



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FJS

GABRIEL SARAIVA MARTINS BASTOS

**A RECALCITRÂNCIA DOS TRIBUNAIS EM FACE DE DECISÃO DO
STJ QUE DÁ PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL COM BASE
NA VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, INCISO II e 535, INCISO II,
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

Brasília
2014

GABRIEL SARAIVA MARTINS BASTOS

**A RECALCITRÂNCIA DOS TRIBUNAIS EM FACE DE DECISÃO DO
STJ QUE DÁ PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL COM BASE
NA VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, INCISO II e 535, INCISO II,
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

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

Brasília
2014

GABRIEL SARAIVA MARTINS BASTOS

**A RECALCITRÂNCIA DOS TRIBUNAIS EM FACE DE DECISÃO DO
STJ QUE DÁ PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL COM BASE
NA VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, INCISO II e 535, INCISO II,
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

BANCA EXAMINADORA:

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: Professor Paulo Gustavo
Medeiros Carvalho

Brasília
2014

RESUMO

O Recurso Especial surgiu junto com o Superior Tribunal de Justiça para zelar pela interpretação e unificação de leis federais. Muitas vezes, as partes não conseguem alcançar o Superior Tribunal de Justiça, pela ausência dos pressupostos recursais para interposição do Recurso Especial. Um deles é o prequestionamento, do qual se exige que a matéria à ser levada à apreciação da Corte Superior tenha sido efetivamente decidida no Tribunal Local. No entanto, existem situações em que as partes não conseguem obter o julgamento de determinada matéria, o que impossibilita a abertura da via excepcional ao Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal se nega a discutir a matéria arguida pela parte, e, seja pela oposição de embargos de declaração ou até mesmo por determinação de rejuízo pelo Superior Tribunal de Justiça. Diante dessa situação, o trabalho busca expor os prejuízos, bem como, propor soluções à situação engessada em que fica a parte.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 RECURSO ESPECIAL.....	8
1.1 Aspectos históricos e a função concebida ao Superior Tribunal de Justiça.....	8
1.2 Pressupostos recursais para a admissibilidade do recurso especial.....	9
1.3 Hipóteses de cabimento do recurso especial.....	12
1.3.1 Alínea “a” do permissivo constitucional.....	12
1.3.2 Alínea “b” do permissivo constitucional.....	14
1.3.3 Alínea “c” do permissivo constitucional.....	15
1.4 Procedimento.....	17
2 PREQUESTIONAMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	19
2.1 Concepções atribuídas ao termo “prequestionamento”.....	19
2.2 Momento de configuração: os chamados prequestionamento explícito e implícito..	22
2.3 Prequestionamento e embargos de declaração.....	25
2.4 Embargos de declaração e sua função prequestionadora.....	26
2.4.1 Conceito e natureza jurídica dos embargos de declaração.....	26
2.4.2 Hipóteses de cabimento.....	27
2.4.3 Função prequestionadora dos embargos de declaração.....	29
2.4.4 Meios recursais para se obter o prequestionamento de matéria rejeitada em sede de embargos de declaração.....	34
3 A RECALCITRÂNCIA DOS TRIBUNAIS EM FACE DE DECISÃO DO STJ QUE DÁ PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL COM BASE NA VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, INCISO II e 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	38
3.1 O prejuízo acarretado à parte com a insistência de Tribunal Local em não suprir omissão em embargos declaratórios.....	38
3.2 Da propositura de reclamação constitucional como forma de garantir a autonomia da decisão do STJ que dá provimento ao recurso especial com base no art. 535, II, do CPC.....	40
3.3 O prequestionamento ficto adotado pelo STF.....	43

3.4 O artigo 979 do Projeto de Lei nº 8046/2010 (Reforma do Código de Processo Civil).....	45
3.5 Prequestionamento ficto após a interposição de segundo recurso especial.....	46
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou fazer uma análise da recalcitrância dos tribunais no julgamento embargos declaratórios após a decisão do Superior Tribunal de Justiça que dá provimento à Recurso Especial com base na violação ao artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, do CPC, situação em que a parte se encontra engessada após não conseguir atingir o pressuposto recursal do prequestionamento e ter sua matéria de fundo julgada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, a pesquisa teve como objetivo analisar às medidas tomadas pelo tribunal de origem em face da decisão do STJ que determina o retorno dos autos à origem, haja vista que o esperado é que com o retorno dos autos, a omissão seja sanada, caso exista, e o prequestionamento da matéria seja configurado (pressuposto processual) para que haja a abertura da via do recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, busca-se também expor o prejuízo que pode ser acarretado à parte no caso em que o tribunal de origem, mesmo após decisão de provimento do recurso especial por violação ao artigo 535, II, do CPC, decide, de forma insistente, por não haver omissão no julgado lá proferido, trancando-se, assim, a via especial.

A dificuldade pode ser presenciada por no momento de estágio em gabinete da Procuradoria Geral da República. Observou-se que, ao elaborar pareceres em recursos especiais interpostos com alegação de violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, pode-se deparar diversas vezes com tal situação.

A pesquisa conta com três capítulos. No primeiro deles, foi abordado o recurso especial em si, tratou-se do surgimento junto à função atribuída ao Superior Tribunal de Justiça com a promulgação da CF/88, bem como os pressupostos de admissibilidade, hipóteses de cabimento e seu juízo de admissibilidade. O segundo capítulo versou sobre o prequestionamento, abordando as diversas concepções, o momento em que é configurado, e sua ligação com os embargos declaratórios. Por fim, no terceiro capítulo, analisou-se a recalcitrância dos tribunais no julgamento dos embargos declaratórios

mesmo após decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça dando provimento ao recurso especial por violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Para que a pesquisa fosse realizada, foram utilizados como meios de pesquisa bibliografias de processualistas brasileiros, que tratam dos assuntos: legislações, jurisprudências de tribunais, bem como documentos disponíveis na internet, tais como artigos e periódicos.

1. RECURSO ESPECIAL

1.1 Aspectos históricos e a função concebida ao Superior Tribunal de Justiça

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, não eram presentes as figuras do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial. A atual competência do Superior Tribunal de Justiça de julgar os Recursos Especiais era atribuída ao Supremo Tribunal Federal, sendo o Recurso Extraordinário a única via para a análise de integridade das normas constitucionais e infraconstitucionais.¹

No entanto, com o passar do tempo, em que apenas o Supremo Tribunal Federal detinha tal competência, a Corte Suprema acabou por sofrer um demasiado aumento de demandas recursais, o que resultou na Crise do Supremo. Mesmo após a criação de mecanismos que objetivavam filtrar os recursos a serem analisados, o problema não foi solucionado.²

Diante desse cenário, houve proposta de José Afonso da Silva de criação de outra Corte Superior, que tivesse como principal papel manter a “unidade e a integridade do direito federal, infraconstitucional, em todo o território nacional”³.

Nessa esteira, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Superior de Tribunal de Justiça foi criado juntamente com o recurso especial, abarcando a competência que antes pertencia ao Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários. Assim leciona Bernardo Pimentel Souza:

[...] o constituinte de 1988 transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a missão de zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional comum. E para a novel corte poder cumprir tal encargo, foi instituído o recurso especial, que passou a ser a via processual adequada para submeter, à apreciação de tribunal superior, as ofensas à legislação federal perpetradas pelos tribunais de segundo grau, assim como os

¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 34.

² SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 618.

³ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 856.

dissídios jurisprudenciais acerca da interpretação do direito federal infraconstitucional.⁴

Sobre o tema, também ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha que o Superior Tribunal de Justiça “mantém a função de interpretar a legislação infraconstitucional, corrigindo ilegalidades cometidas no julgamento de causas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça”⁵.

Ainda com o papel de realizar a interpretação e a preservação da legislação infraconstitucional, o Superior de Tribunal de Justiça detém também a função de uniformizar a jurisprudência em âmbito nacional, função esta relacionada ao princípio da segurança jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça é composto por no mínimo 33 (trinta e três) Ministros, conforme previsto no artigo 104 da Constituição Federal. Quanto à sua organização, o artigo 2º do Regimento Interno estabelece que a Corte possua um Plenário, uma Corte Especial, Seções e Turmas especializadas (compostas por 5 ministros). O mesmo regimento prevê que é papel das turmas da Corte julgar os recursos especiais interpostos, exigindo-se a participação de no mínimo 3 (três) ministros num determinado julgamento. No entanto, existe ainda a previsão de que os apelos especiais possam ser julgado pelas seções do Tribunal quando há relevância da questão debatida.⁶

1.2 Pressupostos recursais para a admissibilidade do recurso especial

O permissivo constitucional que regula tanto os pressupostos recursais quanto as hipóteses de cabimento do recurso especial localiza-se no art. 105, inciso III, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
[...]

⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 619.

⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg. 304.

⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 620.

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;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.⁷

Primeiramente, quanto ao termo “causas decididas”, deve-se atentar que só cabe recurso especial contra acórdão proferido por tribunais, com objetivo de que a decisão seja reformada ou invalidada⁸.

Portanto, convém afirmar que jamais é cabível a interposição de recurso especial em face de decisão exarada por juízo de primeiro grau, ou então, por acórdãos proferidos por uma turma recursal em âmbito do juizado especial cível, haja vista que as turmas recursais fazem parte dos Juizados Especiais Cíveis, e não compõe um Tribunal⁹. Assim se depreende da Súmula 203/STJ: “*Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*”.

Segundo Eduardo Arruda Alvim (2008), o termo “causas decididas” abrange qualquer acórdão que seja proferido por Tribunais locais, podendo ser proferido em sede de apelação, embargos infringentes, agravo de instrumento, entre outros. O importante é que tal decisão tenha sido proferida por um colegiado de Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça¹⁰.

Seguindo a leitura do dispositivo supramencionado, além de necessidade de que a decisão seja proferida por um órgão colegiado de tribunais, é necessário que a decisão tenha sido proferida em única ou última instância, pois a via ordinária precisa ser esgotada para que a interposição de recurso especial seja cabível. Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2009) lecionam:

“Os recursos extraordinários e especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única. Não podem ser exercitados *per saltum*, deixando *in albis* alguma possibilidade de impugnação. As cortes de cúpula só

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2013.

⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 860.

⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 623.

¹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 860.

devem manifestar-se sobre questão que tenha sido resolvida na instância ordinária.”¹¹

Nesse sentido, não cabe recurso especial em face de decisão monocrática de membro de determinado tribunal, pois esta estaria sujeita ao recurso de agravo interno¹², bem como contra acórdão não unânime, pois contra tal decisão caberá o recurso de embargos infringentes¹³. Em ambas as situações, a instância ordinária não teria sido esgotada.

Conclui-se, portanto, que caso seja cabível qualquer recurso ordinário em face de uma decisão, está afastada a abertura da via excepcional para a interposição de recurso especial, pois o esgotamento das vias ordinárias de impugnação é exigência inafastável para o cabimento do recurso especial.¹⁴

No termo “causas decididas em única ou última instância”, ainda reside a necessidade de que a matéria a ser debatida na via especial tenha sido prequestionada. Segundo Bernardo Pimentel Souza, “o prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido”¹⁵.

Nessa esteira se manifesta José Miguel Garcia Medina, ensinando que a matéria federal deve ter sido tratada na decisão recorrida, havendo a possibilidade até de que a parte não a suscite, desde que tenha sido devidamente analisada e decidida pelo colegiado do Tribunal¹⁶.

Sobre prequestionamento, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2013):

“Entende-se majoritariamente que o prequestionamento constitui a exigência de que o objeto do recurso especial já tenha sido objeto de decisão prévia por tribunais inferiores, o que realça a atuação do Superior Tribunal de Justiça de mero revisor do que já foi decidido no pronunciamento judicial recorrido. A exigência do prequestionamento tem fundamentalmente a missão de impedir

¹¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 266.

¹² SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 624.

¹³ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 860.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 739.

¹⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 627.

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 119.

que seja analisada no recurso especial matéria que não tenha sido objeto de decisão prévia, vedando-se nesse recurso a matéria de forma originária pelo Superior Tribunal de Justiça.”¹⁷

Outro ponto importante quanto aos pressupostos de admissibilidade do recurso especial diz respeito à impossibilidade de interposição de recurso especial com a intenção de reexame da matéria fática-probatória. Sobre o tema, ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2013):

“É pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos excepcionais para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da higidez do direito objetivo (enunciados 279 e 07 da jurisprudência predominante do STF e do STJ, respectivamente). Isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recurso excepcional para a revisão de matéria de fato. Não cabe recurso extraordinário com o objetivo de o tribunal superior reexaminar prova, tendo em vista que esse pleito não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.”¹⁸

No mesmo sentido, Bernardo Pimentel Souza (2010) ressalta que o recurso especial não é a via adequada para “suscitar injustiça proveniente da apreciação dos fatos e das provas no tribunal de origem”¹⁹, conforme depreende-se da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

1.3 Hipóteses de cabimento do recurso especial

1.3.1 Alínea “a” do permissivo constitucional

Conforme a previsão constitucional, cabe interposição de recurso especial quando a decisão proferida no tribunal de origem “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 743.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 256.

¹⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 636.

Alguns doutrinadores diferenciam os termos “contrariar” e “negar vigência”, sendo o primeiro um vício em relação à interpretação dada à determinada lei federal, e o segundo um vício quanto à aplicação ou não de determinada norma²⁰.

É o que leciona Daniel Assumpção Amorim Neves (2013):

“De qualquer maneira, “contrariar” significa distanciar-se da *mens legislatoris* ou da finalidade da norma, incluindo uma má interpretação que importe o desvirtuamento de seu conteúdo, enquanto “negar vigência” significa deixar de aplicar a norma correta no caso concreto. Tanto a contrariedade como a negativa de vigência impedem a lei federal de ser aplicada como deveria, sendo nesses termos vícios da mesma gravidade.”

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2009) ensinam que deve se entender como leis federais, para fins de cabimento do apelo especial, leis complementares federais, leis ordinárias federais, leis delegadas federais, decretos-leis federais, medidas provisórias federais e decretos autônomos federais²¹. Importante destacar que não comporta cabimento de recurso especial em face de contrariedade de circulares, portarias, resoluções administrativas e regimentos internos de tribunais²².

Ainda quanto ao conceito de leis federais, Bernardo Pimentel Souza salienta que existem leis formalmente federais, mas que, no entanto, são materialmente formais. Nesse caso, não se abre a via para interposição de recurso especial²³. É nesse sentido que o STJ decidiu que não cabe a análise, por exemplo, da Lei nº 4.878/65, que trata do regime jurídico dos Policiais Civis do Distrito Federal²⁴.

Quanto aos tratados, Alvim indica que o termo é redundante, tendo em vista que a recepção do tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro já faz o mesmo ser considerado lei em sentido amplo. Portanto, desde que determinado tratado não se encaixe na situação em que é recepcionado com equivalência à emenda constitucional

²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 743.

²¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg. 307.

²² ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 864.

²³ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 634.

²⁴ “3. Está pacificado nessa Corte o entendimento de que a Lei n. 4.878/65, que trata do regime jurídico dos Policiais Civis do Distrito Federal, muito embora seja formalmente federal, materialmente ela é local, impedindo a sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça.” (AGI n. 494.139/DF – Agr, 6ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 22 de abril de 2008).

(dispuser sobre direitos humanos e ser aprovado pelas casas do Congresso Nacional), este tratado deve ser entendido como lei²⁵.

Daniel Amorim Assumpção Neves frisa, expondo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que quando o recurso especial é interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional se faz necessária a indicação do dispositivo legal violado, sob pena de o recurso não ser admitido.²⁶

1.3.2 Alínea “b” do permissivo constitucional

Comporta, também, cabimento ao recurso estudado quando o acórdão atacado julga válido ato de governo local contestado em face de lei federal, conforme texto do artigo 105 da Constituição Federal.

Sobre essa função do Superior Tribunal de Justiça, ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

“Nota-se que a missão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial é preservar o ordenamento jurídico federal, e nesse caso o ato de governo local não teria nenhuma importância se não ofendesse o ordenamento jurídico federal, e nesse caso o ato de governo local não teria nenhuma importância se não ofendesse uma lei federal, sendo justamente por isso levado para análise do Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial.”²⁷

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2009), o termo julgar válido exige um contraste entre o ato do governo local e uma norma federal. Dessa forma, numa situação em que determinado ato de governo local for considerado válido em face de uma lei, a lei federal pode ser considerada como afrontada. Em outras palavras, o acórdão recorrido opta por ato de governo local ao invés de lei federal, afrontando-a²⁸.

Bernardo Pimentel Souza leciona que a expressão “ato de governo local” abrange atos normativos e administrativos emanados dos Poderes Executivos e

²⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 864.

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 744.

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg x.744

²⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 308.

Legislativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como de todo o Poder Judiciário, ou seja, dos Estados e do Distrito Federal. Nessa esteira, excluindo-se a hipótese de análise de lei local, a impugnação de atos provenientes das autoridades públicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, à luz de lei federal e desde que a matéria já tenha sido devidamente julgada pelo tribunal de origem, abre a via para a interposição de recurso especial pela alínea “b” do permissivo constitucional²⁹.

O mesmo autor ressalta que não cabe a interposição de recurso especial quando a discussão gira em torno de lei emanada do Legislativo estadual, distrital ou municipal, pois é o Supremo Tribunal Federal que detém competência para analisar tal hipótese, conforme prevê o artigo 102, inciso III, alínea “d”, da Constituição Federal, que foi alterado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004³⁰.

1.3.3 Alínea “c” do permissivo constitucional

Já o terceiro e último permissivo constitucional autoriza a interposição de apelo especial quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal”.

Aqui se destaca a função do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a jurisprudência em âmbito nacional, pela via do recurso especial, quando houver divergência de tribunais distintos em face de um mesmo caso³¹.

Quanto ao termo “outro Tribunal”, Bernardo Pimentel Souza ensina que os acórdãos a serem utilizados como paradigmas podem ser proferidos por qualquer outro tribunal, ou seja, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, o antigo Tribunal Federal de Recursos, tribunais de alçada, tribunais de justiça especializada (trabalhistas, militares e eleitorais). Isso porque não há qualquer restrição

²⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 642.

³⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 642.

³¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 308.

constitucional acerca dos tribunais que proferiram a decisão a ser utilizada como paradigma, bastando apenas que a decisão tenha sido proferida por outro tribunal.

Cabe destacar que não cabe recurso especial em casos de divergência entre órgãos de um mesmo tribunal, conforme se extrai do enunciado da Súmula 13/STJ³². Nesse caso, caberia a instauração de incidente de uniformização de jurisprudência em tribunais de segundo grau e embargos de divergência em tribunais superiores.³³

Da leitura do artigo 541 do Código de Processo Civil com o artigo 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o recorrente deve proceder à demonstração de divergência em relação à interpretação de determinada lei federal, transcrevendo trechos de acórdão confrontados onde se localiza a divergência³⁴.

É necessário ainda, para que se comprove a divergência, a apresentação de um dos documentos elencados no artigo 541 do Código de Processo Civil para a comprovação de existência do acórdão adotado como paradigma, quais sejam, certidão do tribunal que a proferiu, cópia autenticada, citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência ou reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte³⁵.

José Miguel Garcia Medina aponta em sua obra a relação entre as alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, ensinando que mesmo havendo a indicação de decisões divergentes, o recorrente deve demonstrar e apontar a violação à legislação federal:

“Logicamente, ao interpor o recurso com fundamento na alínea c, o recorrente deverá demonstrar que a decisão recorrida é a que deu interpretação contrária à lei federal, em contraposição a outra(s) decisão(ões), que deverá(ão) ser colacionada(s) a fim de se demonstrar a divergência jurisprudencial”.³⁶

Daniel Amorim Assumpção Neves (2013) ensina no mesmo sentido que ao recorrente cabe a indicação expressa do dispositivo infraconstitucional interpretado de

³² Súmula 13/STJ: “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”.

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 745.

³⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pg. 311.

³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg. 745.

³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 86.

forma divergente, frisando que a ausência da indicação, segundo o Superior Tribunal de Justiça, acarreta a inadmissibilidade do apelo especial.³⁷

1.4 Procedimento

Assim como para que o mérito de uma ação possa ser analisado, o magistrado primeiramente deve analisar os pressupostos processuais e as condições da ação, nos recursos, o órgão julgador deve fazer uma análise prévia dos aspectos formais do recurso para que posteriormente possa analisar o mérito recursal³⁸.

O sistema recursal brasileiro adota, em sua generalidade, a regra do duplo juízo de admissibilidade. Isso significa que cabe ao órgão de interposição do recurso uma primeira análise sobre os requisitos indispensáveis para um posterior julgamento de mérito. Após, o órgão julgador realiza uma nova análise, que não é vinculada à primeira. Portanto, segundo Bernardo Pimentel Souza, é possível afirmar que essa segunda análise, realizada pelo órgão julgador, é soberana em relação à análise feita pelo órgão de interposição³⁹.

No caso dos recursos extraordinários *lato sensu*, o artigo 541 do Código de Processo Civil prevê que o apelo deve ser direcionado ao presidente ou ao vice-presidente do Tribunal *a quo* em petição autônoma⁴⁰. Portanto, seguindo a regra do juízo bipartido de admissibilidade, o Tribunal recorrido faz uma análise prévia acerca da admissibilidade, podendo o recurso não ser conhecido neste momento. No caso de negativa de conhecimento na instância de origem, para que a parte possa levar o exame de admissibilidade do recurso à análise do Tribunal *ad quem*, é necessário aviar o agravo de instrumento do artigo 544 do Código de Processo Civil⁴¹.

³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 746.

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 615.

³⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 92.

⁴⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 879.

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 71.

O prazo de interposição do recurso especial é de 15 (quinze) dias, bem como para a apresentação de contrarrazões, conforme o disposto no artigo 508 do Código de Processo Civil:

Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias.

Quanto ao preparo, partir de 2007, com a edição da Lei Federal n. 11.636-2007, passou a ser exigível o recolhimento de custas nos processos que tramitam no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O artigo 10 da referida lei estabelece que o recolhimento do preparo (custas e porte de remessa e retorno) deve ser realizado no tribunal de origem, no mesmo prazo da interposição do apelo especial.

A comprovação do preparo deve ser feita pela parte no mesmo momento da interposição do recurso⁴², sob pena de deserção, conforme o disposto no artigo 511 do Código de Processo Civil em consonância com a Súmula n. 187 do Superior Tribunal de Justiça: *“É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não resolve, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”*.

Bernardo Pimentel Souza, tratando do procedimento de interposição do recurso especial, frisa que “quando os fundamentos têm natureza diversa, sendo um de cunho constitucional e o outro de índole infraconstitucional, torna-se necessária a interposição simultânea de recursos especial e extraordinário”.⁴³

Isso porque a Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça determina que *“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”*.

Sendo admitido o recurso especial pelo tribunal de origem, os autos deverão ser encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento (tanto do conhecimento quanto do mérito).

⁴² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 286.

⁴³ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 658.

No caso de interposição simultânea de recurso especial e de recurso extraordinário, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (se admitidos na instância *a quo*), e após o julgamento do apelo especial haverá julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, caso a matéria não tenha sido prejudicada.⁴⁴

2. PREQUESTIONAMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

2.1 Concepções atribuídas ao termo “prequestionamento”

O prequestionamento é, como visto acima, um dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial⁴⁵, “segundo o qual se impõe que a questão federal/constitucional objeto do recurso excepcional tenha sido suscitada/analísada na instância inferior”⁴⁶.

Ainda na esteira do entendimento acima exposto, leciona Eduardo Arruda Alvim:

“Relativamente ao recurso especial, para que tenha cabimento por qualquer das alíneas do inc. III do art. 105 da CF, é preciso que a questão federal tenha sido tratada pelo acórdão recorrido. É a isso que se denomina de prequestionamento, requisito essencial à admissibilidade do recurso especial.”

Ocorre que há diversos debates acerca da definição exata do termo, haja vista que vários sentidos são atribuídos à expressão pela doutrina e pela jurisprudência⁴⁷.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José da Carneiro da Cunha trazem, de forma sucinta, as três concepções que residem na divergência doutrinária:

“Primeiramente, tem-se o prequestionamento como manifestação do tribunal recorrido acerca de determinada questão jurídica federal ou constitucional. A segunda concepção vê o prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, hipótese em que se configura como ônus à parte. Para essa concepção, prequestionar é ato da parte, independentemente de o tribunal de

⁴⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 890.

⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 741.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 260.

⁴⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 112.

origem manifestar-se ou calar-se a respeito da questão federal ou constitucional suscitada.

E, por fim, a posição eclética, em que se somam as duas tendências citadas, sendo o prequestionamento o prévio debate acerca de questão federal, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.”⁴⁸

Não é diferente a colocação de José Garcia Medina acerca da divergência das concepções, que aponta que antigamente entendia-se o termo como a manifestação das partes sobre a questão a ser debatida em sede de recurso especial. Posteriormente, aponta que o entendimento do tema se evolui, passando a jurisprudência a se manifestar no sentido de que o prequestionamento só ocorreria quando a decisão recorrida tratasse do direito federal. Concluindo, por fim, ensina que ambos os entendimentos foram conjugados, passando a ser o prequestionamento a manifestação da parte instância *a quo* somada ainda com a decisão daquela instância acerca do direito suscitado.⁴⁹

Bernardo Pimentel Souza adota posicionamento no sentido de que há necessidade de que a matéria jurídica suscitada em sede de recurso especial deve ter sido pelo órgão julgador:

“O prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Com efeito, não basta a parte ter suscitado o tema, ainda que à exaustão. Se a matéria jurídica não foi decidida no julgado recorrido, não está satisfeita a exigência do prequestionamento”⁵⁰.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

“Preenche-se o prequestionamento com o exame, na decisão recorrida, da questão federal ou constitucional que se quer ver analisada pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. Se essa situação ocorre, indubitavelmente haverá prequestionamento e, em relação a esse ponto, o recurso extraordinário eventualmente interposto deverá ser examinado”.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg. 260.

⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 113.

⁵⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 627.

Ainda em harmonia com os dois autores acima, Daniel Amorim Assumpção Neves frisa que “o prequestionamento constitui a exigência de que o objeto do recurso especial já tenha sido objeto de decisão prévia por tribunais inferiores”⁵¹

Já José Garcia Medina se distancia do posicionamento colacionado acima, entendendo que o prequestionamento ocorre em momento anterior à decisão do tribunal *a quo*:

“Infere-se que prequestionamento significa exatamente o ato de discutir ou controverter, antecipadamente, acerca de algum assunto. Ora, se a questão constitucional ou federal deve estar na decisão recorrida, logicamente o prequestionamento deve ocorrer antes da decisão recorrida, porquanto essa decisão é que poderá ser alvo do recurso”⁵².

Sobre o tema, por fim, assim se manifesta o Superior Tribunal de Justiça da mesma forma exposta por Bernardo Pimentel Souza, Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha e Daniel Amorim Assumpção Neves:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DECORRENTE DE OMISSÃO EM ATENDIMENTO HOSPITALAR. REDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. As alegações do Estado sobre a ofensa aos arts. 186 e 944 do Código Civil/2002 **não foram apreciadas pelo acórdão recorrido**.

Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. A revisão da razoabilidade do quantum indenizatório implica, como regra, reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ). Excepciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 191.862/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 24/09/2012, grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO STJ. MULTA DO ART. 475-J DO CPC.

SUFICIÊNCIA DA INTIMAÇÃO DO ADVOGADO, POR PUBLICAÇÃO OFICIAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I - É desnecessária a intimação pessoal do devedor para a incidência da multa do art. 475-J do CPC, bastando a intimação ordinária de seu advogado, por

⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 741.

⁵² MEDINA, José Miguel Garcia. Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 117.

publicação oficial, salvo na hipótese de inexistir advogado constituído nos autos. Precedente.

II - Ausente o prequestionamento das matérias, porquanto não apreciadas pelo acórdão recorrido, é inviável a análise do recurso (Enunciado n. 211/STJ).

III - Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1104041/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 30/11/2010, grifou-se)

O Superior Tribunal de Justiça considera, portanto, o prequestionamento como a apreciação das questões federais pelo acórdão recorrido, sendo a sua ausência fato que inviabiliza a interposição do apelo especial.

2.2 Momento de configuração: os chamados prequestionamento explícito e implícito

Tratando do momento de configuração do prequestionamento, há discussão doutrinária acerca do significado e da relevância dos termos prequestionamento implícito e prequestionamento explícito.

José Garcia Medina indica que há, na doutrina e jurisprudência, ao menos duas concepções sobre o prequestionamento implícito e explícito:

Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada, e prequestionamento explícito ocorre quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida.

Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão.⁵³

No entanto, o mesmo autor adota um a terceira concepção a ser mencionada posteriormente.

Bernardo Pimentel Souza, adotando a segunda concepção trazida por José Garcia Medina, leciona que o prequestionamento explícito ocorre “quando a questão constitucional é resolvida no julgado recorrido, ainda que sem menção ao respectivo preceito constitucional de regência” e que o prequestionamento implícito ocorre

⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia. Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 233.

“quando a questão constitucional não é solucionada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais”.⁵⁴

Nelson Nery Júnior também indica a ocorrência do prequestionamento explícito quando o acórdão recorrido decide efetivamente acerca da questão federal, e do prequestionamento implícito quando a questão foi discutida em sede de primeiro grau, mas, no entanto, não mencionada no aresto recorrido.⁵⁵

É ainda na mesma esteira do entendimento acima que se posiciona Eduardo Arruda Alvim, e faz crítica ao entendimento jurisprudencial que adota a primeira concepção exposta por José Garcia Medina:

“Deve-se entender que há prequestionamento explícito se a questão federal foi objeto de apreciação pelo acórdão local; já a expressão prequestionamento implícito seria decorrente de conjunto de alegações formuladas pela parte.
[...]

Prequestionamento explícito significa apenas a decisão pelo tribunal local acerca da questão federal. O tribunal local pode, por exemplo, condenar alguém a pagar indenização por dano culposo causado a outrem, sem invocar expressamente o art. 927 do CC. Havendo, por exemplo, fundamentação no sentido de que aquele que por ato ilícito causa dano a outrem por negligência tem o dever de indenizar, haverá decisão sobre a questão federal. Porém, alguns julgados vêm entendendo que o número do dispositivo de lei federal que se pretende dar por ofendido no recurso especial deve constar no acórdão, sob pena de não estar preenchido o requisito do prequestionamento. Tal entendimento, pelo que vimos dizendo, não se nos afigura correto.”⁵⁶

José Miguel Garcia Medina adota uma terceira e diferente concepção acerca do instituto:

[...] somente é possível diferenciar prequestionamento explícito de prequestionamento implícito se – tomando-se por prequestionamento a atividade realizada pelos litigantes com o fito de levar ao órgão julgante matéria a ser por este julgada-, entender-se por explícito o prequestionamento quando ele se realizar expressamente, e implícito quando, a despeito de não haver manifestação expressa da parte a respeito, nas razões recursais, dever o órgão julgador manifestar-se acerca de determinadas matérias, em virtude de determinação legal. Desse modo, a rigor, no prequestionamento implícito, as partes não prequestionam, mas para que ocorra prequestionamento implícito é necessário que as partes pelo menos interponham recurso.

⁵⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 681.

⁵⁵ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004, pg. 287.

⁵⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 875.

O Superior Tribunal Justiça segue a primeira concepção exposta por José Garcia Medina, admitindo o prequestionamento implícito no sentido de que a decisão recorrida deve tratar da tese jurídica, mas não necessariamente trazendo de forma expressa o dispositivo apontado como violado. É o que se depreende dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTOS IMPUGNADOS. CONHECIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 182/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada a apreciação da tese no acórdão recorrido.

(...)

(AgRg no AREsp 162.136/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 02/10/2013, grifou-se)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Está atendido o requisito do prequestionamento quando há efetivo debate acerca da tese trazida no recurso especial, ainda que o acórdão recorrido não tenha feito expressa menção aos dispositivos legais apontados como violados.

(...)

(AgRg no AgRg no REsp 1155380/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013, grifou-se)

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que exige o prequestionamento explícito, há divergência jurisprudencial interna acerca do que deve se entender pelo termo. A Corte Suprema já se manifestou no sentido de que o prequestionamento explícito de duas maneiras distintas, sendo a primeira delas como a efetiva decisão acerca da questão, havendo necessidade de menção ao dispositivo previamente trazido pela parte:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. **1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação.** 2. Se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem, são ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido.

(RE 372698 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 24-03-2006 PP-00031 EMENT VOL-02226-03 PP-00487, grifou-se)

Já para o segundo entendimento jurisprudencial, entende-se que o prequestionamento resta configurado quando há efetiva decisão pelo acórdão recorrido acerca da matéria constitucional indicada como violada no apelo extraordinário:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREQUESTIONAMENTO. MENÇÃO EXPRESSA AO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL NA DECISÃO RECORRIDA. DESNECESSIDADE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. IGUALDADE ENTRE TRABALHADORES URBANOS E RURAIS. AGRAVO IMPROVIDO. I – **A exigência do prequestionamento não impõe que a decisão recorrida mencione expressamente o dispositivo constitucional indicado como violado no recurso extraordinário. Basta, para a configuração do requisito, o enfrentamento da questão pelo juízo de origem.** Precedentes. II – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de reconhecer a equiparação entre trabalhadores urbanos e rurais para o recebimento de benefícios previdenciários, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (ARE 713338 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 08-03-2013 PUBLIC 11-03-2013, grifou-se)

Por fim, quanto à dicotomia entre prequestionamento explícito e implícito, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha apontam a discussão como inócua, pois para os autores, o que realmente importa é a efetiva manifestação judicial, ou seja, causa decidida. Assim, mesmo que o dispositivo legal não tenha sido expressamente indicado na decisão, a matéria, se tivesse sido decidida, estaria prequestionada⁵⁷:

2.3 Prequestionamento e embargos de declaração

Os institutos do prequestionamento e dos embargos de declaração se encontram quando a parte suscita determinada matéria e essa matéria não é objeto de manifestação pelo tribunal. É o que ensina Eduardo Arruda Alvim:

[...] se o tribunal não se manifestar sobre questão federal oportunamente levantada, devem ser manejados embargos declaratórios, sem deturpação de finalidade, ou seja, os embargos de declaração se amoldam principalmente à hipótese do art. 535, II, com vistas à supressão dessa omissão. Após a

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 262.

prolação do acórdão, não é dado à parte opor embargos declaratórios, com vistas à discussão de questão nova, que não tenha sido oportunamente agitada pelo interessado.⁵⁸

Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves também faz sua colocação:

Proferido acórdão omissivo quanto à matéria que se pretende impugnar em sede de recurso especial, caberá à parte ingressar no tribunal de segundo grau com embargos de declaração para sanar o vício do acórdão gerado pela omissão. Caso o tribunal se negue injustificadamente a sanar o vício alegado, o acórdão dos embargos de declaração terá afrontado o art. 535 do CPC, devendo a parte ingressar com recurso especial contra essa decisão.

Conclui-se, portanto, que se o tribunal de origem não se manifesta sobre determinada questão federal colocada à discussão pelas partes, a medida correta à ser tomada deve ser a interposição de embargos de declaração para suprir tal omissão presente no acórdão proferido pelo tribunal. Se mesmo após tal medida a omissão persistir, surge violação aos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do Código de Processo Civil, o que abre a via do apelo especial com fulcro nesses artigos.⁵⁹

Para que se possa aprofundar mais sobre o tema, faz-se necessário o estudo introdutório dos embargos de declaração e sua função prequestionadora.

2.4 Embargos de declaração e sua função prequestionadora.

2.4.1 Conceito e natureza jurídica dos embargos de declaração

Os embargos de declaração estão previstos no capítulo dos recursos no Código de Processo Civil, mais especificamente no artigo 496, motivo pelo qual são considerados um recurso. Seu cabimento, portanto, está sujeito à regra da taxatividade, e podem ser opostos em caso de obscuridade, contração ou omissão.⁶⁰

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao tratar do instituto jurídico, aponta que há uma discussão no campo doutrinário acerca da classificação da natureza jurídica dos embargos de declaração como recurso:

⁵⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 879.

⁵⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 630.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 183.

Parte da doutrina entende que, apesar da sua colocação pela lei no rol dos recursos, os embargos de declaração não tem essa natureza, tratando-se na realidade de um instrumento processual colocado à disposição das partes para a correção de vícios formais da decisão, com o objetivo de aprimorar a qualidade formal dessa decisão e como consequência a qualidade da prestação jurisdicional.

[...]

Seguindo a opção legislativa, outra parcela doutrinária – que parece ser a mais correta, defende a natureza recursal dos embargos de declaração, afirmando que é possível ao legislador optar entre a natureza recursal ou não dos embargos, devendo ser respeitada a opção feita na inclusão dos embargos de declaração no art. 496 do CPC (rol de recursos).⁶¹

O mesmo autor, no entanto, aponta que “sua classificação como recurso ou como mero pedido de melhora formal de decisão não é capaz de modificar tais características, não gerando a solução dessa questão consequências práticas relevantes.”⁶²

Ainda quanto à natureza jurídica do instituto, Bernardo Pimentel Souza confirma sua posição no sentido de que os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso, “tanto que o legislador pátrio inseriu os embargos de declaração no rol dos recursos, conforme o disposto no artigo 496, inciso IV, do Código de Processo Civil.”⁶³

2.4.2 Hipóteses de cabimento

O artigo 535 do Código de Processo Civil elenca taxativamente três espécies de vícios que ensejam a interposição de embargos de declaração, quais sejam, obscuridade, contradição e omissão.⁶⁴

Por obscuridade, entende-se que existe falta de clareza numa determinada decisão judicial. Há ainda, na doutrina, o apontamento de que existem diversos graus

⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 719.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 719.

⁶³ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 418.

⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 723.

de obscuridade, mas, no entanto, independentemente do grau de obscuridade, os embargos declaratórios são cabíveis.⁶⁵

Por contradição, há incompatibilidade entre elementos que constituem o julgado, sendo estes incoerentes entre si. É o caso em que há premissas ou conclusões que não se conciliam numa decisão judicial.⁶⁶ Em exemplo prático, isso ocorre quando a decisão reconhece a inadmissibilidade de determinado recurso, mas, no entanto, julga seu mérito.⁶⁷

Por fim, quanto à omissão, e esta a hipótese de cabimento mais relevante para o estudo realizado neste trabalho, Daniel Amorim Assumpção Neves leciona:

“A omissão refere-se à ausência de apreciação de questões relevantes sobre as quais o órgão jurisdicional deveria ter se manifestado, inclusive as matérias que deva conhecer de ofício. Ao órgão jurisdicional é exigida a apreciação tanto dos pedidos como dos fundamentos de ambas as partes a respeito desses pedidos. Sempre que se mostre necessário, devem ser enfrentados os pedidos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, sendo que essa necessidade será verificada no caso concreto, em especial na hipótese de cumulação de pedidos, de causas de pedir e de tais pedidos em sua decisão.”⁶⁸

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha apontam que uma decisão omissa é caracterizada por não se manifestar sobre um pedido, sobre argumentos relevantes postos em debate pelas partes e pela ausência de manifestação do órgão jurisdicional sobre uma questão de ordem pública, ato que deve ser realizado de ofício pelo magistrado.⁶⁹

Apenas para firmar o entendimento acima, Bernardo Pimentel Souza cita que “consiste a omissão no silêncio do órgão julgador sobre questão ou argumento suscitado pelas partes ou pelo Ministério Público. Também configura a omissão a inércia do órgão julgador diante de matéria apreciável de ofício”.⁷⁰

⁶⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 831.

⁶⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 424.

⁶⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 831.

⁶⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 723.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 183.

⁷⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg .423.

2.4.3 Função prequestionadora dos embargos de declaração.

O prequestionamento, na concepção adotada por parte da doutrina brasileira, refere-se à existência da prévia decisão do tribunal sobre uma determinada tese jurídica. Normalmente, essa tese deve ter sido suscitada pelas partes durante o processo, e, como exceção à regra, uma tese deve ser debatida mesmo sem colocação das partes quando deve ser discutida de ofício pelo tribunal.⁷¹

No entanto, há situações em que mesmo a parte levantando determinadas questões jurídicas, o tribunal é omissivo quanto à análise dessas questões, e, assim, a matéria não estaria prequestionada.⁷²

É nessa situação que surgem os embargos de declaração com função prequestionadora, ou seja, para buscar que o tribunal, ora omissivo, se manifeste acerca de questão trazida pelas partes ou de questões que deveriam ser debatidas de plano pelo tribunal. Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Silva:

“Havendo omissão do órgão jurisdicional na apreciação de determinada questão, que foi suscitada (e é relevante) ou é de ordem pública (passível de conhecimento *ex officio*), cabem embargos de declaração para fim de corrigir o julgado, suprindo-se a omissão.

Nelson Nery Júnior exemplifica uma situação em que o apelante suscita em suas razões recursais a incompetência absoluta de determinado juízo, mas, ao proferir acórdão, o tribunal não se manifesta acerca dessa matéria. Nesse caso, o autor afirma que não haveria decisão efetiva acerca da tese jurídica trazida pela parte, e, portanto, a via para o recurso excepcional não seria aberta, por não estar preenchido o requisito do prequestionamento. Há necessidade, nesse caso, da interposição de embargos declaratórios prequestionadores, segundo ensina o autor:

Para tanto, existe o expediente dos embargos de declaração (CPC 535), com fundamento na omissão: o tribunal tinha o dever de pronunciar-se sobre a matéria – quer porque o apelante alegou em razões, quer porque o apelado a suscitou em contra-razões, quer, ainda, porque o tribunal tinha o dever de ofício de assim agir, por tratar-se de questão de ordem pública-, mas não o fez. Em face da omissão, os EDcl são cabíveis. O correto será o tribunal dar provimento aos EDcl e resolver a questão da incompetência absoluta.⁷³

⁷¹ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 838.

⁷² Adota-se aqui matéria prequestionada como efetivamente decidida pelo tribunal.

Nesse ponto da discussão, é importante frisar que os embargos prequestionadores nos moldes apresentados acima não servem para que se suscite uma nova matéria, e sim apenas sobre o que já foi trazido pelas partes previamente. É o que ensina Eduardo Arruda Alvim:

Releva notar, todavia, que os embargos de declaração não se prestam a fazer com que o tribunal local se pronuncie acerca, por exemplo, de questão federal não levantada em tempo oportuno, vale dizer, os embargos declaratórios não devem ser utilizados para introduzir discussão que diz respeito à questão federal nova, que não tenha sido apreciada pelo acórdão embargado, porque não suscitada. Assim, os denominados embargos declaratórios “prequestionadores” não consubstanciam nova modalidade de embargos de declaratórios. Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, que tem cabimento nas hipóteses do art. 535 do CPC. Isso significa que é cabível a oposição de embargos de declaração com fundamento no art. 535, II, do CPC visando suprir a omissão do julgado local, se a questão federal foi invocada a tempo e modo oportunos e o tribunal local não a apreciou como deveria.⁷⁴

É no mesmo sentido que se posiciona Nelson Nery Júnior:

Os EDcl prequestionadores, entretanto, não podem ser interpostos em qualquer hipótese. Não basta, portanto, a parte querer levar a matéria ao STF ao STJ, interpondo EDcl com caráter prequestionador. É preciso que esses EDcl sejam admissíveis, isto é, que sejam interpostos com fundamento em um dos motivos do CPC 535.

Se a parte arguiu a matéria, ou esta era de ordem pública, e, mesmo assim o tribunal deixou de apreciá-la, o acórdão padece de omissão e, conseqüentemente, está sujeito aos EDcl para que seja suprida referida omissão.

Mas, ao contrário, se a parte esqueceu-se de levantar qualquer matéria dispositiva durante a fase recursal, não pode, pela primeira vez, fundando-se na omissão, querer argui-la em EDcl com fins de prequestionamento. Estes são inadmissíveis porque o acórdão não terá incorrido em nenhuma omissão, porquanto a matéria, de direito dispositivo, não foi arguida anteriormente.⁷⁵

José Miguel Garcia Medina critica o termo “embargos de declaração prequestionadores”, pelas mesmas razões acima trazidas por outros autores, no sentido de que o prequestionamento, “se realizado a partir de embargos de declaração, deve ter como pressuposto um anterior debate em sede das razões recursais acerca do tema”. Para o autor, não existe prequestionamento com função prequestionadora, e sim

⁷³ NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 295.

⁷⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 839.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 295.

para sanar omissão que venha eventualmente a fazer com que a matéria suscitada pela parte seja efetivamente decidida pelo tribunal.⁷⁶

O tema dos embargos de declaração prequestionadores não é pacífico no âmbito jurisprudencial, mais especificamente entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Para isso, far-se-á uma análise do entendimento de cada uma das Cortes, com base nas súmulas 211 e 356, proferidas respectivamente pelo STJ e STF.

Eis o enunciado da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça:

STJ Súmula nº 211
 Recurso Especial - Questão Não Apreciada pelo Tribunal *A Quo* -
 Admissibilidade
 Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo".

Depreende-se do enunciado supra que não comporta cabimento de recurso especial quando determinada matéria, mesmo após ser suscitada na interposição de embargos de declaração, não foi efetivamente decidida pelo tribunal de origem.

Sobre o tema, lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Acaso a omissão não seja suprida, não haverá prequestionamento, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado n. 211 da súmula da jurisprudência predominante do STJ, devendo o recorrente interpor recurso especial por violação ao art. 535, CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem.

Nelson Nery Júnior firma sua posição em consonância com o Superior Tribunal de Justiça:

[...] mas o sistema constitucional assim o determina: não pode o STF e o STJ, em sede de recurso excepcional (RE e REsp), decidir matéria pela primeira vez, que não fora decidida anteriormente pelas instâncias ordinárias. Afigura-se-nos correto, por consequência, o entendimento do STJ exposto no STJ 211, no sentido de que "*inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo*". Esse entendimento é técnico, preciso e, principalmente, constitucional.⁷⁷

Nesse sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça:

[...]
 2. O dispositivo da legislação federal supostamente violado (art. 4º da Lei n. 10.887/2004), a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi

⁷⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, pg. 249.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Trivunais, 2005, pg. 296.

debatido na instância ordinária, impossibilitando o conhecimento do recurso especial, haja vista a incidência da Súmula 211/STJ e, por analogia, da Súmula 282/STF.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1396224/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. RECUSA JUSTIFICADA DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. COMPROVADA MÁ-FÉ DA SEGURADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A matéria referente aos dispositivos tidos por violados 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 do STF e 211 do STJ).

(...)

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 406.602/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 30/10/2013, grifou-se)

No entanto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não é uníssono. Isso porque o Pretório Excelso admite o chamado prequestionamento ficto. Bernardo Pimentel Souza nos clareia sobre o termo, tratando sobre o prequestionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

Por fim, há o prequestionamento ficto quando a questão constitucional não é resolvida no julgamento recorrido, nem mesmo após a interposição de embargos declaratórios; sustenta-se que o desprovimento dos embargos fundados na omissão acerca da questão constitucional revela a existência de julgamento contrário ao embargante em relação ao ponto controvertido, ainda que não solucionada a questão constitucional, apesar dos declaratórios. A rigor, só há prequestionamento se for numérico, ou, no mínimo, explícito. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal também considera o prequestionamento ficto.⁷⁸

Vejamos o enunciado da súmula 356 do Supremo Tribunal Federal:

STF Súmula nº 356

Ponto Omisso da Decisão - Embargos Declaratórios - Objeto de Recurso Extraordinário - Requisito do Prequestionamento

O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

De acordo com a interpretação dada pelo STF do enunciado acima, se a parte interpuser embargos de declaração buscando sanar a omissão, e o tribunal rejeita os embargos, estaria configurado o prequestionamento ficto da matéria constitucional

⁷⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 681.

previamente suscitada. Assim, para o STF, “mesmo que a matéria não tenha sido enfrentada, deve-se reputar que houve prequestionamento.”⁷⁹

É o que demonstra também Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Há julgados do STF no sentido de que a simples interposição dos embargos de declaração já seria o bastante, pouco importa se suprida ou não a omissão, aplicando-se, literalmente, o disposto no enunciado 356 da súmula do STF. Haveria aí o chamado *prequestionamento ficto*.⁸⁰

Nelson Nery Júnior faz crítica ao entendimento dado ao verbete da súmula 356 do STF pela própria Corte:

De outra parte, parece-nos não haver agido com acerto o Pretório Excelso, ao considerar prequestionada a matéria que, a despeito da interposição de embargos de declaração prequestionadores, não foi decidida de forma efetiva pelo tribunal de origem.

Na verdade houve, nesse último caso, uma interpretação do STF 356 que não condiz com sua finalidade, tampouco se harmoniza com o texto da CF 102 III, *máxima vênia concessa*. Se o STF 356 diz ser inadmissível o RE quanto ao ponto omissis, a respeito do qual não foram interpostos EDcl, é porque o tribunal deveria pronunciar-se sobre referido ponto omissis. Do contrário, seria absolutamente inócuo o conteúdo do STF 356.

(...)

O fato é que a CF não admite que se possa conhecer e julgar pelo mérito RE interposto quanto a questão não decidida pela instância ordinária, mesmo sob o pretexto de que o tribunal não a julgou, mas deveria ter julgado, porque foram interpostos EDcl prequestionadores. A CF 102 III exige, para a admissibilidade do RE, que o recurso diga respeito a causa decidida.⁸¹

Já Eduardo Arruda Alvim se posiciona a favor do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sustentando que resta configurado o requisito o “requisito do prequestionamento, ainda que a questão não tenha sido apreciada pelo tribunal e origem, desde que o recorrente tenha feito o que estava ao seu alcance para que o tribunal *a quo* enfrentasse a matéria a ser objeto de impugnação.”⁸²

Por fim, cumpre destacar que independentemente das consequências advindas da rejeição dos embargos declaratórios, os embargos de declaração com o intuito de

⁷⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 841.

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 213.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Trivunais, 2005, pg. 297-299.

⁸² ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 872.

prequestionamento não são considerados protelatórios, conforme se depreende do enunciado da súmula 98 do Superior Tribunal de Justiça.⁸³

Resta-nos, para dar continuidade ao trabalho, analisar quais as medidas a serem tomadas pelas partes para suprir a omissão sobre questão federal que persiste mesmo após a oposição de embargos de declaração, bem como demonstrar os prejuízos que pode ser acarretado pelas partes. O assunto será tratado no próximo capítulo.

2.4.4 Meios recursais para se obter o prequestionamento de matéria rejeitada em sede de embargos de declaração

A despeito da rejeição de embargos declaratórios prequestionadores, que buscam sanar omissão e alcançar o requisito indispensável do prequestionamento, leciona Nery Jr.: “Não é incomum o tribunal, a despeito da interposição dos EDcl prequestionadores, negar provimento aos embargos, dizendo não haver omissão, obscuridade ou contradição. Nesse caso, persistindo o vício, são cabíveis novos embargos de declaração, e assim sucessivamente, até que o vício seja sanado.”⁸⁴

Corroborando o entendimento acima exposto, Bernardo Pimentel Souza ensina:

É que o órgão julgador pode permanecer silente, apesar de provocado por meio de embargos de declaratórios. A propósito, dispõe o enunciado n. 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a qui”. Se o próprio acórdão embargado estiver contaminado por omissão na prestação jurisdicional, pode o irresignado apresentar segundos embargos de declaração, assim como interpor recurso especial com esteio nos artigos 165, 458 e 535, todos do Código de Processo Civil.”⁸⁵

No entanto, nada impede que o tribunal de origem reitere. Insistentemente. o entendimento de que não há omissão, mesmo com a oposição de segundos embargos de declaração buscando eventualmente saná-la, caso exista, impedindo assim que a

⁸³ Súmula 98/STJ: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

⁸⁴ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004, pg. 295.

⁸⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 635.

matéria seja considerada como decidida tornando o prequestionamento configurado. Vejamos recente julgados do TJDFT:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. Cabe ao julgador apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar ponto por ponto todos os argumentos suscitados pelas partes em suas razões de recurso.

2. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

(Acórdão n.753426, 20130110223553APC, Relator: GISLENE PINHEIRO, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/01/2014, Publicado no DJE: 27/01/2014. Pág.: 180)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS. ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. CELERIDADE JURISDICIONAL.

I - Rejeitados os embargos de declaração, porque o acórdão não padece de quaisquer dos vícios previstos no art. 535 do CPC, bem como não se prestam para o reexame de matéria julgada.

II - A oposição de embargos com o fim exclusivo de prequestionamento não tem amparo na legislação vigente e representa afronta à celeridade da prestação jurisdicional.

III - Embargos de declaração rejeitados.

(Acórdão n.788316, 20130111323324APC, Relator: VERA ANDRIGHI, Revisor: ANA CANTARINO, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/05/2014, Publicado no DJE: 20/05/2014. Pág.: 183)

A partir desse ponto, caso a omissão não seja sanada, a Súmula nº 211/STJ orienta que não haverá prequestionamento configurado. Abre-se então a possibilidade da parte interpor recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na violação dos artigos 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil, para que, caso seja constatada a omissão pela Corte Superior, seja determinado o retorno dos autos para que o tribunal de origem se manifesta acerca da matéria omissa.⁸⁶

Corroborando o entendimento acima, leciona Nelson Nery Júnior:

Caso o STJ dê provimento a esse REsp pela negativa de vigência do CPC 535, deverá cassar o acórdão recorrido para que o tribunal supra a omissão, acolhendo os embargos de declaração. Somente depois desse novo pronunciamento do tribunal local julgando os embargos de declaração é que terá havido o prequestionamento, ensejando RE e/ou REsp quanto à matéria primitiva.

Nesse sentido, julgados do STJ:

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, pg 212.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. Caracteriza-se ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem deixa de se pronunciar acerca de matéria veiculada pela parte e sobre a qual era necessária a manifestação expressa.

2. A Corte local não apreciou as alegações da Fazenda Nacional de que "no caso em exame não havia nenhuma situação fática impeditiva ao contribuinte de propor a competente ação de repetição de indébito, cumulada com a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária. Também não havia qualquer previsão legal, na hipótese dos autos, para a interrupção/suspensão do referido prazo" (fls. 119-123, e-STJ).

3. Determinação de retorno dos autos para que se profira nova decisão nos Embargos de Declaração.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1444641/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ABANDONO DE CARGO. ANULAÇÃO DA PENALIDADE. REINTEGRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DE MATÉRIA RELEVANTE. NECESSÁRIO RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA QUE SE MANIFESTE SOBRE A ÍNTEGRA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Não se depreendendo das razões aventadas qual seria efetivamente a obscuridade, omissão ou contradição vislumbrada pelo embargante, mas o nítido propósito de rediscutir a tese jurídica adotada singularmente, a irresignação deve ser recebida como se agravo regimental fosse, por ser a sede adequada para obter o mero rejuízo da causa. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.

2. Tendo o Tribunal de origem se furtado de examinar questão relevante suscitada pela parte no bojo dos embargos de declaração, é de se acolher a preliminar de violação do art. 535, II, do CPC, para determinar o retorno dos autos para que seja sanada a omissão apontada.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no REsp 1449153/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 06/08/2014, grifou-se)

Após o retorno dos autos à origem, surgem duas possibilidades: a omissão pode ser suprida por novo acórdão, configurando-se assim o prequestionamento, ou a decisão que não acolheu os embargos pode ser reiterada, restando a matéria omissa não considerada como prequestionada pelo STJ. Vejamos julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que exemplifica a segunda situação exposta acima:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM APELAÇÃO. REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS. OMISSÃO. REVISÃO RETROATIVA, LIMITAÇÃO

E CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS, INDEXADOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONFORMIDADE. 1.Desacolhidos inicialmente os embargos declaratórios, mas admitido e provido em parte o recurso especial, torna a matéria discutida nesses embargos à Câmara. **2.Omissão reconhecida pelo STJ, porque não abordadas as questões prequestionadas.** 3.Pretensão indevida do banco réu de instaurar nova discussão acerca de matérias já apreciadas em sede recursal. Mera insurgência da parte com o julgamento. 2.Prequestionamento. Desnecessária a indicação de todos os fundamentos legais eventualmente incidentes no caso. Circulares e Resoluções administrativas não ensejam prequestionamento. Embargos desacolhidos. (Embargos de Declaração Nº 70000462275, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 29/04/2010, grifou-se)

Portanto, pode-se concluir que a interposição de recurso especial com fulcro no artigo 535 do CPC não garante que a omissão seja de fato suprida. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça entende que “mesmo havendo reiteração da omissão pelo tribunal de segundo grau, não é possível admitir que tenha ocorrido o prequestionamento, devendo-se remeter o processo novamente a esse tribunal, exigindo-se o saneamento da omissão.”⁸⁷ Tal entendimento da Corte Superior encontra respaldo no Informativo STJ/314:

EDCL. REJEIÇÃO INDEVIDA. No recurso anterior julgado pela Terceira Turma deste Superior Tribunal em que se declarava ofensa ao art. 535 do CPC, foi determinado o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que se manifestasse sobre pontos relevantes argüidos nos embargos de declaração. O Tribunal local, a pretexto de atender a determinação do STJ, rejeitou novamente os embargos de declaração e manteve a multa por protelação aplicada no julgamento anterior. A recorrente reitera os argumentos referentes ao mérito da lide e aponta novamente ofensa ao art. 535 do CPC. A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento ao argumento de que não é lícito ao Tribunal local rejeitar novamente os embargos de declaração, quando a omissão neles apontada já foi declarada pelo Superior Tribunal de Justiça. Resta à instância precedente, nessa situação, acolher os embargos e sanar a omissão. REsp 604.785-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 20/3/2007.

Resta-nos, portanto, realizar uma análise crítica acerca do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de como tal formalismo processual pode acarretar prejuízos à parte, bem como afetar na celeridade e na economia processual. O assunto, tema principal desse estudo, será abordado no próximo capítulo.

⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, pg 742.

3. A RECALCITRÂNCIA DOS TRIBUNAIS EM FACE DE DECISÃO DO STJ QUE DÁ PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL COM BASE NA VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, INCISO II e 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No primeiro capítulo desse estudo, tratou-se do recurso especial em si, abordando temas gerais quanto ao seu surgimento junto com o Superior Tribunal de Justiça, bem como seus pressupostos processuais, hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e seu procedimento.

Já no segundo, adentrou-se especificamente à um dos seus pressupostos, qual seja, o prequestionamento, além de tratar, de forma sucinta, da natureza dos embargos declaratórios. Ao final desse capítulo, relacionou-se o prequestionamento com o recurso dos embargos de declaração, mostrando o que tem ocorrido na situação em que o Superior Tribunal de Justiça dá provimento ao recurso especial, reconhecendo a omissão de determinada matéria, e mesmo assim a parte não consegue configurar, junto ao tribunal de origem, o prequestionamento exigido pelo STJ, para que a matéria venha a ser posteriormente analisada em sede de recurso especial.

Busca-se agora expor quais as consequências causadas às partes com a atual recalctrância dos tribunais no julgamento de embargos declaratórios, onde mesmo após o Superior Tribunal de Justiça prover REsp determinando o retorno dos autos à origem para novo julgamento, para suprir determinada omissão, o Tribunal insiste em não fazê-lo.

Expor-se-á também as possíveis soluções para que se possa superar esse óbice, de forma que a parte não seja prejudicada com tal situação.

3.1 O prejuízo acarretado à parte e ao processo com a insistência de Tribunal Local em não suprir omissão em embargos declaratórios.

O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme já tratado no capítulo anterior, é de que mesmo após a oposição de embargos de declaração, se a omissão não for sanada, a via excepcional para interposição de recurso especial permanece fechada, conforme enunciado da Súmula 211: “Inadmissível recurso

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

Estará aberta, no entanto, a via para que a parte avie recurso especial baseado na omissão daquela matéria, ou seja, por violação aos artigos 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil, conforme ensina Eduardo Arruda Alvim: “(...) claro que o recorrente poderá, todavia, pela via do recurso especial, por infringência ao art. 535, II, pleitear a anulação do julgado do tribunal local, para o fim de que outro seja proferido, sanando-se a omissão antes apontada.”⁸⁸

Francisco Cláudio de Almeida Santos também leciona sobre a possibilidade de interposição de recurso especial com base na violação do artigo 535 do CPC, mas faz ressalva acerca dos prejuízos acarretados pela parte:

“É verdade restar, porém, o recurso extraordinário com alegação de ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou à necessidade de motivação das decisões judiciais e o recurso especial com expressa violação do art. 535 do CPC, mas certamente são graves os prejuízos causados às partes pela demora no julgamento final, tudo em detrimento do princípio da economia processual.”⁸⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier faz crítica ao simples fato do tribunal local se negar a sanar a omissão desde já, criticando a necessidade da parte ter que interpor recurso especial ao STJ para que a omissão seja lá reconhecida para a determinação do retorno dos autos à origem, por afrontar o princípio da economia processual.⁹⁰

No entanto, mesmo após a anulação desse julgamento da corte local, a omissão pode persistir, o que tranca a possibilidade da parte aviar recurso especial com fulcro na violação da matéria de fundo, situação já exposta no capítulo anterior, forçando a parte a aviar novamente recurso especial com fulcro na mesma violação.

A insistência de um tribunal local em não suprir a omissão, mesmo reconhecida em sede de recurso especial, fecha a possibilidade da parte levar sua questão à análise da instância superior. É o caso em que a corte local insiste reiteradamente às tentativas das partes em suprir a omissão sobre determinada questão federal, podendo inclusive

⁸⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008, pg. 872.

⁸⁹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 347-365, 2005.

⁹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 406.

impor penalidades à parte por interpor recurso protelatório. A partir dessa situação, já exposta em julgado no capítulo anterior, que o mesmo autor faz crítica ao entendimento da Corte Superior:

“Daí, mantido o ponto de vista estreito contido na Súmula n. 211/STJ, pouco adianta retardar a apreciação do mérito do recurso especial com sucessivas decisões de provimento do recurso especial por violação do art. 535 do CPC. Sabendo-se que o rejuízo de um recurso destes na instância ordinária consome pelo menos dois anos, a Justiça tardia não mais será útil.”⁹¹

Em artigo publicado, Frederico Augusto Leopoldino Koehler Ieciona faz crítica à situação em que o tribunal a quo reitera o entendimento, mesmo após decisão do STJ, de que aqueles dispositivos não são de necessária aplicação à lide:

Realmente, o novo julgamento do Tribunal inferior será, invariavelmente, no sentido de informar que os dispositivos que se querem prequestionar não devem ser aplicados à lide. Assim, haverá um retorno à estaca zero, com o início de novo recurso especial no intuito de julgar a questão de fundo (que por um período ficara totalmente obnubilada), quando tudo já poderia ter sido resolvido antes, com maior celeridade e economicidade e dando maior ênfase à efetividade processual do que ao formalismo.”⁹²

É evidente, portanto, os inúmeros prejuízos acarretados tanto às partes quanto ao processo com a recalcitrância do tribunal de origem em suprir a omissão existente num determinado julgado.

3.2 Da propositura de reclamação constitucional como forma de garantir a autonomia da decisão do STJ que dá provimento ao recurso especial com base no art. 535, II, do CPC.

Segundo Bernardo Pimentel Souza, a reclamação é uma ação prevista nos artigos 102, I, alínea “I”, 103-A, §3º e 105, inciso I, alínea “f”, todos da Constituição Federal, “originária de tribunal ad quem cuja competência foi usurpada ou teve julgado

⁹¹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 347-365, 2005.

⁹² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8976>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

não observado por juiz ou tribunal a quo, ou pela autoridade administrativa responsável pelo cumprimento da decisão ou pela prática do ato omitido”.⁹³

Diante da situação engessada em que a parte não consegue suprir a omissão e alcançar a efetiva decisão de determinada questão federal diante o Tribunal *a quo*, mesmo após provimento de recurso especial assim o determinando, existem proposituras de reclamações constitucional buscando a autonomia da decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de determinar o suprimento da omissão pela corte local.

Vejamos nos seguintes julgados a manifestação do Superior Tribunal de Justiça diante a propositura dessas reclamações:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECLAMAÇÃO. APONTADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. RECLAMAÇÃO UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O agravante defende que a Corte Regional teria desrespeitado a decisão proferida no REsp 1.331.558/SC em virtude de que o novo acórdão prolatado pela Corte Regional não se pronunciou sobre a prescrição dos créditos tributários, mesmo após a determinação do retorno dos autos à origem para tanto.

2. A presente reclamação foi utilizada como sucedâneo recursal, o que evidencia a sua inadequação. Isto porque, o acórdão do TRF, ora reclamado, poderia ser combatido por novo apelo especial, com fundamento na violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na Rcl 12.626/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/11/2013, DJe 25/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STJ OU DESCUMPRIMENTO DE SUAS DECISÕES. INEXISTÊNCIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL.

1. A reclamante pretende, com a presente medida, cassar o acórdão que rejeitou seus Embargos de Declaração, ao argumento de que o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial interposto na ação originária, já havia determinado que fosse apreciada questão relevante para o deslinde da controvérsia.

2. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região atendeu à decisão do STJ e proferiu novo julgamento dos Aclaratórios, mantendo o entendimento anterior, mas por outros fundamentos (observando a jurisprudência do STJ firmada em recurso repetitivo).

3. Se a parte não se conformou com o que foi decidido, compete-lhe fazer uso dos instrumentos legais previstos para sua reforma. A ocorrência de omissão no novo julgamento dos Embargos de Declaração é matéria que será apreciada e decidida no Recurso Especial interposto pela ora reclamante, no bojo do qual, saliente-se, a empresa aponta, em preliminar, nulidade do acórdão por ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC.

⁹³ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 302.

4. A Reclamação prevista no art. 105, I, "f", da Constituição Federal, dirigida ao STJ, não pode ser utilizada como sucedâneo recursal.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg na Rcl 5.751/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 09/09/2011)

É possível concluir que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça entende que nos casos em que, mesmo após decisão em sede de recurso especial determinando que a omissão seja sanada na corte local, e isso não ocorra, a parte deve interpor novo recurso especial buscando cassar o novo acórdão proferido que não supriu aquela omissão.

No entanto, verifica-se que a Segunda e a Terceira Sessão recentemente exararam julgados no sentido de que a reclamação é apta a garantir a autoridade da decisão do STJ que determina o retorno aos autos ao tribunal de origem, gerando assim divergência interna na Corte Superior. Eis os julgados:

RECLAMAÇÃO. OFENSA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL QUE DETERMINOU NOVO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

1. - Caracterizado o descumprimento da decisão deste Tribunal que declarou a nulidade do Acórdão que julgou os Embargos de Declaração e determinou a remessa dos autos ao Tribunal de origem para se que proceda à integração do julgado, com novo julgamento dos Embargos, focalizando de expresso a matéria por eles deduzida, deve ser novamente anulado o Acórdão e determinada a realização de novo julgamento dos Embargos de Declaração para que seja sanada a omissão apontada.

2. - Reclamação julgada procedente.

(Rcl 14.433/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 08/04/2014, grifou-se)

RECLAMAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. INSURGÊNCIA PROVIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA ANULAR JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECONHECENDO VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NOVO JULGAMENTO DOS ACLARATÓRIOS. OMISSÃO NÃO SANADA NO ACÓRDÃO RECLAMADO.

DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DESTA CORTE. PEDIDO JUGADO PROCEDENTE.

1. O Ag n.º 1.415.222/RS foi conhecido para dar provimento ao recurso especial e anular o julgamento dos embargos de declaração, a fim de que outro fosse proferido, com a efetiva análise de omissão sobre questão de fato que, inclusive, foi analisada pela sentença condenatória desconstituída pelo acórdão que absolveu o réu.

2. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entretanto, descumpriu a determinação deste Superior Tribunal de Justiça, pois

apenas reafirmou a inexistência de omissão ao julgar novamente os aclaratórios, o que não lhe cabia fazer.

3. Reclamação cujo pedido é julgado procedente, para cassar o acórdão reclamado, a fim de que outro seja proferido, com a efetiva análise da alegação do recurso integrativo que se manteve omissa, decidindo a Corte Estadual como entender de direito.

(Rcl 9.790/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 30/04/2013, grifou-se)

O entendimento acima exposto é recente, e no entanto não consolidado pelo STJ, o que não pode garantir segurança à parte diante dessa situação.

3.3 O prequestionamento ficto adotado pelo STF.

Como já visto de forma sucinta no segundo capítulo deste trabalho, o prequestionamento ficto é adotado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, e consiste na configuração do prequestionamento na situação em que o recorrido não tem a questão constitucional no julgado recorrido e a omissão persiste mesmo após a oposição de embargos declaratórios. Neste caso, “sustenta-se que o desprovimento dos embargos fundados na omissão acerca da questão constitucional revela a existência de julgamento contrário ao embargante em relação ao ponto controvertido, ainda que não solucionada a questão constitucional”.⁹⁴

Tal entendimento decorre de interpretação da Súmula 356/STF dado pelo Plenário Corte Suprema, quando do julgamento do RE 219.934/SP, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, conforme se depreende do Informativo 193/STF:

No julgamento de recurso extraordinário afetado ao Plenário pela Primeira Turma (v. Informativo 152), o Tribunal, preliminarmente, por maioria, considerou prequestionada a matéria constitucional pela interposição dos embargos declaratórios, rejeitados pelo Tribunal de origem, como decorre, a contrario sensu, do verbete 356 da Súmula do STF ("O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."). Vencido o Min. Marco Aurélio, por entender que cabia ao recorrente, ao invés de discutir a matéria de fundo dando-a por prequestionada, alegar negativa de prestação jurisdicional contra a omissão do Tribunal a quo em manifestar-se sobre a questão constitucional suscitada.

RE 219.934-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, 14.6.2000. (RE-219934)

⁹⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010, pg. 868.

No mesmo sentido acima, ementa do AI 648.760 de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. I - "O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela" (RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998). II - Agravo regimental improvido. (AI 648760 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00068 EMENT VOL-02301-19 PP-03913 RCJ v. 21, n. 138, 2007, p.113, grifou-se)

Nessa esteira, “para o colendo Supremo Tribunal Federal, o prequestionamento se perfaz, se não preexistir no acórdão principal, com a interposição de embargos de declaração do acórdão omissivo quanto à questão constitucional, em debate nos autos”.⁹⁵

Defendendo a aplicação do prequestionamento ficto, já adotada pelo STF, Alex Ravache aponta que o instituto seria uma solução que traria celeridade, economia e ao mesmo tempo não prejudicaria a qualidade da atividade jurisdicional. Isso porque “a recusa do tribunal a qual em examinar a questão federal suscitada pela parte não influi na qualidade da análise a ser realizada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria federal impugnada”.⁹⁶

O mesmo autor aponta que a interposição de um recurso especial que busca suprir um óbice de interposição de outro recurso especial é um ato inútil, sendo que tudo poderia ser resolvido com a interposição de um único recurso especial, desde que a tese do prequestionamento ficto fosse aceita pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹⁷

⁹⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 347-365, 2005.

⁹⁶ RAVACHE, Alex. O prequestionamento ficto nos recursos excepcionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22335>>. Acesso em: 11 set. 2014.

⁹⁷ RAVACHE, Alex. O prequestionamento ficto nos recursos excepcionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22335>>. Acesso em: 11 set. 2014.

Vejamos trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento do RE 210.638-1/SP, que expõe os prejuízos que hoje são causados pela ritualística do STJ:

(...) Estou, porém, data vênia, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal a quo para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de consequência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos.⁹⁸

É de extrema importância que haja a unificação dos posicionamentos entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, “com vistas a racionalizar a interposição dos recursos extraordinários e especial em nosso ordenamento jurídico”.⁹⁹

3.4 O artigo 979 do Projeto de Lei nº 8046/2010 (Reforma do Código de Processo Civil)

Diante da dificuldade da parte em ter sua omissão não sanada em sede de embargos declaratórios, importante destacar o teor do artigo 979 do Projeto de Lei nº 8046/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil:

Art. 979. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade.¹⁰⁰

Como observado, o referido artigo admite a configuração do prequestionamento mesmo que os embargos de declaração opostos não sejam admitidos, desde que o Tribunal Superior vislumbre a omissão contida no aresto. Em outras palavras, a adoção

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 210.638-1/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de abril de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060>>. Acesso em: 14 set. 2014.

⁹⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8976>>. Acesso em: 14 set. 2014.

¹⁰⁰ BRASIL. Projeto de lei n. 8046/2010. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em 17 set. 2014.

do prequestionamento ficto seria uniformizada no âmbito dos Tribunais Superiores, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, contrariando o entendimento adotado até então pela Súmula 211.

Rodolfo Botelho Cursino, em artigo publicado, faz ressalva quanto à utilidade dos embargos declaratórios nesses casos, mas, no entanto, adere ao posicionamento, ensinando que “é inegável a necessidade de pôr em prática a duração razoável do processo no contexto do judiciário atual. A universalização do prequestionamento ficto objetivada pelo Projeto do novo CPC trará, sem sombra de dúvida, maior celeridade, facilitando o acesso das partes aos superiores tribunais”.¹⁰¹

Já foram trazidas, no tópico anterior, diversos posicionamentos favoráveis à aplicação do prequestionamento ficto, entre elas economicidade, celeridade e instrumentalidade.

É possível que com a aprovação do referido projeto de lei, o problema que muitos enfrentam ou enfrentaram seja sanado, a modo de que consiga alcançar o Superior Tribunal de Justiça mesmo após a falta de decisão do tribunal de origem, sem que a parte reste sem mais o que fazer em casos que não consiga alcançar o requisito do prequestionamento.

3.5 Prequestionamento ficto após a interposição de segundo recurso especial

Já foi demonstrado que o caminho que a parte deve percorrer para alcançar o requisito do prequestionamento pode ser danoso, e, as vezes, sem fim, pois o juiz pode, mesmo após decisão do Superior Tribunal de Justiça que determine suprir determinada omissão, “entender, pessoalmente e dentro do âmbito de sua liberdade jurisdicional, que o decisum não é passível de complementação, embora o seja”.¹⁰²

Nessa esteira, esta pesquisa traz, por fim, uma última possível solução, qual seja, a configuração do prequestionamento em face da interposição de segundo recurso especial calcado nos artigos 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil.

¹⁰¹ CURSINO, Rodolfo Botelho. Breve análise das mudanças no requisito de prequestionamento com base no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL nº 166/2010). Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3053, 10 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20397>>. Acesso em: 14 set. 2014

¹⁰² LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. São Paulo: RT, 1999. p. 449.

A título de exemplo, seria a situação em que a parte, em razão da omissão do tribunal local em julgamento de um determinado recurso lá interposto, opõe embargos declaratórios para suprir aquela omissão, mas não obtém êxito. Assim, interpõe recurso especial em face da rejeição dos embargos, e o REsp é provido na Corte Superior, que determina o retorno dos autos ao tribunal de origem para complementar o acórdão que julgou aqueles embargos.¹⁰³ No entanto, o tribunal insiste na omissão, e então a parte interpõe segundo REsp. Essa situação foi bem ilustrada quando do julgamento do REsp 626.148-MA. Ilustra-se com a introdução do voto do Ministro Luiz Fux:

(...) Trata a presente demanda de Embargos à Execução em sede dos quais arguiu o ora Recorrente equívoco na elaboração dos cálculos.

Os Embargos foram julgados improcedentes em Primeiro Grau, tendo o Eg. Tribunal *a quo* mantido a r. sentença por meio de acórdão assim ementado:

(...)

A Recorrente sustentou, naquela oportunidade, violação ao art. 535, II, do CPC acentuando que os embargos de declaração então opostos foram rejeitados sem os esclarecimentos necessários à adequada solução da controvérsia.

O Recurso Especial foi provido sob os seguintes fundamentos:

“(...) Resta patente, portanto, a violação do art. 535 do CPC, uma vez que o Egrégio Tribunal a quo deixou de se manifestar sobre ponto pertinente à lide, expressamente ventilado pela ora recorrente e indispensável à apreciação do apelo extremo.

(...) Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial e determino a remessa dos autos à instância de origem a fim de que se proceda ao novo julgamento dos embargos considerando-se os argumentos expendidos pelo ora recorrente”. Novamente apreciada a questão *sub judice*, desta feita à luz dos dispositivos legais invocados pelo ora Recorrente, o C. Tribunal *a quo* manteve a rejeição dos embargos declaratórios.

Insurge-se o ora Recorrente, aduzindo persistir a omissão outrora assinalada.¹⁰⁴

Após a interposição desse segundo recurso especial, a solução proposta giraria em torno da configuração de uma espécie de prequestionamento ficto, de modo que garantisse à parte o acesso à Corte Superior para que a matéria de fundo fosse julgada. Esse entendimento foi exarado na ocasião desse mesmo julgamento, primeiramente no voto-vista do Ministro José Delgado, *verbis*:

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

Que argumento são esses? A resposta está na alegação de que há erro material na elaboração dos cálculos, haja vista que o valor em cruzeiros

¹⁰³ LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER,

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de novembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>, Acesso em 29 set. 2014.

imaginado pela perícia (fls. 67/68 – dos autos principais) é fictício, considerando que à época 1988/9 da prestação do serviço e emissão da Nota de Empenho o padrão monetário era o Cruzado (Cz\$), que teve vigência até 14.01.89, seguindo-se, a partir de 15.01.89, o Cruzado Novo (Cn\$) adotado até 14.03.90, e só a partir de 15 do mesmo mês e ano, passou a vigorar o cruzeiro.

Não se pode imaginar, conforme está nos autos, que “... mesmo se o padrão monetário originário tivesse sido o Cruzeiro, o valor encontrado de Cz\$ 4.290.485,30, não poderia ser transformado, mesmo inclusos os juros de 0,5% ao mês, na quantia de R\$ 4.597.493,27” (fl. 214) dos autos principais.

Na verdade, o que se tem como real nos autos é o fato de que, após as conversões da moeda, o valor real do débito é de R\$ 59.147,63, como informa o Estado do Maranhão (fl. 8), em data de 7.12.99.

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

É como voto.¹⁰⁵ (grifou-se)

Após, o Ministro Francisco Falcão, também em voto-vista, no mesmo julgado, acompanhou o entendimento acima exarado, nos seguintes termos:

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

Retornado os autos ao Tribunal de Justiça local, rejuizando-se os embargos de declaração opostos, foram estes rejeitados, novamente, ao argumento de que, de fato inexistia vício a ser sanado por aquela via. Daí a interposição de outro recurso especial, em que se alega, novamente, afronta ao art. 535 da Lei Instrumental Civil.

(...)

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

Foi então que também pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Acompanho a dissidência, entendendo como o nobre Ministro José Delgado que restou consignado nos autos a delimitação da conversão monetária, exurgindo, então, o valor acima indicado, conforme informa o recorrente.

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

É o voto-vista.¹⁰⁶

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de novembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>, Acesso em 29 set. 2014.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de novembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400064015&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>, Acesso em 29 set. 2014.

Tem-se aqui uma discussão acerca de uma possível supressão de instância na solução proposta neste tópico. Nelson Nery Júnior adota a tese de que o prequestionamento ficto ensejaria em supressão de instância, pelo fato de se julgar uma matéria pela primeira vez nas Cortes de Cúpula.¹⁰⁷

Em face do entendimento acima, Fábio de Oliveira Camilo defende que o Tribunal local teve, tendo a situação acima como análoga, duas oportunidades de se pronunciar acerca da matéria omissa, não o fazendo. Assim, nada mais resta à parte fazer.¹⁰⁸

Como já mencionado, Teresa Arruda Alvim Wambier indica que o simples fato do Tribunal local não suprir a omissão em momento oportuno, fazendo a parte recorrer ao Superior Tribunal de Justiça apenas para determinar o novo julgamento dos embargos, já caracteriza uma afronta princípio da economia processual.¹⁰⁹

Nesse sentido, o Ministro Jorge Scartezini, no REsp 525.178-SP, se manifestou acerca do rigor processual que atualmente fere as partes:

(...) não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, como no caso concreto juridicamente reconhecido, porém limitado. Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica. Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. Por tais razões, conheço do recurso pela alínea “a”, do permissivo constitucional, na via da excepcionalidade.

No entanto, a solução proposta pelos Ministros José Delgado e Francisco Falcão, nos casos em que o Tribunal local insiste em manter a rejeição dos embargos, julgando estar perfeito aquele julgado, parece ser razoável. Isso porque exigir mais que isso da parte não parece ser correto, haja vista que foge de seu alcance praticar qualquer ato processual para que tenha sua matéria federal apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰⁷ NERY JUNIOR, Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 295-297.

¹⁰⁸ CAMILO, Fábio de Oliveira. Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e STJ e o princípio da razoável duração do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 159, p. 239-258, maio 2008. p. 254.

¹⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 406.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo dessa pesquisa, tratou-se do surgimento do Superior Tribunal de Justiça, com a função de interpretar e preservar as leis federais pelo mecanismo do Recurso Especial. Em seguida, no mesmo capítulo, foram abordadas matérias pertinentes ao Recurso Especial, tais como pressupostos recursais, hipóteses de cabimento e seu procedimento.

Partindo para o segundo capítulo, aprofundou-se a pesquisa em analisar um dos pressupostos recursais, qual seja, o prequestionamento. Suas concepções e momentos de configuração foram algum dos temas tratados. Seguindo o capítulo, introduziu-se de forma sucinta acerca dos embargos de declaração, para depois estabelecer sua relação com o prequestionamento.

No mesmo capítulo, viu-se que existe o que parte de doutrina rotula como embargos de declaração prequestionadores. São aqueles embargos em que se busca que eventual matéria omissa em um acórdão proferido por tribunal local seja sanada, a fim de que se possa configurar o prequestionamento, pressuposto recursal do Recurso Especial. Apenas com o prequestionamento é possível alcançar o Superior Tribunal de Justiça pela via excepcional. No entanto, foi exposto que muitas vezes o Tribunal Local se nega à sanar omissão existem no aresto em que proferiu, o que dificulta o acesso da parte à Corte Superior.

Diante dessa situação, buscou-se demonstrar quais seriam as alternativas, a partir da rejeição dos embargos, para que se conseguisse obter a prestação jurisdicional, onde até então não se encontra solução vigente. Havia situações em que a parte aviava Recurso Especial ao STJ buscando a determinação de retorno dos autos à origem para um novo julgamento dos embargos declaratórios, para que a matéria fosse decidida pela Corte Local. Mesmo após o êxito desse apelo, demonstraram situações em que o Tribunal Local insistia na omissão, ficando impedido de ter sua matéria federal discutida no âmbito do STJ, pelo óbice da Súmula 211/STJ.

Já no terceiro capítulo, o estudo voltou-se primeiramente à demonstrar quais eram, até então, os prejuízos acarretados pelas partes com essa recalcitrância dos tribunais no julgamento dos embargos de declaração após determinação do Superior

Tribunal de Justiça. Na oportunidade, foi demonstrado que o fato do Tribunal Local insistir na omissão, mesmo após determinação de rejuízo pelo STJ, traria a parte de volta à estaca zero, além de afrontar a economia processual, celeridade do processo, prestação jurisdicional e instrumentalidade.

A parte, nesses casos, fica engessada, pois não alcança o prequestionamento de matéria federal no Tribunal Local e ao mesmo tempo esbarra no óbice da Súmula 211/STJ.

Passou-se então a propor algumas soluções. A primeira delas seria a Reclamação Constitucional ao STJ, com o fim de que se garantisse a autonomia da decisão da Corte Superior que determinasse o retorno dos autos à origem e lá a omissão fosse de fato julgada. No entanto, foi exposto que o entendimento do STJ é de que a reclamação constitucional não é apta à garantir essa autonomia à parte, e que deve ingressar com novo Recurso Especial, levando-a à um ciclo infundável.

A partir, analisou-se o prequestionamento ficto adotado pelo STF. É o caso em que se após a oposição de aclaratórios, o Tribunal Local mesmo assim não sanasse omissão existente, estaria o prequestionamento desde já configurado. Esse entendimento foi exarado pelo Plenário do Superior Tribunal Federal, mas não é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O novo CPC traz, em seu artigo 979, uma possível solução. Trata-se da unificação da adoção do prequestionamento ficto no âmbito das Cortes Superiores. No entanto, por se tratar de um projeto de lei, não parece ser a solução imediata a ser proposta para o problema.

Por fim, colocou-se como proposta desse trabalho a solução da questão pela adoção de uma espécie de prequestionamento ficto que reduziria o rigor do STJ. Trata-se da configuração do prequestionamento quando houver segunda interposição de recurso especial com base nos artigos 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil.

O entendimento foi exarado em dois votos-vista na ocasião do julgamento do REsp 626.148-MA, pelos Ministros Francisco Falcão e José Delgado.

A proposta parece ser viável e cabível. A parte que opõe embargos declaratórios e os têm rejeitados, após interpõe REsp buscando a determinação de um novo julgamento daqueles embargos e o Tribunal Local assim não o faz, fica se mãos atadas

e sem uma prestação jurisdicional efetiva. Portanto, a solução quebraria o rigor excessivo do Superior Tribunal de Justiça de modo que garantisse o acesso à parte ao STJ para ter seu direito material julgado.

REFERENCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Projeto de lei n. 8046/2010. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&file_name=PL+8046/2010>. Acesso em 17 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626148. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de novembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 16 maio 2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=inadmiss%EDvel&ref=SUM+ME_SMO+%27000211%27&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1> Acesso em 04.ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 519573 / PR. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 01 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=inadmiss%EDvel&ref=SUM+M_ESMO+%27000211%27&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 356. Brasília: Imprensa Nacional, 1964, p. 154. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0356.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

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

CURSINO, Rodolfo Botelho. Breve análise das mudanças no requisito de prequestionamento com base no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL nº 166/2010). Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3053, 10 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20397>>. Acesso em: 14 set. 2014

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos: Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do

processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8976>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário: Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

JUNIOR, Jose Aldizio Pereira. Legitimidade do prequestionamento na nova ordem jurídica. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 17 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49046&seo=1>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

RAVACHE, Alex. O prequestionamento ficto nos recursos excepcionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22335>>. Acesso em: 11 set. 2014.

SALOMÃO, Rafael Carvalho. A Inconstitucionalidade da Súmula 211 do STJ Frente ao Princípio da Razoável Duração do Processo. Arcos. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/a-inconstitucionalidade-da-sumula-211-do-stj-frente-ao-principio-da-razoavel-duracao-do-processo>>. Acesso em 13 set. 2014.

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

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Prequestionamento: reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo-SP: Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20-%20S%C3%BAmula%20211.pdf>>. Acesso em 13 set. 2014

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 7. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2010

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 406.