

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**PREQUESTIONAMENTO FICTO: CONSTITUCIONALIDADE E
APLICABILIDADE DO ARTIGO 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL.**

Fellipe Guimarães Mourão Salgado

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Advogado. fellipesalgado92@icloud.com.

Área do Direito: Processo Civil.

Resumo: O objetivo do presente trabalho consiste em analisar duas questões principais relativas ao prequestionamento ficto, nos termos da inovação trazida pelo artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015. A primeira consiste na análise da constitucionalidade do artigo em comento à luz dos requisitos constitucionais exigidos para os recursos excepcionais, nos termos dos artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal. A segunda consiste no estudo da aplicabilidade do artigo 1.025 do CPC, em atenção à redação abrangente da norma, que sugere que tanto questões fáticas como de direito possam ser incluídas fictamente no acórdão para fins de interposição dos recursos excepcionais.

Palavras-chave: Prequestionamento ficto. Constitucionalidade do artigo 1.025 do CPC. Prequestionamento ficto e questões fáticas. Processo Civil.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze two main questions related to pre-argued elements on appeal in view of article 1.025 of the Brazilian Civil Procedure Code (Laws, 13,105/2015). The first is the analysis of the constitutionality of the article in question in light of the constitutional requirements required, under the terms of articles 102, III and 105, III of the Federal Constitution of Brazil. The second is the study of the applicability of the article 1.025 of the Brazilian Civil Procedure Code (Laws, 13,105/2015), considering a comprehensive wording of the standard, which suggests that both factual and legal issues may be included in the judgment for the purpose of lodging exceptional remedies.

Keywords: Pre-argued elements on Appeal. Constitutionality of article 1,025 of the CPC. Pre-argued issues of facts. Civil Procedure.

I. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC) em seu artigo n. 1.025 positivou o prequestionamento ficto.

O conceito de prequestionamento tem sido objeto de várias discussões ao longo dos últimos anos tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Como veremos, há quem defenda a inconstitucionalidade desta exigência necessária para se alcançar as instâncias superiores e, também, quem sustente ser o prequestionamento corolário da natureza dos recursos excepcionais.

Referida divergência deve-se à supressão da expressão *questionar* da atual Constituição Federal (CF) ao passo da sua existência nas Constituições anteriores. Com efeito, divergiu-se por muito tempo quanto à obrigatoriedade do prequestionamento e, também, com relação às formas da sua caracterização.

O artigo n. 1.025 do CPC dispõe da forma ficta de se alcançar o prequestionamento. Além disso, referido dispositivo legal sugere que o ato de prequestionar consiste em mero dever da parte, ao contrário da corrente majoritária, que entende ser o prequestionamento nada mais que a apreciação pelo Tribunal da questão federal constitucional ou federal infraconstitucional¹. Não obstante, como veremos, há algumas ressalvas a serem feitas.

Dessa maneira, nosso objetivo com o presente trabalho consiste em responder ao menos dois questionamentos:

- (i) O artigo 1.025 do Código de Processo Civil é constitucional, à luz dos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição Federal?
- (ii) Quais são os limites de aplicação do artigo 1.025 do CPC?

Entendemos que a resposta a estes dois questionamentos é fundamental para trazer ao nosso sistema processual maior segurança jurídica, evitando-se, assim, a utilização indiscriminada do referido artigo ou, também, a sua não aplicação por simples desconhecimento da sua função e alcance.

I. Do Prequestionamento.

A definição de prequestionamento nunca foi unânime na doutrina e na jurisprudência. Há corrente que sustenta ser o prequestionamento mero ato da parte ao provocar o Tribunal a se manifestar a respeito do tema que se pretenda seja prequestionado²e, por outro lado, há quem defenda a ideia de que o

¹ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores. 3ª edição em e-book baseada na 5ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; CARNEIRO, Athos Gusmão. Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno. Rio de Janeiro: Forense, 2005; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. **Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

²MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

prequestionamento ocorre necessariamente com a manifestação do Tribunal a respeito da matéria constitucional ou infraconstitucional³.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 cabia ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar tanto o recurso extraordinário como o recurso especial.

Em determinado período, prevaleceu no STF o entendimento de que a mera provocação da parte por meio dos embargos de declaração implicaria no reconhecimento do prequestionamento da matéria. Referido posicionamento, inclusive, deu ensejo à edição da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal⁴, que também era aplicada ao recurso especial. Nessa época, o prequestionamento era tido como mera atividade da parte⁵.

Todavia, atualmente prevalece o entendimento de que o prequestionamento não é um ato da parte, ou seja, não basta a mera oposição dos embargos de declaração. É imprescindível que as questões constitucionais ou federais tenham sido efetivamente apreciadas e decididas pela decisão recorrida. Não se olvida que, para tanto, a atividade da parte é importante na medida em que dificilmente a questão federal não questionada levada à apreciação do órgão jurisdicional será decidida pelo Tribunal.

Sobre o tema, vejamos as seguintes lições de Arruda Alvim⁶:

É certo que não se deve confundir prequestionamento com imprescindível postulação pela parte, a respeito de uma dada questão federal, como já se acentuou. A questão,

³Como se viu, o prequestionamento não ocorre na decisão recorrida, posto que na decisão recorrida deverá estar presente a questão constitucional ou federal apta a ensejar a interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial. Por isso, o prequestionamento é justamente a atividade anterior, realizada pelas partes, no sentido de ensejar a manifestação do órgão judicante a respeito do tema (MEDINA, José Miguel Garcia. **Aspecto polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário** / coordenação Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 302).

⁴O 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.

⁵**RE 114075**, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 17/12/1987; **RE 89911**, Relator: Min. DÉCIO MIRANDA, Segunda Turma, julgado em 30/11/1979.

⁶ ARRUDA, Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário** / coordenação ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.26.

conquanto não haja sido postulada, poderá resultar decidida no acórdão, e, portanto, para fins de ser recorrida, existe dado equivalente ao prequestionamento, como já se consignou, ou, mais precisamente, há prequestionamento, no acórdão, de lei federal.

Segundo este conceito, prequestionamento nada mais é senão a apreciação pelo Tribunal da questão federal ou constitucional cuja apreciação se pretende seja feita por Tribunal Superior.

Ao iniciar os estudos sobre o tema em questão, em um primeiro momento, pensamos ser o prequestionamento um requisito jurisprudencial ou, até mesmo, inconstitucional – uma vez que nem jurisprudência nem lei infraconstitucional podem criar um requisito não previsto pela Constituição. Contudo, em verdade, parece-nos que se trata de um requisito intrínseco à interposição dos recursos extraordinários (*lato sensu*). Nesse sentido, colacionamos os entendimentos de Osmar Mendes Paixão Cortês⁷:

O prequestionamento não constitui requisito à parte do cabimento, mas está englobado nele. Isso porque, para analisar se o recurso atende às alíneas “a”, “b” ou “c”, do permissivo constitucional, é essencial que tenha a decisão recorrida tratado do tema que será levado à apreciação da Corte Superior.

Em outras palavras, não há como ser cabível o recurso extraordinário *lato sensu* se a decisão recorrida não tiver tratado da questão federal ou constitucional pretensamente violada.

Todavia, a exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais fora colocada à prova por alguns, pois a Constituição Federal de 1988 não adotou a expressão *questionar* que vinha

⁷CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os Tribunais Superiores**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2014, p. 111.

sendo utilizada pelas Cartas Magnas anteriores⁸. De fato, basta a mera leitura dos artigos 102, III e 105, III da CF de 88 para notarmos que não existe referência alguma ao termo *prequestionamento* ou *questionamento*.

A nosso ver, contudo, o prequestionamento se justifica e é constitucional por duas razões.

Em primeiro lugar, pois é da própria essência dos recursos submetidos às instâncias superiores na medida em que não é possível cogitar ter havido violação à legislação sem que, para tanto, tenha havido manifestação do Tribunal local a respeito da questão federal ou infraconstitucional. Nesse sentido, as Cortes Superiores analisam apenas matéria de direito, isto é, se não houver no acórdão decisão sobre a pretensa norma violada, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não poderão conhecer da questão originariamente. Em segundo lugar, pois é possível extrair da expressão *causas decididas em única ou última instância* a necessidade do prequestionamento⁹.

Isto é, precisa constar na decisão recorrida a apreciação da matéria tida por violada pelo recorrente. Assim, sendo os recursos excepcionais de fundamentação vinculada, necessariamente precisa ter havido decisão acerca da questão objeto do recurso.

Há quem entenda que a expressão *causas decididas* é sinônimo de litígio, lide¹⁰. Contudo, em nosso entender, o constituinte utilizou a expressão em seu sentido mais amplo, ou seja, para designar sempre que existir julgamento de

⁸Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, art. 101: Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

⁹O prequestionamento é uma exigência que compõe a análise do cabimento dos recursos extraordinários e decorre da interpretação que se deu, historicamente, à expressão "causas decididas", constante dos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988. O propósito é evidente: o tribunal superior, ao julgar um recurso excepcional, somente deve decidir questão que tenha sido enfrentada pelo tribunal recorrido (DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 3. 13ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 310).

¹⁰Em nossa opinião, *causa* é sinônimo de lide, litígio, mas com isto não excluimos do âmbito de abrangência desse termo as hipóteses de jurisdição voluntária (ARRUDA, Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário** / coordenação ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.39).

qualquer direito de uma das partes no processo e, desse julgamento, resultar na violação da lei constitucional ou infraconstitucional. Assim, ainda que na Constituição Federal de 1988 tenha sido suprimido a expressão *questionar*, adotada nas Constituições anteriores, não se pode concluir pela sua desnecessidade uma vez que o prequestionamento é da essência destes recursos e, também, fruto da interpretação do texto constitucional.

Não podemos deixar de registrar, no mesmo sentido, o entendimento de Nelson Nery Junior¹¹ :

Muito embora a CF vigente não mais se refira à expressão "questionar", ou "prequestionar", como o fizeram, em sua maioria, as CF revogadas, o tema se encontra no sistema constitucional brasileiro. O prequestionamento não foi criado pela Súmula do Pretório Excelso (STF 282 e 356). Nossa Corte Suprema apenas explicitou o texto constitucional, interpretando-o. Quer dizer, o Supremo Tribunal Federal interpretou o sentido da expressão "causas decididas", constante do texto constitucional.

De consequência, nem é correto dizer que foram os STF 282 e 356 que "criaram" o prequestionamento, como também é inexato afirmar que a CF silencia a respeito do prequestionamento.

Fixada a legalidade e constitucionalidade do prequestionamento, é possível adentrar às suas espécies.

Nesse sentido, tanto a doutrina como a jurisprudência afirmam existir três espécies de prequestionamento, quais sejam: explícito, implícito e ficto.

O prequestionamento implícito surgiu, em verdade, em razão da jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores no sentido de apenas admitir o prequestionamento quando na decisão recorrida tenha constado expressamente os

¹¹NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 1ª edição em *e-book* baseada na 7ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

dispositivos de lei violados. Isto é, se restaram implícitos os artigos violados, não se admitia a matéria como prequestionada.

Segundo José Miguel Garcia Medina¹²:

Tratando do tema, doutrina e jurisprudência referem-se a prequestionamento implícito ou explícito. Implícito quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada; explícito se a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida.

A nosso ver, basta que seja possível identificar a violação, ainda que não tenha sido apontado nenhum artigo de lei. Isso porque, o contrário não pode ser entendido como prequestionamento, ou seja, a mera indicação do artigo de lei federal não significa que o Tribunal tenha emitido algum juízo de valor a respeito do tema. O que deve ser explícito é o entendimento do julgador acerca da questão federal ou constitucional na decisão atacada¹³ e não o dispositivo legal.

Podemos concluir, então, que o prequestionamento explícito é a emissão de juízo de valor na decisão recorrida acerca da legislação federal ou constitucional aplicada ao caso concreto com menção expressa aos artigos de lei, ao passo que por implícito considera-se a simples ausência de menção aos dispositivos violados¹⁴.

¹²MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 187.

¹³**AgRg no REsp** 226.646/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2000, DJ 11/06/2001, p. 170.

¹⁴Esse enfrentamento pode ter sido feito com menção expressa ao dispositivo normativo cuja interpretação é objeto do recurso; é o chamado prequestionamento expresso. Mas também é possível que o enfrentamento ocorra sem menção expressa a um dispositivo normativo; nesse caso, há o chamado pré-questionamento implícito, como ocorre, por exemplo, quando a decisão recorrida tenha entendido que se considera motivada uma decisão que se vale de uma paráfrase normativa, violando o inciso I do §1º do art. 489 do CPC, embora sem fazer menção a ele. Se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria 'questionada' e isso é o quanto basta. Há, enfim, em ambos os casos, pré-questionamento (DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 3. 13ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 311).

Cássio Scarpinella Bueno¹⁵, minimizando as discussões a respeito das formas do prequestionamento, ensina que:

Feitas estas considerações no sentido de que o que realmente importa para o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal é o conteúdo, aí incluída a correção procedimental, da decisão recorrida — a causa decidida —, venço-me cada vez mais de que os adjetivos usualmente apostos ao prequestionamento são falsos problemas. Prequestionamento explícito, implícito, ficto ou numérico são, apenas e tão somente, formas de apresentação — mera materialização, portanto — do que foi ou não decidido pela instância a quo e que, na exata proporção do que se decidiu ou se deixou erradamente de decidir, poderá ser impugnado pela via especial ou extraordinária fundamentando-se em *error in iudicando* ou *error in procedendo*, respectivamente. O que importa, pois, é o que foi objeto de decisão e não a forma pela qual ela se apresenta.

Dessa maneira, concordamos que se faz necessário observar a existência (ou não) de decisão sobre a questão, independentemente da sua forma.

Com relação à última espécie de prequestionamento, o STF e o STJ já divergiram a respeito do que fora denominado prequestionamento ficto.

Referida divergência consistia na situação em que o Tribunal *a quo* ignorava a alegação da parte a despeito de uma questão de fato ou questão de direito suscitada. E, não obstante a oposição dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* não sanava a omissão apontada.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando a sua súmula 211¹⁶, entende que a continuidade da omissão obsta o preenchimento do requisito do

¹⁵SCARPINELLA, Cassio Bueno. **Quem tem medo de presquestionamento**. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>. Acessado em: 18.08.2018.

¹⁶Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

prequestionamento. Dessa maneira, sob o código anterior, cabia à parte a interposição do recurso especial com fulcro na violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973 a fim de que o Tribunal decida sobre a questão omissa.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal considerava que tendo a parte cumprido o papel que lhe competia, isto é, apresentado os embargos de declaração visando sanar a omissão, em que pese inadmitidos, restava preenchido o requisito do prequestionamento (*ficto*)¹⁷, nos termos do enunciado da Súmula 356¹⁸ do Pretório Excelso. Note, então, que o prequestionamento era entendido mais como ato da parte – como já expusemos acima –, uma vez que se exigia a oposição dos embargos de declaração sem o qual não se reconhecia a matéria como prequestionada.

Não obstante, antes de entrar em vigor o CPC de 2015, o Supremo Tribunal Federal adotou a posição do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que deve o Tribunal *a quo* emitir juízo de valor sobre a questão federal infraconstitucional ou sobre a questão constitucional, não importando, para esse fim, tenha a parte apresentado os embargos de declaração ou não¹⁹.

II. Fases de julgamento dos recursos excepcionais.

É importante tecer breves comentários acerca das fases que compõem o julgamento dos recursos excepcionais, pois elas trazem implicações acerca da

¹⁷PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.

1. Alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, a teor do que dispõe a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. 2. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, adota o chamado "prequestionamento ficto", de modo que a mera oposição dos embargos declaratórios, por si só, já preenche o requisito do prequestionamento para fins de interposição de recurso extraordinário, não havendo prejuízos à parte pela rejeição dos aclaratórios, em face do disposto na Súmula 356/STF. 3. Inexiste violação ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem analisa todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo suficiente e integral. 4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1113494/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009).

¹⁸O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

¹⁹RE 591961 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, Dje. 26-02-2013.

possibilidade da análise de matéria de ordem pública, fatos e provas pelas Cortes Superiores.

No julgamento dos recursos excepcionais há dois momentos distintos. Primeiro, o juízo de cassação, isto é, anulação da decisão recorrida, uma vez verificada a ilegalidade no acórdão. Na Itália e na França, por exemplo, existe a figura da Corte de Cassação, que possui o papel exclusivo de anular a decisão proferida pelo Tribunal inferior e determinar o rejuízo da causa segundo as premissas estabelecidas pela própria Corte.

No Brasil, contudo, após o juízo de cassação, a Corte pode adentrar no juízo de revisão. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não atuam apenas como juízos de cassação. Cabem a estes Tribunais, além de anular a decisão, rejuizar o caso aplicando o direito ao caso concreto, nos termos do artigo n. 1.034 do CPC²⁰²¹.

Com relação ao juízo de revisão, importante pontuar o posicionamento de Nelson Nery Junior²² para quem não se mostra correta a afirmação de que é vedado o exame de provas no Recurso Especial e no Recurso Extraordinário. De acordo com o autor, o simples exame de provas não pode ser objeto do juízo de cassação. Ou seja, não pode ser este o objeto do recurso extraordinário (*lato sensu*). Ocorre, contudo, que no juízo de revisão, após o Tribunal Superior anular a decisão proferida em única ou última instância pelo Tribunal por considerá-la inconstitucional ou ilegal, passará a julgar a lide aplicando o direito ao caso concreto, isto é, sem qualquer restrição à análise dos fatos ou provas. Sustenta,

²⁰ Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

²¹ 1. Não se conhece do recurso especial quanto aos dispositivos de lei não prequestionados na origem. Incidência das Súmulas 283 e 356/STF. 2. Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento ex officio, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento. 3. Excepciona-se a regra se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial. Precedentes da Turma (STJ, 2.ª Turma, REsp 790.407/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 05.12.2006, DJ 14.12.2006).

²² Aplicar o direito à espécie é exatamente julgar a causa, examinando amplamente todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, inclusive as de ordem pública que não tiverem sido examinadas pelas instâncias ordinárias. É que, removido o óbice constitucional da causa decidida (CF 102 III e 105 III), o que só se exige para o juízo de cassação dos RE e REsp, o STF e o STJ ficam livres para, amplamente, rever a causa. O reexame de provas, portanto, não é viável no juízo de cassação dos RE e REsp, mas é absolutamente normal e corriqueiro no juízo de revisão (JUNIOR, Nelson Nery. **Teoria Geral dos Recursos**. 1ª edição em *e-book* baseada na 7ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

outrossim, que nessa fase é permitida inclusive a análise de matérias de ordem pública, por decorrência do efeito translativo dos recursos excepcionas. Corroborando o seu entendimento, o citado autor faz menção ao verbete 456 da súmula do STF, também aplicável ao recurso especial: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”.

Note-se que segundo esse entendimento é permitido ao STF e ao STJ reanalisar fatos e provas. Essa possibilidade (ou não) de se conhecer fatos em sede de recurso extraordinário ou especial será determinante para estabelecermos a abrangência e aplicação do artigo 1.025 do CPC.

De toda forma, com a devida vênia, é preciso adiantar que não concordamos nesse ponto com Nelson Nery Junior, sendo o seu posicionamento minoritário tanto na jurisprudência como na doutrina²³. De nossa parte, e como será explorado com mais vagar nos próximos capítulos, entendemos que a revisão de fatos e provas pelos Tribunais Superiores é inviável.

É cediço que nos recursos ordinários as matérias de ordem públicas podem ser analisadas pelo Tribunal *ad quem* mesmo que não tenham sido impugnadas, por força do parágrafo 3º do artigo 485 do CPC. Contudo, nas instâncias extraordinárias, questões de ordem pública que não tenham sido decididas pelo Tribunal não poderão ser analisadas por falta de prequestionamento.

No mesmo sentido, leciona José Miguel Garcia Medina²⁴ que:

...o julgamento do recurso extraordinário comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito

²³Como se observou, a Súmula 456 do STF significa, sem sombra de dúvida, que os Tribunais Superiores não são Cortes de Cassação. Assim, admitidos os recursos de estrito direito, haverá, de acordo com o que consta na Súmula 456, rejuízo da causa, respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário, que, como regra geral, impedem o reexame das provas constantes dos autos (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 3ª edição em *e-book* baseada na 5ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018).

²⁴MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 339.

constitucional (que na terminologia da Súmula 456 do STF também compõe o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a do julgamento da causa, aplicando o direito à espécie.

Em outras palavras, Nelson Nery Junior²⁵ defende que:

Opera-se o efeito translativo nos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), mas não na primeira fase de julgamento dos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência), isto é, no juízo de cassação destes recursos.

Com efeito, para o citado autor, se o acórdão não tratou da questão de ordem pública, o meio de impugnação da decisão será a ação rescisória em vez dos recursos excepcionais. Este, inclusive, é o entendimento majoritário da doutrina e, também, o que era aplicado pelos tribunais ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973²⁶²⁷.

III. Análise da constitucionalidade do artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 1 edição em *e-book* baseada na 7ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²⁶No que concerne ao primeiro aspecto, a nova lei, a nosso ver, embora não o diga expressamente, deve ser interpretada no sentido de permitir ao Tribunal Superior a cognição de matéria de ordem pública de ofício, uma vez admitido o recurso e reconhecida e ilegalidade/inconstitucionalidade: justamente no momento de rejulgar a causa (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 3ª edição em *e-book* baseada na 5ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018).

²⁷**STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.043.561/RO**, 1.ª T., j. 15.02.2011, v.u., rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJe 28.02.2011; **STJ, Resp 1.040.529/PR**, 3.ª T., j. 02.06.2011, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 08.06.2011; **STJ, AR 4.373/SP**, 1.ª Seção, j. 27.04.2011, v.u., rel. Min. Humberto Martins, DJe 06.05.2011.

Com o presente capítulo pretendemos analisar se se pode considerar como constitucional o artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015²⁸.

Notem que já discorremos acerca da constitucionalidade do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, por dois motivos: (i) a questão constitucional ou federal infraconstitucional precisa ter sido objeto de julgamento para que as Cortes Superiores possam dar unidade à interpretação e aplicação das leis²⁹; (ii) a necessidade do prequestionamento advém, também, da interpretação de *causas decididas*, nos termos dos artigos 102, inciso III e 105, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988.

Portanto, a nosso ver, prequestionamento não é uma exigência jurisprudencial, pois os requisitos dos recursos excepcionais estão contidos na Constituição Federal, não cabendo aos Tribunais por meio de seus julgados e/ou súmulas criarem novos requisitos não previstos pelo constituinte.

Dessa maneira, trataremos da constitucionalidade do prequestionamento *ficto*. Partindo da premissa que o prequestionamento é um requisito constitucional, podemos concluir que ignorá-lo importa em desrespeitar a Constituição Federal. Seria o mesmo, a título de exemplo, que admitir um recurso especial por qualquer fundamento que não esteja previsto no artigo 105, inciso III da CF.

Ocorre, entretanto, que o próprio termo *ficto* já sugere que, em verdade, não existe prequestionamento. *Ficto* traz a ideia de fingimento, fantasioso, inexistente. Isto é, o prequestionamento *ficto* não é prequestionamento. E, em assim sendo, se se permite alcançar as instâncias superiores sem o

²⁸Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

²⁹Não obstante, considerando-se o interesse da Corte em adequadamente decidir um caso para dar unidade ao direito, não há como impedir-lhe de considerar fundamento indispensável ao debate e ao julgamento do tema apenas pelo fato daquele não ter sido discutido nas instâncias ordinárias. A função de desenvolvimento do direito não pode ser obstaculizada pela inação dos privados em previamente discutir ponto imprescindível à solução da questão federal. Basta que o fundamento seja submetido ao prévio contraditório entre os litigantes, ainda que por ocasião do recurso especial (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedente**. 2ª edição em *e-book* baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

prequestionamento, nos termos do artigo em comento, podemos entender que, então, estar-se-ia diante de um artigo inconstitucional.

Segundo dispõe o artigo 1.025 do CPC, mesmo inadmitidos os embargos de declaração, leia-se, mesmo não tendo o Tribunal *a quo* emitido juízo de valor a respeito da questão que se pretenda seja reconhecida como violada, consideram-se incluídos no acórdão, portanto, analisados, os elementos suscitados pelo embargante. Assim, analisando sob esse prisma, não é demais concluir que o prequestionamento fora mitigado pelo citado artigo, na medida em que passa a ser mais um ato da parte em vez da necessária discussão da questão pelo Tribunal local, como já analisamos.

Contudo, a despeito das considerações anteriores, é importante pontuar a razão pela qual o artigo 1.025 fora introduzido no sistema processual brasileiro pelo legislador.

Ao contrário do que antigamente entendia o STF, que aplicava o enunciado 356 de sua súmula, o STJ apenas considerava e ainda considera prequestionada a matéria se, em atenção a oposição dos embargos de declaração, o Tribunal reconhece a omissão e aprecia a questão suscitada tida por violada pela parte recorrente³⁰. Caso contrário, uma vez mantida a omissão, caberia ao recorrente interpor o recurso especial com fulcro na violação dos embargos de declaração.

Referido entendimento culminou com a edição do enunciado 211 da súmula do STJ³¹. Assim, caso provido o recurso especial com o reconhecimento da omissão, o processo retornaria ao Tribunal de origem para que fosse examinada a matéria apontada pelo recorrente como violada. E, somente após realizado esse longo caminho que se abria a via do recurso especial.

³⁰ *Informativo* 400/STJ, 2ª Turma, REsp 866.299/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.6.2009.

³¹ Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

Este imbróglio ainda poderia ser agravado se o Tribunal de origem mantivesse a recusa em suprir a omissão apontada pelo STJ. Em assim sendo, caberia a parte novamente a interposição do recurso especial indicando a violação ao artigo que diz respeito aos embargos de declaração³². É o que se chamava de gangorra processual. O processo vai e volta sem que se tenha qualquer apego à análise do direito da parte.

Como podemos perceber, as partes se submetiam a uma chicana processual. Em razão disso, fora introduzido no sistema processual brasileiro o artigo 1.025 do CPC. Segundo esse dispositivo, se a parte interpõe os embargos de declaração visando sanar a omissão e o Tribunal se recusa a fazê-lo, os elementos suscitados simplesmente consideram-se como apreciados pelo Tribunal *a quo*.

Portanto, em que pese às boas intenções do legislador, é possível notar que o prequestionamento restou mitigado por uma legislação infraconstitucional. Todavia, entendemos que é equivocada a conclusão de que o artigo 1.025 do CPC é inconstitucional. Explicamos.

Se é verdade que o prequestionamento ocorre com o juízo de valor emitido pelo Tribunal sobre a questão constitucional ou federal infraconstitucional, também podemos concluir que, embora a parte possua papel importante, na medida em que pode influenciar ou provocar o debate da questão tida por violada, o prequestionamento depende no mais das vezes de ato do Tribunal, que é quem decidirá o tema.

Dessa forma, para evitar o vai e volta do processo nas instâncias superiores, criou-se essa ficção jurídica da inclusão dos elementos suscitados pelo recorrente no acórdão, em prestígio ao princípio da eficiência (art. 37 da CF de 88). Assim, especificamente nesse caso, acreditamos que a melhor interpretação é

³²RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO ANTERIORMENTE RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO INDEVIDA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

1. 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.

2. Resta à instância precedente, nessa situação, acolher os embargos e sanar a omissão.

(REsp 604.785/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 14/05/2007, p. 279).

aquela realizada conforme a Constituição Federal, prestigiando o princípio da eficiência em desfavor do princípio da legalidade.

Segundo determina o princípio constitucional da eficiência, o poder público deve atuar visando atingir o seu objetivo – no caso do Poder Judiciário, a prestação jurisdicional -, com o menor dispêndio de tempo e de recursos financeiros. Notamos, assim, que a recusa dos Tribunais de origem em reconhecer a omissão alegada pela parte e reconhecida pelas Cortes Superiores vai de encontro com tal princípio. Por isso, nesse caso, nos parece mais adequado admitir o prequestionamento *ficto*.

Importante pontuar que o princípio da eficiência também encontra guarida nos artigos 4º³³ e 8º³⁴ do Código de Processo Civil.

Acreditamos, outrossim, que sugerida interpretação se respalda, ademais, nos princípios da economia processual e da duração razoável do processo. O primeiro determina que o processo caminhe com a menor quantidade possível de atos processuais. O segundo estabelece que a prestação jurisdicional deve ser realizada sem maiores delongas. Este último, inclusive, não bastasse a sua previsão no Código de Processo Civil, também está calcado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 5º, inciso LXXVIII, sendo, portanto, mais uma garantia fundamental de que a parte deve obter o seu direito em prazo razoável.

Concluimos, dessa forma, que o prequestionamento precisa ser mitigado em prestígio aos citados princípios, a fim de que alcancemos um processo mais eficiente e célere.

³³As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

³⁴Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Todavia, em que pese as benesses do artigo em comento, gostaríamos de tecer alguns comentários acerca do possível efeito negativo da sua inserção do ordenamento processual brasileiro.

É cediço que alcançar as instâncias superiores é tarefa extremamente difícil se o Tribunal local não fizer menção expressa a todos os fatos demonstrados por meio das provas dos autos, tenham sido eles considerados pela decisão como sendo relevantes ou não. Assim, caso não constem todos os fatos demonstrados por meio das provas dos autos, e justamente estes fatos omitidos, para o recorrente, deveriam conduzir o julgamento a outro desfecho, dificilmente será demonstrada a violação à norma federal ou constitucional por meio dos recursos excepcionais. E, em algumas situações, como será tratado no próximo capítulo, nem mesmo a nova previsão será suficiente.

Portanto, se por um lado o artigo 1.025 do CPC fora introduzido para proteger as partes contra a chicana processual – com a anulação do acórdão por violação ao artigo dos embargos de declaração, retorno dos autos ao Tribunal *a quo* que, novamente, pode se negar a suprir a omissão apontada -, é possível extrair uma consequência negativa consistente no desestímulo à fundamentação das decisões judiciais.

Isso porque, o Tribunal de origem poderá simplesmente alegar que os elementos suscitados pela parte serão incluídos no acórdão, nos termos do citado artigo, e, com isso, não cumprir com o seu papel de fundamentação das decisões judiciais³⁵.

Ao proceder dessa maneira, entendemos que há violação a outro dispositivo, mais precisamente o parágrafo 1º, inciso IV, do artigo 489 do CPC³⁶. Em que pese a possibilidade de inclusão ficta dos elementos suscitados pela parte

³⁵TJSP; Embargos de Declaração 1003430-39.2016.8.26.0306; Relatora: Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; j. 31/08/2018.

³⁶São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

no acórdão, não se pode olvidar que o Tribunal de segunda instância possui ampla competência para conhecer de todas as provas produzidas nos autos, de forma que é seu dever especificar quais fatos foram considerados e quais fatos não foram, seja por determinação legal como em razão da impossibilidade das Cortes Superiores fazê-lo.

Transcrevemos a seguir as considerações realizadas pelos autores Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas³⁷:

Se o Tribunal só inclui expressamente, na decisão de segundo grau, os fatos que efetivamente se baseou a solução normativa encontrada, e não aqueles que foram por ele efetivamente desprezados, porque considerados, por exemplo, irrelevantes, não tendo sido levados em conta, fica difícil, se não impossível, para a parte demonstrar, para fins de admissibilidade do recurso excepcional, e de anulação da decisão, que a decisão deveria ser outra, porque outros fatos deveriam ter sido reputados pelo Tribunal *a quo* para decidir.

Portanto, temos que a previsão do artigo 1.025 do CPC é salutar, contudo, em hipótese alguma pode ser utilizado como justificativa para afastar o dever de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de violação do parágrafo 1º, inciso IV do artigo 489 do CPC.

IV. Aplicabilidade do artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015

Que o artigo 1.025 do Código de Processo Civil tentou trazer maior segurança jurídica ao sistema processual vigente e, também, prestigiar o princípio da eficiência e da duração razoável do processo não há dúvidas.

³⁷ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 3ª edição em *e-book* baseada na 5ª edição impressa São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Entretanto, algumas questões ainda pairam, seja em razão das lacunas deixadas pela citada norma como em atenção à interpretação dada pelos Tribunais.

Em verdade, a expressão *elementos que o embargante suscitou* poderia ter sido mais precisa. A palavra *elementos* não é tradicionalmente utilizada no âmbito processual. Assim, nos cabe interpretá-la. Antes, porém, convém delinear-mos com exatidão o que consideramos questão de fato e questão de direito, para, assim, analisar a aplicabilidade do citado artigo.

Teresa Arruda Alvim³⁸ ensina que distinguir questão de fato de questão de direito nem sempre é tarefa fácil. Segundo a autora, há questões predominantemente de fato e outras predominantemente de direito, na medida em que o direito nasce a partir da incidência dos fatos sobre a norma. Assim, pode existir dúvidas a respeito de como os fatos efetivamente ocorreram; qual é a interpretação a ser dada para determinada norma; bem como se a norma se encaixa aos fatos narrados no processo. Isto é, o problema também pode consistir na subsunção dos fatos à norma.

Dessa forma, em tese, a palavra *elementos* comporta três tipos possíveis de enfoque: (i) fatos; (ii) direito e (iii) subsunção.

³⁸ [...] 1.º Há questões “puramente” fáticas. Evidentemente, não se pode rediscutir em âmbito de recurso especial ou extraordinário de quem seria a culpa em acidente de automóvel, propondo que os tribunais superiores reexaminem laudos, fotografias e depoimentos, para, ao depois, constatar o erro da decisão do juízo a quo. O foco de atenção dos julgadores, para decidirem recurso nesses termos, será, não predominantemente, mas unicamente, os fatos subjacentes à demanda.

2.º Há questões que se pode dizer sejam jurídicas (= de direito) quando o foco de atenção do tribunal ao reformar a decisão deva ser algum problema emergente do entendimento do texto (ou do conjunto de regras jurídicas) aplicável ao caso. Já se sabe qual é o caso, e que o texto incide. Há, todavia, um ponto problemático, cuja solução independe do exame dos pontos já “resolvidos”. A é filho de B, e este deve àquele pagar alimentos. A partir de quando? De seu nascimento? Da propositura da ação? Da liminar? Da sentença? Ou do trânsito em julgado?

3.º Há questões (= pontos problemáticos a serem resolvidos, sobre os quais deve recair a atenção do tribunal) que se confundem com a própria subsunção. As famílias constituídas apenas por irmãos (chamada pela doutrina de família anaparental) podem ser consideradas (= qualificadas como) entidades familiares, para efeito de incidência da Lei 8.009/1990, que dispõe sobre a proteção do bem de família? Há ou não “o encaixe daqueles fatos (a respeito dos quais não há dúvidas) sob aquela lei”? Trata-se, em princípio de uma questão de direito. No caso citado, a questão poderia até ser vista como uma questão de interpretação: o termo entidade familiar (art. 1.º da Lei 8.009/1990) abrange também a família formada por irmãos? Da mesma forma, os feriados consecutivos podem ser considerados férias, para efeito de contagem de prazo? ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de Declaração**. 2ª edição em ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Outrossim, é importante ressaltarmos outro aspecto relevante para identificar o que deverá ser considerado como questão de fato para fins de análise da admissibilidade dos recursos excepcionais. Concordamos com Teresa Arruda Alvim que defende a ideia de que a questão deverá ser tratada como fática sempre que houver necessidade de reexaminar fatos e provas para fins do rejuízo da causa³⁹. Assim, partimos da premissa da impossibilidade de revisão de fatos e provas pelas Cortes Superiores.

E, a nosso ver, ao se aplicar o artigo 1.025 do CPC não podemos deixar de considerar esta impossibilidade. Assim, como podem ser incluídos fictamente no acórdão elementos de ordem fática se (i) o Tribunal local não os considerou como demonstrado/provado e (ii) as Cortes Superiores não podem rever as provas constantes dos autos?

Há basicamente três razões consideradas pela doutrina para justificar a existência dos recursos: (i) inconformismo natural da parte que experimenta uma decisão desfavorável ao seu interesse; (ii) interesse do Estado de que as decisões sejam proferidas de maneira correta; e (iii) a necessidade de uniformização da interpretação do direito infraconstitucional. Temos, assim, que os recursos excepcionais prestam-se justamente para atender a esta necessidade de uniformização⁴⁰.

Ou seja, não é possível admitir a aplicação do artigo 1.025 do CPC para questões de fato, pois a função de uniformização do direito das Cortes Superiores não é compatível com o dever de reanálise de fatos e provas. Para o desempenho das suas funções, basta o conhecimento do acervo fático tal como descrito pelo Tribunal local para, assim, analisar se o direito fora aplicado corretamente ou não, sem nenhuma violação à legislação.

O STF e o STJ não atuam como terceira instância, mas como uniformizadores da inteligência das normas federais e constitucionais.

³⁹A questão será de fato, para efeito de cabimento de recurso especial e extraordinário, se, para que se redecida a matéria, houver necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido. É o que consta das Súmulas 279 do STF, e 7 do STJ, cujo teor é idêntico: “Nos recursos especial e extraordinário não se reexaminam provas”. (ALVIM, Teresa. **Embargos de Declaração**. 2ª edição em *e-book*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

⁴⁰MEDINA, José Miguel García. *Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 28.

Além disso, podemos citar outro fundamento para corroborar o que estamos sustentando, porém, de natureza prática, qual seja, a morosidade com que os Tribunais Superiores têm de apreciar os recursos que lhes são submetidos.

Não é razoável a criação de uma terceira instância se a intenção de todos é um processo mais célere e eficiente. Na hipótese de se admitir ou entender que o artigo 1.025 do CPC transfere a competência de análise das provas do Tribunal local para as Cortes Superiores estar-se-ia, primeiro, subvertendo a razão de ser dos recursos excepcionais, segundo, inviabilizando o julgamento dos recursos pelas Cortes Superiores em tempo razoável – desrespeitando o princípio da duração razoável do processo -, terceiro, incentivando os Tribunais locais a se furtarem de conhecer do acervo probatório e de fundamentar as suas decisões descrevendo os fatos considerados e aqueles desconsiderados no julgamento do recurso, como exposto no capítulo anterior, em desatenção ao parágrafo 1º, inciso IV do artigo 489 do CPC.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar a respeito. Em julgamento do recurso especial n. 1.644.163/SC⁴¹, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, decidiu-se que o artigo 1.025 do CPC não pode ser utilizado quando o objeto dos embargos apresentados corresponder a aspectos fáticos, sob pena de extrapolação da competência do STJ de intérprete da legislação federal infraconstitucional, bem como em atenção à súmula 7 do STJ.

Outro não é o entendimento de José Miguel Garcia Medina, para quem mesmo na hipótese de utilização do artigo 1.025 do CPC: “o tribunal superior não está autorizado a manifestar-se sobre aspectos fáticos controvertidos”⁴².

Portanto, temos que não é possível lançar mão do artigo 1.025 do CPC para questões meramente fáticas em que pese a palavra *elementos* possa comportar essa abrangência.

⁴¹ REsp 1644163/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 19/04/2017.

⁴²MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 344.

Convém registrar outro aspecto relevante no que diz respeito obrigatoriedade do citado artigo. Entendemos que, exceção feita às questões fáticas, consideram-se incluídos automaticamente no acórdão os elementos suscitados pelo embargante, sem qualquer exigência adicional. Com efeito, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas⁴³ defendem que:

A nosso ver, trata-se de uma possibilidade, apesar da redação aparentemente interpretativa da lei. A dispensa da volta do processo ao tribunal de 2ª grau depende do que a parte tenha alegado e pedido nos embargos de declaração. Por isso, devem-se formular sempre pedidos sucessivos no recurso para o Tribunal Superior: que se considere “sanado o vício” ou que se determine a remessa dos autos ao juízo a quo, para que sejam julgados os embargos de declaração.

De fato, em se tratando de questões meramente fáticas ou que demandem análise de provas, o artigo em voga não poderá ser aplicado, devendo o processo retornar à instância *a quo*. Todavia, quando se tratar de questões de direito, entendemos que o artigo deverá ser aplicado pelo Tribunal sem qualquer ressalva.

Inobstante nosso entendimento, poucos meses após a entrada em vigor do CPC, em julgamento do Recurso Especial n. 1639314/MG⁴⁴, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido do exposto pelos citados autores, ou seja, que a parte deve alegar violação ao artigo 1.022 do CPC para que o STJ decida se considerar-se-ão incluídos no acórdão os elementos suscitados nos embargos de declaração ou se o processo retornará ao Tribunal local para que seja suprida a omissão apontada. Em nosso sentir, essa opção só será possível se se tratar de questão exclusivamente fática, que demande reexame

⁴³ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 3ª edição em *e-book* baseada na 5ª edição impressa São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018

⁴⁴REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017.

de fatos e provas. Caso contrário, deve o STJ reconhecer a matéria de direito como prequestionada fictamente.

De mais a mais, podemos extrair dos comentários acima que os Tribunais locais devem considerar o artigo 1.025 do CPC como um alerta ao dever de fundamentação. Como não é possível aplicá-lo para questões fáticas, pois só os Tribunais de 2ª instância podem conhecer dos fatos alegados em atenção às provas dos autos, é fundamental que nos acórdãos conste a descrição fática comprovada, para que as Cortes Superiores possam reavaliar a conclusão jurídica dada pelo Tribunal *a quo*.

Por fim, até que a aplicação do artigo em referência seja pacificada pela jurisprudência, é recomendável que a parte recorrente também alegue violação ao artigo dos embargos de declaração (1.022 do CPC), tal como se exigia no âmbito do Código de Processo Civil de 1973, caso o Tribunal se recuse a suprir a omissão apontada, a fim de evitar o não provimento do recurso especial por ausência de prequestionamento.

V. Conclusão

Em atenção ao exposto, podemos concluir que:

- (i) O prequestionamento além de ser corolário dos recursos excepcionais se justifica na interpretação dada ao termo *causas decididas*, constante dos artigos 102, inciso III e 105, inciso III da CF.
- (ii) No juízo de revisão as Cortes Superiores podem aplicar livremente o direito ao caso concreto, exceção feita ao reexame de fatos e provas.
- (iii) Lançando mão de uma interpretação conforme a Constituição, o artigo 1.025 do CPC é constitucional na medida em que prestigia o princípio da eficiência em detrimento do princípio da legalidade.
- (iv) Não é possível aplicar o artigo 1.025 do CPC para questões meramente fáticas, em atenção à impossibilidade das Cortes Superiores de reexaminarem fatos e provas.

- (v) Em assim sendo, mostra-se de fundamental importância o dever de fundamentação dos acórdãos nos termos do parágrafo 1º, inciso IV, do artigo 489 do CPC.

VI. Referências

ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de Declaração*. 2ª edição em *e-book*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores*. 3ª edição em *e-book* baseada na 5ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso para os Tribunais Superiores*. 2ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedente*. 2ª edição em *e-book* baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil v. 5*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 1ª edição em e-book baseada na 7ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017.

SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Quem tem medo de presquestionamento*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>. Acesso em: 18.08.2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.