

A IMPOSSIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO FICTO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS *LATO SENSU*¹

Rafael Pellenz Scandolara²

Resumo: Nas constituições brasileiras que antecederam a Carta vigente, o prequestionamento era definido como ato das partes e vinculava a admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu* à prévia suscitação da questão constitucional ou federal ao órgão julgador *a quo*. Porém, a Constituição de 1988 não manteve tal exigência, o que levou doutrina e jurisprudência a desenvolver várias concepções de prequestionamento ao longo dos anos, entre as quais se destacam as modalidades explícita, implícita e ficta. No tocante ao prequestionamento ficto, as Cortes Superiores possuem entendimentos divergentes: para o Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula n. 356, considera-se prequestionada a matéria que tenha sido objeto de embargos declaratórios, mesmo que o tribunal recorrido não tenha emitido juízo a respeito; já o Superior Tribunal de Justiça não admite a forma ficta, exigindo que o tribunal *a quo* tenha se pronunciado acerca da questão. O segundo posicionamento mostra-se mais adequado ao Texto Constitucional, dada a indispensabilidade de que a questão constitucional ou federal esteja expressa, ainda que de modo implícito, na decisão recorrida. Este artigo foi desenvolvido com a utilização do método indutivo.

Palavras-chave: Recursos extraordinários *lato sensu*. Requisitos de admissibilidade. Prequestionamento. Prequestionamento ficto.

Abstract: In the Brazilian constitutions that preceded the current Charter, the prequestioning was defined as an act of the parties and it linked the admissibility of the extraordinary appeals to the previous adduction of the constitutional or federal issue to the judge *a quo*. However, the Constitution of 1988 did not maintain such requirement, which led doctrine and jurisprudence to develop various concepts of prequestioning over the years, among which stand out the modalities explicit, implicit and fictitious. Concerning the fictitious prequestioning, the Superior Courts have divergent understandings: to the Supreme Court, based on Precedent n. 356, the theme is previously questioned when it has been object of an appeal requesting clarification of the decision, even if the appeal Court had not emitted judgment about it; on the other hand, the High Court of Justice does not admit the fictitious mode, demanding that the Court *a quo* had spoken about the matter. The second position seems more appropriate to the Constitutional Text, given the indispensability that the constitutional or federal issue had been expressed, even if implicitly, in the contested decision. This article was developed using the inductive method.

Keywords: Extraordinary appeals. Admissibility requirements. Prequestioning. Fictitious prequestioning.

SUMÁRIO

¹ Artigo científico elaborado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Jurisdição Federal pela Escola Superior da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina (ESMAFESC) – Turma Especial 2011.

² Especialista em Direito Público pela Escola Superior Verbo Jurídico (2009). Analista Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Introdução. 1 Recursos: distinção entre recursos ordinários e extraordinários *lato sensu*. 2 Pressupostos de admissibilidade recursal dos recursos extraordinários *lato sensu*. 2.1 Pressupostos genéricos. 2.2 Condições de cabimento do recurso extraordinário. 2.3 Condições de cabimento do recurso especial. 3 O prequestionamento. 4 Concepções de prequestionamento. 4.1 Prequestionamento explícito. 4.2 Prequestionamento implícito. 4.3 Prequestionamento ficto. 4.3.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. 4.3.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Considerações finais.

Introdução

Um dos temas mais controversos do direito processual civil brasileiro, o prequestionamento divide doutrina e jurisprudência há anos. Concebido como requisito de admissibilidade dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, muito se discute sobre seu real conceito e sua constatação *in concreto*.

Os estudos acerca do prequestionamento conduziram à criação de várias espécies, podendo-se destacar o prequestionamento explícito (ou numérico), o prequestionamento implícito e o prequestionamento ficto.

O presente trabalho objetiva, por meio de breve contextualização do prequestionamento no cenário jurídico atual, analisar a modalidade *ficta* do referido instituto. Sem a pretensão de esgotar o assunto, serão examinados os argumentos desenvolvidos em sede doutrinária e jurisprudencial, especialmente os entendimentos adotados pelas Cortes Superiores, a fim de identificar aquele que seria mais adequado ao que dispõe a Constituição Federal e ao sistema recursal brasileiro.

Para tanto, a partir da conceituação de recurso, o estudo é iniciado com a distinção entre recursos ordinários e extraordinários. A seguir, apresentam-se os requisitos de admissibilidade, com ênfase sobre os pressupostos específicos dos recursos extraordinários *lato sensu*. Enfim, passa-se ao exame do prequestionamento, exibindo-se as principais espécies desenvolvidas ao longo dos anos, até chegar ao ponto central do estudo, o prequestionamento ficto.

1 Recursos: distinção entre recursos ordinários e extraordinários *lato sensu*

A clássica noção de recurso é atribuída ao notável jurista José Carlos Barbosa Moreira, que o definiu como “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”³.

O recurso, como um dos instrumentos de impugnação de decisões judiciais, é o principal corolário do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Sua existência fundamenta-se basicamente em dois aspectos: o inconformismo a julgamentos que contrariam o interesse das partes e a falibilidade do juiz ou colegiado prolator da decisão. Nesse sentido, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

Por que existem os recursos? Se as decisões fossem proferidas por deuses ou semideuses, trariam elas a nota da infalibilidade. Mas quem as profere são os juízes, homens portanto, e, como tais falíveis. Desse modo, o fundamento de todo e qualquer recurso, como dizia o Marquês de São Vicente, descansa na falibilidade humana. Ao lado disso há a necessidade psicológica: o recurso visa à satisfação de uma tendência nata e incoercível do espírito humano. Na verdade, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento.⁴

Simplificadamente, pode-se dizer que o ordenamento jurídico pátrio admite duas grandes espécies recursais, quais sejam, os recursos ordinários ou comuns e os recursos extraordinários *lato sensu* (também chamados *excepcionais*).

Acerca do tema, Rodolfo de Camargo Mancuso define que:

[...] na classe dos “recursos”, a subdivisão desejável deve ser aquela que considere certas circunstâncias procedimentais bem visíveis: alguns recursos têm uma forma menos rígida; são dirigidos a Tribunais locais ou regionais; não apresentam exigências específicas quanto à sua admissibilidade; comportam discussão de matéria de fato e de direito; e a mera sucumbência (= *o fato objetivo da derrota*) basta para deflagrar o interesse na sua interposição. A esses podemos chamar “comuns”, “normais” ou “ordinários”, conforme a terminologia que se prefira. Naturalmente, os *outros recursos* que, ao contrário desses, apresentam uma rigidez formal de procedibilidade; são restritos às *quaestiones juris*; dirigem-se aos Tribunais da cúpula judiciária; não são vocacionados à correção da mera “injustiça” da decisão; e apresentam, como diz Frederico Marques, a particularidade de exigirem “a sucumbência e um plus que a lei processual determina e especifica”, esses

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.5, p. 233.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 430.

ficam bem sob a rubrica de “especiais”, “excepcionais” ou “extraordinários”.⁵

O primeiro critério para diferenciar os recursos comuns dos extraordinários é o órgão competente para julgá-los. Aqueles são remetidos à apreciação dos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição, enquanto estes são reservados à competência dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Tal distinção, contudo, não é absoluta, uma vez que os Tribunais Superiores também são competentes para julgar recursos ordinários, nas hipóteses descritas nos arts. 102, inciso II, e 105, inciso II, ambos da Constituição Federal.

Outra diferença diz respeito ao interesse recursal, um dos pressupostos genéricos de admissibilidade dos recursos, conforme se verá adiante. Os recursos ordinários exigem que a parte recorrente demonstre tão somente a sucumbência, isto é, a falta de correspondência integral entre o pedido e o resultado da demanda. Já nos recursos extraordinários *lato sensu*, a sucumbência não é o bastante: exige-se um *plus*, a obrigatoriedade de demonstrar, na decisão recorrida, a presença de uma questão federal ou constitucional controvertida.⁶

No entanto, a diferença mais significativa adentra ao objeto recursal, isto é, à matéria que pode ser levada ao conhecimento do juízo *ad quem*.

Nos recursos ordinários, pretende-se a reapreciação de um direito subjetivo pelos órgãos do Poder Judiciário. O exercício do direito de recorrer, nesses casos, fundamenta-se na possível afronta a um direito numa determinada situação concreta. São, assim, recursos de fundamentação livre, nos quais a parte pode suscitar, com vista a modificar decisão desfavorável, tanto matéria de fato como matéria de direito.

Por outro lado, o objeto de tutela nos recursos extraordinários não é o direito subjetivo da parte, mas o direito objetivo, o sistema jurídico. São restritos à matéria de direito e apresentam fundamentação vinculada, uma vez que sua admissibilidade e seu julgamento são vinculados a determinados fundamentos previstos na legislação.

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 125-126.

⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 2003, p. 384.

2 Pressupostos de admissibilidade recursal dos recursos extraordinários *lato sensu*

O conhecimento dos recursos judiciais é sujeito ao preenchimento de requisitos de admissibilidade, os quais podem ser genéricos ou específicos. Os primeiros são comuns a todos os recursos, já os segundos são próprios de cada espécie.

2.1 Pressupostos genéricos

Os pressupostos genéricos de admissibilidade possuem tal denominação pelo fato de serem exigíveis a todas as modalidades recursais. Em regra, portanto, somente será levado a julgamento pelo juízo *ad quem* o recurso que preencher todos os requisitos genéricos de admissibilidade.

Conforme ensina Ovídio A. Baptista da Silva, os pressupostos genéricos dividem-se em intrínsecos e extrínsecos:

[...] Entre os primeiros estão: 1) o cabimento do recurso, ou seja, a existência, num dado sistema jurídico, de um provimento judicial capaz de ser atacado por meio de recurso; 2) a legitimação do recorrente para interpô-lo; 3) o interesse no recurso; 4) a inexistência de algum fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. São requisitos extrínsecos: 1) a tempestividade; 2) a regularidade formal; e 3) o preparo [...].⁷

Em se tratando de recurso extraordinário e de recurso especial, os requisitos genéricos são adaptados ao que dispõe a Constituição Federal, dando origem a pressupostos recursais específicos.

2.2 Condições de cabimento do recurso extraordinário

O artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgamento do recurso extraordinário. Por meio deste, a Suprema Corte realiza controle difuso de constitucionalidade, a fim de assegurar a

⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Processo de Conhecimento. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 413.

observância das normas constitucionais em todo o ordenamento jurídico pátrio.

O cabimento do recurso extraordinário sujeita-se a quatro condições gerais, quais sejam: esgotamento das vias recursais ordinárias, prequestionamento da questão constitucional na decisão contestada, ofensa direta à Constituição e repercussão geral da questão constitucional levantada no recurso.⁸

Às condições gerais são somadas as hipóteses expressas no art. 102, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição. A decisão recorrida deve contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

2.3 Condições de cabimento do recurso especial

O recurso especial constitui remédio constitucional de competência do Superior Tribunal de Justiça e tem como escopo manter a hegemonia e a autoridade da legislação federal (art. 105, inciso III, da Constituição Federal).

Sobre a finalidade constitucional do recurso especial, Araken de Assis afirma:

Além de preservar a integridade do direito federal, tarefa inerente ao federalismo, o recurso especial atua como mecanismo apto a garantir a uniformidade da interpretação emprestada, nos tribunais locais e regionais, àquele direito. Neste aspecto, o recurso especial se aproxima do recurso de cassação: não visa à justiça do caso, mas vela pela exata observância das leis, regulando a jurisprudência [...].⁹

A admissibilidade do recurso especial é submetida à existência de causa decidida, em única ou última instância, por Tribunal Regional Federal, ou por tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, bem como ao prequestionamento da questão federal.

Considera-se presente a questão federal, para efeito de conhecimento do recurso especial, quando a decisão contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (hipóteses elencadas nas letras a, b e c do inciso III do artigo 105 da Carta Magna).

⁸ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 679.

⁹ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 759.

3 O prequestionamento

Segundo a doutrina majoritária, o prequestionamento possui natureza jurídica de requisito de admissibilidade comum às duas modalidades recursais extraordinárias (recurso especial e recurso extraordinário).¹⁰

O correto significado do que seja prequestionamento, todavia, é tema dos mais controvertidos entre os juristas brasileiros. As divergências decorrem, em grande parte, das diferentes acepções conferidas ao termo, nas quais se conjugam análises morfológicas e jurídicas. Em suma, indaga-se se o prequestionamento corresponderia a um ato da parte ou a um ato do julgador.¹¹

A Constituição Federal, fundamento para a exigência deste requisito de admissibilidade, nada dispõe sobre a obrigatoriedade de manifestação das partes litigantes sobre a questão federal ou constitucional. Em vez disso, o que consta na Carta Magna é a obrigatoriedade de que a questão constitucional ou federal esteja presente na decisão recorrida, o que é passível de diversas interpretações e pode conduzir a consequências jurídicas totalmente contrastantes.

A atual discrepância é resultado da evolução histórica do prequestionamento. A Constituição Federal de 1891, inspirada no *writ of error* norte-americano, dispunha que o recurso extraordinário seria admitido quando a recorrente questionasse a validade ou incidência de leis federais ou tratados, e as decisões estaduais que lhes fossem contrárias. Todavia, a expressão *questionamento* não foi repetida na Constituição Federal de 1946, tampouco nos textos posteriores. Passou-se, então, à noção de que o prequestionamento seria a necessidade de referência à questão federal ou constitucional na decisão impugnada.¹²

A concepção de prequestionamento afastou-se do significado morfológico do termo, que conduzia tão somente à exigência da recorrente levantar a questão federal ou constitucional perante o tribunal de origem. Todavia, em lugar de abolir o uso da

¹⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 258.

¹¹ SILVA, Bruno Mattos e. **Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3-4.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 397-400.

expressão, parcela da doutrina e da jurisprudência atribuiu-lhe novos contornos, determinando que a questão federal ou constitucional estaria prequestionada quando expressa na decisão recorrida.

4 Concepções de prequestionamento

A discussão, entretanto, não foi exaurida, visto que permanecem dúvidas sobre a necessidade de conjugar a presença da questão federal ou constitucional na decisão impugnada ao prévio questionamento das partes, bem como sobre os limites da manifestação do tribunal de origem sobre tais questões.

De modo objetivo, José Miguel Garcia Medina compila as diversas concepções da doutrina e da jurisprudência em três hipóteses:

[...] a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.¹³

A classificação proposta pelo jurista demonstra claramente o objeto das divergências acerca do assunto, de forma a acomodar todas as espécies de prequestionamento desenvolvidas ao longo dos anos.

Todavia, em que pese as diferentes correntes doutrinárias, convém recordar que a Constituição Federal determina que o cabimento dos recursos extraordinários *lato sensu* está sujeito, entre outras condições, à presença da questão constitucional ou federal na decisão recorrida. Inexiste, portanto, exigência de prévia suscitação das partes, conforme assevera Gladson Rogério de Oliveira Miranda:

Com efeito, não se encontram, seja na Constituição, seja na legislação federal, subsídios para que se proceda à argumentação de que os recursos de natureza extraordinária tenham seu conhecimento condicionado à prévia consideração pelas partes litigantes. Existem questões passíveis de exame de ofício pelo tribunal recorrido, como os pressupostos processuais, condições da ação e remessa obrigatória, sendo que há, ainda, a hipótese em que a violação legal ou constitucional nasce no bojo do acórdão do órgão

¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 113-114.

juiz *a quo*. Nestes casos, não se verifica nenhum imperativo de que as partes tenham que debater anteriormente sobre o tema.¹⁴

Assim, questões de ordem pública ou passíveis de análise *ex officio* podem configurar a presença da questão constitucional ou federal na decisão recorrida, sem que tenha havido manifestação das partes. Nesse caso, mesmo sem qualquer provocação das partes litigantes, a matéria estaria prequestionada.

Não se pode olvidar, contudo, que as hipóteses acima constituem exceções. Em regra, as decisões proferidas pelos tribunais devem corresponder aos pedidos realizados por autor e réu no decorrer do feito e, especialmente, renovados em suas razões recursais, sob pena de julgamento *extra petita*. Somente o prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional poderá ensejar a manifestação expressa do tribunal a respeito, razão por que não se pode proclamar que o prequestionamento seria a *soma* de um ato das partes e de um ato do juiz.

Portanto, ressalvando-se opiniões em contrário, entende-se que o prequestionamento é vislumbrado quando há manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de questão constitucional ou federal, o que pode ou não ser proveniente de anterior provocação das partes, conforme se trate ou não de questões de ordem pública ou reconhecíveis de ofício.

4.1 Pquestionamento explícito

Num primeiro momento, doutrina e jurisprudência chegaram a afirmar que o requisito do prequestionamento somente estaria satisfeito com a demonstração, na decisão recorrida, dos dispositivos legais ou constitucionais questionados pela parte inconformada, isto é, a demonstração numérica do direito violado.

Nesse sentido, o recurso extraordinário somente seria admitido pela Corte Suprema se o julgado trouxesse em seu bojo referência expressa aos artigos constitucionais que, segundo a recorrente, deveriam ter sido observados pelo tribunal de origem. Da mesma forma, o recurso especial dependeria de expressa menção às regras infraconstitucionais federais na decisão impugnada.

¹⁴ MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Prequestionamento nas questões de ordem pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4606>>. Acesso em: 1 ago. 2011.

Tal orientação já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no passado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 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. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido.¹⁵

Todavia, a exigência de um prequestionamento *numérico* não se manteve, uma vez que restringia demasiadamente a interpretação da Constituição, dificultando o acesso do jurisdicionado aos Tribunais Superiores.

4.2 Pquestionamento implícito

O prequestionamento implícito, por sua vez, não exige a expressa menção do artigo da Constituição ou da lei federal, mas que a matéria que os envolva tenha sido objeto de manifestação pelo tribunal de origem.

Aqui, diferentemente do prequestionamento explícito, exige-se que o julgador tenha enfrentado apenas a norma da lei federal ou da Constituição, independentemente de menção à regra correlata.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento jurisprudencial sobre a admissão do prequestionamento na forma implícita:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL. DEPÓSITO DE ARROZ EM ARMAZÉM GERAL. PRODUTO VINCULADO A EMPRÉSTIMO DO GOVERNO FEDERAL - EGF. CABIMENTO DA AÇÃO DE DEPÓSITO. PRECEDENTES.

1. A falta do prequestionamento explícito não prejudica o exame do recurso especial, uma vez que a jurisprudência desta Corte é uníssona em admitir o prequestionamento implícito. Precedentes.

2. No caso, uma vez depositada a mercadoria adquirida de diversos produtores rurais (arroz em casca ensacado) em armazém geral, cuja atividade social é exatamente a guarda de produtos dessa natureza, cabível a ação de depósito para obrigar a sua entrega ou o pagamento do equivalente em dinheiro. Precedentes.

3. Recurso especial provido.¹⁶

¹⁵ STF, RE 414166 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 04/02/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

¹⁶ STJ, REsp 783.471/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 25/03/2011.

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, alguns esclarecimentos são necessários, uma vez que a atual jurisprudência é taxativa quanto à exigência de prequestionamento explícito, repugnando a modalidade implícita:

[...] RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PREQUESTIONAMENTO - CONFIGURAÇÃO - RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido argüida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente.¹⁷

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal não exige expressa menção dos dispositivos constitucionais violados. O que ocorre, no caso, é um alargamento da concepção de prequestionamento explícito, considerando-o presente quando há exposição da questão constitucional pelo juízo de origem, ainda que não sejam referidos os dispositivos que se alegam infringidos. Ao mesmo tempo, o prequestionamento implícito é concebido diversamente, estando caracterizado quando a questão federal não é enfrentada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais.

Apesar das diferenças teórico-conceituais entre doutrina e STF, o recurso extraordinário será admitido se a decisão recorrida enfrentar a alegação de ofensa direta à Constituição Federal, ainda que sem menção aos dispositivos legais. É o que explica Sandalo Bueno do Nascimento Filho:

o entendimento que prevalece, tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, considera suficiente o prequestionamento implícito. E de outra forma não poderia ser, pois uma abordagem suficientemente clara da questão controvertida pela decisão recorrida, ainda que sem mencionar expressamente os dispositivos violados, permite delimitar exatamente qual matéria foi devolvida ao conhecimento da Corte Superior.¹⁸

¹⁷ STF, AI 565181 AgR-segundo, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 30/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

¹⁸ NASCIMENTO FILHO, Sandalo Bueno do. **O Prequestionamento e sua Aplicação Prática**. Brasília: OAB, 2006, p. 89.

Desse modo, considerando o conceito de prequestionamento implícito adotado neste trabalho, possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal aceita tal modalidade, já que exige a menção da questão constitucional na decisão recorrida, ainda que ausente referência expressa aos dispositivos violados.

4.3 Prequestionamento ficto

Considerando a acepção original do termo prequestionamento, desenvolveu-se o entendimento de que, havendo oposição de embargos declaratórios para suprir a omissão do tribunal de origem quanto à questão federal ou constitucional previamente suscitada, satisfeito estaria o requisito de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário. Na hipótese, tem-se o que a doutrina passou a denominar prequestionamento ficto.

Tal posicionamento, no entanto, encontra amparo somente no Supremo Tribunal Federal, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça repele a ideia do prequestionamento ficto:

o conceito de prequestionamento bifurcou-se: para o Supremo Tribunal Federal, em função da sua Súmula 356, prequestionamento é, rigorosamente, aquilo que nega o seja o Superior Tribunal de Justiça por intermédio de sua recente Súmula 211. O que para aquele Tribunal é chamado de prequestionamento (ficto), é, para este, a partir das considerações constantes no trabalho aqui focado em primeiro plano, chamado de "ritual" e "cerimonial". Prequestionamento é coisa diversa, justamente o que falta na decisão recorrida e o que não pode ser suprido pela 'ficção' criada e implementada pela Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

No tocante à aceitação do prequestionamento ficto como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, o Superior Tribunal de Justiça mostra-se mais rigoroso que o Supremo Tribunal Federal e não admite o recurso especial que tem como objeto questão não enfrentada na decisão recorrida, mesmo que tenham sido opostos embargos declaratórios para corrigir a omissão.

¹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Pré-questionamento – Reflexão sobre a Súmula 211 do STJ.** In: NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.77.

4.3.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A Súmula n. 356 do STF, aprovada em Sessão Plenária de 13/12/1963, estabelece que “o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Com base em tal orientação, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 219.934/SP, considerou prequestionada a matéria constitucional pela simples oposição dos embargos declaratórios, independentemente da emissão de juízo de valor pelo tribunal *a quo*.

Conforme exposto pelo Ministro Relator Octavio Gallotti,

O prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi eficazmente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado, nas razões de apelação esse aspecto, aliás fundamental, da controvérsia (Súmula 386).²⁰

Segundo o STF, portanto, buscando a parte inconformada o exame da questão federal ou inconstitucional, de modo a exaurir todas as possibilidades recursais, o efetivo pronunciamento do tribunal *a quo* seria irrelevante para a configuração do prequestionamento.

A aceitação do prequestionamento ficto pelo Supremo Tribunal Federal visa a corrigir a omissão do tribunal recorrido e amenizar o prejuízo processual que adviria à parte, caso obrigada a interpor recurso especial para constranger o prolator da decisão à manifestação da questão federal ou constitucional.

Em que pese a salutar intenção da Corte Suprema, não se pode concordar com tal entendimento. Os princípios da economia e da celeridade processual não podem ser sobrepostos a regras constitucionais que fundamentam a própria existência dos recursos extraordinários *lato sensu*.

É digno de nota, aliás, que recentes julgados da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal confirmam a tendência de afastar o prequestionamento ficto:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE

²⁰ STF, RE 219934, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 14/06/2000, DJ 16/02/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

REFORMA DO JULGADO: IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PEQUESTIONAMENTO FICTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais. 2. A questão constitucional invocada no recurso extraordinário não foi objeto de debate e de decisão no acórdão recorrido. Desatendido o pressuposto recursal do prequestionamento, imprescindível para o conhecimento do apelo extremo. Súmula STF 282. 3. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a sanar. A embargante repisa argumentos já devidamente apreciados por esta Turma. 4. Embargos de declaração rejeitados.²¹

O entendimento exteriorizado pela Segunda Turma do STF aproxima-se daquele preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, da impossibilidade de consagrar o prequestionamento ficto como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*.

4.3.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça repele a possibilidade de prequestionamento ficto. Esse entendimento foi consolidado por meio da edição da Súmula n. 211, segundo a qual é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

A orientação jurisprudencial seguida pelo STJ colide com o entendimento adotado pelo STF, o que é expressamente ratificado em seus julgados:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS RECEBIDOS ACUMULADAMENTE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ATRASADO. JUROS MORATÓRIOS INDENIZATÓRIOS. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, CPC. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356 DO STF.

1. O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios. Adoção pela Suprema Corte do prequestionamento ficto.

2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal *a quo* emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial.

3. Não há interesse jurídico em interpor recurso especial fundado em violação ao art. 535 do CPC, visando anular acórdão proferido pelo Tribunal de origem, por omissão em torno de matéria constitucional.

4. No caso de rendimentos pagos acumuladamente, devem ser observados para a incidência de imposto de renda, os valores mensais e não o montante

²¹ STF, AI 732948 AgR-ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 19/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

global auferido.

5. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ.

5. Recurso especial não provido.²²

Segundo a linha de raciocínio adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial não pode ser admitido se, a despeito do manejo de embargos de declaração, a questão federal não foi apreciada pelo tribunal de origem. Nesse caso, caberia à parte interpor recurso especial por ofensa ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o tribunal furtou-se ao pronunciamento do ponto omitido, o que provocaria o retorno dos autos para nova apreciação do tribunal *a quo*.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO FICTO.

1. A despeito da suscitação da matéria relativa à violação à coisa julgada na apelação e em embargos de declaração, não houve pronunciamento desta questão pelo Tribunal de origem. Dessarte, conforme iterativo entendimento jurisprudencial desta Corte, deveria o recorrente ter interposto o recurso especial alegando violação do art. 535 do CPC.

2. Segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior, para a configuração do requisito do prequestionamento, desnecessário o pronunciamento numérico dos dispositivos legais pertinentes, porém, completamente imprescindível que haja manifestação acerca do *thema decidendum*.

3. A mera interposição de recursos em que se suscita a matéria não tem o condão de tornar prequestionado o tema, porquanto esta Corte não admite o prequestionamento ficto.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.²³

A principal crítica ao entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça diz respeito à afronta ao princípio da celeridade, tendo em vista o longo tempo despendido com a interposição de recurso especial para compelir o tribunal de origem à manifestação sobre a questão federal. No entanto, a busca pela justiça rápida, nesse caso, não é argumento suficiente para superar o respeito às normas que regem o

²² STJ, REsp 1075700/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 05/11/2008, DJe 17/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

²³ STJ, AgRg no REsp 1066647/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 21/03/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

sistema recursal brasileiro.

Em verdade, eventual demora na análise da questão federal pelo Superior Tribunal de Justiça não pode ser atribuída somente à Corte Federal, dado que o maior responsável pela necessidade de interposição de recurso especial é o tribunal prolator da decisão recorrida que, pautado pelo formalismo excessivo, não se manifesta sobre a questão federal ou constitucional suscitada pela recorrente.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier:

Negando-se os tribunais de origem a completar o acórdão, afronta-se o princípio da economia processual, já que, em certos casos, o que ocorre é a interposição do primeiro recurso especial, para que os autos *voltem* ao Tribunal *a quo*, com o objetivo de que os embargos de declaração sejam julgados e, aí sim, o Tribunal *ad quem* tenha efetivamente condições de flagrar e corrigir a ilegalidade apontada na decisão do órgão *a quo*.²⁴

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, não costuma acolher embargos declaratórios com fins prequestionadores:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. PRETENDIDA REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA NO JULGADO. NECESSIDADE DA PRESENÇA DE UMA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS, AINDA QUE OPOSTOS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.²⁵

Já o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no intuito de evitar a inadmissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*, possui jurisprudência no sentido de acolher os embargos declaratórios opostos com o intuito de prequestionamento:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. 1. Inexiste omissão, contradição ou obscuridade quando o julgado decide expressamente sobre as questões suscitadas no recurso. 2. Inviáveis os embargos declaratórios para o reexame de matéria já decidida. 3. Hipótese em que se acolhe a pretensão de prequestionamento para evitar eventual inadmissibilidade dos recursos dirigidos às instâncias superiores por conta exclusivamente da ausência de menção expressa dos dispositivos tidos pela parte embargante

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 406.

²⁵ TJ/SC, Embargos de Declaração em Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.051237-9/0001.00, de Joinville, Relator: Torres Marques. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Julgado em 7/12/2010. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

como violados, conquanto tenham sido implicitamente considerados no acórdão.²⁶

Embora a técnica decisória acima possa ser alvo de críticas, uma vez que o manejo dos embargos declaratórios decorreu, em tese, de uma omissão, ao menos se concede maior segurança jurídica à parte recorrente. Ainda que de modo precário, o acolhimento dos embargos prequestionadores faz com que os dispositivos constitucionais ou federais questionados sejam integrados à decisão recorrida.

A mera impugnação das partes, sem que o tribunal de origem debata o tema, não satisfaz a necessidade de prequestionamento, pela simples ausência de amparo constitucional e legal.

Assim, a crítica ao Superior Tribunal de Justiça não é sustentável, pois, definido corretamente o significado do termo prequestionamento, indispensável que a decisão vergastada traga em seu bojo a questão federal ou constitucional para que sejam admitidos os recursos especial ou extraordinário, respectivamente.

Considerações finais

O prequestionamento, segundo a doutrina majoritária, é um dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu* (extraordinário e especial).

A gênese do instituto, vinculada a seu aspecto morfológico, determinava que o prequestionamento advinha de um ato da parte, anterior à decisão recorrida, por meio da suscitação de uma questão constitucional ou federal relevante ao julgamento da causa.

A atual dicção constitucional, entretanto, conferiu novo significado ao prequestionamento, uma vez que não há referência à necessidade de impugnação das partes. Em vez disso, o que consta na Constituição Federal é a obrigatoriedade de que, na decisão recorrida, esteja presente a questão constitucional ou federal.

Convém ressaltar que, conforme as regras processuais vigentes, os tribunais somente poderão se manifestar sobre matérias alegadas pelas partes no decorrer do feito e reiteradas nas razões recursais, sob pena de julgamento *extra petita*. Nesse

²⁶ TRF4, AC 0019053-52.2009.404.7000, Terceira Turma, Relator: Fernando Quadros da Silva, D.E. 28/03/2011. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

caso, necessariamente terá ocorrido prévio questionamento pela parte, o que não afasta, contudo, a indispensabilidade da menção à questão na decisão recorrida.

Entretanto, questões de ordem pública e reconhecíveis de ofício podem ser declaradas pelo tribunal recorrido independentemente de manifestação das partes, e, uma vez presentes na decisão, também caracterizam o prequestionamento.

Em sede doutrinária, a discussão sobre o alcance da manifestação dos tribunais para fins de prequestionamento deu origem às espécies explícita e implícita. A primeira exige a menção expressa dos dispositivos questionados na decisão recorrida, enquanto que a segunda permite que a questão constitucional ou federal seja aferida com o enfrentamento da questão pelo tribunal *a quo*, independentemente da expressa referência aos artigos constitucionais ou legais invocados. A jurisprudência dominante das Cortes Superiores tem aceitado o prequestionamento em sua forma implícita.

O Supremo Tribunal Federal, a partir de interpretação de sua Súmula n. 356, flexibilizou a noção de prequestionamento, concebendo que a oposição de embargos declaratórios seria suficiente para satisfazer o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, mesmo que o tribunal *a quo* permanecesse silente sobre a questão constitucional. Trata-se, no caso, do chamado prequestionamento ficto.

Em que pese a relevância dos argumentos emanados da Corte Suprema, ousa-se divergir de tal posicionamento, uma vez que vai de encontro à concepção de prequestionamento expressa na Constituição Federal. O prequestionamento é ato do julgador, que pode ou não ser precedido de prévia suscitação das partes em juízo. Porém, é indispensável que a questão constitucional ou federal esteja expressa, ainda que implicitamente, na decisão recorrida.

Os recursos extraordinários *lato sensu* possuem pressupostos específicos que justificam sua própria existência, entre os quais está a obrigatoriedade da presença de questão constitucional ou federal na decisão recorrida. Tal exigência, de caráter constitucional, é imprescindível para o cabimento dos recursos extraordinário e especial, não podendo ser suprimida em prol de pretensas economia e celeridade processuais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.066.647/SP. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1.075.700/RS. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 783.471/GO. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 414.166-3/SC. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 732.948/PI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 219.934-2/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Segundo Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 565.181/GO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 2010.051237-9/0001.00. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Embargos de Declaração em Apelação Apelação Cível n. 0019053-52.2009.404.7000. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Pré-questionamento – Reflexão sobre a Súmula 211 do STJ.** In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prática de Processo Penal.** 21. ed. Saraiva, São Paulo: Saraiva, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** Campinas: Millenium, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Prequestionamento nas questões de ordem pública.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4606>>. Acesso em: 1 ago. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.5.

NASCIMENTO FILHO, Sandalo Bueno do. **O Prequestionamento e sua Aplicação Prática.** Brasília: OAB Editora, 2006.

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil.** Processo de Conhecimento. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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