

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COGEAE  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**ANA CAROLINA SAÚD MARQUES**

**PREQUESTIONAMENTO COMO REQUISITO PARA O  
CABIMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E  
ESPECIAL**

**SÃO PAULO – SP  
2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COGEAE  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**ANA CAROLINA SAÚD MARQUES**

**PREQUESTIONAMENTO COMO REQUISITO PARA O  
CABIMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Professora Doutora Berenice Soubhie Nogueira Magri.

**SÃO PAULO – SP  
2013**

**Autor: ANA CAROLINA SAÚD MARQUES**

**Título da Monografia: PREQUESTIONAMENTO COMO REQUISITO  
PARA O CABIMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E  
ESPECIAL**

Monografia apresentada à Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, como  
exigência parcial para obtenção do título de  
Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: professora doutora Berenice  
Soubhie Nogueira Magri.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

Data de aprovação: \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

Nota:

---

**A minha família pelo apoio e incentivo  
atribuídos a mim.**

## **AGRADECIMENTOS**

À professora doutora Berenice Soubhie Nogueira Magri cuja orientação e supervisão permitiram-me a elaboração deste trabalho.

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a consumação desta monografia.

## RESUMO

Atualmente com o crescimento do acesso ao Judiciário, tem-se verificado um grande aumento do número de demandas judiciais e conseqüentemente o aumento na quantidade de recursos apresentados pelas partes aos Tribunais Superiores. Cada vez mais nossos Tribunais Superiores são instados a se manifestarem em ações judiciais, por meio dos Recursos Extraordinário e Especial, cujos requisitos de admissibilidade e hipóteses de cabimento caracterizam-se mais severas que a dos demais recursos previstos no Código Civil Brasileiro. Nesse contexto, surge a necessidade de se estudar o requisito do prequestionamento para o cabimento dos Recursos Extraordinário e Especial, requisito que gera grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto ao momento de sua ocorrência, conforme será demonstrado no presente trabalho. Desta forma, objetiva-se com este trabalho analisar e compreender o prequestionamento como requisito para o cabimento dos Recursos Extraordinário e Especial.

**Palavras-chave:** Prequestionamento. Recurso Extraordinário. Recurso Especial.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
<b>1 RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO – BREVES CONSIDERAÇÕES.....</b>	<b>13</b>
1.1. Conceito .....	13
1.2. Classificação dos Recursos.....	15
<b>2 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EM GERAL .....</b>	<b>17</b>
2.1. Requisitos de Admissibilidade Intrínsecos .....	17
2.1.1. Cabimento.....	18
2.1.2. Legitimidade para Recorrer.....	18
2.1.3. Interesse em Recorrer .....	19
2.1.4. Inexistência de Fato Extintivo ou Impeditivo do Direito de Recorrer .....	19
2.2. Requisitos de Admissibilidade Extrínsecos .....	20
2.2.1. Tempestividade .....	20
2.2.2. Regularidade Formal.....	21
2.2.3. Preparo.....	21
<b>3. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL .....</b>	<b>23</b>
<b>4 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO .....</b>	<b>25</b>
4.1. Hipóteses de Cabimento do Recurso Extraordinário .....	25
4.1.1. Alínea <i>a</i> - Contrariar Dispositivo da Constituição .....	25
4.1.2. Alínea <i>b</i> - Declarar a Inconstitucionalidade de Tratado ou Lei Federal..	26
4.1.3. Alínea <i>c</i> - Julgar Válida Lei ou Ato de Governo Local Contestado em Face da Constituição .....	26
4.1.4. Alínea <i>d</i> - Julgar Válida Lei Local Contestada em Face de Lei Federal..	26
4.1.5. Repercussão Geral da Questão Constitucional .....	27
<b>5 DO RECURSO ESPECIAL .....</b>	<b>31</b>
5.1. A Chamada Crise do Supremo Tribunal Federal e a Criação do Superior Tribunal de Justiça e do Recurso Especial.....	31
5.2. Hipóteses de Cabimento do Recurso Especial .....	32
5.2.1. Alínea <i>a</i> - Contrariar Tratado ou Lei Federal, ou Negar-lhes Vigência ...	32

5.2.2. Alínea <i>b</i> - Julgar Válido Ato de Governo Local Contestado em Face de Lei Federal .....	33
5.2.3. Alínea <i>c</i> - Der a Lei Federal Interpretação Divergente da que Lhe Haja Atribuído Outro Tribunal .....	34
<b>6 PREQUESTIONAMENTO COMO REQUISITO PARA O CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL .....</b>	<b>36</b>
6.1. Os Sentidos da Expressão “Prequestionamento” .....	36
6.2. Do Prequestionamento como Manifestação Expressa do Tribunal Recorrido Acerca de Determinado Tema .....	38
6.3. Do Prequestionamento como Manifestação das Partes Perante o Órgão Jurisdicional Recorrido .....	41
6.4. Prequestionamento Numérico .....	43
6.5. Prequestionamento Explícito e Implícito .....	45
6.6. Dos Embargos de Declaração Prequestionadores .....	47
6.7. Algumas Decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o Prequestionamento .....	49
6.8. Algumas Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o Prequestionamento .....	51
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

O recurso extraordinário, derivado do *writ of error* do direito norte americano, foi inserido no direito brasileiro através do Decreto 848 de 1890. No início possuía as funções de guarda da Constituição Federal e garantia da inteireza do direito ordinário federal, competência que passou a ser do recurso especial, criado pela Constituição Federal de 1988.

As Constituições de 1891 e de 1937 previam expressamente o “questionamento” para que o recurso extraordinário fosse cabível. Tal questionamento caracterizava-se pelo pronunciamento sobre a questão jurídica pelo órgão jurisdicional. Portanto, desde o início já se vislumbrava a figura do prequestionamento.

A Constituição Federal de 1946 não repetiu a expressão prequestionamento. Diante disso, parte da doutrina entendeu que o requisito teria sido suprimido. No entanto, a jurisprudência proferiu entendimento no sentido de que a exigência do prequestionamento estaria implícita na Constituição Federal, tendo acarretado a edição das súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1988 não mencionou expressamente o termo “questionar”.

Considerado por diversos doutrinadores como pressuposto ou condição de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, o prequestionamento tem gerado controvérsia no tocante a sua caracterização, momento e forma de ocorrência.

Essa divergência tem acarretado o não conhecimento pelas Cortes Superiores de muitos recursos extraordinários e especiais, o que, em diversas ocasiões leva ao prejuízo do jurisdicionado, que deixa de ver seu direito examinado.

Para tanto, faz-se necessária a compreensão da importância do prequestionamento e de seus desdobramentos para que o jurisdicionado possa ver seu recurso conhecido e analisado pelas Cortes Superiores.

A justificativa do tema proposto centra-se, pois, no fato de que apesar de tratar-se de tema já bastante discutido, ainda há divergência sobre a configuração do prequestionamento.

Não obstante sua previsão expressa desde a Constituição de 1891 até a Carta de 1937 – as Constituições Federais seguintes foram omissas –, doutrina e jurisprudência, ainda que admitam a necessidade do prequestionamento, divergem acerca do seu conceito, de sua natureza jurídica, e até mesmo no que se refere às diversas formas admitidas desse requisito. Essa controvérsia se instala inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores, que ora admitem apenas o prequestionamento explícito, ora o implícito. No STF, admite-se também o prequestionamento ficto.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a diversidade dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do prequestionamento, sempre buscando localizar o instituto em estudo dentro do espírito da excepcionalidade dos recursos extraordinários e lembrando a interpretação restritiva feita pelos tribunais no que tange à admissibilidade desses recursos.

Para tanto, a pesquisa inicia-se com algumas considerações acerca dos recursos em geral.

Em seguida analisar-se-á algumas questões dos recursos especial e extraordinário e seu juízo de admissibilidade, para então, por fim, tratarmos do prequestionamento como requisito para o cabimento dos recursos especial e extraordinário.

A fim de alcançar os objetivos propostos, mesmo não se tendo o objetivo de esgotar a matéria, diante da importância do assunto, é o presente trabalho para tratar dos principais aspectos do prequestionamento como requisito para o cabimento dos recursos especial e extraordinário.

# 1 RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO – BREVES CONSIDERAÇÕES

## 1.1. Conceito

As acepções utilizadas pela doutrina para definir recurso, apontam três fundamentos que justificam sua existência contra decisões judiciais em um sistema jurídico: a) inconformismo quanto à decisão proferida contrariamente ao interesse da parte; b) o interesse do Estado em que a decisão seja proferida corretamente; e c) necessidade de uniformização da inteligência do direito federal.

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.<sup>1</sup>*

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

*Qualquer decisão judicial, da qual possa resultar algum prejuízo para alguém, deve admitir revisão judicial por outro órgão, pertencente também ao Judiciário.<sup>2</sup>*

E conforme Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol “é o juízo *ad quem* reapreciando as decisões do juízo *a quo*”.<sup>3</sup>

A necessidade de se ouvir outro pronunciamento para uma mesma questão jurídica é inerente ao ser humano e, mesmo quando acertada a decisão, sempre uma das partes a terá como incorreta. Assim, o Estado passou a apoiar esse sentimento, pois o exame da questão por outro órgão julgador traria maior certeza à decisão, aumentando o grau de confiança do povo na jurisdição estatal. Nesse sentido, os recursos seriam meios de controle, uma vez que o Estado não pode

---

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 430.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 518-519.

<sup>3</sup> MIRANDA, Gilson Delgado; Pizzol, Patrícia Miranda. *Processo Civil: recursos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. P.23.

garantir que os juízes sejam infalíveis.

Há que se distinguir recurso como remédio processual dos demais remédios destinados à revisão ou reexame das decisões judiciais, como por exemplo a ação rescisória ou o mandado de segurança. Os recursos são exercitados dentro da mesma relação processual em que foi proferida a decisão recorrida, sem necessidade de instauração de um novo processo, os demais remédios dão origem a uma ação independente daquela que lhe deu causa, com a instauração de um novo processo.

Nos dizeres de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

*Os recursos são meios de impugnação às decisões judiciais previstos em Lei, que podem ser manejados pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, com o intuito de viabilizar, dentro da mesma relação jurídico-processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.<sup>4</sup>*

Para José Carlos Barbosa Moreira é:

*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.<sup>5</sup>*

Nelson Nery Junior, por sua vez, define recurso como:

*O remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu.<sup>6</sup>*

Nelson Luiz Pinto define recurso como:

*Uma espécie de remédio processual que a lei coloca a disposição das partes para impugnação de decisões judiciais, dentro do mesmo processo, com vistas à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração, bem como para impedir que a decisão impugnada se torne preclusa ou transite em julgado.<sup>7</sup>*

Em sistemas jurídicos como o brasileiro, onde as normas constitucionais e federais são aplicadas por tribunais estaduais e regionais federais, justifica-se, também, a criação de recursos com a finalidade de proporcionar a unidade de

<sup>4</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 34.

<sup>5</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.5, p. 233.

<sup>6</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 204-205.

<sup>7</sup> PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 24-30.

inteligência acerca do Direito. É o que acontece com os recursos extraordinário e especial. Com eles, evita-se a propagação de decisões que adotem orientações diferentes sobre uma mesma regra ou princípio jurídico de direito constitucional ou de direito federal infraconstitucional.

Assim, através dos recursos especial e extraordinário busca-se a uniformização da interpretação da lei federal ou a guarda da Constituição Federal.

## **1.2. Classificação dos Recursos**

Os recursos, de um modo geral, visam a proteção do direito subjetivo, privado do sucumbente. Os recursos extraordinário e especial possuem finalidade diferenciada, uma vez que tem o objetivo de velar precipuamente pela correta aplicação da lei federal e da Constituição Federal. Por esse motivo, não se poderá aplicar indiscriminadamente a disciplina geral dos recursos aos recursos extraordinário e especial, e vice-versa.

A doutrina classifica os recursos em ordinários, ou comuns, e extraordinários, ou excepcionais. Os critérios utilizados para a diferenciação são:

- a) segundo os pressupostos de que dependem: são ordinários os recursos que dependem apenas da existência de uma decisão recorrível, e extraordinários aqueles que necessitam, além disso, da presença de requisitos especiais.
- b) segundo o objetivo que visam: recursos ordinários são aqueles que levam o litígio ao juízo *ad quem*, tal como se desenvolveu no juízo recorrido. Os recursos extraordinários provocam novo pronunciamento jurisdicional, com exame de aspectos específicos.
- c) segundo a natureza do juízo *ad quem*. São extraordinários os recursos voltados a tribunais que têm papel específico, por exemplo, em relação ao recurso extraordinário, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual compete precipuamente a guarda da Constituição Federal.

Os recursos ainda podem classificar-se em de fundamentação livre, quando é possível que o recorrente alegue a presença de qualquer tipo de vício, na decisão recorrida, como por exemplo, a apelação, o agravo de instrumento, o recurso ordinário e os embargos infringentes; ou de fundamentação vinculada,

quando o recorrente pode alegar apenas algumas matérias ou vícios expressamente estabelecidos em lei, como ocorre com o recurso extraordinário, recurso especial, embargos declaratórios e embargos de divergência.

## 2 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EM GERAL

Da mesma forma que existe a necessidade da observância de certos requisitos para a propositura de uma demanda, cuja ausência impede o conhecimento do mérito da causa pelo juiz, os recursos também devem observar certas condições necessárias para que se possa verificar se o recorrente tem ou não razão quando pede a reforma ou anulação da decisão recorrida.

Trata-se do juízo de admissibilidade dos recursos. Somente se presentes tais requisitos é que o órgão competente poderá examinar a pretensão recursal e dar ou negar provimento ao recurso.

O juízo de admissibilidade nada mais é do que o exame da existência de algumas condições que necessitam estar presentes para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso.

Dessa forma, com análise do juízo de admissibilidade, o recurso será ou não conhecido; com o juízo de mérito o resultado será pelo provimento ou desprovimento do recurso.

Para tanto, a doutrina estabelece um critério de classificação para os requisitos de admissibilidade dos recursos, classificando como requisitos intrínsecos, aqueles relativos a existência do direito de recorrer, e extrínsecos, aqueles pertinentes ao exercício do direito de recorrer, conforme estudaremos a seguir. São requisitos genéricos de admissibilidade uma vez que são aplicáveis a qualquer espécie de recurso.

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 (...).*<sup>8</sup>

### 2.1. Requisitos de Admissibilidade Intrínsecos

---

<sup>8</sup> 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.

Os requisitos intrínsecos são aqueles que dizem respeito à própria existência do poder de recorrer. São eles: cabimento, legitimidade para recorrer, interesse de recorrer e inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer.

### **2.1.1. Cabimento**

O requisito do cabimento está relacionado com a ideia de recorribilidade do pronunciamento e de adequação do recurso pelo qual terá optado a parte. Leva em consideração a previsão legal do meio recursal a ser utilizado e a sua adequação à decisão judicial que se quer impugnar.

Assim, para cada espécie de decisão judicial a lei processual prevê um ou mais recursos, sendo que, em regra, apenas um poderá ser exercido no mesmo momento processual, em decorrência do princípio da unirrecorribilidade. Dependerá, ainda, das peculiaridades do caso concreto e da ocorrência da hipótese de cabimento.

Caberá, contudo, mais de um recurso de uma mesma decisão judicial quando, por exemplo, um mesmo acórdão puder ser atacado por recurso extraordinário e por recurso especial, por haver infringido a Constituição Federal e a Lei Federal, simultaneamente.

Conforme Nelson Luiz Pinto:

*Normalmente não poderá haver dois recursos contra um mesmo acórdão, a não ser que cada um deles se dirija àquilo que seria uma decisão, no caso de haver mais de uma decisão, formalmente, num mesmo acórdão.<sup>9</sup>*

Portanto, como regra, a lei prevê um recurso diferente para cada hipótese de cabimento. A interposição de mais de um recurso, simultaneamente, contra a mesma decisão, fica vinculada ao seu conteúdo e é excepcional.

### **2.1.2. Legitimidade para Recorrer**

Embora a segurança das relações jurídicas seja um dos fundamentos para a instituição e manutenção dos recursos no ordenamento jurídico, é inaceitável que, em prevalência à ideal prestação da tutela jurisdicional, se permitisse a todos impugnar as soluções apresentadas, sem que possuíssem aptidão para tanto.

---

<sup>9</sup> PINTO, Nelson Luiz. *Op. Cit.* p. 67.

Surge, então, a questão da legitimidade, impondo a necessidade de se analisar se quem interpôs o recurso está incluído ou não no rol dos habilitados a fazê-lo.

Assim, o Código de Processo Civil, em seu artigo 499, permite a interposição do recurso pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público:

*Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.*

*§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexó de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.*

*§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.*

Portanto, as partes legítimas para a interposição do recurso são a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público. Não basta que o recurso seja interposto por pessoa que seja parte no processo; o recorrente deverá, também, demonstrar seu interesse na reforma dessa decisão, o que só é possível no caso de ser parte vencida ou sucumbente. Já o terceiro, é aquele que sofre algum prejuízo em sua esfera jurídica em razão da decisão judicial. Quanto ao Ministério Público, a teor do artigo 499, § 2º, do Código de Processo Civil, possui legitimidade recursal nos processos em que é parte, bem como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

### **2.1.3. Interesse em Recorrer**

O interesse em recorrer está configurado sempre que a parte possa esperar do julgamento do recurso uma situação mais vantajosa do que aquela que o concedeu a decisão impugnada.

Este requisito assenta-se, portanto, no binômio necessidade/utilidade, uma vez que é útil ao recorrente o recurso capaz de proporcioná-lo situação mais favorável do que a que vem experimentando, e necessário, ao passo que, caso não exercite sua faculdade de recorrer, fica sujeito aos efeitos da decisão desfavorável.

### **2.1.4. Inexistência de Fato Extintivo ou Impeditivo do Direito de Recorrer**

O último requisito intrínseco dos recursos é a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer.

A inexistência de fato extintivo ou impeditivo de direito é essencial para que o recurso seja admitido. Por essa exigência, pode-se compreender a necessidade de inoccorrência de qualquer circunstância ou fato que seja incompatível com a vontade de recorrer.

A doutrina considera como fato extintivo do direito de recorrer a renúncia ao recurso, prevista no artigo 502 do Código de Processo Civil, e a aquiescência expressa ou tácita à decisão, prevista no artigo 503 do Código de Processo Civil. Já os fatos impeditivos do direito de recorrer são a desistência do recurso ou da ação, estabelecida no artigo 501 do Código de Processo Civil, o reconhecimento jurídico do pedido e a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação.

Este requisito enquadra-se na figura da preclusão lógica, já que a interposição do recurso seria um ato incompatível com o anteriormente realizado.

## **2.2. Requisitos de Admissibilidade Extrínsecos**

Os requisitos de admissibilidade extrínsecos são aqueles que dizem respeito ao exercício do direito de recorrer. São eles: tempestividade, regularidade formal e o preparo.

### **2.2.1. Tempestividade**

Para que os atos processuais desenvolvam-se no tempo sem que o processo perdure por tempo indeterminado, a lei processual estabelece prazos para o seu exercício, transcorridos os quais, na maioria das vezes, ocorre preclusão, que é a perda da faculdade de praticar um ato por não tê-lo feito no prazo devido. É a preclusão temporal.

Portanto, os recursos, sendo atos processuais, sujeitam-se a certos prazos previstos no Código de Processo Civil. Se o prejudicado não manifesta em tempo hábil, ou seja, no prazo previsto em lei, seu inconformismo, recorrendo, tem de, naquele processo, suportar em definitivo o prejuízo provocado pela decisão.

A tempestividade do recurso nada mais é que a sua interposição dentro do prazo fixado em lei, conforme artigo 506 do CPC, caso em que, se não for observado, ocorrerá preclusão temporal, prevista no artigo 183 do CPC.

Sendo intempestivo o recurso, cabe à autoridade a quem competiria recebê-lo, negar-lhe seguimento, impedindo que seja processado e remetido ao órgão *ad quem*.

### **2.2.2. Regularidade Formal**

O requisito da regularidade formal significa que o recurso deve obedecer às regras formais de interposição exigidas pela lei para aquele tipo específico.

Deve, ainda, todo e qualquer recurso, obedecendo à mesma ordem lógica de uma petição inicial, ser dirigido à autoridade competente para recebê-lo e processá-lo, através de petição escrita, contendo as razões de fato e de direito (motivação ou fundamentação do recurso) e o pedido de nova decisão.

Assim, para cada espécie de recurso utilizada, poderá a lei estabelecer requisitos específicos de regularidade formal, como, por exemplo: a juntada de peças obrigatórias no caso de agravo de instrumento (artigo 525, I, do CPC); a indicação e comprovação do acórdão-paradigma na forma prescrita em lei (artigo 541, parágrafo único, do CPC) nos casos do recurso especial interposto com fundamento da alínea “c” do art. 105, III, da CF; etc.

Entendemos que se situam no campo da regularidade formal a indicação da alínea do permissivo constitucional em que se fundam os recursos extraordinário e especial, bem como o atendimento do requisito do prequestionamento.

### **2.2.3. Preparo**

O requisito do preparo está previsto no artigo 511 do CPC e consiste no fato de que o recorrente, ao interpor seu recurso, deverá comprovar o pagamento das custas processuais respectivas, sob pena de deserção, acarretando o não conhecimento do recurso.

No âmbito da Justiça Federal, o preparo é fixado por lei federal e no âmbito das Justiças Estaduais por lei dos respectivos Estados.

Ressalvada as hipóteses de dispensa de preparo, é condição de admissibilidade o fato de a parte já ter efetuado o preparo do recurso quando de sua interposição, devendo ser anexada à petição de interposição a respectiva guia de recolhimento.

Portanto, o momento para o recolhimento do preparo é anterior ao da interposição do recurso, pois o artigo 511 do Código de Processo Civil exige que o preparo seja comprovado quando da interposição.

O §2º do artigo 511 prevê a hipótese de recolhimento insuficiente do preparo. Nesse caso, a deserção só será decretada se a parte, intimada a complementar o valor, não o fizer no prazo de cinco dias.

### 3 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

O prefixo *re* tem o significado de tornar a fazer, fazer novamente, voltar a fazer, reconstituir o *status quo ante*. São expressões que explicam o sentido e a função dos recursos em geral: reapreciação da matéria já decidida. A dimensão dessa reapreciação varia de acordo com o tipo de recurso.

Conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier:

*Têm, os recursos especial e extraordinário, a função de preservar a ordem jurídica, evitando dilaceração do sistema jurídico federal ou normativo federal, exercendo, assim, a sua função, que é a de tornar claras as pautas de conduta.*

*Como se disse, os recursos extraordinário e especial são recursos de direito estrito. Isto é o mesmo que afirmar não se tratar de 3º e 4º grau de jurisdição. O âmbito do que pode ser alegado nesses recursos é bem mais restrito do que o âmbito do que pode ser levantado num recurso de apelação, pois a cognição exercida ou exercível pelo juízo ad quem no recurso de apelação é bem mais extensa.*

*Diz-se, na doutrina, que a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários tem por base o critério consistente em que, por meio dos recursos ordinários, se busca a correção da decisão tendo como objetivo corrigir-se a ofensa ao direito subjetivo da parte, enquanto por meio dos recursos extraordinários o objetivo seria alterar-se decisão que ofendesse direito objetivo.<sup>10</sup>*

Em seu livro Curso de Direito Processual Civil, Humberto Theodoro Junior define a função do recurso especial.

*(...) é a manutenção da autoridade e unidade da lei federal, tendo em vista que na Federação existem múltiplos organismos judiciários encarregados de aplicar o direito positivo elaborado pela União.<sup>11</sup>*

E 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 (...).<sup>12</sup>*

<sup>10</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.245-246.

<sup>11</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.665.

<sup>12</sup> ASSIS. Araken. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 759.

Ambos os recursos tem a função de preservar a ordem jurídica, evitando a dilaceração do sistema jurídico federal ou normativo federal.

Os recursos especial e extraordinário, além dos requisitos de admissibilidade comuns a todos os recursos ordinários, possuem outros próprios, que acabam por obstar o conhecimento de grande parte dos recursos dirigidos aos tribunais superiores. Deve, assim, o recorrente demonstrar o enquadramento em uma das alíneas dos incisos III dos artigos 102 ou 105 da Constituição Federal, conforme o caso.

Isso porque se tratam de recursos de fundamentação vinculada, onde as formas e hipóteses de ataque à decisão recorrida encontram-se expressamente previstas em lei.

Conforme Nelson Luiz Pinto:

*Assim, as hipóteses de cabimento desses recursos correspondem exatamente ao tipo de vício que pode ser apontado na decisão contra a qual se pretende recorrer, de forma que sua admissibilidade fica condicionada não à demonstração, que corresponde ao próprio mérito do recurso, mas à alegação, ao apontamento, dessas espécies de vício.<sup>13</sup>*

Os recursos extraordinário e especial tem, ainda, como pressuposto de cabimento o esgotamento das vias ordinárias, ou seja, se ainda forem cabíveis recursos ordinários, eles é que deverão ser interpostos primeiramente, e não diretamente os excepcionais. Isso é o que estabelece a Súmula 281 do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Importante ressaltar que, de acordo com o artigo 498 Código de Processo Civil, sendo caso de a decisão ser possível de ser desmembrada, tendo sido parcialmente proferida por unanimidade e parcialmente por maioria, o prazo para a interposição dos recursos excepcionais não começará a correr senão quando forem interpostos e julgados os embargos infringentes da parte do acórdão em que não houve unanimidade, se preenchidos os demais pressupostos.

A seguir, faremos uma breve análise das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial previstas nos inciso III do artigo 102 e no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

---

<sup>13</sup> PINTO, Nelson Luiz. *Op. Cit.* p. 194.

## 4 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

### 4.1. Hipóteses de Cabimento do Recurso Extraordinário

O artigo 102, inciso III, da Constituição Federal estabelece quais as hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*(...)*

*III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.*

#### 4.1.1. Alínea a – Contrariar Dispositivo da Constituição

Essa alínea estabelece que, toda vez que a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional será cabível, em tese, o recurso extraordinário. O recorrente deverá demonstrar em que ponto da decisão houve a contrariedade à Constituição Federal, assim como qual dispositivo constitucional restou contrariado.

De acordo com Mancuso, o termo “contrariar” é mais do que negar vigência, chegando a abarcar este último, possuindo uma conotação mais difusa:

*Contrariamos a lei quando nos distanciamos da mens legislatoris, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; e bem assim quando a interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos vigência a um texto, porém, quando declinamos de aplicá-lo, ou aplicamos outro, aberrante da fattispecie; quando a exegese resulta, como na imagem antiga, em fazer do quadrado, redondo e do branco, negro: interpretação contra legem; ou, enfim, quando o aplicador da norma atua em modo delirante, distanciando-se de todo o texto de regência, fazendo, assim, papel de criador da norma. É claro que, na prática, nem sempre é fácil distinguir as duas hipóteses, e, com o advento do recurso especial, pela vigente CF, a distinção avulta em importância.<sup>14</sup>*

Já para Medina, a negativa de vigência é, em princípio, violação mais grave do que “contrariedade” à norma jurídica. Para ele, mesmo que não houvesse

<sup>14</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 12ª ed. rev., atual. E ampl. De acordo com as leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11.672/2008, 12.322/2012 e emendas regimentais do STF e do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 227.

previsão expressa na atual Constituição Federal sobre esse aspecto, cabíveis seriam os recursos extraordinário e especial na hipótese de negativa de vigência de norma constitucional ou de lei federal, conforme o caso.

Sobre a alínea a, defende Teresa Arruda Alvim Wambier:

*Às letras b e c temos chamado de hipóteses de cabimento. À letra a, de único fundamento. Por isso é que nos parece que o recurso especial não pode ser interposto e rigorosamente não pode ser admitido se baseado nas letras b e c, isoladamente. O fato de este fenômeno às vezes ocorrer nada mais é, na verdade, do que uma deformação do sistema.*

*(...)*

*Exatamente o mesmo se pode dizer quanto ao art. 102, III, b, e c, que dispõem sobre as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.<sup>15</sup>*

#### **4.1.2. Alínea b – Declarar a Inconstitucionalidade de Tratado ou Lei Federal**

Essa hipótese visa garantir a validade do direito objetivo federal, servindo como mecanismo de controle de constitucionalidade incidental das leis federais por meio do Supremo Tribunal Federal.

#### **4.1.3. Alínea c – Julgar Válida Lei ou Ato de Governo Local Contestado em Face da Constituição**

Para aplicação dessa alínea, é necessário que a decisão recorrida tenha afastado a aplicação da Constituição Federal, por entender válida lei ou ato de governo local contrapostos à norma constitucional.

#### **4.1.4. Alínea d – Julgar Válida Lei Local Contestada em Face de Lei Federal**

A alínea *d* foi inserida no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45/2004. Referido dispositivo estabelece que caberá Recurso Extraordinário – e não Especial – contra acórdão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Isso porque a controvérsia que se põe não concerne meramente à legislação infraconstitucional, mas diz respeito à distribuição constitucional de competência para legislar: se a lei local está sendo contestada em face da lei federal, é porque se sustenta que ela tratou de matéria que, por determinação constitucional, haveria de ser disciplinada pelo legislador federal.

<sup>15</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* p. 257.

Portanto, essa hipótese diz respeito a uma questão constitucional, já que o princípio da hierarquia das normas é um princípio constitucional.

#### 4.1.5. Repercussão Geral da Questão Constitucional

A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o §3º ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o ônus da parte recorrente em demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais do caso concreto, para que o recurso extraordinário seja admitido formalmente, a fim de que ocorra a análise do seu mérito. Assim, visando regulamentar esse §3º do artigo 102 da Constituição Federal, por meio da Lei 11.148/2006, foi acrescentado os artigos 543-A e 543-B e seus parágrafos ao Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 543-A do Código de Processo Civil, o Recurso Extraordinário só será admissível pelo Tribunal se a questão constitucional oferecer repercussão geral, ou seja, o Supremo Tribunal Federal não mais examina, através de Recurso Extraordinário, questões constitucionais que digam respeito apenas às partes.

Assim, a repercussão geral possui natureza jurídica de “requisito de admissibilidade recursal”.

Para Bruno Dantas,

*Repercussão geral é o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico.<sup>16</sup>*

Para Luiz Manoel Gomes Junior:

*(...) haverá repercussão em determinada causa/questão quando os reflexos da decisão a ser prolatada não se limita apenas aos litigantes mas, também, a toda uma coletividade. Não necessariamente a toda a coletividade (país), mas de uma forma não individual.<sup>17</sup>*

---

<sup>16</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral – Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2208. P. 246-247.

<sup>17</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *A Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário*. Revista Forense. V. 378. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.54.

Já segundo Samir José Caetano Martins<sup>18</sup>, a repercussão geral não deve ser entendida como se estivesse relacionada somente com os interesses metaindividuais, podendo ser caracterizada em hipóteses de nítido caráter individual, em situações não recorrentes, desde que estejam envolvidos direitos fundamentais, tais como direitos e garantias individuais e direitos sociais, como garantia do mínimo essencial.

Conforme preceitua o § 1º do art. 543-A:

*§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.*

As questões relevantes, por ultrapassarem “os interesses subjetivos da causa”, podem ser exemplificadas da seguinte maneira: a) relevância econômica: aquelas que se vê em ações que discutem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infraestrutura etc.; b) relevância política: quando, por exemplo, de uma causa possa emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais; c) relevância social: quando, por exemplo, discutem-se problemas relativos à escola, moradia, saúde; d) relevância jurídica no sentido estrito existe, por exemplo, quando esteja em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistir, possa significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, a de direito adquirido.

O §1º do 543-A não definiu de modo individualizado, as questões em que há repercussão geral, mas valeu-se de outras expressões igualmente gerais, cujo sentido haverá de ser fixado com precisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Está-se aqui, diante de hipótese típica de interpretação de conceito vago ou indeterminado.

Cabe salientar, no entanto, que não poderá haver discricionariedade no preenchimento desse preceito.

A repercussão geral é algo que deve transcender os limites subjetivos da causa, sendo um assunto de relevância extrema e que repercute para muitas

---

<sup>18</sup> MARTINS, Samir José Caetano. *A Repercussão Geral da Questão Constitucional*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 50. São Paulo: Dialética, 2007. p. 100-101.

peças ou para diversos segmentos da sociedade, devendo ser analisado em cada caso concreto, já que cada situação é diferente da outra.

Nesse contexto, a repercussão geral fica caracterizada quando em determinada causa/questão os reflexos da decisão a ser prolatada não se limitarem apenas aos litigantes, mas também à coletividade, capaz de influir em uma grande quantidade de casos.

E o §2º do artigo 543-A do Código de Processo Civil estabelece que a existência de repercussão geral deverá ser demonstrada em preliminar do recurso, ou seja, precisará demonstrar-se que o tema discutido no recurso tem uma relevância que transcende àquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional.

A simples ausência da preliminar de demonstração de que a questão do recurso apresenta repercussão geral acarreta a sua inadmissão (art. 327 do regimento interno do STF).

Caso o relator entenda que não é caso de se admitir o recurso, porque a questão não tem repercussão geral ou porque ausente, da peça recursal, a preliminar, a decisão a este respeito não caberá a ele, mas ao Plenário. De acordo com o §3º do artigo 102 da Constituição Federal, o STF somente pode recusar o recurso extraordinário em razão da ausência de repercussão geral “pela manifestação de 2/3 de seus membros”, o que impõe que a decisão no sentido da inadmissibilidade do recurso, em razão da ausência do requisito, somente pode ser proferida pelo Plenário.

E ainda, estabelece o §3º do artigo 543-A do CPC que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Nota-se que, neste caso, não precisa o recorrente demonstrar que a questão ultrapassa “os interesses subjetivos da causa”, pois, impugnando-se decisão contrária a súmula ou jurisprudência do STF, estabelece a norma que a repercussão geral já existe. Pode-se, de todo o modo, dizer que na hipótese está-se diante de exemplificação de repercussão geral jurídica.

O artigo 543-A, §4º, do CPC dispõe que “se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, quatro votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”.

Por fim, a decisão que não admite o recurso extraordinário em razão da ausência de repercussão geral deverá vir acompanhada de fundamentação.

## 5 DO RECURSO ESPECIAL

### 5.1. A Chamada Crise do Supremo Tribunal Federal e a Criação do Superior Tribunal de Justiça e do Recurso Especial

Com inspiração na figura do *writ of error* do direito norte-americano, o Recurso Extraordinário foi criado no ano de 1890 com o objetivo de possibilitar uma uniformização da interpretação do direito constitucional e infraconstitucional, tendo sido atribuído ao Supremo Tribunal Federal a competência para processá-lo e julgá-lo.

Nos Estados Unidos, a importância desse instituto foi muito grande, pois suas unidades federativas possuíam competência legislativa própria, tornando-se necessária a criação de um instrumento que assegurasse a supremacia do direito federal sobre o local, bem como a uniformização de sua interpretação, a fim de se preservar a própria unidade da federação.

Com o grande aumento no número de recursos extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal, o mesmo revelou-se insuficiente para promover o julgamento de todos eles de forma satisfatória. E não havia perspectiva de uma diminuição desse número de recursos. Diante disso, inúmeras foram as tentativas de superação dessa crise, dentre as quais, estão a instituição da arguição de relevância; a criação, através dos regimentos internos dos tribunais, de obstáculos à interposição de recursos; a criação dos Juizados Especiais; o efeito vinculante, atribuído, por exemplo, às decisões em Ação Direta de Constitucionalidade. Apesar de algumas dessas tentativas terem sido bem sucedidas, a crise continuava.

Essa situação se traduzia na necessidade da criação de um tribunal superior capaz de dividir com o STF a tarefa de uniformização do direito federal. Com o advento da Constituição de 1988, o Recurso Extraordinário previsto nas Cartas anteriores se desdobrou no Recurso Extraordinário *stricto sensu* (RE) e no Recurso Especial (REsp); o primeiro diz respeito ao direito constitucional, e o segundo ao direito infraconstitucional. Surgiu, então, o Superior Tribunal de Justiça, que passou a ser competente para o processamento e julgamento do Recurso Especial.

No entanto, o recurso especial também passou a se proliferar de forma assustadora. Diante disso, em razão da grande quantidade de recursos ditos excepcionais que chegavam aos nossos tribunais, bem como pela sua natureza extraordinária, os Tribunais Superiores passaram a interpretar as normas concernentes à admissibilidade desses recursos de forma bastante restritiva. Tal entendimento reflete-se na concepção de prequestionamento por eles adotada, bem como na edição de súmulas que "dificultam" a interposição desses recursos.

## 5.2. Hipóteses de Cabimento do Recurso Especial

O Artigo 105, inciso III, da Constituição Federal determina as hipóteses de cabimento do Recurso Especial:

*Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*

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

*(...)*

*a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*

*b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;*

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

### 5.2.1. Alínea a – Contrariar Tratado ou Lei Federal, ou Negar-lhes Vigência

O recurso especial tem por objetivo permitir ao Superior Tribunal de Justiça o exercício da função de velar pela adequada e uniforme aplicação da lei federal. Dessa forma, toda vez que a decisão de única ou última instância prolatada por aquelas pessoas elencadas no inciso III do artigo 105 disser respeito à aplicação de uma lei federal ou de um tratado e for questionada sua aplicação sob a assertiva de contrariedade ou negativa de vigência, caberá a interposição do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.

Com relação à espécie lei federal a que se refere a norma constitucional, o termo recebe interpretação ampla, devendo abranger todas as espécies de lei federal, assim como o decreto, o regulamento federal e a lei estrangeira quando aplicável por força da norma de direito internacional, ou seja, o direito federal.

No que diz respeito aos tratados ou convenção internacional sobre direitos humanos, aprovados conforme o artigo 5º, §3º, da CF (inserido pela Emenda

Constitucional 45/2004), será cabível o recurso extraordinário, já que incorporados ao direito interno com estatura de norma constitucional.

Quando a ofensa ocorrer em relação a tratado ou convenção internacional que não esteja abrangido pelo artigo 5º, §3º, da CF, caberá recurso especial.

### **5.2.2. Alínea b – Julgar Válido Ato de Governo Local Contestado em Face de Lei Federal**

Antes da edição de Emenda Constitucional 45/2001, a alínea *b* do inciso III do artigo 105 compreendia a hipótese em que a decisão proferida pelo tribunal local julgasse válida lei local contestada em face de lei federal.

Ocorre que essa regra diz respeito a uma questão constitucional, pois o princípio da hierarquia das normas é um princípio constitucional. Assim, a admissibilidade do recurso especial nesse caso deve restringir-se ao fato de a decisão recorrida considerar válido ato de governo local em face de lei federal.

Aqui o problema é de mera legalidade, ou seja, saber se o ato infralegal respeitou a lei federal.

Teresa Arruda Alvim Wambier alerta para o fato de que, assim como ocorre com o recurso extraordinário, no caso do recurso especial:

*Às letras b e c temos chamado de hipóteses de cabimento. À letra a, de único fundamento. Por isso é que nos parece que o recurso especial não pode ser interposto e rigorosamente não pode ser admitido se baseado nas letras b e c, isoladamente. O fato de este fenômeno às vezes ocorrer nada mais é, na verdade, do que uma deformação do sistema.<sup>19</sup>*

Portanto, com base no que foi estudado até aqui e levando-se em consideração o disposto nos artigos 102, III, *d* e 105, III, *b*, ambos da Constituição Federal, para se identificar se será cabível o recurso extraordinário ou o recurso especial para o caso, deve-se analisar a questão sob dois enfoques:

- se o tema em debate é relativo à competência atribuída pela Constituição Federal e a aplicação da lei local implica negar validade à lei federal por ser inconstitucional, caberá Recurso Extraordinário com base no artigo 102, III, *d*, da Constituição Federal;

<sup>19</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* p. 257.

- se se afirma que tanto a norma federal quanto a estadual são válidas, mas ao caso concreto se aplica a lei local, questionando-se apenas a compatibilidade entre as normas, caberá Recurso Especial com fundamento no artigo 105, III, *b*, da Constituição Federal.

### **5.2.3. Alínea c – Der a Lei Federal Interpretação Divergente da que Lhe Haja Atribuído Outro Tribunal.**

Trata a alínea c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, da hipótese de interposição do recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial acerca do entendimento da lei federal. Nesse caso, verifica-se que o objetivo é o de possibilitar a unidade de interpretação da lei federal em todo o território nacional, pois nada valeria dar-se o recurso como instrumento da validade da lei federal se a interpretação das normas jurídicas fosse deixada às inclinações pessoais dos julgadores.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier:

*A nosso ver, na verdade, os únicos fundamentos possíveis destes recursos estão nos artigos 102, III, a, e 105, III, a, (...)*  
*Pedindo vênua para os sempre bem intencionados redatores finais do texto constitucional, as alíneas b e c de ambos os dispositivos mencionados e transcritos nunca poderiam ser alíneas, como se tivessem o mesmo status da alínea a.*  
*Em rigor, deveriam ser itens da alínea a, já que dizem respeito a hipóteses em que a ofensa à lei ou à Constituição Federal pode ocorrer, e, especialmente no que diz respeito ao art. 105, III, c, à forma de demonstração da alegada ofensa à lei federal.*  
*Esgotaram-se incisos, parágrafos, alíneas, e parece que o legislador, ao invés de inserir itens na alínea a, acabou por criar, incidindo evidentemente em erro, outras alíneas, como se todas elas dissessem respeito a categorias equivalentes.<sup>20</sup>*

No mesmo sentido entende José Miguel Garcia Medina:

*(...) A nosso ver, a hipótese prevista na alínea c do art. 105, III, é perfeitamente ajustável à alínea a do mesmo dispositivo constitucional. Isso porque o recorrente, nesse caso, mesmo indicando decisões divergentes da impugnada, deverá imputar-lhe a pecha da contrariedade à lei federal. Outrossim, a indicação de decisão divergente em relação à decisão recorrida servirá, tão somente, para reforçar a argumentação do recorrente, demonstrando ao órgão ad quem que outro Tribunal já manifestou entendimento no sentido pretendido com a interposição do recurso.<sup>21</sup>*

<sup>20</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* p. 260-261.

<sup>21</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral e Outras Questões relativas aos Recursos Especial e Extraordinário. 6ª ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 83-84.

A seguir passaremos a análise da questão central do presente trabalho, qual seja, a análise do prequestionamento como pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial.

## 6 PREQUESTIONAMENTO COMO REQUISITO PARA O CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL

### 6.1. Os Sentidos da Expressão “Prequestionamento”

A palavra prequestionamento não consta expressamente no texto da Constituição Federal, nem no Código de Processo Civil. O seu fundamento legal encontra-se no artigo 102, III e 105, III, da Constituição Federal, quando estabelecem competir ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de “causas decididas” em única ou última instância. Trata-se de criação jurisprudencial.

Nelson Nery Junior faz observação no sentido de que a exigência do prequestionamento decorre do texto constitucional em que se lê serem cabíveis recurso extraordinário e recurso especial de causas decididas.<sup>22</sup>

Segundo entendimento de Câmara, Junqueira e Freire, “o prequestionamento é a submissão da matéria às instâncias ordinárias, e sua exigência decorre da própria natureza dos recursos excepcionais”.<sup>23</sup>

A noção de prequestionamento, como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo um fenômeno que dizia respeito à atividade das partes. O conhecimento do recurso especial e extraordinário ficaria vinculado à ocorrência do prequestionamento, pois são as partes que questionam, discutem ao longo do processo sobre a questão federal ou constitucional.

Portanto, as manifestações mais antigas sobre o prequestionamento, utilizam a expressão como manifestação das partes a respeito da questão. Mesmo antes da Constituição de 1946, o STF entendia que havia necessidade de prévio questionamento da lei federal na instância local. A utilização do termo prequestionamento surgiu na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria

---

<sup>22</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 205. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 397.

<sup>23</sup> CÂMARA, Bernardo; JUNQUEIRA, Bernardo; FREIRE, William. *Recurso Especial e Extraordinário: doutrina e prática*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário, 2002, p.33.

provocar o surgimento da questão federal ou constitucional perante a instância inferior.<sup>24</sup>

O prequestionamento foi previsto no primeiro diploma constitucional que tratou do recurso extraordinário. A Constituição de 1891 estabelecia que cabia recurso “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos Estados for contra ela”. As constituições seguintes seguiram as mesmas regras, tendo sido modificada a partir da Carta de 1946, que não repetiu a expressão “questionamento”. Por esse motivo, parte da doutrina entendeu que esse requisito teria sido suprimido. No entanto, a jurisprudência orientou-se no sentido de que a exigência de prequestionamento estaria implícita na Constituição Federal. As decisões proferidas a partir da CF de 1946 passaram a referir-se ao prequestionamento também como manifestação, pelo Tribunal recorrido, sobre a questão de direito.

Então, passou-se a entender que, para que os recursos extraordinário e especial fossem conhecidos, seria necessário que as questões constitucionais ou legais tivessem sido julgadas pelo Tribunal local, ou seja, que a matéria tivesse sido decidida (prequestionada) pelo Tribunal recorrido. O prequestionamento, dessa forma, estaria configurado, quando constasse do acórdão impugnado, a adoção de entendimento explícito a respeito do tema; seria necessário que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional. O prequestionamento estaria na decisão recorrida, não sendo decorrência da anterior postulação das partes perante o grau inferior.

Nesse contexto foram editadas as súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, a respeito da exigência do prequestionamento.

Os entendimentos, mais adiante, foram conjugados, tendo surgido manifestações no sentido de que o prequestionamento seria a manifestação da parte na instância inferior somada à decisão proferida pela instância inferior. Neste caso, não bastaria somente arguir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, seria necessário que a matéria questionada tivesse sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o preenchimento desses pressupostos, que são cumulativos, não se viabilizaria o oferecimento dos recursos extraordinários.

---

<sup>24</sup> MELLO, Augusto Cordeiro de. *O Processo no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. Vol. 2. p.709.

Portanto, verifica-se que existem entendimentos diferentes sobre o que seja o prequestionamento, sendo que o exame dessas hipóteses são essenciais para se chegar a uma conclusão sobre ser o prequestionamento requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, ou não.

A súmula 282 do STF dispôs que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Daí desenvolveu-se o entendimento de que a parte deve obrigatoriamente provocar o surgimento da questão e de que a decisão recorrida deve ter manifestado entendimento expresso a respeito. No entanto não se definiu em qual momento ocorre o prequestionamento, se da provocação das partes, se pela decisão recorrida ou se pela conjugação dos dois momentos.

Na doutrina, também divergem os autores.

Luiz Sérgio Rizzi esclarece:

*Prequestionar significa discutir antecipadamente, significa veicular a matéria em suas contrarrazões de apelação, de tal modo que o tribunal seja obrigado a responder à alegação e, se tal não ocorrer, cabem os embargos de declaração.<sup>25</sup>*

Já para Antônio Pádua Ribeiro:

*A “questão federal” há de ser prequestionada, ou seja, é necessário que o Tribunal a quo a tenha apreciado.<sup>26</sup>*

A seguir explanaremos sobre os posicionamentos a respeito do prequestionamento: se decorrente da atividade postulatória das partes; ou se manifestação do órgão jurisdicional recorrido acerca da questão constitucional ou federal debatida. Passaremos, também, pela análise do denominado prequestionamento numérico, Embargos de Declaração prequestionadores, prequestionamento ficto, prequestionamento implícito e explícito. Na sequência, citaremos algumas decisões do STF e do STJ para ilustrarem o estudo para, por fim, concluirmos o trabalho.

## **6.2. Do Prequestionamento como Manifestação Expressa do Tribunal Recorrido Acerca de Determinado Tema**

<sup>25</sup> RIZZI, Luiz Sérgio. *Do Recurso Extraordinário*. Revista do Advogado, vol 27. P. 44

<sup>26</sup> RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Função do Recurso Especial*. Revista Forense, v. 309, p. 4.

Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que os recursos extraordinários e especiais são classificados como extraordinários por apresentarem características diferentes das dos demais recursos. Os recursos extraordinários não cabem de qualquer decisão e não podem impugnar qualquer matéria, já que possuem a finalidade de possibilitar aos Tribunais Superiores o controle de constitucionalidade e do direito federal. Portanto, possuem hipóteses de cabimento reduzidas e delimitadas.

Como já visto no capítulo anterior, são recursos cabíveis contra decisões definitivas, o que pressupõe o esgotamento dos recursos ordinários. No entanto, necessário se faz a existência, na decisão recorrida, de uma questão constitucional ou federal: o recurso extraordinário fica restrito às questões constitucionais; o recurso especial fica restrito às questões infraconstitucionais.

No entender da corrente doutrinária e jurisprudencial que entende o prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema, o prequestionamento traduz-se na apreciação de uma questão (constitucional ou federal) pelo órgão julgador. Dessa forma, se o acórdão proferido na instância regional examinou uma determinada questão de direito, estaria ela prequestionada. Assim, o prequestionamento decorreria de um ato do órgão julgador e não da parte.

Conforme ensina Fredie Didier Júnior:

*Preenche-se o prequestionamento com o exame, na decisão recorrida, da questão federal ou constitucional que se quer ver analisada pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. Se essa situação ocorre indubitavelmente, haverá prequestionamento e, em relação a esse ponto, o recurso extraordinário eventualmente interposto deverá ser examinado.<sup>27</sup>*

Para Cassio Scarpinella Bueno:

*O “prequestionamento”, porém, diferentemente do que insinua o seu nome, caracteriza-se pelo enfrentamento de uma dada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida, e não pelo debate ou pela suscitação da questão antes de seu proferimento.<sup>28</sup>*

Luiz Carlos Forghieri Guimarães defende:

<sup>27</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2008, v.1. p.189.

<sup>28</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.5. p. 275.

*Prequestionamento é ato do órgão julgador, isto é, ele, órgão julgador, tem que emitir juízo de valor, ou seja, apreciar e decidir sobre as questões constitucionais ou legais aplicadas ao caso concreto.*

(...)

*O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido argüida pela parte recorrente, isto é, não basta apenas o recorrente ter suscitado a questão.<sup>29</sup>*

E segundo Bruno Mattos e Silva:

*Assim, está na Constituição Federal o fundamento para a exigência do prequestionamento: apenas questões decididas podem ser objeto de recurso especial e extraordinário. Dentro dessa visão, como podemos também concluir, prequestionamento é a apreciação da questão por parte do órgão julgador e não sua mera suscitação prévia pela parte.<sup>30</sup>*

Ainda é controvertido o fato de se saber se o dispositivo constitucional ou de lei federal deve ser expressamente mencionado no acórdão recorrido ou se basta que a matéria ou tese jurídica relativa a ele tenha sido enfrentada no pronunciamento do Tribunal *a quo*. Mas, nesse contexto, é indiscutível que a decisão recorrida examine e emita pronunciamento sobre o tema relativo à Constituição Federal ou à legislação infraconstitucional, ainda que não indique os preceitos violados.

Para esta corrente, no entanto, a postulação das partes perante o juízo *a quo*, embora não constitua requisito do recurso especial ou do recurso extraordinário, é, inegavelmente, mecanismo muitas vezes imprescindível para se viabilizar o cabimento dos referidos recursos para as instâncias superiores.

Assim, o recurso de embargos de declaração passou a prestar-se em cobrar do órgão que proferiu a decisão a ser impugnada por recurso extraordinário ou recurso especial que refletisse efetivamente na decisão a discussão que se tinha travado entre as partes ao longo do processo. Esses embargos eram e são interpostos para que o órgão prolator da decisão supra essa omissão.

Entendemos que a corrente que entende o prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido sobre determinado tema é que possui melhor entendimento sobre a matéria.

---

<sup>29</sup> GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. *Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial: a Dificuldade do Acesso à Justiça nos Tribunais Brasileiros (STF e STJ)*. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. P. 19-20.

<sup>30</sup> SILVA, Bruno Mattos. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: forense, 2002, p.6.

Assim, manifestando-se o juiz ou o Tribunal sobre a questão constitucional ou federal, caberá o recurso extraordinário ou o especial, porque nesse caso estarão presentes os requisitos determinados pela Constituição.

### **6.3. Do Prequestionamento como Manifestação das Partes Perante o Órgão Jurisdicional Recorrido**

Conforme já explicitado, os recursos especial e extraordinário tem a finalidade de possibilitar aos Tribunais Superiores o controle da constitucionalidade e inteireza positiva do direito federal. Tem por exame as questões de direito federal ou constitucional, respectivamente.

De acordo com entendimento desta corrente, para que os Tribunais Superiores possam examinar alegada violação a tema inserto na Constituição Federal ou presente em legislação infraconstitucional, é necessário que o Tribunal Regional tenha sobre ele emitido pronunciamento, em decorrência da provocação das partes, ou seja, em decorrência do prévio questionamento da questão jurídica pela parte. Portanto, para esta corrente, o prequestionamento precede a decisão recorrida.

No caso do entendimento da primeira corrente, que considera o prequestionamento como manifestação do órgão jurisdicional recorrido, uma vez examinada a questão jurídica constitucional ou infraconstitucional pelo Tribunal de origem, estará configurado o requisito do prequestionamento.

Mas, para a corrente em exame, a parte deverá provocar o surgimento da questão constitucional ou federal para que haja julgamento a respeito. O prequestionamento feito pelas partes deverá ser suficiente para ensejar a manifestação do Tribunal a respeito da questão constitucional ou federal.

Adepto da corrente que entende o prequestionamento como manifestação das partes perante o órgão jurisdicional recorrido, Medina esclarece que a questão jurídica constante do acórdão pode se revelar de duas maneiras distintas:

- 1) A questão federal ou constitucional surge em virtude de provocação das partes, que sobre ela controvertem e postulam manifestação do Tribunal recorrido a respeito;
- 2) A questão é erigida e resolvida pelo próprio Tribunal recorrido, sem provocação das partes.

Em ambos os casos haveria questão constitucional ou federal controvertida, apta a dar ensejo a interposição do recurso especial ou extraordinário. No entanto, somente no caso em que a questão surgisse em virtude de provocação das partes é que haveria prequestionamento. E o questionamento da matéria pelas partes se revela imprescindível em certos casos, onde dificilmente o tribunal se manifestaria sem provocação, a menos que a matéria fosse passível de ser conhecida *ex officio*.

Para a orientação doutrinária em estudo, não se pode dizer que o prequestionamento ocorra na decisão recorrida, mas sim, necessariamente, antes dela.

No Brasil, a doutrina que inicialmente tratou do tema enfatizava que, embora relevante a provocação das partes, mais importante seria a existência da questão na decisão recorrida, mesmo que esta surgisse com surpresa para as partes.

As súmulas 282 e 356 do STF, ambas editadas em 13.12.1963, estabelecem:

*Sumula 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.*

*Súmula 356: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido não bastar que as partes tenham tornado determinado ponto controverso, transformando-o em questão jurídica. Seria imprescindível que o Tribunal se manifestasse sobre a questão discutida.

Segundo José Miguel Garcia Medina:

*Somando-se a palavra questionar ao termo pré – que dá a ideia de antecedência, antecipação –, infere-se que prequestionamento significa exatamente o ato de discutir ou controverter, antecipadamente, acerca de algum assunto. Ora, se a questão constitucional ou federal deve estar na decisão recorrida, logicamente o prequestionamento deve ocorrer antes da decisão recorrida, porquanto essa decisão é que poderá ser alvo do recurso. Nesse sentido é a feliz afirmação de Theotonio Negrão, já citada supra: “Prequestionamento quer dizer questionamento antes, apresentação do tema antes do julgamento.*

*Sob essa ótica, a necessidade da presença dos termos “questionar” ou “ter-se questionado” nas Constituições brasileiras.<sup>31</sup>*

---

<sup>31</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. Cit.* p. 114.

E prossegue:

*Não se pode dizer, por isso, a nosso ver, que o prequestionamento ocorre na decisão recorrida, pois o prequestionamento há que ocorrer, necessariamente, antes da decisão recorrida. No máximo, na hipótese de a decisão recorrida, independentemente de provocação das partes, suscitar o surgimento da questão (federal ou constitucional), e sobre ela decidir, poder-se-ia dizer que teria havido ocorrência equivalente àquela decorrente do prequestionamento provocado pela parte, já que a questão (ponto controvertido) pode surgir tanto em decorrência da controvérsia erigida pelas partes litigantes (ou seja, em virtude do prequestionamento) quanto em função de manifestação do próprio juiz.*

*Assim, a questão (constitucional ou federal) pode surgir na decisão, seja em virtude de prequestionamento realizado pela parte – e aqui usamos a expressão no sentido que temos por efetivamente correto – seja por “prequestionamento realizado pelo próprio órgão jurisdicional. O que importa, no entanto, para que seja cabível o recurso extraordinário ou especial, é que a questão constitucional ou federal reste decidida – dê-se a este fenômeno o nome de “prequestionamento” ou não.<sup>32</sup>*

Para Nelson Nery Junior:

*1. o prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do REsp; 2. O prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais; 3. O verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do REsp é o cabimento, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente ‘decididas’ pelas instâncias ordinárias (CF 102 III e 105 III); 4. Causa ‘decidida’ é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas meio para se chegar a esse fim.<sup>33</sup>*

Entendemos que o prequestionamento realizado pelas partes, perante o tribunal local, não é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial, já que além de não haver previsão na Constituição Federal, a jurisprudência não pode criar requisito sem a previsão Constitucional.

Daí concluir-se que o prequestionamento como atividade realizada pelas partes não é condição de admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial.

#### **6.4. Prequestionamento Numérico**

<sup>32</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. Cit.* p. 114-115.

<sup>33</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Ainda sobre o prequestionamento – Os Embargos de Declaração Prequestionadores*. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, vol. 4, p. 863-864, in MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral e Outras Questões Relativas aos Recursos Especial e Extraordinário*. 6ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: ed RT, 2012.

Assunto que tem gerado discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência é o de saber se é necessário que a norma constitucional ou de lei federal que se afirma violada deve ser expressamente mencionada na decisão recorrida, ou se para a configuração da questão constitucional ou federal, basta que a matéria relativa ao preceito constitucional ou de lei federal tenha sido levantada e discutida, ainda que não tenha sido mencionada a determinação constante em lei, ou seja, se basta constar a questão federal ou constitucional em si mesmas.

Muitos entendem que se não houver a citação do dispositivo legal que teria sido violado, não terá havido prequestionamento. Outros entendem que bastará a menção da questão federal para o cumprimento do requisito.

Conforme José Miguel Garcia Medina

*O assunto ganha relevo quando se admitir que, apesar de todos os pronunciamentos judiciais deverem ser fundamentados (art. 93, IX, da CF/1988), nem sempre essa fundamentação se expressa nos dispositivos corretos. Ou seja, o órgão judicial pode decidir, mas não embasar tal decisão em norma expressa, que seria corretamente aplicável ao caso. Pode ocorrer, além disso, que a decisão venha fundamentada em norma diversa da que, a rigor, deveria reger a situação sub iudice, e que a norma violada não tenha sido sequer lembrada pelo julgador. Noutra situação, também possível, o órgão julgador, supondo aplicar corretamente a lei, chegando, até mesmo, na fundamentação, a dar-lhe o sentido correto, aplica-a, ao final, erroneamente, divergindo até mesmo de sua própria fundamentação.<sup>34</sup>*

No entanto, tendo os recursos extraordinário e especial a finalidade de assegurar a correta aplicação do direito constitucional e federal, o que importa para o cabimento desses recursos é que a decisão recorrida aprecie tema relativo à Constituição ou lei federal, mesmo que não indique os preceitos violados.

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.<sup>35</sup>*

Não há dúvida de que a indicação do dispositivo normativo pela decisão recorrida pode facilitar a atividade a ser desenvolvida pelo Tribunal *ad quem*. No entanto, não se deve entender que somente há erro, ilegalidade ou

<sup>34</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. Cit.* p. 156-157.

<sup>35</sup> NASCIMENTO FILHO, Sandalo Bueno do. *O Prequestionamento e sua Aplicação Prática*. Brasília: OAB, 2006, p. 89.

inconstitucionalidade, para efeito de cabimento de recurso especial e recurso extraordinário, se o juiz declarar de forma explícita, que está contrariando a norma. O que se exige é que o erro do juiz, ainda que não se mostre claro, seja certo quanto à sua existência. O que importa é que a decisão recorrida aprecie tema relativo à Constituição ou a lei federal, mesmo que não indique os preceitos violados.

Há uma corrente minoritária que entende que o dispositivo legal ou constitucional que se julgue violado deva ser expressamente indicado na decisão recorrida.

Por outro lado, considera-se insuficiente a simples referência, pela decisão recorrida, a qualquer dispositivo legal. O que importa é identificar a análise do tema decorrente da aplicação do dispositivo legal, no julgado.

Portanto, as instâncias ordinárias devem resolver expressamente as questões levantadas, não sendo suficiente a simples menção ao artigo de lei que se reputa violado.

Na jurisprudência é majoritário o entendimento de que a indicação expressa do dispositivo legal não é requisito para a configuração do prequestionamento.

## 6.5. Pquestionamento Explícito e Implícito

Existem na doutrina e na jurisprudência entendimentos diversos sobre o que se deve entender por prequestionamento explícito e implícito:

- a) Parte entende que o prequestionamento implícito acontece quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada<sup>36</sup>, e prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida.
- b) Parte entende que ocorre prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão.

---

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Allan Helber de; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Processo Civil 1: processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 324.

- c) Parte entende que o prequestionamento é implícito enquanto atividade das partes.

Como vimos, ainda na vigência da Constituição Federal de 1946, nasceu a orientação segundo a qual seria imprescindível, para a ocorrência do prequestionamento, a manifestação das partes sobre a questão federal. Em decorrência disso, para parte da doutrina e da jurisprudência, a interposição dos embargos de declaração contra o acórdão que seria impugnado por recurso extraordinário tornou-se condição suficiente para a configuração do prequestionamento, tendo esse entendimento se solidificado com a edição da súmula 356 do STF, segundo a qual “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Surgiu, então, a tese do prequestionamento ficto, onde, por meio dos embargos declaratórios se prequestionaria no Tribunal de origem a questão federal, que ficaria, portanto, ventilada, independentemente da solução dada, ou seja, desde que fossem interpostos os embargos de declaração prequestionadores perante a instância ordinária, estaria aberta a via do recurso extraordinário ou especial, pois restaria suprido o requisito do prequestionamento, ainda que o recurso de embargos de declaração não fosse sequer conhecido.

No entanto, no entender de Teresa Arruda Alvim Wambier:

*É imperativo, todavia, observar-se que esta dispensa ou esse considerar fictício o prequestionamento pode resolver a situação da parte e deixar de embaraçar o curso do processo quando se trata, por exemplo, de incluir no acórdão impugnado o dispositivo que teria sido violado, mas nunca quando se trata da necessidade que às vezes existe de fazer constar do acórdão do órgão a quo fatos que deveriam ter levado, segundo o recorrente, a uma decisão diferente daquela que foi prolatada (...). Problemas assim, não há dispensa ou ficção que resolva.<sup>37</sup>*

No STF é majoritária a corrente que entende que, apesar da omissão do Tribunal local em apreciar a questão, a mesma teria sido prequestionada nos embargos e, portanto, referida questão poderia ser apreciada no julgamento do recurso extraordinário, ou seja, o STF tem entendido que, opostos os embargos de declaração, a questão suscitada está prequestionada, independentemente do

<sup>37</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* p. 410.

provimento ou não dos embargos. Para o conhecimento do recurso extraordinário basta, portanto, a oposição dos embargos de declaração.

No STJ o entendimento é diferente, conforme se depreende do texto da súmula 211, segundo a qual “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”. O STJ não admite o prequestionamento ficto por entender ser indispensável o pronunciamento do tribunal de origem sobre a matéria para que se tenha por atendido este pressuposto recursal.

## 6.6. Dos Embargos de Declaração Prequestionadores

Conforme já vimos, existe entendimento segundo o qual, para que seja cabível o recurso extraordinário ou especial, as partes deverão obrigatoriamente em sede ordinária, manifestar-se sobre o tema constitucional ou federal. Nesse contexto, para os defensores da tese do prequestionamento ficto, mesmo que a violação à norma jurídica surja no próprio acórdão emanado do Tribunal local, ainda assim se faz necessária a interposição dos embargos de declaração. No caso de a decisão já ter sido proferida, o único meio à disposição das partes para prequestionar seriam os embargos de declaração.

Esse entendimento nasceu em decorrência da interpretação da Súmula 356 do STF: *O ponto omissis da decisão sobre a qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*

Ocorre que o artigo 535 do Código de Processo Civil estabelece os casos em que seriam cabíveis os Embargos de Declaração, o que a rigor não seria aplicável nesta hipótese, já que não teria havido, de fato, omissão a respeito de alguma questão. Segundo o artigo 535 do Código de Processo Civil, para o caso em análise, seriam incabíveis os embargos de declaração, pois não teria havido obscuridade, contradição ou omissão.

Conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier sobre o assunto:

*Os embargos de declaração são manejados e, eventualmente, o juízo embargado manifesta-se acerca dos dispositivos tidos por omitidos, apenas para se suprir a exigência do prequestionamento.*<sup>38</sup>

<sup>38</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* p. 410.

Surgiu, então, na doutrina o entendimento de que existiriam, atualmente, duas categorias de embargos de declaração: os “esclarecedores”, aqueles que se propõem a esclarecer dúvidas, obscuridades ou contradições; e os embargos de declaração “prequestionadores”, aqueles que visam abordar questões federais ou constitucionais que o acórdão não ventilou e que são interpostos com o fim específico de transpor os óbices das Súmulas 282 e 356 do STF para viabilizar o Recurso Extraordinário.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier:

*A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu.*

*Trata-se, na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.*

*O efeito devolutivo desses recursos, além de ser limitado pela circunstância de se tratar de recursos com fundamentação vinculada, só tem a dimensão horizontal, usando a terminologia proposta por Barbosa Moreira. Não há a “dimensão vertical” do efeito devolutivo. Em razão disso é que tudo tem que constar da decisão, inclusive o material levado em consideração pelo Tribunal a quo para decidir, para que ela mesma seja reformada.*

*Por isso é que a expressão prequestionamento, que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que “questionam”, passou a significar a exigência de que da decisão conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão federal. Na verdade, então, o prequestionamento da decisão seria o reflexo da atividade das partes ao longo do processo. Caso este prequestionamento (das partes) não se refletisse na decisão, teria havido omissão do Judiciário, suprível pela via dos embargos de declaração.*

*(...)*

*Assim, sendo caso de interposição de embargos, não basta ou não deve ser considerado bastante ou suficiente a interposição de embargos de declaração, ainda que rejeitados, no juízo de admissibilidade ou no mérito. Este há de ser, portanto, o primeiro dos fundamentos dos recursos extraordinário ou especial: não foram admitidos ou foram tidos como improcedentes embargos de declaração que eram admissíveis e aos quais dever-se-ia necessariamente ter dado provimento.<sup>39</sup>*

Ainda conforme Teresa Arruda Alvim Wambier:

*...cabe à parte, exercendo legitimamente sua atividade de prequestionar, isto é, fazer constar da decisão a questão federal ou a questão constitucional, pleitear do órgão a quo que faça também constar do acórdão circunstâncias fáticas aptas a demonstrar, pela mera leitura da decisão recorrida, que a solução normativa pela qual se optou na decisão impugnada (pela via do recurso extraordinário ou do recurso especial) está equivocada, estando-se, pois, assim, em face de uma ilegalidade ou de uma inconstitucionalidade.*

*(...)*

*Se se tem considerado que a inadequação do decisum aos fatos constantes dos autos é questão de direito e pode dar ensejo à interposição e ao provimento de recurso especial ou extraordinário, é necessário que a parte*

<sup>39</sup> WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* p. 401-402.

*tenha o correlato direito de ver incluídos expressamente na decisão os fatos que considera relevantes para que se possa considerar ser outra a conclusão a que deveria ter chegado o Tribunal a quo. A única forma de que dispõe para fazer constar da decisão que pretende impugnar por meio de recurso especial ou extraordinário são justamente os embargos declaratórios.<sup>40</sup>*

Como vimos, na doutrina existem entendimentos no sentido de que, interpostos os embargos de declaração prequestionadores perante a instância ordinária, aberta estaria a via do recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, já que estaria suprido o requisito do prequestionamento, mesmo que o recurso de embargos de declaração não fosse sequer conhecido.

Segundo Medina:

*...através de embargos de declaração não é possível realizar-se prequestionamento, uma vez que, a rigor, o prequestionamento eminentemente necessário já deve ter sido realizado quando da apresentação das razões recursais. Os embargos declaratórios prestar-se-iam, apenas, a incitar o órgão julgador a suprir determinada omissão, e nesse suprimento talvez fique demonstrada a existência de violação a disposição federal. No máximo, poder-se-ia entender que a parte “reprequestionaria”, através dos embargos de declaração. Isso porque já teria ocorrido o prequestionamento e, não havendo manifestação do órgão julgador, a respeito da questão constitucional ou federal, através dos embargos de declaração se visaria a alcançar a supressão da omissão, mas não o prequestionamento, que já é de ter ocorrido.<sup>41</sup>*

A Súmula 211 do STJ, segundo a qual “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”, indica que para o STJ, sendo caso de interposição de embargos, não basta sua mera interposição. A questão deve, sim, ser apreciada pelo Tribunal.

Para o STF, no entanto, opostos os embargos de declaração, considera-se preenchido o requisito, ainda que os embargos não sejam conhecidos ou providos. Essa orientação baseia-se na Súmula 356 do STF, conforme vimos no item anterior.

## **6.7. Algumas Decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o Prequestionamento**

<sup>40</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* p. 404-405.

<sup>41</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. Cit.* p. 225.

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - TERMO FINAL DE DISTRIBUIÇÃO DOS DIVIDENDOS – FUNDAMENTO INATACADO - SÚMULA 283/STF - ARTS. 743, I, DO CPC E 884 DO CÓDIGO CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - INEXISTÊNCIA - SÚMULA 211/STJ – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- Verifica-se que o fundamento da decisão agravada no sentido de que o art. 205 da Lei nº 6.404/76 não ampara a pretensão da empresa executada de ver estabelecida a data da conversão das ações em pecúnia como termo final do direito ao recebimento dos dividendos não foi atacado nas razões do Agravo Regimental, incidindo, à hipótese, o comando da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, por aplicação analógica.

2.- O conteúdo dos arts. 743, I, do Código de Processo Civil; e 884 do Código Civil, não foi objeto de debate no v. acórdão, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do Recurso Especial. Incidência da Súmula 211 desta Corte. Frise-se, por oportuno, que, mesmo tendo sido interpostos Embargos Declaratórios, estes não tiveram o condão de suprir o devido prequestionamento, visto que o Tribunal de origem em seu julgamento permaneceu silente a respeito do tema. Dessa forma, deveria a parte, no Recurso Especial, suscitar violação do art. 535 do Código de Processo Civil e demonstrar, de forma objetiva, a imprescindibilidade da manifestação sobre a matéria impugnada e em que consistiria o vício apontado, o que, no caso, não ocorreu.

3.- O Agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

4.- Agravo Regimental improvido.<sup>42</sup>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEGRAÇÃO DOS SISTEMAS DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TESE JURÍDICA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL A QUO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ENUNCIADOS 282/STF E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não havendo no acórdão recorrido discussão sobre a existência ou não de integração dos sistemas da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, de modo a permitir a utilização de instrumentos processuais deste diploma na ação civil pública, e inexistindo oposição de embargos de declaração para obter manifestação acerca do tema, a ausência de prequestionamento da referida questão é manifesta, conforme a dicção das Súmulas 282 e 356/STF.

2. Agravo regimental não provido.<sup>43</sup>

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ.

1. O provimento do recurso especial por contrariedade ao art. 535, II, do CPC pressupõe seja demonstrado, fundamentadamente, entre outros, os seguintes motivos: (a) a questão supostamente omitida foi tratada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a esses recursos, ou, ainda, que se cuida de matéria de ordem pública a ser examinada de ofício, a qualquer

<sup>42</sup> AgRg no AREsp 240404 / RS, Relator Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma. Julgamento: 27/11/2012, DJe 10/12/2012.

<sup>43</sup> AgRg no AREsp 118201 / SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, Julgamento: 18/09/2012, DJe 24/09/2012.

*tempo, pelas instâncias ordinárias; (b) houve interposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanear a omissão; (c) a tese omitida é fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderia levar à sua anulação ou reforma; e (d) não há outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão. Esses requisitos são cumulativos e devem ser abordados de maneira fundamentada na petição recursal, sob pena de não se conhecer da alegativa por deficiência de fundamentação, dada a generalidade dos argumentos apresentados. Incidência da Súmula 284/STF.*

*2. Desnecessária a manifestação expressa sobre os dispositivos constitucionais para efeito de prequestionamento. A Suprema Corte considera prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios.*

*3. A controvérsia - irregularidade na distribuição de processos - não foi dirimida sob a ótica dos arts 251 e 252 do CPC tidos por violados. O acórdão recorrido concluiu pela regularidade da distribuição do feito embasado no fundamento de que a 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, como a única competente para conhecer das demandas em que se discute a disciplina militar, está regulamentada na Portaria nº 69/95 TJM/SP, legalmente reconhecida pelo CNJ, e na Resolução nº 5/8 do TJM/SP.*

*4. Não ventilada no aresto impugnado a matéria motivo da controvérsia, fica caracterizada a ausência de prequestionamento e impedido o seu acesso à instância especial, nos termos das Súmulas 282/STF e 211/STJ.*

*5. Agravo regimental não provido.<sup>44</sup>*

## **6.8. Algumas Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o Pquestionamento**

*EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, DA CF. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. ENTIDADE EMPREGADORA. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 279 E 454 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.*

*I - Ausência de prequestionamento dos arts. 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da CF. Incidência da Súmula 282 do STF. Ademais, não opostos embargos declaratórios para suprir a omissão, é inviável o recurso, nos termos da Súmula 356 do STF. Precedentes.*

*II - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de norma infraconstitucional que fundamenta a decisão a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Precedentes.*

*III - Inviável em recurso extraordinário o reexame do conjunto fático probatório constante dos autos e de cláusulas contratuais. Incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. Precedentes.*

*IV - Agravo regimental improvido.<sup>45</sup>*

<sup>44</sup> AgRg no REsp 1220303 / SP, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, Julgamento: 09/10/2012, DJe 18/10/2012.

<sup>45</sup> Ag.Reg. no RE 715.148 BAHIA, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, 18/12/2012.

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER.* O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida 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.

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – DEVIDO PROCESSO LEGAL.* Se, de um lado, é possível ter-se situação concreta em que transgredido o devido processo legal a ponto de se enquadrar o recurso extraordinário no permissivo que lhe é próprio, de outro, descabe confundir a ausência de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional com a entrega de forma contrária aos interesses do recorrente.

*AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA.* Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.<sup>46</sup>

*DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. EXCLUSÃO BASE DE CÁLCULO. ART. 38 DO RICMS/SP. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO DO ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL DO ICMS. QUESTÃO NÃO PREQUESTIONADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356.*

A decisão agravada está em harmonia com a jurisprudência desta Casa acerca do caráter infraconstitucional do debate atinente à interpretação dada pelo Tribunal de Justiça paulista quanto à inclusão na base de cálculo do ICMS das mercadorias dadas em bonificação. A suposta ofensa aos postulados constitucionais somente poderia ser constatada a partir da análise da legislação infraconstitucional local apontada no apelo extremo. Eventual violação oblíqua ou reflexa não viabiliza trânsito a recurso extraordinário.

Por outro lado, a questão atinente à violação do arquétipo constitucional do ICMS sequer foi prequestionada, porquanto não foi analisada pelas instâncias ordinárias e tampouco nos embargos de declaração opostos para satisfazer o requisito do prequestionamento. Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal de origem. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Aplicável o entendimento jurisprudencial vertido na Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão suscitada”.

*Agravo regimental conhecido e não provido.*<sup>47</sup>

*DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE REFORMA DO*

<sup>46</sup> Ag.Reg. no RE 585.443 MINAS GERAIS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, 18/12/2012.

<sup>47</sup> Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 739.580 SÃO PAULO, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, 11/12/2012.

*JULGADO: IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUESTIONAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE. PROPORCIONALIDADE E ISONOMIA. PREQUESTIONAMENTO FICTO: IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO: INEXISTÊNCIA.*

- 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. Súmulas STF 282 e 356.*
- 3. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a sanar.*
- 4. Embargos de declaração rejeitados.<sup>48</sup>*

---

<sup>48</sup> Emb. Decl. no Agravo de Instrumento 743.641 Distrito Federal, Relatora Ministra ELLEN GRACIE.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi estudado no presente trabalho, observamos que ainda há divergência quanto ao que se deve entender por prequestionamento, o que gera insegurança para as partes quanto a estar ou não preenchido um dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, o cabimento.

Na doutrina prevalece o entendimento de que o prequestionamento é um dos requisitos necessários para o cabimento dos recursos especial e extraordinário.

Em nosso entendimento, o prequestionamento é condição ou pressuposto nele inserido de forma indissolúvel, por ser inerente à finalidade desses recursos, que é a tutela da higidez do ordenamento jurídico.

Isto porque, apesar de a Constituição Federal não prever expressamente o prequestionamento, este decorre da natureza extraordinária do recurso especial e do recurso extraordinário, pouco importando o silêncio da Constituição Federal sobre o assunto.

Em se tratando os recursos especial e extraordinário de modalidades destinadas ao exame de questões de direito, não cabendo análise dos fatos, é imprescindível que essas matérias jurídicas tenham sido objeto de pronunciamento na decisão recorrida, sob pena de os Tribunais não terem sobre o que se apoiar no tocante ao mérito dos recursos.

Ainda que não haja previsão constitucional ou legal no sentido da exigência do prequestionamento, a necessidade do preenchimento do requisito se deve a própria natureza dos recursos extraordinário e especial, já que somente se alcança o objetivo contido nos artigos 102, III e 105, III, ambos da Constituição Federal, quando houver na decisão recorrida exame e pronunciamento do Tribunal sobre a questão jurídica.

O prequestionamento tem grande importância para a atuação dos Tribunais Superiores, pois consiste em um dos mais seguros freios à interposição de recursos a eles dirigidos, sendo essencial ao seu processamento e julgamento, além de viabilizar a regular atividade dessas Cortes, pois, sem uma medida desse condão, tais instâncias seriam, na prática, inviáveis, uma vez que ficariam assoberbadas de recursos.

Dentre as correntes que estudam a natureza do prequestionamento, nos posicionamos de acordo com aquela que entende que o requisito do prequestionamento somente está preenchido quando há o necessário pronunciamento do tribunal de origem sobre a questão jurídica.

Apesar do Constituinte de 1988 não fazer expressa menção ao requisito do prequestionamento, firmou-se o entendimento de que o recurso não será admitido caso inexista, sobre a questão, decisão proferida pelas instâncias ordinárias.

De nossa parte, entendemos que ao condicionar o cabimento dos recursos extraordinários ou especiais a "causas decididas em única ou última instância", a Constituição deixou inequívoca a necessidade de prévia decisão sobre a matéria legal ou constitucional devolvida.

De tal assertiva decorrem algumas conclusões. Inicialmente, cabe advertir que a fixação do conceito de prequestionamento como causa decidida, permite concluir que mesmo a matéria estranha ao recurso da parte, caso objeto da decisão judicial, estará prequestionada.

No entanto, se a parte interessada não ventilar a questão, e se sobre esta inexistir qualquer pronunciamento judicial, será incabível o recurso extraordinário.

Embora na maioria dos casos o Tribunal se manifeste em decorrência de terem as partes levado a controvérsia a exame, é somente com o pronunciamento da corte regional que se terá por prequestionado o assunto que eventualmente será analisado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao prequestionamento implícito e explícito, filiamo-nos ao entendimento que possui no prequestionamento implícito a ideia de que tal pressuposto de admissibilidade se concretiza por meio do julgamento de uma determinada tese jurídica pelo acórdão proferido pelo tribunal de origem. Isto porque, embora tenha discutido o ponto controvertido em confronto com as prescrições genéricas do ordenamento, a decisão recorrida não faz menção expressa ao artigo de lei que contém a informação com base na qual se decidiu, o que decorre do fato de que as normas jurídicas são proposições que emanam de enunciados prescritivos – artigos de lei – não havendo necessidade de transcrever tais artigos, já que a ninguém é lícito alegar o desconhecimento da lei, muito menos ao órgão jurisdicional incumbido de sua uniformização.

Por fim, quanto ao prequestionamento explícito, entendemos que está presente quando a decisão recorrida haja feito expressa menção ao dispositivo legal tido por infringido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.5.
- CÂMARA, Bernardo; JUNQUEIRA, Bernardo; FREIRE, William. *Recurso Especial e Extraordinário: doutrina e prática*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário, 2002.
- CARRASCO, Maria do Carmo Oliveira e COLUCCI, Eloísa. *Comunicação e Oratória: Teoria e Prática. Ferramenta Estratégica para o Operador do Direito*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2005.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 1ª ed. Salvador: Jus Podium, 2006. Vol. 3.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral – Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2008, v.1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *A Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário*. Revista Forense. V. 378. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. *Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial: a Dificuldade do Acesso à Justiça nos Tribunais Brasileiros (STF e STJ)*. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 12ª ed. rev., atual. E ampl. De acordo com as leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11672/2008, 12.322/2012 e emendas regimentais do STF e do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Samir José Caetano. *A Repercussão Geral da Questão Constitucional*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 50. São Paulo: Dialética, 2007.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral e Outras Questões relativas aos Recursos Especial e Extraordinário*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Gilson Delgado; Pizzol, Patrícia Miranda. *Processo Civil: recursos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MELLO, Augusto Cordeiro de. *O Processo no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. Vol. 2.

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, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Allan Helber de; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Processo Civil 1: processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Função do Recurso Especial*. Revista Forense, v. 309.

RIZZI, Luiz Sérgio. *Do Recurso Extraordinário*. Revista do Advogado, vol 27.

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.

SILVA, Bruno Mattos. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AgRg no AREsp 240404 / RS, Relator Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma. Julgamento: 27/11/2012, DJe 10/12/2012.

AgRg no AREsp 118201 / SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, Julgamento: 18/09/2012, DJe 24/09/2012.

AgRg no REsp 1220303 / SP, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, Julgamento: 09/10/2012, DJe 18/10/2012

Ag.Reg. no RE 715.148 BAHIA, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, 18/12/2012.

Ag.Reg. no RE 585.443 MINAS GERAIS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, 18/12/2012.

Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 739.580 SÃO PAULO, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, 11/12/2012.

Emb. Decl. no Agravo de Instrumento 743.641 Distrito Federal, Relatora Ministra ELLEN GRACIE.

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)