade, evitando que a parte tivesse que interpor dois recursos para, só depois, chegar à análise do mérito recursal.

Bueno explica que a oposição dos embargos de declaração faz-se necessária nos casos em que não houve a concreta decisão pelo tribunal inferior, apta a abrir às portas da via excepcional, esgotando-se a instância. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça exige a oposição de embargos de declaração até mesmo diante de matérias conhecidas de ofício, ainda que estas tenham decorrido do próprio acórdão guerreado, o que demonstra formalismo desnecessário.<sup>174</sup>

A crítica feita pelo autor consubstancia-se em como se verifica a aplicação do requisito, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça possa julgar o recurso especial sem utilizar os embargos de declaração como instrumento que dificulta o acesso a prestação jurisdicional. Importante para ele também é definir com precisão “a função do recurso de embargos de declaração para suprir eventuais vícios de procedimentos da decisão a ser recorrida”.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Prequestionamento reflexões sobre a súmula 211 do STJ*. Disponível em: [www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/021.pdf](http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/021.pdf). Acesso em: 21 jan. 2018.

<sup>174</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 376.215/PR. Segunda Turma. Relator: Min. Franciulli Netto. Brasília, 3 de junho de 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=852847&num\\_registro=200101611713&data=20030908&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=852847&num_registro=200101611713&data=20030908&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>175</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: <[www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf](http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

De modo contrário, defendendo a rígida posição do Superior Tribunal de Justiça, Rodrigo Freire<sup>176</sup> explica que a súmula 211 está amparada pela Constituição Federal, porque ela determina o cabimento do recurso especial a partir de causas decididas na instância de origem.

O Ministro Eduardo Ribeiro também defende que o enunciado da súmula em questão está condizente com a Constituição Federal, em suas palavras, o pré-questionamento encontra sua razão de ser na própria Constituição Federal, portanto, “forçoso concluir que sua exigência é indeclinável. Há de sempre estar presente para que possam ter trânsito o extraordinário e o especial”.<sup>177</sup>

Em razão do antagonismo apontado, e em virtude de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal passarem a exigir o mesmo formalismo que o Superior Tribunal de Justiça, o novo Código de Processo Civil positivou o pré-questionamento ficto, que se encontra no art. 1.025.<sup>178</sup>

Vinicius Silva Lemos<sup>179</sup>, ao comentar o assunto, afirmou que a escolha de se positivar o pré-questionamento levou a que se seguisse a tendência de esclarecer a definição do instituto, evitando novas distorções na doutrina e jurisprudência. Desse modo, a positivação do pré-questionamento levou a torná-lo mais firme, sem as divergências anteriormente verificadas.

Após análise acerca dos principais pontos que rodeiam o pré-questionamento e a finalidade dos embargos de declaração, a fim de se fazer cumprir tal exigência jurisprudencial, cumpre agora tecer algumas ponderações conclusivas a respeito do instituto e trazer novas ponderações, agora, à luz do novo Código de Processo Civil de 2015.

---

<sup>176</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 974.

<sup>177</sup> OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Prequestionamento*. Coletânea de julgados dos magistrados e momentos jurídicos dos magistrados no TRF e no STJ. n. 38. 2002. p. 167-179. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/coleanea/article/view/1981/1898>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>178</sup> Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

<sup>179</sup> LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 758.



## **2.4 Reflexões conclusivas em torno da evolução do conceito doutrinário e jurisprudencial de pré-questionamento.**

Ante as elucidações expostas, relativas à evolução do pré-questionamento, observa-se que o requisito já esteve presente, de forma expressa, nas Constituições de 1934 a 1937. Contudo, a partir da Constituição Federal de 1946 até a atual Constituição Federal de 1988, a expressão “questionar” foi suprimida dos textos constitucionais.

Tal supressão levou doutrina e jurisprudência a divergirem acerca da sua exigência. Porém, permaneceu o entendimento jurisprudencial de que o requisito estaria implicitamente contido na expressão “causas decididas”.

A partir de então, abriu-se um leque de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para tentar justificar a aplicação do pré-questionamento e sua necessidade enquanto requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, podendo ser encontrado nas formas implícita, explícita, numérica e ficta.

Quanto a tais formas, verifica-se que estas também possuem diferentes entendimentos e que, nem a doutrina, nem a jurisprudência, conseguiram assentar entendimento uniforme - nem mesmo entre os órgãos dos próprios tribunais superiores - apto a ensejar a compreensão do requisito e de sua necessidade.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também demonstraram verdadeiro descompasso no tocante à aplicação do pré-questionamento, havendo dois entendimentos contrastantes, a saber: Supremo Tribunal Federal entende o requisito como sendo ato inerente às partes, e Superior Tribunal de Justiça entende que é ato do tribunal. A doutrina ora defende uma e outra posição, havendo os que aleguem que se trata de ato da parte e do tribunal.

Outro ponto bastante conflitante entre os dois grandes tribunais excepcionais foi verificado no tocante à ficção do pré-questionamento, observado no contraste das súmulas 211 do Superior Tribunal de Justiça e 356 do Supremo Tribunal Federal e por meio dos embargos de declaração pré-questionadores, que decorreram, inicialmente, de interpretação da súmula 356 do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento era de que, opostos os embargos de declaração, o requisito do pré-questionamento já estaria suprido e aberta a via excepcional. Porém, Superior Tribunal de Justiça passou a adotar entendimento diverso, o que ensejou a edição da súmula 211.

Apesar do formalismo exagerado apontado pela doutrina que, majoritariamente, critica a posição do Superior Tribunal de Justiça, apenas se observa a necessidade do pré-questionamento, não como requisito constitucional, mas em razão da própria ideia de se questionar antes. Contudo, o que não se reputa necessário é o formalismo exigido pelo Superior Tribunal de Justiça para configurar o requisito, pois o que a Constituição Federal de 1988 prevê é que a causa esteja decidida.

Bem assim ocorre com o uso indiscriminado dos embargos de declaração, que configuram verdadeiro óbice ao acesso à justiça, pois os tribunais superiores não demonstraram preocupação com o julgamento do mérito da causa, o verdadeiro conteúdo da ação, apenas deram crédito ao formalismo excessivo, demonstrando que tais óbices jurisprudenciais consubstanciam-se em “fatores decisivos para o (não) exercício da função constitucionalmente prevista para os Tribunais Superiores”.<sup>180</sup>

E foi diante da conturbada variação de conceitos e aplicações do pré-questionamento que o novo Código de Processo Civil positivou sua ficção, primando pela celeridade processual, a qual clama a sociedade e o jurisdicionado.

Portanto, a partir do tópico subsequente, passa-se à análise acerca da nova configuração do pré-questionamento e as implicações de sua positivação, no tocante a atuação dos tribunais superiores.

## **2.5 O Código de Processo Civil de 2015, o princípio da primazia do julgamento de mérito e impactos no ambiente dos recursos extraordinários.**

O Código de Processo Civil de 1973 foi marcado pelo seu extremo formalismo, uma vez que priorizava a forma, a fim de aperfeiçoar o ato jurídico processual. A verificação do cumprimento da forma do ato processual era mais importante do que a satisfação do mérito

---

<sup>180</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: <[www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf](http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

da causa, de modo que a sua não observância inquinava em um processo viciado e, conseqüentemente, não se chegava ao julgamento do mérito.<sup>181</sup>

O rigor excessivo não proporcionava a efetivação da prestação jurisdicional buscada, e não entregava às partes a resposta desejada. Sobre esse ponto, Cândido Rangel Dinamarco<sup>182</sup> já defendia a necessidade de instrumentalização da forma, colocando-a em seu devido lugar no campo processual, desviando, assim, procedimentos desnecessários para se entregar uma prestação jurisdicional efetiva, bem como o julgamento do mérito da causa.

Em razão da necessidade de mudanças de paradigmas no âmbito do processo, o Código de Processo Civil de 2015, pretendendo buscar uma tutela jurisdicional efetiva, preocupada com a resolução dos conflitos, prestigiou a celeridade na tramitação processual, bem como ao aproveitamento dos atos processuais, afastando, assim, as formalidades excessivas, tão criticadas no âmbito jurídico e que não prestigiavam o alcance da pacificação social.<sup>183</sup>

A formação de um processo cooperativo ou participativo, bem como sua concreta execução é a grande marca da nova legislação. Com isso, observa-se que o legislador preocupou-se em afirmar a existência de um Estado Democrático de Direito no âmbito processual.<sup>184</sup>

O art. 1º do novo Código de Processo Civil, informa que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Republicana”<sup>185</sup>. Isso quer dizer que ele está integrado na chamada quarta fase metodológica do processo, o neoprocessualismo.

---

<sup>181</sup> LEMOS, Vinícius Silva. O princípio da primazia de mérito e a melhoria no acesso à justiça. In: SILVA, Juvêncio Borges. (Coord.). *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 43-59.

<sup>182</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>183</sup> PEREIRA, Luis Alves. Uma nova ordem dos processos nos Tribunais. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 255-265.

<sup>184</sup> VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

<sup>185</sup> BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

Na explicação de Salomão Viana<sup>186</sup>, o neoprocessualismo impõe a todos os que buscam por meio do processo a solução de seus conflitos, e também ao magistrado, a raciocinarem de acordo com os fundamentos e princípios dispostos na Carta Republicana, especialmente os direitos e garantias fundamentais, elencados no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Os pilares do novo Código de Processo Civil estão na Constituição Federal. Entre os vários princípios encontrados destacam-se os princípios do amplo acesso à justiça e o da razoável duração do processo, dispostos no art. 5º, XXXV e LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

Observando tais princípios, o novo Código de Processo Civil, em seus arts. 1º ao 12, elencou as normas fundamentais do Processo Civil. Dentre tais normas destaca-se o princípio da primazia do julgamento de mérito, que pode ser primeiramente observado no art. 4º, o qual informa que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.<sup>187</sup>

De acordo com o professor Salomão Viana, o disposto no art. 4º do Código de Processo Civil reflete o que dispõe o art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, que trata do princípio da razoável duração do processo. Tal princípio basilar contribui para a estruturação do devido processo legal, disposto no art. 5º, LIV da Constituição Federal, que assegura “o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas”.<sup>188</sup>

Na lição de Alexandre Câmara<sup>189</sup>, o princípio da primazia do julgamento de mérito visa combater a jurisprudência defensiva, que cria obstáculos ao exame do mérito e contraria o acesso à justiça, direito fundamental, e que não pode ser visto apenas como direito de acesso ao Judiciário, mais do que isso, a compreensão deve abranger o acesso ao resultado final do processo.

---

<sup>186</sup> VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

<sup>187</sup> BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

<sup>188</sup> VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 637.

<sup>189</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução de mérito e o novo CPC*. *Revista da EMERJ*, v. 18, n. 70, p. 42-50, set – out, 2015. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista70/revista70.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2018.

Quando o legislador infraconstitucional positivou a norma do art. 4º, estabelecendo o princípio da primazia do julgamento de mérito, ressaltou a importância das normas e princípios contidos na Constituição Federal. Também destacou a importância da preferência pelo julgamento do mérito da causa, de modo a afastar os óbices desnecessários que fossem surgindo no curso do processo.<sup>190</sup>

É o que se verifica também na afirmação de Leonardo Carneiro da Cunha<sup>191</sup>, ao dizer que “as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito”.

O princípio da primazia do julgamento de mérito abrange a instrumentalidade das formas e, ao mesmo tempo em que assegura um direito às partes, configura um dever imposto a todos os participantes do processo a cooperarem para o alcance da efetiva e justa solução do mérito da causa, dentro de um prazo moderado<sup>192</sup>. Tal atuação deve ocorrer também em conformidade com a boa-fé objetiva. Esta trás em seu bojo o manejo de outros princípios, como os da “lealdade, razoabilidade, confiança, estabilidade, eticidade e segurança”.<sup>193</sup>

Salienta-se, contudo, que o princípio da primazia do julgamento de mérito não encontra guarida apenas no art. 4º do novo Código de Processo Civil. Dispositivos como os arts. 139, IX, 282, §2º, 317, 319, §2º, 321, 338, 352, 485, §§1º e 7º e 488 oferecem condições para a aplicação de tal princípio.<sup>194</sup>

No âmbito dos recursos extraordinários, o princípio da primazia do julgamento de mérito também trouxe significativas mudanças. Como já explicado no decorrer deste trabalho,

---

<sup>190</sup> VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 637.

<sup>191</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 49: Princípio da primazia do julgamento de mérito*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

<sup>192</sup> VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

<sup>193</sup> VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

<sup>194</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 49: Princípio da primazia do julgamento de mérito*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

na fase recursal, a parte se depara com diversos óbices a análise meritória, colocados pelos tribunais superiores, na denominada jurisprudência defensiva. Um exemplo disso são os diversos procedimentos verificados para atender ao requisito do pré-questionamento.

Diante da experiência frustrante a qual vivenciava o jurisdicionado, o novo Código de Processo Civil, objetivando combater o excesso de formalidade e derrubar as barreiras construídas pelos tribunais superiores, para se alcançar a resolução do mérito, trouxe, dentro da fase recursal, os arts. 932, p.u, 938, §1º, 968, §5º, II, 1.007, §§2º e 4º, 1.013, §3º, II e IV, 1.025, 1.029, §3º, 1.032 e 1.033.<sup>195</sup>

No ambiente recursal, o que tal princípio busca derrubar é a prioridade dada pelos tribunais superiores ao juízo de admissibilidade em detrimento do mérito. É possível notar que os “tribunais se debruçam muito mais na análise do conhecimento do recurso do que no julgamento dele”<sup>196</sup>. Se não vencidos os requisitos de admissibilidade exigidos, o recurso não é conhecido e não se chega à análise do seu mérito, pelo fato de não se ter cumprido as formalidades impostas. Tal comportamento não se coaduna com um processo cooperativo, idealizado pela nova legislação.

Assim, observa-se que a nova legislação processual civil optou por privilegiar o jurisdicionado e dar solução mais efetiva aos conflitos de interesses, primando pelo mérito em detrimento do formalismo. No campo dos recursos, buscou combater a jurisprudência defensiva, que tonava o ato de recorrer mais complexo do que o próprio pedido recursal, impedindo a efetividade da razoável duração do processo e o acesso à justiça.

### ***2.5.1 O processo civil no Estado constitucional: implicações na atuação das instâncias de superposição***

A necessidade de um processo cooperativo, ligado à ideia de acesso à justiça, de efetiva entrega da prestação jurisdicional, bem como a prioridade na resolução do mérito da causa, levou o legislador a positivar regras como forma de combater a jurisprudência defensiva, muito ligada ao formalismo processual e a legalidade estrita, e não a ideia de

---

<sup>195</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 49: Princípio da primazia do julgamento de mérito*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

<sup>196</sup> LEMOS, Vinícius Silva. O princípio da primazia de mérito e a melhoria no acesso à justiça. In: SILVA, Juvêncio Borges. (Coord.). *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 43-59.

processo justo. A busca pelo alcance do resultado útil do processo fez com se chegasse a uma nova fase evolutiva, o neoprocessualismo.

O neoprocessualismo ou quarta fase metodológica, assim denominada por Daniel Mitidiero<sup>197</sup> compreende a fase pela qual o processo civil se encontra atualmente, qual seja, o processo civil no Estado Constitucional, em que se pensa o processo civil conforme os princípios constitucionais e não mais instrumentalmente.

Segundo Mitidiero, o “neoprocessualismo pretende uma ancoragem direta com o neoconstitucionalismo”<sup>198</sup>, porque compreende valores morais e direitos fundamentais somados a interpretação e aplicação do direito processual civil da atualidade. Contudo, obviamente, fases anteriores precederam até que se chegasse a presente. Tais fases, bem como a fase atual, surgiram de uma perspectiva sociocultural, ligada a comportamentos e valores humanos vivenciados, e que tiveram sua importância dentro do seu contexto histórico. São elas: praxismo, processualismo e instrumentalismo.

De acordo com Mitidiero, “o praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil”<sup>199</sup>, pois esse não era visto como um direito autônomo, mas como simples complemento do direito material. O processo era tido como mero procedimento, sem se pautar em princípios, e a jurisdição era conhecida por tutelar direitos subjetivos particulares. Tal fase, por confundir direito e processo, acabou dando lugar ao processualismo.

A fase do processualismo era puramente técnica. Nela, surgiu o conceito de relação jurídica processual, não definida na fase anterior. Foi a partir dela também que os conceitos do direito processual civil, tais como coisa julgada, atos processuais, litispendência, etc., foram criados, a fim de dar ao processo civil autonomia e racionalidade. Nessa fase, a jurisdição se volta à realização do direito objetivo estatal e a pacificação social. No entanto, ocorreu tamanha separação entre direito material e processual, que sua aplicação se afastou da realidade social e de suas finalidades. Surge, então, a fase instrumental.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>198</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

<sup>199</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

<sup>200</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Tal fase, muito defendida por Cândido Rangel Dinamarco<sup>201</sup>, pregava o processo como instrumento do direito material, visando atender às necessidades sociais e políticas, mas sem deixar os preceitos obtidos na fase anterior, afastando, apenas, o tecnicismo puro do processo.

A fase instrumentalista, portanto, já vislumbrava a necessidade de se verificar o processo buscando alcançar a pacificação social, a participação dos cidadãos, a autoridade estatal e a concretização do direito. Nela, já se notava uma sintonia entre o processo civil e a Constituição, bem como a “colocação da jurisdição como instituto-centro do sistema processual”<sup>202</sup>.

Porém, surgiu a necessidade de compreender a jurisdição atada à ideia de justiça e de uma democracia participativa, com observância aos preceitos fundamentais, elencados na Carta Magna. Não é a toa que Mitidiero entende que “o processo civil brasileiro já se encontra mergulhado em sua quarta fase metodológica, tendo sido superada a fase instrumentalista”<sup>203</sup>.

Diante da nova configuração processual, observa-se que os tribunais superiores adquiriram nova função, no tocante a tarefa de julgar, e, segundo Teresa Alvim e Bruno Dantas<sup>204</sup> torna a função jurisdicional relevante e complexa, pois devem observar se a questão levada se mostra condizente e suficiente “para a proteção e a efetivação dos direitos constitucionais”.

O estado constitucional do processo incorporou no âmbito jurisdicional um modo de pensar baseado em princípios e retirou a jurisdição do centro do processo, sem deixar de retirar-lhe sua importância, apenas fazendo com que o processo seja encarado na perspectiva de colaboração entre todos os seus participantes, num âmbito mais democrático e equilibrado entre partes e juiz, a fim de se alcançar o fim desejado.

---

<sup>201</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>202</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

<sup>203</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

<sup>204</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.



### 2.5.2 A positivação do pré-questionamento ficto no CPC/2015: uma atenta avaliação do disposto no art. 1.025 da novel legislação codificada e da sua constitucionalidade.

A positivação do pré-questionamento ficto, vista no art. 1.025 do Código de Processo Civil, extraiu críticas e aplausos por parte da doutrina. Ante a demonstração da divergência jurisprudencial entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, quanto à utilização do requisito, nesse momento será feita uma abordagem acerca de sua positivação, da inteligência e alcance do art. 1.025 do Código de Processo Civil, bem como uma análise acerca de sua constitucionalidade.

Dispõe mencionado artigo:

“Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.<sup>205</sup>

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha<sup>206</sup> aduzem que a opção adotada pela nova legislação “é coerente com um sistema que prestigia o julgamento do mérito”, verificado nos arts. 4º, 932, p.u, bem como o art. 1.029, §3º, que se refere aos recursos excepcionais.

José Miguel Garcia Medina<sup>207</sup> afirma que o art. 1.025 não provocou nenhuma mudança nas hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, uma vez que estas estão previstas constitucionalmente, não sendo possível à lei ordinária alterar a Constituição Federal. Porém, assevera que tal norma deve ser interpretada de acordo com o que dispõe os arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal.

O alcance do dispositivo em questão, salienta Medina, “faz referência, apenas e tão somente, aos elementos suscitados pelo embargante, para fins que prequestionamento”<sup>208</sup>. Trata-se da ficção difundida pelo Supremo Tribunal Federal, ao aceitar os embargos de declaração, mesmo quando a questão constitucional omissa, adequadamente suscitada pelas

<sup>205</sup> BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

<sup>206</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. v.3. 13.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 312.

<sup>207</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>208</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 281.

partes, não fora objeto de apreciação pelo tribunal local, inviabilizando o manejo do recurso excepcional, pelo fato de não se preencher o requisito constitucional da causa decidida.

Com a positivação do art. 1.025, mesmo que o tribunal local deixe de apreciar a questão levantada nos embargos, o dispositivo informa que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento”<sup>209</sup>. O legislador optou por positivar a ficção legal, a fim de viabilizar a interposição dos recursos extraordinários, contudo, a parte deve levantar previamente em suas razões a questão, federal ou constitucional, e, posteriormente, levantá-las novamente nos embargos.

Explica Medina que a positivação da ficção legal do requisito equiparou a realização do pré-questionamento pelas partes “à decisão que deveria ser proferida pelo tribunal local sobre a questão”<sup>210</sup>, mas não o foi.

A incidência da hipótese contida no art. 1.025, pode abranger questão que fora levantada antes pelo embargante, pela parte contrária e questão em que se exige a manifestação de ofício do órgão jurisdicional. Nas matérias de ofício, ainda que não haja pré-questionamento, o tribunal local deve conhecê-las, sob pena de violar a lei. Contudo, ainda assim, a parte terá que opor embargos de declaração.<sup>211</sup>

Ressalte-se que, além da omissão, o art. 1.025 também se refere às demais hipóteses de cabimentos dos embargos de declaração, quais sejam erro, contradição e obscuridade. Portanto, ainda que se note que o problema maior, quanto à aplicação do pré-questionamento, se refira a omissão, pode ocorrer que o tribunal local se insurja em alguns dos demais vícios mencionados, culminando na má compreensão da questão federal ou constitucional.

A solução contida no referido artigo prestigiou o princípio da economia processual, uma vez que suprimiu a exigência de interposição do recurso especial, com fundamento no art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, que servia apenas para completar a decisão a qual o tribunal inferior se recusa a examinar, e que o Superior Tribunal de Justiça

---

<sup>209</sup> BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

<sup>210</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 280.

<sup>211</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 284.

exige que esteja contida no acórdão a ser impugnado, levando o processo a perdurar por mais alguns anos.<sup>212</sup>

Ainda quanto à abrangência do requisito, importante trazer à baila a hipótese prevista no art. 942, §3º, do Código de Processo Civil, que destacou a possibilidade do pré-questionamento quando a matéria é ventilada no voto vencido, vez que os tribunais superiores não admitiam tal ocorrência, havendo orientação expressa na súmula 320, do Superior Tribunal de Justiça<sup>213</sup>. Tal incidência permite maior debate dentro do campo jurídico e prima pelo adequado julgamento da causa.<sup>214</sup>

Ponto interessante levantando por Teresa Alvim e Bruno Dantas<sup>215</sup>, no tocante ao alcance do art. 1.025, é a possibilidade de a ficção legal abranger as questões de fato, não somente as de direito. Os autores explicam:

“A primeira parte do art. 1.025 do NCPC sugere que o artigo diga respeito exclusivamente à hipótese de o embargante pretender que, acolhido seu pedido, passem a constar do acórdão impugnado elementos necessários para que o recurso para os Tribunais Superiores seja viabilizado. Percebe-se, portanto, que, pelo menos na grande maioria das vezes, o que se terá pleiteado por meio dos embargos de declaração terá sido o preenchimento de omissão. Essa omissão, em nosso entender, pode dizer respeito tanto a elementos de fato ou quanto a elementos de direito. Essa interpretação se deve a que (a) o legislador não distingue entre elementos de fato ou de direito, e (b) considerar a expressão elementos como abrangentes de pontos de fato ou de direito dá mais rendimento ao dispositivo que, como tantos outros no novo Código, têm em vista gerar um processo mais eficiente, que não volte para trás”.<sup>216</sup>

Não obstante as considerações aqui abordadas, cumpre mencionar sobre questão sensível que rodeia a constitucionalidade do pré-questionamento e, via de consequência, do art. 1.025, pois já se narrou que o requisito não está expresso no texto constitucional e que, por meio de interpretação doutrinária e jurisprudencial, é que se chegou a variados sentidos. É o que já aduzia Bueno antes de vigorar a nova legislação:

“Que a Constituição Federal não fala expressamente em prequestionamento não há dúvidas. Tampouco a legislação infraconstitucional. Dele se ocupam, apenas, as Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já destaca-

<sup>212</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>213</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Corte Especial. Julgada em 05/10/05. “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 03 mar. 2018.

<sup>214</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Prequestionamento*. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 22, p. 11-37. Curitiba: O Instituto, 1993.

<sup>215</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 422.

<sup>216</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 424.

das. Mas a Constituição Federal é bastante clara nos incisos III dos arts. 102 e 105 quanto à circunstância de a questão constitucional ou legal dever ter sido decidida pelas instâncias locais ou regionais. É expresso o texto constitucional neste sentido quanto a causas decididas. Somente causas decididas, presentes ao menos uma das hipóteses das alíneas dos arts. 102, III e 105, III, é que podem ser desafiadas pelos recursos extraordinário e especial, respectivamente”.<sup>217</sup>

Ressalta-se, desde logo, que a análise sobre a constitucionalidade de uma norma é questão complexa, pois envolve questões que possuem considerável relevância na vida prática e “repercutem diretamente sobre a competência dos órgãos judiciais incumbidos de dirimi-las”<sup>218</sup>.

Dentro do campo de pesquisa o qual se dedica o trabalho não há como esgotar o tema, pela complexidade que nele há, mas convém trazer considerações que ocorrem no campo doutrinário acerca da (in) constitucionalidade do art. 1.025. Tal questão remete ao estudo do cabimento dos recursos excepcionais, dispostos nos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal, pois é deles que se extrai a aplicação do pré-questionamento, na expressão “causas decididas”, bem como decorre do histórico do requisito, verificado nas Constituições anteriores, portanto, não há como se esquivar dessa análise.

Pelos que entendem pela inconstitucionalidade do art. 1.025 estão, Eduardo Ribeiro de Oliveira<sup>219</sup>, Cassio Scarpinella Bueno<sup>220</sup> e Luis Arlindo Feriani Filho<sup>221</sup>. Com mais profundidade em seu argumento, sustenta o primeiro autor que o fundamento do requisito advém da própria Constituição, que estabelece a competência dos tribunais superiores.

Na análise dos dois dispositivos de lei ordinária que tratam sobre o pré-questionamento, arts. 941, §3º e 1.025, ensina Oliveira, “está claríssimo que importa o constante do acórdão e não o fato de ter havido debate prévio sobre a matéria”<sup>222</sup>. Assim, o autor entende que o Código de Processo Civil infringiu a Constituição, no tocante a aplicação

<sup>217</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: < [www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf](http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

<sup>218</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.025.

<sup>219</sup> OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *O prequestionamento e o novo CPC*. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 256. jun. 2016. p. 169-178.

<sup>220</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 588.

<sup>221</sup> FERIANI FILHO, Luis Arlindo. *Embargos de Declaração Prequestionadores e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/332363-embargos-de-declaracao-prequestionadores-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 04 Mar. 2018.

<sup>222</sup> OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *O prequestionamento e o novo CPC*. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 256. jun. 2016. p. 171.

do pré-questionamento, pois dispensou o requisito nas duas hipóteses mencionadas, quando a Constituição não o permitiu.

De igual modo sustentou Bueno, ao informar que não cabe à legislação ordinária regulamentar sobre o pré-questionamento, pois este é tema de cunho constitucional, verificado na interpretação do termo “causas decididas”.

Já Feriani Filho sustentou a mesma tese, alegando que o pré-questionamento é requisito da Constituição, e que ela atribuiu aos tribunais excepcionais a missão de interpretar e examinar as questões levadas a eles, mas, para que isso ocorra, é necessário que a matéria tenha sido decidida. Em suas palavras:

“A aplicação da redação do artigo 1025 do Novo CPC, com a consideração de que os fundamentos dos embargos integram o acórdão, sobretudo nos casos de omissão, implica no claro reconhecimento de que o Judiciário não se pronunciou a respeito da questão objeto do recurso especial ou extraordinário, de modo que a aplicação da norma do Código de Processo Civil e a admissão do recurso implica em violação à Constituição Federal e quebra do papel dos Tribunais Superiores”.<sup>223</sup>

Por outro ângulo, dos doutrinadores que se debruçaram sobre o art. 1.025, e interpretaram o dispositivo de forma a traduzir a sua constitucionalidade, estão Vinicius Lemos<sup>224</sup>, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery<sup>225</sup>, Rodrigo Becker e Marco Aurélio Peixoto<sup>226</sup>. Outros autores como Marcelo Pacheco Machado<sup>227</sup>, Osmar Mendes Paixão Côrtes<sup>228</sup> e Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas<sup>229</sup>, corroboraram a sua constitucionalidade, porém, deram ao dispositivo interpretação mais restrita.

<sup>223</sup> FERIANI FILHO, Luis Arlindo. *Embargos de Declaração Prequestionadores e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/332363-embargos-de-declaracao-prequestionadores-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 04 Mar. 2018.

<sup>224</sup> LEMOS, Vinicius Silva. *O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.063.

<sup>225</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.992-2.993.

<sup>226</sup> BECKER, Rodrigo. PEIXOTO, Marco Aurélio. *Embargos de Declaração e prequestionamento*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

<sup>227</sup> MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1.025 e STJ. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

<sup>228</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *O prequestionamento pela simples oposição dos embargos declaratórios no novo código de processo civil*. Disponível em: < <http://www.paixaocortes.com.br/novosite/conteudo/o-prequestionamento-pela-simples-oposi%C3%A7%C3%A3o-de-embargos-declarat%C3%B3rios-no-novo-c%C3%B3digo-de>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

<sup>229</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Sustenta Vinicius Lemos<sup>230</sup> que a positivação foi salutar, pois tornou o requisito conciso e determinado, retirando dele o viés contraditório, por anos traçado, e retirando da doutrina e jurisprudência o poder de traçar os seus limites, quando reservou a lei defini-lo. Já Marcelo Pacheco<sup>231</sup> expôs que a finalidade do art. 1.025 é a de evitar o dificultoso caminho que a parte se submetia, na tentativa de fazer o tribunal local suprir a omissão.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery fundamentaram a constitucionalidade do art. 1.025 da seguinte forma:

“O texto legal examinado é constitucional. A lei pode criar ficções jurídicas, como in casu. Trata-se de competência infraconstitucional que não maltrata a Constituição, pois o CPC 1025 dá cumprimento à CF 102 III e 105 III, dispositivos constitucionais esses que estipulam o cabimento do RE e do REsp, respectivamente, quanto às questões decididas pelas instâncias locais, além de outros requisitos. Nada foi mudado pelo CPC, e nem poderia: o requisito constitucional é questão decidida. Coube à lei processual dizer quando se considera decidida uma determinada questão e isso está dentro da esfera constitucional regulamentar do CPC”.<sup>232</sup>

O estudo de Osmar Côrtes, quanto ao teor do art. 1.025 indaga acerca da flexibilização do pré-questionamento e procura entender como o requisito pode ser satisfeito com a mera oposição dos embargos, mesmo quando o tribunal local recusa-se a apreciar a matéria e os fatos arguidos pela parte, levando a não decretação da nulidade do acórdão e determinação de nova decisão.

Para o autor, o pré-questionamento não é mero requisito formal, ele se justifica em razões históricas e decorre de exigência constitucional, arts. 102, III, e 105, III. Por meio de tais dispositivos é possível aos tribunais superiores “corrigir eventuais desrespeitos legais e jurisprudenciais por parte das decisões recorridas, dos Tribunais inferiores”<sup>233</sup>. Assim, mais que o interesse subjetivo, está em jogo a verificação da concordância da decisão guerreada com o ordenamento jurídico.

<sup>230</sup> LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1062.

<sup>231</sup> MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1.025 e STJ. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

<sup>232</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.992-2.993.

<sup>233</sup> CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *O prequestionamento pela simples oposição dos embargos declaratórios no novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.paixaocortes.com.br/novosite/conteudo/o-prequestionamento-pela-simples-oposico%C3%A7%C3%A3o-de-embargos-declarat%C3%B3rios-no-novo-c%C3%B3digo-de>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

Assim, é essencial a apreciação da matéria pelo tribunal inferior para que haja tal verificação pelo tribunal superior. Por isso, o pré-questionamento. Os embargos de declaração possuem viés de sanar a omissão e preparar a decisão para o recurso excepcional. Nessa linha de entendimento é que o autor explica que não se deve defender sempre a simples satisfação do requisito com a mera oposição dos embargos, pois corre-se o risco de admitir recurso em que a causa não foi decidida.

Por isso que, para mencionado autor, a interpretação ao art. 1.025 só pode ocorrer se a matéria que trata os embargos for jurídica, excluindo-se as fáticas, e que ela tenha sido suscitada anteriormente aos embargos, ou nos casos em que deva ser reconhecida de ofício. Assim, o tribunal superior é que vai verificar, em cada caso, se a simples oposição foi suficiente ou não.

A mesma linha de raciocínio foi estabelecida por Teresa Alvim e Bruno Dantas<sup>234</sup>. Ao comentarem sobre o dispositivo, informaram que “trata-se de inovação que prestigia a racionalidade e a eficiência do sistema recursal”. Contudo, asseveram ser uma faculdade colocada à disposição do tribunal superior em verificar, no caso concreto, a aplicação ou não do artigo.

Côrtes aduz a cautela do legislador, quando deixou claro que não são quaisquer embargos que servirão para satisfazer o requisito:

“Portanto, não é qualquer matéria objeto dos embargos de declaração que poderá ser dada por prequestionada. Ao contrário, dar-se-á por prequestionada a matéria objeto dos embargos se, cumulativamente: (i) os embargos forem conhecidos, (ii) a matéria for jurídica (não fático-probatória), (iii) o Tribunal Superior considerar que o vício da decisão embargada (omissão, obscuridade ou contradição) de fato existiu, não sendo inovadora a tese articulada nos declaratórios.

Essa, a nosso sentir, a leitura ideal, que não abre margem para que os Tribunais Superiores presumam que a matéria fática constante nos declaratórios é verdadeira ou adentrem o reexame de fatos e provas, o que vai de encontro com a própria e tradicional função das Cortes Superiores – guardiãs da Federação, da Constituição e da legislação infraconstitucional”.<sup>235</sup>

Por sua vez, Rodrigo Becker e Marco Aurélio Peixoto afirmam que a solução do art. 1.025 “é técnica e adequada porque somente considera o prequestionamento

<sup>234</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 348.

<sup>235</sup> CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *O prequestionamento pela simples oposição dos embargos declaratórios no novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.paixaocortes.com.br/novosite/conteudo/o-prequestionamento-pela-simples-oposi%C3%A7%C3%A3o-de-embargos-declarat%C3%B3rios-no-novo-c%C3%B3digo-de>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

ficto, *secundum eventum litis*, quando houver admissão pelo STJ da existência de erro no julgamento dos embargos pelo Tribunal”<sup>236</sup>. Caso o tribunal entenda não ter havido erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, não é necessário considerar o pré-questionamento ficto.

Sendo assim, parece válido afirmar que, a corrente que defende pela constitucionalidade do dispositivo mencionado, pelas suas fundamentações, parece se a mais condizente com os princípios buscados pelo novo Código de Processo Civil, uma vez que não retirou do Superior Tribunal de Justiça sua missão constitucional, ao contrário, faculta ao tribunal a possibilidade de julgar a causa, caso ele verifique haver elementos suficientes para tal, de modo a primar pela celeridade processual, tão buscada pelo jurisdicionado.

Ressalta-se também a importância da observância da plenitude, unidade da jurisdição, princípio que afirma a essência de que no ordenamento jurídico brasileiro não pode haver divisões, “pois isso seria o mesmo que dizer que o Estado pode ter várias soberanias”<sup>237</sup>.

## **2.6 Considerações finais acerca do pré-questionamento e sua aplicação aos recursos extraordinários interpostos contra decisões publicadas em data anterior à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.**

Com a vigência do novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça, com intuito de adequar-se as novas regras, promoveu algumas mudanças em seu regimento interno. Assim elaborou alguns enunciados administrativos, a fim de expressar o seu entendimento sobre determinados pontos.

No que diz respeito ao pré-questionamento, o Superior Tribunal de Justiça divulgou, em 09 de março de 2016, os enunciados administrativos n. 2 e n. 3. Tais enunciados buscam resolver conflito de direito intertemporal entre o Código de Processo Civil de 1973 e o atual.

---

<sup>236</sup> BECKER, Rodrigo. PEIXOTO, Marco Aurélio. *Embargos de Declaração e prequestionamento*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

<sup>237</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 180.



O enunciado administrativo n. 2 informa que:

“os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.<sup>238</sup>

Já o enunciado administrativo n. 3 aduz que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.<sup>239</sup>

Observa-se, em suma, que a jurisprudência do mencionado tribunal deixou consignada orientação de qual regra deverá ser observada, a partir da data da publicação da decisão. Caso a decisão tenha sido prolatada até 17/03/16, as regras que o recorrente deverá observar, quanto à aplicação do pré-questionamento são as mais rígidas e formais. Contudo, se a publicação ocorrer a partir de 18/03/16, a aplicação do pré-questionamento ocorrerá nos moldes do art. 1.025, se observados os critérios já mencionados no tópico anterior.

O entendimento firmado se funda na teoria do isolamento dos atos processuais, “segundo a qual sobrevindo lei processual nova, os atos ainda pendentes dos processos em curso sujeitar-se-ão aos seus comandos, respeitada a eficácia daqueles já praticados de acordo com a legislação revogada”.<sup>240</sup>

Observados os critérios de direito intertemporal, quanto aplicação do pré-questionamento, no capítulo subsequente será feita uma análise de sua aplicação nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, à luz da nova legislação.

---

<sup>238</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo n. 2. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Enunciados-administrativos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos). Acesso em: 03 mar 2018.

<sup>239</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo n. 3. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Enunciados-administrativos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos). Acesso em: 03 mar. 2018.

<sup>240</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.365.272/PR. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32408926&num\\_registro=201101488836&data=20131113&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32408926&num_registro=201101488836&data=20131113&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

### **3 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRÉ-QUESTIONAMENTO À LUZ DO NOVO CPC NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ante a divergência jurisprudencial entre Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, quanto à aplicação do pré-questionamento ficto, bem como as diferentes abordagens feitas pela doutrina a respeito do requisito, cumpre agora analisar a eficácia de sua positivação nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Tal análise será feita com base em recentes acórdãos proferidos pelo tribunal superior, em que ele aprecia o teor do art. 1.025, do novo Código de Processo Civil. Também será demonstrada a jurisprudência consolidada pelo tribunal à luz do Código de Processo Civil de 1973, a título de comparação com a legislação atual, a fim de que se chegue a possíveis conclusões acerca da (in) eficácia da positivação do requisito. Portanto, no julgado a seguir, passa-se a demonstração e análise da aplicação do pré-questionamento.

#### **3.1 Recurso Especial n. 1.639.314/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 10/04/2017.**

O acórdão, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, deriva de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas “a” e “c”, do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de sentença que, em ação de inventário, reconheceu o instituto da prescrição, inviabilizando os recorrentes o direito a receberem os lucros obtidos pelo *de cujos*, antes da dissolução parcial da sociedade. Foram opostos os embargos de declaração, mas estes foram rejeitados.

No recurso especial, foi apontada violação aos arts. 189, 202, 205, 206 do Código Civil/2002; 178 e 320 do CPC; 489 e 492 do Código de Processo Civil de 1973. O intuito das partes era demonstrar que não havia ocorrido a prescrição, vez que a interrupção do prazo prescricional não possuía base legal.

Eis a ementa do acórdão proferido, que negou provimento ao recurso interposto e emanou entendimento acerca da aplicação do art. 1.025, do Código de Processo Civil:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. – LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS – HERDEIROS SÓ-

CIOS EM CONDOMÍNIO – CABIMENTO – PRESCRIÇÃO DO DIREITO – NÃO OCORRÊNCIA. 01. Inviável o recurso especial na parte em que a insurgência recursal não estiver calcada em violação a dispositivo de lei, ou em dissídio jurisprudencial. 02. Avaliar o alcance da quitação dada pelos recorridos e o que se apurou a título de patrimônio líquido da empresa, são matérias insuscetíveis de apreciação na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 03. Inviável a análise de violação de dispositivos de lei não prequestionados na origem, apesar da interposição de embargos de declaração. 04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. 05. O pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado. 06. Recurso especial não provido.<sup>241</sup>

Da decisão proferida observa-se que a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à aplicação do art. 1.025, do Código de Processo Civil e o pré-questionamento ficto destoa da finalidade e do sentido dado ao dispositivo em questão.

Como já dito, a positivação do pré-questionamento ficto ocorreu como forma de combater a jurisprudência defensiva, primando pelo julgamento do mérito e pela razoável duração do processo. Tudo isso para evitar que a parte litigante, mesmo desincumbida de seu ônus de instar o tribunal de segunda instância a se manifestar sobre a matéria, atendendo ao pressuposto do pré-questionamento, ficasse impedida de interpor o seu recurso excepcional pelo fato de o tribunal local recusar-se a suprir a omissão ou se manifestar sobre a matéria infraconstitucional.

O acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que para se aplicar o disposto no art. 1.025, do Código de Processo Civil, a parte, no seu recurso especial, deverá alegar violação ao art. 1.022, do mesmo diploma legal, além de levar a matéria de fundo, o mérito do recurso, sob pena de inadmissibilidade.

Ora, ao fazer tal interpretação o tribunal superior consignou exigência que não está expressa no Código de Processo Civil. Nele não se verifica a necessidade de se alegar, obrigatoriamente, a violação ao art. 1.022. Ao contrário, a finalidade buscada pelo art. 1.025 é evitar a interposição de dois recursos especiais, permitindo que a parte recorrente interponha o seu recurso mesmo que, após opor os seus embargos declaratórios, com fins pré-questionadores, o tribunal local não supra a omissão. Assim, o tribunal superior, analisando e

---

<sup>241</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.639.314/MG. Terceira Turma. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71163531&nu\\_m\\_registro=201603050910&data=20170410&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71163531&nu_m_registro=201603050910&data=20170410&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

reconhecendo que houve omissão e que esta não fora suprida, considere que a matéria foi fictamente pré-questionada julgando, desde logo, o mérito recursal.

Ainda que a alegação de ofensa ao art. 1.022 não seja tarefa difícil de ser realizada pela parte em seu recurso, é preciso observar que esse não foi o objetivo traçado pelo legislador. O escopo principal foi o da preferência pelo julgamento do mérito. Portanto, requerer tal exigência como condição de admissibilidade do recurso especial demonstra a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aplicar o pré-questionamento ficto. Em verdade, criou-se uma condição de admissibilidade não prevista pela lei, e que agora as partes devem se atentar ao elaborar o seu recurso especial, a fim de cumprir tal exigência.

Realizadas tais ponderações, importante frisar que a análise feita pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça configurou em verdadeiro modelo para as demais decisões proferidas pelo mencionado tribunal, concernentes ao entendimento do pré-questionamento ficto. Assim, será demonstrado no acórdão a seguir e em outros exemplos, que tal entendimento consolidou-se pelas demais turmas do tribunal superior.

### **3.2 Recurso Especial n. 1.684.231/SC, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26/02/2018.**

O acórdão de relatoria do ministro Og Fernandes foi escolhido porque analisa o art. 1.025, do Código de Processo Civil, porém, não conhece o recurso especial interposto pelos mesmos fundamentos de admissibilidade estabelecidos no acórdão acima mencionado. Abaixo, a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. ENUNCIADO 3/STJ. APLICABILIDADE. ACÓRDÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 10 E 11 DA LIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211 DO STJ. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 1.025 DO CPC/2015. PREQUESTIONAMENTO FICTO. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. 1. Segundo o Enunciado Administrativo n. 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC", sendo esta a hipótese dos autos. 2. Acórdão recorrido em consonância com a matéria decidida no Resp 1.366.721/BA, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973. 3. No caso, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, a Corte local consignou estar ausente o requisito do fumus boni iuris para a decretação da medida de indisponibilidade de

bens. Rever tal entendimento demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula 7 desta Corte. Precedentes. 4. Quanto à apontada violação dos arts. 10 e 11 da LIA, extrai-se do acórdão recorrido que os dispositivos legais apontados como violados e as matérias a eles correlatas não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem sequer implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado. Aplicação do óbice fundado na Súmula 211 do STJ. 5. O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 10/4/2017). 6. Recurso especial não conhecido.<sup>242</sup>

O acórdão foi proferido em face de recurso especial interposto com base no art. 105, III, "a", da Carta Republicana. A parte recorrente alegou violação aos artigos 7º, caput e parágrafo único, 10, caput e inciso VIII, e 11, caput, da Lei n. 8.429/1992, e buscava a imputação do agente público a ressarcir o erário, tendo em vista que o art. 10, da lei de improbidade presume tal possibilidade, requerendo, assim, a indisponibilidade dos bens do agente como forma de ressarcir o dano ao patrimônio público.

No recurso especial, a parte requereu o pré-questionamento da matéria, nos moldes do art. 1.025, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o tribunal local, ao julgar os embargos de declaração, não se pronunciou.

Ao analisar os requisitos de admissibilidade recursal, a Segunda Turma entendeu não ter havido o pré-questionamento dos arts. 10, caput e VIII, e 11, caput, da Lei n. 8.429/1992, bem como firmou o mesmo entendimento proferido pela Terceira Turma, de que é necessário que se alegue também violação ao art. 1.022. A turma, então, não conheceu do recurso especial interposto, afirmando que a parte apenas requereu o pré-questionamento da matéria sem, contudo, indicar qual era a questão relevante a ser resolvida, não indicando, em seu recurso, violação ao art. 1.022, do Código de Processo Civil.

Pelo teor da decisão supramencionada, percebe-se que a exigência de debate expresso acerca da violação do art. 1.022 no recurso especial disseminou-se. A interpretação feita pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça vem sendo acompanhada pelas

---

<sup>242</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.684.231/SC. Segunda Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78965691&nu\\_m\\_registro=201701663872&data=20180226&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78965691&nu_m_registro=201701663872&data=20180226&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 10 mar. 2018.

demais turmas do tribunal, que tratam das matérias de direito público e privado. Pode-se notar o mesmo entendimento também nos acórdãos proferidos pela Primeira Turma<sup>243</sup> e Quarta Turma<sup>244</sup>.

Diante da jurisprudência, ao que parece já consolidada, lamentavelmente observa-se que o Superior Tribunal de Justiça esvaziou o sentido da norma que positivou o pré-questionamento ficto. Fazendo uma breve pesquisa jurisprudencial a respeito do pressuposto recursal no sítio do tribunal superior, é possível perceber que os recursos ora são improvidos ou ora não são conhecidos, não sendo fácil encontrar acórdão que tenha recebido a ficção do requisito.

A criação da nova exigência, como se nota, inviabilizou o conhecimento do recurso especial sem que se chegasse sequer à análise do mérito recursal. Tal atitude, além de trazer prejuízo a parte, acaba esmorecendo a finalidade inculpada pela nova legislação ordinária. Também se observa que a interpretação feita pelo tribunal superior demonstra o excesso de formalismo, assemelhando-se ao entendimento já antes consolidado pelo tribunal, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, como se demonstrará nos julgados a seguir.

### **3.3 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 689.034/SC, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 31/08/2016.**

O acórdão em questão refere-se à interposição de agravo interno, em face de decisão monocrática que inadmitiu o recurso especial da parte. A decisão do referido agravo foi publicada já na vigência do novo Código de Processo Civil. Contudo, a decisão do primeiro recurso interposto perante o tribunal local, que não admitiu o recurso especial, foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, portanto, aplicou-se as regras estabelecidas na vigência do código revogado, conforme enunciado administrativo n. 2. Eis a ementa do acórdão:

---

<sup>243</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1190733 / SP. Primeira Turma. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79835093&num\\_registro=201702713070&data=20180306&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79835093&num_registro=201702713070&data=20180306&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>244</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no agravo em recurso especial nº 1.120.645/GO. Quarta Turma. Relator: Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79899359&num\\_registro=201701441919&data=20180227&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79899359&num_registro=201701441919&data=20180227&tipo=5&formato=PDF)> . Acesso em: 10 mar. 2018.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. PERÍODO EM QUE A SERVIDORA GOZAVA LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. RECOLHIMENTO RETROATIVO DAS RESPECTIVAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRETENSÃO AFASTADA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 21, § 1º, DA LEI 10.667/2003. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF, APLICADA POR ANALOGIA, E 211/STJ. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CPC/73 A RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO/ACÓRDÃO PUBLICADOS NA SUA VIGÊNCIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Trata-se de Agravo interno, interposto em 24/08/2016, de decisão monocrática publicada em 04/08/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira o Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/73. II. Para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem, como desiderato principal, impedir a condução, a esta Corte, de questões federais não debatidas, no Tribunal a quo. Hipótese em que o Tribunal de origem não emitiu qualquer juízo de valor acerca do art. 21, § 1º, da Lei 10.667/2003. Incidência das Súmulas 282/STF, por analogia, e 211/STJ. III. Na forma da jurisprudência desta Corte, "somente se poderá entender pelo prequestionamento implícito quando a matéria tratada no dispositivo legal for apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisum objurgado" (STJ, AgRg no REsp 1.383.094/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/09/2013). Com efeito, "o Superior Tribunal de Justiça aceita o prequestionamento explícito e implícito, contudo, não admite o chamado 'prequestionamento ficto', que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal a quo tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas" (STJ, AgRg no REsp 1.514.611/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/06/2016). IV. Interposto o Recurso Especial contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, aplica-se, na espécie, o entendimento segundo o qual, "nos termos do Enunciado Administrativo nº 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016, 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça'" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.507.304/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/08/2016). Assim, inaplicável, no caso, o art. 1.025 do CPC/2015. V. Agravo interno improvido.<sup>245</sup>

A cizânia posta em debate tratava da possibilidade de a parte agravante ter o direito ao recolhimento previdenciário, para fins de aposentadoria, em relação ao tempo em que esta esteve gozando de licença sem remuneração, para acompanhar seu cônjuge.

Em seu recurso especial, alegou violação ao art. 21, § 1º, da Lei 10.667/2003, sob o argumento que tal dispositivo deveria aplicar-se ao caso em tela, ante a ausência de norma legal dispondo sobre a manutenção da contribuição. Invocou-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista estar sob o amparo do exercício regular de seu direito,

<sup>245</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 689.034/SC. Segunda Turma. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64969332&num\\_registro=201500911346&data=20161013&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64969332&num_registro=201500911346&data=20161013&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

diante da circunstância de estar acompanhando seu cônjuge, requerendo, por fim, a contabilização de sua contribuição para futura aposentadoria.

Nas razões do seu agravo interno, a parte agravante afirmou a presença do pré-questionamento implícito, mesmo ante a ausência de pronunciamento expresso do tribunal de segunda instância, trazendo inclusive, reforço doutrinário para sustentar o preenchimento do requisito. Levantou também debate acerca da aplicação e aceitação do pré-questionamento ficto, previsto no art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015. Tudo isso para viabilizar a análise do mérito recursal, que tratava da possibilidade de cômputo da contribuição previdenciária, para fins de aposentadoria.

Entretanto, o agravo interno foi improvido, pois a turma entendeu pela ausência do pré-questionamento, uma vez que o tribunal local não se pronunciou a respeito da irretroatividade da Lei 10.667/2003, e como a decisão que inadmitiu o recurso especial se deu sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, aplicou-se ao caso o teor da súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, sequer aceitando-se o pré-questionamento implícito, sendo este entendido “quando a matéria tratada no dispositivo legal for apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisum objurgado”.<sup>246</sup>

Diante do caso exposto, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça não analisou o mérito recursal, em razão da rigorosa exigência de se ver cumprido o pré-questionamento. Observa-se que a tentativa da parte restou infrutífera ante a constatação da falta do requisito pelo tribunal e que, apesar de se levantar o teor do art. 1.025, do Código de Processo Civil, sua aplicação não se manteve, em face do direito intertemporal abarcar entendimento firmado anteriormente.

Como se nota, a rigidez do tribunal, preocupada sobremaneira com a verificação do cumprimento dos pressupostos recursais, impede a parte de ter a chance de que o mérito recursal seja analisado e prejudica a busca pela interpretação e uniformização da lei infraconstitucional, bem como da jurisprudência, que poderia dirimir a controvérsia e fixar a interpretação mais adequada a ser seguida pelas instâncias ordinárias.

---

<sup>246</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.383.094/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30854723&nu\\_m\\_registro=201301249056&data=20130903&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30854723&nu_m_registro=201301249056&data=20130903&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mar. 2018.



Frisa-se novamente que não se defende a transformação do Superior Tribunal de Justiça em terceiro grau de jurisdição, pois, como já dito, não foi esta a missão que a Constituição Federal atribuiu ao tribunal, quando o instituiu. O que se critica e se busca demonstrar é a exaltação dada pelo tribunal superior à obediência a formalismos exagerados, que nada contribuem para a finalidade constitucional atribuída a ele, bem como a nova fase metodológica do processo, que preza pela primazia do julgamento do mérito e a celeridade processual.

Abaixo, o último exemplo dado confirma o que aqui se pontua e critica: a prioridade pelo cumprimento dos pressupostos de admissibilidade recursais só demonstra que os critérios seguidos pelo tribunal superior configuram verdadeiros entraves a análise do recurso, e tentam esconder o que já se percebeu por todos os que ousam pelear na via recursal, que o requisito configura em forte instrumento capaz de barrar os inúmeros recursos que desaguam no tribunal.

#### **3.4. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.128.181/RS, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 06/11/2017.**

O recurso em questão foi julgado sob a égide do novo Código de Processo Civil, contudo, teve seu provimento negado pela ausência de pré-questionamento. O Superior Tribunal de Justiça afirmou que, no caso, haveria a necessidade de interpor recurso especial, apenas para alegar afronta ao art. 1.022, da nova legislação. É o que se lê do acórdão ementado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO EXECUTIVA DO CREDOR PELO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS PELO DEVEDOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. A matéria referente à interrupção da prescrição executiva do credor de alimentos ante o ajuizamento da ação de exoneração de alimentos pelo devedor não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ). 2. O STJ não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração (Súmula 211). Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento. 3. Agravo interno não provido.<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AResp 1.128.181/SC. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 24 de outubro de 2017. Disponível em:<

Analisando o acórdão em tela, observa-se que nele reconheceu-se a omissão do julgado recorrido, quando se declarou que a matéria referente à interrupção da prescrição executiva não foi objeto de discussão pelo tribunal, mesmo a parte se desincumbido de opor embargos de declaração e, pelo fato de o tribunal não apreciar a controvérsia, estando ausente no acórdão o entendimento acerca da interrupção da prescrição, não se preencheu o requisito do pré-questionamento.

No caso, como a decisão foi proferida conforme o novo Código de Processo Civil, a turma poderia se utilizar do artigo 1.025, reconhecendo a omissão e já julgando o mérito do recurso. Contudo, a opção foi outra: entendeu-se que a falta de pronunciamento por parte do tribunal, inviabilizava a análise do mérito, devendo a parte, primeiramente, interpor recurso especial, alegando violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil e requerendo a anulação do acórdão combatido, a fim de que o tribunal superior ordene ao tribunal local que julgue a causa. Somente após esse procedimento é que a parte poderia, enfim, interpor novo recurso especial, agora sim, levando ao tribunal superior à questão de fundo, objeto do pleito.

Considerando que a apreciação do recurso especial, com base na alegação de violação ao art. 1.022 demandaria algum tempo e que, ainda passaria pelas fases de admissibilidade, sendo que a primeira delas é realizada pelo próprio tribunal de segunda instância, que faria sua análise conforme as “regras processuais e também da interpretação dada pelos tribunais superiores para conhecer do recurso”<sup>248</sup> e, entendendo ser este inadmissível, abriria margem para interposição de outro recurso, o agravo em recurso especial, com o intuito de provocar o reexame da decisão, levando-se ao Superior Tribunal de Justiça a segunda apreciação de admissibilidade recursal.

Com isso, observa-se que, no caso, a turma optou pelo caminho mais longo e formal, mesmo ante a possibilidade de apreciar a questão à luz do art. 1.025, suprimindo esta etapa, que em nada contribui para o alcance da celeridade processual e não oferece melhoras a prestação jurisdicional.

---

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77904988&num\\_registro=201701589237&data=20171106&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77904988&num_registro=201701589237&data=20171106&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 13 mar. 2018.

<sup>248</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. *Prequestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o Novo Código de Processo Civil*. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 246. ago. 2015. p. 287-313.

## CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho consistiu em analisar as mudanças ocorridas no instituto do pré-questionamento ficto, devido à sua positivação no art. 1.025 do novo Código de Processo Civil e quais foram às implicações de tal positivação dentro da estrutura do Superior Tribunal de Justiça.

Para se chegar à conclusão se tal positivação resultou em alguma mudança no tribunal superior e qual foi à interpretação dada por ele ao dispositivo, foram feitas as seguintes análises:

1) Abordagem acerca dos motivos que levaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, qual foi a missão a ele atribuída e quais foram as competências herdadas do Supremo Tribunal Federal.

2) Apontamento das hipóteses constitucionais de cabimento do recurso especial, seguido de um estudo mais aprofundado acerca da evolução do pré-questionamento no plano doutrinário e jurisprudencial, buscando-se compreender a partir de que momento surgiu à divergência de entendimentos entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, quanto à aplicação do requisito.

3) Estudo acerca da interpretação dada pela doutrina e jurisprudência às súmulas 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça.

4) Finalidade dos embargos de declaração pré-questionadores, seguida de algumas reflexões conclusivas a respeito da evolução do pré-questionamento.

5) Estudo acerca dos motivos que levaram a positivação do pré-questionamento ficto pelo novo Código de Processo Civil, sendo realizadas considerações a respeito das fases metodológicas do Processo Civil, e os impactos trazidos pela nova legislação, na busca pelo julgamento do mérito.

6) Alcance do art. 1.025 do Código de Processo Civil e de sua constitucionalidade, a fim de explicar a finalidade buscada pela nova legislação no âmbito dos recursos.

7) Por fim, foram analisados recentes julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca da positivação do pré-questionamento ficto, em que houve a apreciação e

interpretação do art. 1.025 do Código de Processo Civil, a fim de verificar se tal posituação ocasionou alguma mudança de entendimento no mencionado tribunal.

Após a realização dos estudos acima mencionados, a conclusão a que se chegou foi a de que, embora o novo Código de Processo Civil tenha sido elaborado com o propósito de buscar a cooperação das partes no processo, buscando a preferência pelo julgamento do mérito, no ponto que toca a posituação do pré-questionamento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que o tribunal optou em dar ao art. 1.025 do Código de Processo Civil interpretação diferente do objetivo buscado pelo legislador.

Ao interpretar o art. 1.025 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça consignou exigência não expressa pelo diploma legal, pois nele não se verifica a necessidade de se alegar, obrigatoriamente, a violação ao art. 1.022. A exigência configura nova espécie de juízo de admissibilidade recursal que, se não cumprida, impede o conhecimento do recurso especial.

A finalidade buscada pelo art. 1.025 era evitar a interposição de dois recursos especiais, permitindo que a parte recorrente interpusesse o seu recurso mesmo que, após opor os seus embargos declaratórios, com fins pré-questionadores, o tribunal local não suprisse a omissão. Assim, o tribunal superior, analisando e reconhecendo que houve omissão e que esta não fora suprida, considerasse que a matéria foi fictamente pré-questionada julgando, desde logo, o mérito recursal.

Não bastasse o longo e difícil caminho ao qual a parte está submetida quando pretende se utilizar da via excepcional, na busca da apreciação do mérito do seu recurso, verificado nas demais súmulas do tribunal superior, e no próprio pré-questionamento, visto como insuperável barreira de admissibilidade, o tribunal superior optou pelo caminho mais longo e formal, distanciando-se do princípio da cooperação entre as partes, cuja finalidade é a de se obter, em tempo razoável, um processo justo e efetivo, apesar da tentativa do legislador em suprimir etapas desnecessárias, que em nada contribuem para o alcance da celeridade processual e não oferecem melhoras a prestação jurisdicional.

O escopo principal no novo diploma legal é a preferência pelo julgamento do mérito. Portanto, requerer tal exigência como condição de admissibilidade do recurso especial demonstra a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aplicar o pré-questionamento

ficto. Em verdade, criou-se uma condição de admissibilidade não prevista pela lei, e que agora as partes devem se atentar ao elaborar o seu recurso especial, a fim de cumprir tal exigência.

A contribuição acadêmica proporcionada na realização do presente trabalho, a partir da demonstração de que o Superior Tribunal de Justiça deu interpretação diversa da prevista no art. 1.025 do Código de Processo Civil, foi a de trazer reflexões a respeito do papel dos tribunais superiores, especialmente Superior Tribunal de Justiça, podendo citar: a) a necessidade de se buscar a concreta cooperação das partes no processo, a fim de se alcançar o julgamento do mérito e respeito a razoável duração do processo, b) mudança de pensamento por parte do Superior Tribunal de Justiça, no tocante a imposição de óbices formais que não contribuem para a efetivação da justiça, c) a necessidade de esforço da comunidade jurídica, a fim de se adequar a nova fase processual a qual se vivencia, d) necessidade de abordagem do tema no âmbito acadêmico, ressaltando as implicações trazidas diante das interpretações dadas à legislação pelos tribunais superiores perante toda a comunidade jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Prequestionamento*. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 22, p. 11-37. Curitiba: O Instituto, 1993.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 1. ed. em e-book. Revista dos Tribunais, 2017.
- AZZONI, Clara Moreira. 2009, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *25 anos do Tribunal da Cidadania: A Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/vintecincoanos/issue/view/272/showToc>>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.
- BRASIL, Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2018.
- BRASIL, *Lei. n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 05 dez. 2017
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 145589 AgR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+145589%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+145589%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/af52czd>>. Acesso em 27 ago. 2017.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ED no REsp n. 158.140/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 15 de outubro de 1998. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199700880842&dt\\_publicacao=23-11-1998&cod\\_tipo\\_documento=1&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700880842&dt_publicacao=23-11-1998&cod_tipo_documento=1&formato=PDF). Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. Corte Especial. Julgado em 28/06/1990. DJ: 19/03/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 5. Corte Especial. Julgado em 10/05/1990. DJ: 21/05/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Corte Especial. Julgado em 05/10/2005. DJ: 18/10/20065. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=211+&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. 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. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 53740/Guanabara. Segunda Turma. Relator: Min. Ribeiro da Costa. Brasília, 06 de agosto de 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=152451>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 146660 AgR / SP. 2ª Turma. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data do julgamento: 20/04/1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=326868>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648&termo=>>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 92946-1 Agr/RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Alfredo Buzaid. Brasília, 02 de setembro de 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=271145>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 210638/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de abril de 1998. Disponível

em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 208.639-8/RS. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Min. Nelson Jobim. Brasília, 06 de abri de 1999. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso extraordinário. RE 678.139/RJ. Primeira Turma. Relator (a): Min. Rosa Weber. Brasília, 20 de agosto de 2013. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4354854>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. Corte Especial. Julgado em 14/04/1994. DJ: 25/04/94. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 03 fev. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1.355.461/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 05 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510345&num\\_registro=201202479468&data=20160511&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510345&num_registro=201202479468&data=20160511&formato=PDF)>. Acesso em 30 jan. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Recurso Especial. REsp 7.587/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 23 de junho de 1993. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199100012130&dt\\_publicacao=16-08-1993&cod\\_tipo\\_documento=1&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100012130&dt_publicacao=16-08-1993&cod_tipo_documento=1&formato=PDF)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. AI 198631 AgR /PA. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de novembro de 1997. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=283914>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.521.782/CE. Primeira Turma. Relator: Min: Benedito Gonçalves. Brasília, 23 de agosto de 2016. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64461070&num\\_registro=201301863958&data=20160831&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64461070&num_registro=201301863958&data=20160831&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Embargos de declaração na apelação cível 0002650-03.2015.4.01.3307/BA. Sétima Turma. Relator: Des. Federal Hercules Fajoses.



Brasília, 07 de novembro de 2017. Disponível em:

<<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00026500320154013307&pA=&pN=26500320154013307>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Corte Especial. Julgada em 05/10/05. “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo n. 2. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Enunciados-administrativos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos). Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo n. 3. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Enunciados-administrativos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos). Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.365.272/PR. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32408926&num\\_registro=201101488836&data=20131113&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32408926&num_registro=201101488836&data=20131113&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.639.314/MG. Terceira Turma. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71163531&num\\_registro=201603050910&data=20170410&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71163531&num_registro=201603050910&data=20170410&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.684.231/SC. Segunda Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78965691&num\\_registro=201701663872&data=20180226&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78965691&num_registro=201701663872&data=20180226&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 10 mar 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1190733 / SP. Primeira Turma. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79835093&num\\_registro=201702713070&data=20180306&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79835093&num_registro=201702713070&data=20180306&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 mar 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.645/GO. Quarta Turma. Relator: Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79899359&num\\_registro=201701441919&data=20180227&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79899359&num_registro=201701441919&data=20180227&tipo=5&formato=PDF)> . Acesso em: 10 mar 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 689.034/SC. Segunda Turma. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64969332&num\\_registro=201500911346&data=20161013&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64969332&num_registro=201500911346&data=20161013&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.383.094/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30854723&num\\_registro=201301249056&data=20130903&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30854723&num_registro=201301249056&data=20130903&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AResp 1.128.181/SC. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77904988&num\\_registro=201701589237&data=20171106&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77904988&num_registro=201701589237&data=20171106&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 13 mar. 2018.

BECKER, Rodrigo. PEIXOTO, Marco Aurélio. *Embargos de Declaração e prequestionamento*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed.e-book. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnica de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o recurso extraordinário n. 298.695/SP*. Disponível em: <[www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/009.pdf](http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/009.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Pquestionamento reflexões sobre a súmula 211 do STJ*. Disponível em: [www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/021.pdf](http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/021.pdf). Acesso em: 21 jan. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução de mérito e o novo CPC*. Revista da EMERJ, v. 18, n. 70, p. 42-50, set – out, 2015. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista70/revista70.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2018.

CARRAZA, Roque Antônio. *Do recurso extraordinário e do recurso especial*. Justitia. São Paulo. n. 167, jul/set. 1994. p. 51-57. Disponível em: <[Http.www.justitia.com.br/revistas/8wxc8c.pdf](http://www.justitia.com.br/revistas/8wxc8c.pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *O prequestionamento pela simples oposição dos embargos declaratórios no novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.paixaocortes.com.br/novosite/conteudo/o-prequestionamento-pela-simples-oposi%C3%A7%C3%A3o-de-embargos-declarat%C3%B3rios-no-novo-c%C3%B3digo-de>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 49: Princípio da primazia do julgamento de mérito*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaopiniaio-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: DANTAS, Bruno (Org.) *Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2011, p. 62-73.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: Curso de Direito Processual Civil: *Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. v.3. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. Malheiros, 2013.

FERIANI FILHO, Luis Arlindo. *Embargos de Declaração Prequestionadores e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/332363-embargos-de-declaracao-prequestionadores-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

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

FREIRE, Alexandre. DONOSO, Denis. BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recurso Especial: cabimento e forma de interposição do recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da CF (Divergência Jurisprudencial). In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4.

GALLOTTI, Maria Isabel. Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 649-664.

JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004.

JUSTIÇA, Superior Tribunal de. 25 anos do Tribunal da Cidadania: *A Constituição de 1988*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional///index.php/vintecincoanos/issue/view/272/showToc>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. Tese apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção parcial do título de doutor em Direito do Estado. São Paulo. 2007. Disponível em <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php)>. Acesso em 26 ago. 2017.

PEREIRA, Luis Alves. Uma nova ordem dos processos nos Tribunais. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 255-265.

LEMOS, Vinicius Silva. *O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEMOS, Vinicius Silva. *O princípio da primazia de mérito e a melhoria no acesso à justiça*. In: SILVA, Juvêncio Borges. (Coord.). *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 43-59.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1.025 e STJ. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673-698.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, v.8.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEGRÃO, Perseu Gentil *apud* MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento*. Coletânea de julgados dos magistrados e momentos jurídicos dos magistrados no TRF e no STJ. n. 38. 2002. p. 167-179. Disponível em: <  
<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/coletanea/article/view/1981/1898>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *O prequestionamento e o novo CPC*. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 256. jun. 2016. p. 169-178.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Luis Alves. Uma nova ordem dos processos nos Tribunais. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014.

PORTELLA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. *Teoria e Crítica do Recurso Especial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. *Manual de recursos extraordinário e especial*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

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 à Ação Rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento*. *Direito e democracia*, Canoas, v. 7, n.2, p. 408, 2º sem. 2006.