

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – COGEAE**

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**CARLA APARECIDA KIDA RODRIGUES VILLAVERDE**

**PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

SÃO PAULO

2014

**CARLA APARECIDA KIDA RODRIGUES VILLAVERDE**

**PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós Graduação *Latu Senso* – Especialização em Processo Civil.

**Orientadora: Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz**

São Paulo

2014

**CARLA APARECIDA KIDA RODRIGUES VILLAVERDE**

**PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós Graduação *Latu Senso* – Especialização em Processo Civil.

São Paulo, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

Nome do Professor

---

Nome do Professor

---

Nome do Professor

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente ao nosso Pai Maior, por nos dar a Graça da Vida, da saúde, do entendimento.

Ao amado Dr. Ricardo Abdul Nour, meu pai espiritual, professor, incentivador e concretizador deste projeto, que sempre esteve ao meu lado me apoiando e abrindo mão dos meus préstimos profissionais a fim de possibilitar meu empenho nesta jornada estudantil.

Aos meus amados pais que me criaram e educaram com base nos mais valiosos princípios.

Ao meu amado irmão que sempre esteve ao meu lado, me apoiando.

Ao meu amado marido Alex, que suportou minha ausência durante o curso, sempre me apoiando, em prol do meu crescimento profissional.

A todos, meus mais sinceros agradecimentos.

## RESUMO

Estudo inicia-se com alusão a parte histórica do prequestionamento, conceito, natureza jurídica, as formas de prequestionamento existentes, entendimento doutrinário e jurisprudencial. A obrigatoriedade do prequestionamento nos Recursos Excepcionais as súmulas vigentes sobre a matéria. A explanação do núcleo do estudo - prequestionamento implícito nos Recursos Excepcionais, sua aceitação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, sendo proferida análise específica do entendimento de cada Tribunal. O cabimento e utilidade dos Embargos Declaratórios prequestionadores, sua importância no meio jurídico, com enfoque aos Recursos Excepcionais, visando o alcance das “causas decididas”, o entendimento específico dos Tribunais Superiores, aceitação, efeitos práticos, divergências e entendimento doutrinário sobre o tema. O conflito entre as Súmulas dos Tribunais também será aduzida. Conceito, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre as questões de ordem pública também serão estudados.

Conclusão sobre o tema, pontos importantes, mudanças que devem acontecer e soluções que se fazem imprescindíveis ao dia a dia jurídico.

Palavras-chave: recursos excepcionais, recurso extraordinário, recurso especial, pressupostos de admissibilidade, prequestionamento, embargos de declaração, súmulas, matéria de ordem pública.

## **ABSTRACT**

This study begins with an allusion to the historical part of pre-questioning, its concept, its legal nature and all forms of pre-questioning existing at doctrinal and jurisprudential understanding. It discusses the obligation of pre-questioning on Extraordinary Appeal and Special Appeal with binding preceding validation on the matter. It also includes explanation on the core study of pre-questioning implicit at Extraordinary Appeal and Special Appeal, its acceptance at the Supreme Federal Court and at the Superior Court of Justice where specific analysis on each Court is given. The appropriateness of the pre-questioning for Motion of Clarification, its importance at the legal scale focusing Extraordinary Appeal and Special Appeal in light of decided legal cases, the specific understanding and interpretation of the Superior Court, its acceptance and practical effects, divergences and doctrinaire understanding on the matter are also demonstrated. The conflicts on the Court Precedents are also adduced. Concept, doctrinal and jurisprudential understanding on issues of public policy will also be studied.

In closing, the main points of this study as well as proposed changes that are shown to be key to the legal daily practice are presented.

Key words: Extraordinary Appeal, Special Appeal, presuppositions of admissibility, pre-questioning, motion of clarification, binding precedents, public policy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 DO PREQUESTIONAMENTO .....</b>	<b>9</b>
2.1. Visão histórica e previsão legal .....	9
2.2. Conceito .....	11
2.3. Da exigência do Prequestionamento.....	13
2.4. Formas de Prequestionamento .....	16
<b>3 DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO .....</b>	<b>17</b>
3.1. Entendimento no Supremo Tribunal Federal.....	18
3.2. Entendimento no Superior Tribunal de Justiça.....	23
<b>4 DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS .....</b>	<b>26</b>
<b>5 DO CONFLITO DE SÚMULAS .....</b>	<b>31</b>
5.1. Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal .....	31
5.2. Entendimento nos Tribunais Superiores e na Doutrina.....	33
<b>6 DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA .....</b>	<b>36</b>
6.1. Conceito .....	36
6.2. Do Prequestionamento - Entendimento dos Tribunais Superiores.....	38
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>42</b>
<b>8 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>48</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz a explanação sobre o Prequestionamento Implícito nos Recursos Excepcionais, em especial quanto à divergência de entendimentos existentes nos Tribunais Superiores e na doutrina.

Antes de adentrar ao tema núcleo, necessário se faz uma célere alusão à parte histórica do prequestionamento, seu surgimento, conceito, natureza jurídica, bem como os tipos de prequestionamento existentes e aceitos pela doutrina e jurisprudência.

O estudo mencionará, também, sobre a obrigatoriedade do prequestionamento tanto no Recurso Especial quanto no Recurso Extraordinário, as súmulas vigentes que versam sobre a matéria, visando melhor compreensão do tema.

O ponto nuclear será quanto ao prequestionamento implícito nos Recursos Excepcionais, a aceitação deste prequestionamento no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Neste contexto, será proferida análise específica do entendimento de cada Tribunal, com amplo embasamento nas decisões por estes proferidas sobre o tema, a fim de alcançar o juízo mais atualizado.

O cabimento e utilidade dos Embargos Declaratórios prequestionadores também serão enfoque na presente dissertação, diante da sua real utilidade e importância no meio jurídico, em especial aos Recursos Excepcionais, vez que possibilitam a provocação do tribunal *a quo* em caso de omissão, visando cumprir o requisito do prequestionamento alcançando as “causas decididas”, termo constitucional imprescindível para o acesso aos Tribunais Superiores.

Em continuação, o entendimento específico do Tribunal Supremo e do Tribunal Superior sobre citado remédio jurídico, aceitação e efeitos práticos, divergências e entendimento doutrinário sobre o tema.

O conflito existente entre as Súmulas dos Tribunais também farão parte da presente dissertação, sendo proferido superficial aprofundamento no entendimento das normas e significância no mundo jurídico atual.

As questões de ordem pública também serão aduzidas. Seu conceito, entendimentos doutrinários sobre o tema e o entendimento esposado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Possível vislumbrar a citação de diversos julgados, a maioria em nota explicativa para não carregar a leitura, vez que estes foram o pilar sustentador do presente trabalho, elaborado com base na realidade jurídica, a fim de orientar os competentes profissionais do direito, que lutam diária e arduamente em prol do exercício da mais lidima Justiça.

Por fim, ter-se-á a conclusão deste e estudo desta pós graduanda quanto ao tema, os pontos importantes, mudanças e soluções que se fazem imprescindível ao cotidiano jurídico.

## 2. DO PREQUESTIONAMENTO

### 2.1. Visão histórica e previsão legal

Imperioso mencionar, antes de adentrar ao núcleo do tema, sobre a origem do prequestionamento, que ocorreu juntamente com o Recurso Extraordinário, surgido na Constituição Federal de 1891<sup>1</sup>, cujo texto foi posteriormente modificado pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, sem apresentar a nomenclatura “extraordinário”, que já vinha sendo utilizada pelo Tribunal Supremo em seu Regimento Interno e citações, vindo a ser incorporada na Constituição Federal de 1934<sup>2</sup>.

Sobre o mencionado, tem-se o ensinamento de Moacyr Amaral Santos<sup>3</sup>:

---

<sup>1</sup> Art 60 - Aos juízes e Tribunaes Federaes: processar e julgar:

(...)

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação;
- b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;
- c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica;
- d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.

<sup>2</sup> Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

- a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
- b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;
- d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

<sup>3</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 21ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2001, v. 1, p. 157.

Da especialidade do recurso de tutelar a autoridade e a aplicação da Constituição, dos tratados e das leis federais nos casos excepcionais previstos na própria Constituição, adveio-lhe a denominação de recurso extraordinário, já empregada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 26 de fevereiro de 1891, e repetida pela Lei nº 221, de 20 de novembro do mesmo ano. Consagrou-a a Constituição de 1934, mantendo-a as Constituições posteriores.

Competia ao Supremo Tribunal Federal julgar, em sede de Recurso Extraordinário, tanto matérias de âmbito Federal como Constitucional, vindo a ser tal sistema bipartido posteriormente, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que criou o Superior Tribunal de Justiça visando dividir atribuições, ficando a cargo deste o julgamento de questões federais através da interposição do Recurso Especial, devidamente aduzido no artigo 105<sup>4</sup>, inciso III e ao Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, a apreciação das matérias constitucionais, conforme elencado no artigo 102<sup>5</sup>, inciso III, ambos dispositivos constantes da Carta Magna vigente.

## 2.2. Conceito

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O conceito de prequestionamento não consta na Constituição Federal, onde sequer é mencionado, tampouco é tratado em lei ordinária, mas a doutrina vem tratando do assunto há tempos, havendo diversos entendimentos quanto ao mesmo, em especial quanto a sua natureza jurídica e seu conceito.

De acordo com a Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>6</sup>, a atual discrepância quanto ao conceito e entendimento do prequestionamento é resultado de sua evolução histórica vez que, a Constituição Federal de 1891 dispunha que o recurso extraordinário seria admitido quando a recorrente questionasse a validade ou incidência de leis federais ou tratados, e as decisões estaduais que lhes fossem contrárias. No entanto, a expressão questionamento não foi repetida na Constituição Federal de 1946, tampouco nos textos posteriores. Passou-se, então, à noção de que o prequestionamento seria a necessidade de referência à questão federal ou constitucional na decisão impugnada.

Isso porque no próprio texto constitucional vigente consta que, para a interposição tanto do Recurso Especial como do Recurso Extraordinário, necessário se faz ter-se “causas decididas”, fazendo crer na necessidade de enfrentamento da matéria pelo Tribunal *a quo*, a fim de constar o dispositivo ferido na decisão recorrida.

Desta feita, tem-se que a origem do prequestionamento pautava-se no fato de ser este um ato da parte, em questionar determinada questão federal e/ou constitucional antes da decisão recorrida. Com base no texto constitucional atual, não é possível verificar qualquer menção a necessidade de impugnação da parte, e

---

<sup>6</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 397-400.

sim a obrigatoriedade de constar na decisão recorrida a questão federal e/ou constitucional suscitada.

Para alguns doutrinadores, dentre eles José Miguel Garcia Medina, o prequestionamento é ato privativo da parte, que deve questionar previamente a matéria. Para Eduardo Ribeiro, refere-se ao conteúdo da decisão recorrida. Já Cássio Scarpinella Bueno<sup>7</sup>, entende que a matéria deve estar decidida para considerar-se questionada.

José Miguel Garcia Medina<sup>8</sup>, de forma objetiva, reuniu os diversos conceitos doutrinários e jurisprudenciais em três entendimentos:

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

Para a doutrina majoritária, o prequestionamento tem ligação direta com a causa decidida, devendo constar na decisão proferida a questão federal e/ou constitucional lesionada. Os Tribunais Superiores também seguem tal entendimento, devendo a matéria ter sido analisada pelo tribunal *a quo* para reanálise do tema em sede dos Recursos Excepcionais.

Por qualquer ângulo que se analise, tem-se que o prequestionamento nada mais é do que a alusão da matéria federal e/ou constitucional no processo nas instâncias inferiores, realizada por provocação das partes – exceto às questões de ordem pública, que serão tratadas em tópico específico, para que o Órgão Julgador

---

<sup>7</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistemático de Direito Processual Civil. Recursos. Processos e Incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2010, p. 275.

<sup>8</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 113-114.

se manifeste sobre a mesma, sendo necessária, por certo, a análise de todos os pontos alegados pela decisão proferida, a fim de evitar supressão de instâncias.

Em caso de não manifestação sobre alguma matéria federal e/ou constitucional na decisão, há remédio jurídico apto a ensejar a manifestação do órgão julgador, assunto que será aduzido em tópico específico.

No tocante ao significado e abrangência do termo “causas decididas”, é pacífico o entendimento<sup>9</sup> de que se refere tanto às sentenças quanto às decisões interlocutórias.

### 2.3. Da exigência do Prequestionamento

A obrigatoriedade do prequestionamento foi aduzida de forma explícita nas Constituições de 1891, 1934 (acima mencionadas em nota explicativa) e 1937<sup>10</sup>, posicionamento este que não foi mantido na Constituição Federal de 1946<sup>11</sup>

<sup>9</sup> **Súmula nº 86 do STJ** - Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

<sup>10</sup> Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

- a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
- b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;
- d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.

<sup>11</sup> Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

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

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
- d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

tampouco nas de 1967<sup>12</sup>, 1969<sup>13</sup> e na Carta Magna vigente, que não trouxe de forma expressa tal obrigatoriedade, trazendo a baila discussões, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a necessidade do prequestionamento.

Desta feita, com base na Constituição Federal de 1988, não seria mais necessário o prequestionamento, e sim que a questão constasse na decisão recorrida, que a causa estivesse decidida, vez não constar no texto o prequestionamento como requisito de admissibilidade, tampouco em legislação infraconstitucional.

Muitos doutrinadores entenderam por não ser mais necessário o prequestionamento, vez que “retirado” do texto legal sua obrigatoriedade ao suprimir a expressão “sobre cuja aplicação se haja questionado”, bastando apenas que a decisão recorrida tivesse ferido alguma norma jurídica, ainda que não invocada pela

<sup>12</sup> Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

<sup>13</sup> Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

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

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

parte. Conforme citação realizada pela doutrinadora Kátia Aparecida Mangone<sup>14</sup>, esse foi o entendimento emanado pelo doutrinador José Afonso da Silva.

No entanto, a essência do prequestionamento permaneceu inalterada; como aludido no tópico acima: prequestionar significa discutir a matéria federal e/ou constitucional, trazê-la aos autos para que os órgãos julgadores e 1ª e 2ª Instâncias emanem seu entendimento sobre a mesma, sendo certo que, caso haja ferimento a algum dispositivo legal aduzido, seja o mesmo apreciado pelas Cortes Superiores.

Assim, com o passar do tempo, através dos entendimentos proferidos pelos Tribunais Superiores, foi concretizada a obrigatoriedade do prequestionamento para apreciação dos Recursos Excepcionais, sendo editadas Súmulas, em ambos os Tribunais, colocando uma pá de cal sobre o tema:

#### Súmula do Supremo Tribunal Federal:

**Súmula 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.

#### Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

**Súmula 98:** Embargos de Declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório.

**Súmula 211:** Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

**Súmula 320:** A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

Em análise às súmulas supra descritas, verifica-se a importância do prequestionamento no sistema jurídico brasileiro, em especial quanto ao acesso aos

---

<sup>14</sup> MANGONE Kátia Aparecida, Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso extraordinário e no Recurso Especial, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2013, pag. 83

Tribunais Superiores, que só poderá ser realizado com o cumprimento de requisitos essenciais de admissibilidade, dentre eles o ora em comento.

#### 2.4. Formas de Prequestionamento

Há, em nosso ordenamento jurídico, a classificação do prequestionamento em explícito, implícito e ficto, no entanto, o conceito destes é divergente na doutrina.

De forma sucinta, com base na visão majoritária sobre o tema, tem-se o prequestionamento **explícito** quando as questões do Recurso Excepcional foram debatidas e sobre elas o Tribunal tenha emitido expresso Juízo, mencionando a lei federal e/ou constitucional; **implícito** quando a questão encontra-se implicitamente apreciada, sendo a matéria abordada na decisão mas sem expresso pronunciamento do Tribunal; e o **ficto**, quando a questão é ventilada pelas partes e a decisão é omissa e frente à omissão são interpostos embargos declaratórios aos quais não é dado provimento.

Dentre inúmeros entendimentos analisados, imperioso destacar o preferido por Nelson Nery Junior<sup>15</sup>, que destaca ser irrelevante a classificação do prequestionamento entre explícito ou implícito para o cabimento dos Recursos Excepcionais, bastando apenas constar a matéria na decisão que se pretende recorrer, estando a mesma efetivamente decidida, sendo desnecessária a expressa menção ao dispositivo legal.

---

<sup>15</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores, in DIDIER JUNIOR, Fredie. Leituras complementares de Processo Civil. 5. Ed. Salvador – Edições Podivm – 2007, p. 67.

Para Cássio Scarpinella Bueno<sup>16</sup>, o que importa é o objeto da decisão recorrida e não a forma com que o prequestionamento se apresenta.

Diante da falta de consenso quanto ao prequestionamento, bem como se implícito ou explícito, tanto entre os doutrinadores como nos Tribunais Superiores, Tereza Arruda Alvim<sup>17</sup> entende que deve ser aplicada a fungibilidade ao tema.

No tocante ao prequestionamento ficto, inserido pela análise da Súmula 356<sup>18</sup>, que será aduzida a seguir, tal termo vem sendo apagado diante das decisões proferidas nos Supremo Tribunal Federal, que vem se pronunciando acerca apenas, do prequestionamento implícito. Já o Superior Tribunal de Justiça ainda manifesta o entendimento de que o prequestionamento ficto traduz o constante na Súmula supra citada.

Por derradeiro, será tomado como base para o presente estudo o prequestionamento implícito, seu conceito e aceitação perante as Cortes Superiores, as recentes decisões proferidas a respeito, a utilização das súmulas sobre a matéria, controvérsias e melhor posicionamento sobre o tema.

### 3. DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO

Como aludido no tópico 2.4, o prequestionamento foi classificado em explícito, implícito e ficto, sendo que será tratado no presente estudo quanto ao prequestionamento implícito, seu conceito perante a doutrina e Tribunais Superiores, sua aceitação e controvérsias existentes sobre o tema.

---

<sup>16</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. Quem tem medo do prequestionamento. Revista Dialética de Direito Processual, v. 1. São Paulo: Dialética 2003, páginas 23-53.

<sup>17</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. 2. Ed. – São Paulo – revista dos Tribunais – 2008 – p. 416-419.

<sup>18</sup> **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.

A doutrina diverge quanto ao conceito de prequestionamento implícito. Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>19</sup> aduz que, para alguns doutrinadores, citado prequestionamento ocorre quando, apesar de mencionada a tese jurídica, não há menção na decisão da norma jurídica violada; para outros, que a questão foi colocada à discussão em primeira instância, mas não mencionada no acórdão; há, ainda, quem conceitue ser o prequestionamento implícito ato praticado pela parte.

Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça entendem ser o prequestionamento requisito de admissibilidade dos Recursos, e decorrer da emissão de juízo sobre a matéria na decisão proferida pelo Tribunal *a quo*.

No entanto, a constatação e caracterização do prequestionamento difere nas Cortes, e até entre os Julgadores do mesmo Órgão, assunto este que será aprofundado a seguir.

### **3.1. Entendimento no Supremo Tribunal Federal**

Em pesquisa jurisprudencial<sup>20</sup>, possível verificar que é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao não acolhimento da tese do prequestionamento implícito para admissibilidade do Recurso Extraordinário, sendo necessária, para que haja suprido o requisito do prequestionamento, a análise obrigatória da matéria pelo Tribunal *a quo*.

---

<sup>19</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão Judicial e Embargos de Declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 278-279.

<sup>20</sup> **ARE 823545 AgR / DF** - Relator(a): Min. Carmen Lúcia – Segunda Turma - Julgamento: 16/09/2014 – PUBLIC 26-09-2014; **RE nº 681.953/DF-AgR**, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 9/11/12; **AI nº 735.115/RS-AgR**, Ministra Carmen Lucia, Primeira Turma, DJe de 11/5/12; **RE 556.262-AgR**, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 9.4.2013.

Tal posicionamento encontra-se devidamente concretizado diante da edição da Súmula 282<sup>21</sup> do mesmo Tribunal, que aduz ser inadmissível o Recurso Excepcional quando a questão federal aduzida não houver sido discutida na decisão recorrida.

No entanto, a celeuma gira em torno da atitude a ser tomada quando o Tribunal *a quo* se mantém omissos à matéria suscitada, ou seja, não a aprecia de forma expressa.

Neste diapasão, tem-se a Súmula 356<sup>22</sup> do Supremo Tribunal Federal.

Proferindo rápido juízo de convicção sobre a mesma, entende-se por não estar prequestionado, portanto indiscutíveis em Recurso Excepcional, pontos omissos da decisão que não tenham sido objeto de Embargos Declaratórios.

Por certo que a parte majoritária da doutrina, bem como os operadores do direito, após a modificação no texto constitucional, apegaram-se a este entendimento sumulado, a fim de forçar a emissão de juízo de convicção pelo Tribunal *a quo* ou supri-lo, visando cumprir o requisito do prequestionamento, entendimento este seguido desde então pelo Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>.

Alguns Ministros do Tribunal Superior, no decorrer do tempo, passaram a emitir nova interpretação à Súmula 356, juntamente com o disposto na Súmula 282, sob o prisma de que matéria prequestionada é aquela que foi expressamente enfrentada pelo tribunal *a quo*, não bastando à interposição de Embargos Declaratórios para suprir o requisito do prequestionamento.

---

<sup>21</sup> **Súmula 282:** É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

<sup>22</sup> **Súmula 356:** O ponto omissos da decisão, sobre o qual não foram opostos Embargos Declaratórios, não pode ser objeto de Recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

<sup>23</sup> **AI 127809 AgR / SP** – Relator(a): Min. Aldir Passarinho – Segunda Turma - Julgamento: 31/10/1989 - DJ 24-11-1989 e **RE 309786 AgR / MG** - Relator(a): Min. Mauricio Corrêa – Segunda Turma - Julgamento: 26/02/2002 - DJ 26-04-2002.

Dentre os Julgadores que seguem citado entendimento, além do Ministro Gilmar Mendes<sup>24</sup> e do Ministro Celso de Mello<sup>25</sup>, pode-se citar a Ministra Rosa Weber, que proferiu diversos acórdãos<sup>26</sup> neste sentido, sendo transcrito abaixo parte da Ementa do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 707.221<sup>27</sup>:

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

Diante do entendimento acima apontado, onde se impunha a menção expressa da matéria ventilada na decisão recorrida, muito se discutiu sobre a eficácia da Súmula 356 e seu verdadeiro sentido.

Contudo, em análise a recentes julgados, verifica-se que os entendimentos quanto a citada Súmula estão se flexibilizando - até porque nunca restou pacífico no Tribunal referido entendimento sumular, sendo que julgados recentes emanam maior importância a mesma, aduzindo que, em casos da matéria não ter sido apreciada pelo Tribunal *a quo*, necessária e indispensável a interposição de Embargos de Declaração a fim de levar ao órgão julgador a matéria constitucional a ser prequestionada.

---

<sup>24</sup> **RE 556262 AgR / SP** – Relator: Min. Gilmar Mendes – Segunda Turma - Julgamento: 19/03/2013 - PUBLIC 09-04-2013.

<sup>25</sup> **RE 568959 AgR / RS** – Relator: Min. Celso de Mello – Segunda Turma - Julgamento: 19/02/2013 - PUBLIC 19-03-2013.

<sup>26</sup> **ARE 678139 AgR / RJ** – Primeira Turma - Julgamento: 06/08/2013 - PUBLIC 21-08-2013; **RE 591961 AgR / RJ** – Primeira Turma - Julgamento: 05/02/2013 - PUBLIC 26-02-2013; **AI 739580 AgR / SP** – Primeira Turma - Julgamento: 11/12/2012 - PUBLIC 06-02-2013.

<sup>27</sup> **STF - ARE 707221 – AgR / BA** - Órgão Julgador: Primeira Turma - Julgamento: 20/08/2013 - PUBLIC 04-09-2013.

Neste sentido, tem-se alguns acórdãos<sup>28</sup> proferidos pelo Ministro Dias Toffoli, destacando-se o voto emitido no Ag. Reg. No RE com Agravo 797.053<sup>29</sup>, em 05/08/2014:

(...) “Todavia, observo que esta Corte Suprema não admite a tese do chamado prequestionamento implícito, sendo certo que, caso a questão constitucional não tenha sido apreciada pelo Tribunal a quo, é necessária e indispensável a oposição de embargos de declaração, os quais devem trazer a discussão da matéria a ser prequestionada, a fim de possibilitar ao tribunal de origem a apreciação do ponto sob o ângulo constitucional, sob pena de se inviabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.” (...)

Segue nesta Corte Suprema em linha similar, o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, que proferiu acórdão em 2011 e outro mais recentemente<sup>30</sup>, bem como decisão da Ministra Carmen Lúcia<sup>31</sup>, destacando a importância da oposição de Embargos Declaratórios com o fito de suscitar a matéria constitucional à apreciação pelo Tribunal de origem.

Nos acórdão mencionados, não há expressa menção quanto a dinâmica prática caso os Tribunais de origem permaneçam omissos sobre a matéria, mesmo após o manejo dos Embargos Aclaratórios, no entanto, em leitura dos votos, subentende-se restar suprida a questão do prequestionamento, possibilitando, assim, a análise da matéria aduzida em sede de Recurso Extraordinário, vez que externam de forma nítida ser indispensável a oposição de Embargos de Declaração

---

<sup>28</sup> **ARE 770029 AgR / DF** – Primeira Turma - Julgamento: 05/08/2014 - PUBLIC 16-09-2014; **ARE 795648 AgR / SP** – Primeira Turma - Julgamento: 29/04/2014 - PUBLIC 30-05-2014; **ARE 761180 AgR / DF** – Primeira Turma - Julgamento: 04/02/2014 - PUBLIC 25-02-2014; **ARE 704846 ED / PR** – Primeira Turma - Julgamento: 28/05/2013 - PUBLIC 08-08-2013.

<sup>29</sup> **STF - ARE 652661 AgR / SP** – Segunda Turma - Julgamento: 22/11/2011 - PUBLIC 07-12-2011 e **ARE 797053 AgR / PE** – Órgão Julgador: Primeira Turma - Julgamento: 05/08/2014 - **PUBLIC 17-09-2014**.

<sup>30</sup> **RE 639976 AgR / PB** – Órgão Julgador: Segunda Turma - Julgamento: 09/09/2014 - PUBLIC 18-09-2014.

<sup>31</sup> **ARE 783501 ED / PR** – Órgão Julgador: Segunda Turma - Julgamento: 17/12/2013 - PUBLIC 25-02-2014; **ARE 735948 AgR / SP** – Segunda Turma - Julgamento: 15/10/2013 - PUBLIC 28-10-2013 e **AI 631.961-ED**, Primeira Turma, DJe 15.5.2009).

caso o tribunal *a quo* não tenha se manifestado sobre a matéria ventilada – entendimento este que vai de encontro a Súmula 356.

Será aduzido sobre o manejo específico do citado remédio jurídico em tópico próprio.

Ainda sobre o prequestionamento na Corte Superior, tem-se que a mera alusão da matéria no voto vencido não supre sua necessidade, conforme direciona o acórdão proferido pela Ministra Rosa Weber<sup>32</sup>, entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 320<sup>33</sup>, devendo ser interposto os Embargos de Declaração.

Ainda, caso a ofensa à Constituição tenha surgido no acórdão recorrido, também deve ser interposto os Embargos Declaratórios para apreciação da matéria pelo tribunal *a quo*, o que ocorre também caso a omissão tenha surgido no acórdão dos Embargos de Declaração, conforme recente voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli<sup>34</sup>.

Diante de todo o acima aludido, tem-se que a aceitação prática dos Embargos de Declaração, por certo que atacando com obviedade os pontos omissos – sobre matérias já constantes nos autos, cuja análise se faça essencial a fim de se considerar seu prequestionamento e conseqüente admissibilidade do Recurso Extraordinário, resta discutível no Tribunal, diante do entendimento de alguns Ministros quanto a necessidade de constar expressamente na decisão recorrida a matéria ferida, não bastando apenas a interposição destes, confrontando com os defendem ser imprescindível sua interposição visando a análise da matéria omitida na decisão recorrida.

---

<sup>32</sup> **ARE 740014 AgR / RS** – Primeira Turma - Julgamento: 22/10/2013 - PUBLIC 08-11-2013.

<sup>33</sup> **Súmula nº 320 STJ** - A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

<sup>34</sup> **ARE 770029 AgR / DF** – Primeira Turma - Julgamento: 05/08/2014 - PUBLIC 16-09-2014.

### 3.2. Entendimento no Superior Tribunal de Justiça

Diferente do entendimento emanado no Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça aceita o prequestionamento implícito em alguns casos, desde que a matéria esteja aduzida na decisão recorrida, por mais que não esteja expresso o disposto legal.

Em análise há alguns julgados, verifica-se que a aceitação do citado prequestionamento pouco ocorre, diante das peculiaridades exigidas para tanto. Segue abaixo trecho de ementa proferida no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 245.620<sup>35</sup>, onde fora admitindo o prequestionamento implícito:

“PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO AMBIENTAL. APREENSÃO DE VEÍCULO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. APRECIÇÃO DE OFENSA A DECRETO, NA VIA ESPECIAL. INVIABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO DO DISPOSTO NO ART. 72, IV, DA LEI 9.605/98. OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...) III. No caso, é de se admitir o prequestionamento implícito do disposto no art. 72, IV, da Lei 9.605/98, de vez que o acórdão de 2º Grau, apesar de a ele não fazer referência expressa, decidiu a questão federal nele tratada, mencionando, inclusive, a sua disposição literal. (...)

VI. Agravo Regimental parcialmente provido, para reconhecer o prequestionamento implícito do disposto no art. 72, IV, da Lei 9.605/98, mantida, porém, a decisão que conheceu do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial”.

Entende o Tribunal Superior<sup>36</sup> que "somente se poderá entender pelo prequestionamento implícito quando a matéria tratada no dispositivo legal for

<sup>35</sup> **AgRg no AREsp 245620 / AL** - 2012/0221884-3 - Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES – Segunda Turma - Data do Julgamento: 04/09/2014 - DJe 11/09/2014.

<sup>36</sup> **AgRg no REsp 1383094/RS**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013); **AgRg no REsp 1463089 / RS** - 2014/0135553-1 - Relator(a)

apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o *decisum* objurgado”, ou seja, caso não haja expressa menção a norma em discussão, considerar-se-á prequestionada a matéria, de forma implícita, se verificado, obrigatoriamente, a efetiva emissão de juízo de valor pelo tribunal *a quo* sobre a mesma, não considerando a mera interposição de Embargos Declaratórios com esse fito.

Neste contexto, mesmo que a matéria tenha sido trazida aos autos pelas partes, sendo provocado o juízo de convencimento em sede de Apelação, bem como através dos Embargos Declaratórios, se não aduzida a matéria na decisão recorrida, não é admitido o Recurso Especial, com base na Súmula 211<sup>37</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>38</sup> é totalmente contrário a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal; para este, da inteligência da citada Súmula 356 tem-se o prequestionamento ficto, bastando apenas a interposição de Embargos de Declaração, independente de apreciação, para se ter prequestionada a matéria, ensejando a análise do Recurso Excepcional.

---

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES – Segunda Turma - Data do Julgamento: 02/09/2014 - DJe 08/09/2014.

<sup>37</sup> **Súmula 211:** Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

<sup>38</sup> **EDcl no AgRg no AREsp 143216 / SC** - 2012/0053479-1 - Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO – Terceira Turma - Data do Julgamento: 12/08/2014 - DJe 05/09/2014; **AgRg no Ag 55003 / SP** - 1994/0023444-9 - Relator(a) Ministro DEMÓCRITO REINALDO – Primeira Turma - Data do Julgamento: 22/02/1995 - DJ 27/03/1995; (AgRg no AREsp 180.224/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 23/10/2012; **AgRg no AREsp 105.225/SP**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/4/2012, DJe 3/5/2012; **AgRg no Ag 1.229.821/PR**, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 9/4/2012; **AgRg no REsp 1271272 / PE** - 2011/0188417-0 - Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN – Segunda Turma - Data do Julgamento: 10/04/2012 - DJe 23/04/2012.

Abaixo segue ementa proferida recentemente, em Agravo Regimental no Agravo em Recurso especial 229138<sup>39</sup> aduzindo sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REJEIÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. IRREGULARIDADES. NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. EFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. (...) 5. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de ser inadmissível o prequestionamento ficto, ou seja, não considera prequestionada a matéria pela simples oposição de Embargos Declaratórios. (...)

Opostos Embargos Declaratórios a fim de provocar a apreciação da matéria violada pelo Tribunal de origem, se não apreciados, deve a parte interpor Recurso Especial sob alegação de afronta ao artigo 535, inciso II do Código de Processo Civil, visando a anulação do acórdão proferido nos Embargos, a fim de devolver a matéria para análise ao tribunal *a quo* a fim de suprir o requisito do prequestionamento.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça aduz, em várias decisões<sup>40</sup>, que o prequestionamento ficto é aceito e utilizado pelo Supremo Tribunal Federal; contudo, em análise às decisões proferidas por esta Corte, pouco se vê sobre tal

<sup>39</sup> ARE 770029 AgR / DF – Primeira Turma - Julgamento: 05/08/2014 - PUBLIC 16-09-2014.

<sup>40</sup> AgRg no Ag 828310 / SP - 2006/0232456-7 - Relator(a) Ministra ELIANA CALMON – Segunda Turma - Data do Julgamento: 18/10/2007 - DJ 31/10/2007; AgRg no Ag 972630 / RS - 2007/0256720-3 - Relator(a) Ministra ELIANA CALMON – Segunda Turma - Data do Julgamento: 22/04/2008 - DJe 08/05/2008; EDcl no AgRg nos EREsp 1012187 / SP - 2009/0033309-7 - Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA – Terceira Seção - Data do Julgamento: 23/09/2009 - DJe 08/10/2009; EDcl no AgRg no REsp 1220621 / RS - 2010/0195261-8 - Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS – Segunda Turma - Data do Julgamento: 24/05/2011 - DJe 01/06/2011; AgRg no AREsp 385897 / RS - 2013/0276517-0 - Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – Quarta Turma - Data do Julgamento: 10/12/2013 - DJe 18/12/2013; AgRg no REsp 1397204 / PB - 2013/0258273-5 - Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES – Segunda Turma - Data do Julgamento: 20/05/2014 - DJe 26/05/2014; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1102060/RS - Rel. Min. Jorge Mussi - Quinta Turma - julgado em 18.11.2010 - DJe 06.12.2010.

expressão, sendo que em análise às escassas decisões<sup>41</sup>, equipara-se tal prequestionamento com o implícito, a *contrario senso* do entendimento proferido pelo Tribunal Superior.

Diante de todo o acima aludido, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça aceita o prequestionamento implícito em alguns casos, desde que a decisão recorrida manifeste expresse juízo de convencimento sobre a matéria em debate, independente da interposição de Embargos de Declaração para sanar possível omissão, em conformidade com a Súmula 211 deste Tribunal.

#### 4. DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Os Embargos Declaratórios estão dispostos no artigo 535 à 538 do Código de Processo Civil, sendo que seu cabimento consta nos incisos I e II do artigo 535<sup>42</sup>, prestando-se, assim, a esclarecimentos quando houver no julgado contradição, obscuridade e/ou omissão.

De suma importância a utilização deste remédio jurídico a fim possibilitar o esclarecimento dos pontos sobre os quais deveriam ter sido proferido juízo de convencimento, obtendo-se uma decisão completa, devidamente fundamentada, alcançando a “causa decidida”, conforme consta no texto constitucional, possibilitando, assim, o acesso aos Tribunais Superiores.

---

<sup>41</sup> **ARE 707221 AgR / BA** - BAHIA - Relator(a): Min. Rosa Weber – Primeira Turma - Julgamento: 20/08/2013 - PUBLIC 04-09-2013; **AI 764757 AgR / SP** - Relator(a): Min. Dias Toffoli – Primeira Turma – Julgamento: 28/05/2013 - PUBLIC 08-08-2013; **RE nº 681.953/DF-AgR** - Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 9/11/12 e **AI nº 735.115/RS-AgR**, Min. Dias Toffoli – Primeira Turma, DJe de 11/5/12.

<sup>42</sup> Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:  
I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;  
II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Contudo, diante de todo o aludido no presente trabalho, tem-se que o entendimento dos Tribunais sobre o tema não é pacífico, sendo que o Superior Tribunal de Justiça não admite o manejo dos Embargos de Declaração com o fito de prequestionamento, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, que admite com base na Súmula 356 deste Tribunal.

Por óbvio que há peculiaridades no entendimento de ambas as Cortes.

Conforme aduzido no tópico 3.1, o Supremo Tribunal Federal admite a interposição dos Embargos de Declaração, desde que ataque frontalmente pontos omissos de matérias suscitadas nos autos, sobre as quais o Tribunal deveria ter se manifestado e não o fez, devolvendo-a para apreciação, para que seja decidida e conste efetivamente na decisão.

Diante da flexibilização da jurisprudência na Corte Suprema, mesmo que não seja suprida a omissão da questão aduzida em sede de Embargos Declaratórios, admite-se o Recurso Extraordinário.

Aduzem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>43</sup> no sentido de que prequestionar significa provocar o tribunal de origem para manifestar-se sobre a questão constitucional; não havendo decisão sobre a matéria, devidamente alegada nos autos, deve ser interposto Embargos de Declaração visando a provocação do tribunal inferior para julgamento da questão. Se persistir a omissão, entende-se pela decisão negativa, admitindo-se o Recurso Excepcional.

O Superior Tribunal de Justiça aceita a interposição de Embargos Declaratórios, nos moldes da legislação pátria vigente, ou seja, para esclarecer algum ponto omissos, contraditório e/ou obscuro constante na decisão recorrida. Contudo, caso não sejam efetivamente elucidados tais pontos, a fim de que conste

---

<sup>43</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 205.

nitidamente a questão suscitada na decisão recorrida, não é admitido o Recurso Especial, por faltar o requisito do prequestionamento, mesmo que na forma implícita, conforme aludido no tópico acima.

Nesse sentido, havendo pontos omissos na decisão recorrida, cabem Embargos de Declaração para que o Tribunal *a quo* se manifeste sobre eles. Persistindo a omissão, deve ser interposto Recurso Especial pautado na afronta ao disposto nos Artigos 535, inciso II e 458, inciso II<sup>44</sup>, ambos do Código de Processo Civil. Neste sentido seguem os autores Cássio Scarpinella Bueno<sup>45</sup> e Nelson Nery Junior<sup>46</sup>.

Em contrapartida, ter-se-ia a provocação do Tribunal Superior, para declarar o ferimento à lei infraconstitucional, a fim de anular o acórdão proferido em negativa à análise da questão ventilada em sede de Embargos de Declaração, o que ensejaria o retorno dos autos ao tribunal de origem para reanálise da mesma, uma verdadeira barreira imposta aos litigantes.

Indiscutível, tanto na doutrina quanto na Jurisprudência, quanto ao cabimento dos Embargos de Declaração a fim de suprir alguma contradição, obscuridade e/ou omissão constante na decisão proferida. A celeuma gira em torno da negativa de análise dos pontos abordados por este remédio jurídico: (i) se matéria for constitucional, devidamente aduzida nos autos, o Supremo Tribunal entende pela admissão do Recurso Extraordinário se interposto Embargos Declaratórios a fim de provocar manifestação do tribunal *a quo* sobre a questão,

---

<sup>44</sup> Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

<sup>45</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistemático de Direito Processual Civil. Recursos. Processos e Incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2010, p. 275.

<sup>46</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre o Prequestionamento – os Embargos de Declaração Prequestionadores, in DIDIER JUNIOR, Fredie. Leituras complementares do Processo Civil. 5. Salvador. Edições Podvm. 2007, p. 67.

infrutiferamente; (ii) já o Superior Tribunal de Justiça entende que o tribunal *a quo* deve se manifestar sobre a matéria violada, sendo que, caso a omissão permaneça, mesmo após oposição de Embargos, deve ser interposto Recurso Especial face a afronta do v. acórdão ao artigo 535, II e 458, II do Código de Processo Civil.

A doutrina se divide; Cássio Scarpinella Bueno por exemplo, conforme acima aludido, vai de encontro com a jurisprudência do Tribunal Superior; Eduardo Arruda Alvim<sup>47</sup> acompanha o entendimento do Tribunal Supremo, por acreditar ser mais correto.

Neste raciocínio, desnecessário seria interpor Recurso Especial face a decisão proferida que rejeitou Embargos de Declaração opostos para suprir omissão à análise de matéria constitucional, vez que entendimento do Supremo Tribunal Federal induz por restar suprido o prequestionamento com a interposição de Embargos Declaratórios – Súmula 356 do STF.

No tocante ao prequestionamento, muito se aduz, na prática jurídica, pautando-se nas Súmulas existentes sobre o assunto – 356 do STF, 98 e 211 do STJ e rigidez dos tribunais, quanto aos “Embargos Prequestionadores”, com o propósito de prequestionar a matéria violada, fugindo do constante no artigo 535 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>48</sup> aduz quanto a não atribuição de caráter protelatório aos Embargos interpostos com o fim de

---

<sup>47</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso Especial e Recurso Extraordinário, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. V. 5, p. 158 e 159.

<sup>48</sup> **STJ - AgRg no REsp 1222621 / MG** - Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO – Terceira Turma - Data do Julgamento: 27/11/2012 - DJe 06/12/2012;

prequestionar<sup>49</sup>, tratando o termo “prequestionadores” como mera nomenclatura, entendimento este contrário ao do Tribunal Supremo.

Importante destacar que não é admitido, por ambos os Tribunais, a oposição de Embargos de Declaração visando a modificação do julgado, exceto se for consequência necessária do esclarecimento da omissão, contradição e/ou obscuridade, podendo ocorrer o efeito modificativo, também conhecido na doutrina como efeito infringente.

O Supremo Tribunal Federal<sup>50</sup> e o Superior Tribunal de Justiça<sup>51</sup> aceitam a ocorrência do efeito infringente nos Embargos de Declaração, apenas em casos excepcionais. Quando opostos os Embargos com pretensão unicamente de efeitos infringentes, ambos os Tribunais<sup>52</sup> aplicam o princípio da fungibilidade a fim de recebê-los como Agravo Regimental.

Indiscutível quanto a impossibilidade jurídica de inovar nos Embargos de Declaração a fim de comprovar o prequestionamento<sup>53</sup>, devendo a matéria aduzida nos mesmos ter sido discutida nos autos a fim de possibilitar a omissão do órgão

---

<sup>49</sup> **Súmula 98:** Embargos de Declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório.

<sup>50</sup> **RE 597304 AgR-ED-ED / SP** - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma - Julgamento: 09/09/2014 - PUBLIC 18-09-2014; **RE 550218 ED / SP**- Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma - Julgamento: 19/08/2014 - PUBLIC 28-08-2014.

<sup>51</sup> **EDcl no HC 270027 / RS** - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Sexta Turma - Data do Julgamento: 16/09/2014 - DJe 26/09/2014; **EDcl no AgRg no REsp 1385399 / PE** - Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES – Segunda Turma - Data do Julgamento: 18/09/2014 - DJe 24/09/2014.

<sup>52</sup> **STF - ARE 828484 ED / RJ** - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA c- Segunda Turma - Julgamento: 16/09/2014 - PUBLIC 26-09-2014; **MS 28935 ED / DF** - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma - Julgamento: 26/08/2014 - PUBLIC 04-09-2014;

**STJ - EDcl no REsp 1425160 / RJ** - Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO – Sexta Turma - Data do Julgamento: 09/09/2014 - DJe 25/09/2014; **EDcl no RHC 34989 / MG** - Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO – Sexta Turma - Data do Julgamento: 09/09/2014 - DJe 25/09/2014.

<sup>53</sup> **STF - ARE 807.562-AgR**, Carmem Lucia - Segunda Turma - DJe 13.6.2014; **AI 814.309-AgR** - Relatora a Ministra Ellen Gracie - Segunda Turma - DJe 5.4.2011; **Ag em AI 744561** – Ministra Ellen Gracie – Julgto. 05/04/2011.

julgador. Assim, não serve os Embargos Declaratória para suprir omissão da parte que não realizou o questionamento necessário no momento processual oportuno.

Em continuação ao entendimento trazido no tópico 2.2 acerca da abrangência do termo “causas decididas” às decisões interlocutórias, por certo que cabe Embargos de Declaração face a estas.

Quando o Tribunal decidir sobre questões não ventiladas pelas partes, mas de ordem pública, desnecessária a interposição de Embargos Declaratórios vez questionada a matéria por constar na decisão recorrida.

## **5. DO CONFLITO DE SÚMULAS**

No decorrer do presente estudo, nítida a verificação de divergências de entendimentos entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, extensivas às Súmulas por estes promulgadas e utilizadas.

Desnecessário tecer sobre a aplicação de cada uma das Súmulas, vez que já explanadas no presente, cabendo neste tópico apenas a alusão as controvérsias existente entre elas.

### **5.1. Súmula 211 do STJ e Súmula 356 do STF**

A Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal – Sessão plenária em 13/12/1963, publicada em 1964, possui o seguinte entendimento:

“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”.

Ao passo que a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, publicada 03/08/1998, aduz que:

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

Em análise a inteligência de ambas as súmulas, indubitável a contrariedade existente entre elas; a Súmula 356 do STF determina ser imprescindível a interposição de Embargos Declaratórios quanto aos pontos omissos da decisão recorrida, para suprir o requisito do prequestionamento e ensejar a análise do Recurso Extraordinário, independente do conteúdo do julgamento daqueles.

A Súmula 211 do STJ exprime o entendimento de ser totalmente irrelevante a interposição de Embargos Declaratórios se a questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem.

A intenção primordial de ambas as Súmulas é a mesma, qual seja: causas decididas, vez só ser possível a interposição de Recursos Excepcionais se as matérias ventiladas nos mesmos tiverem sido expressamente decididas no tribunal de origem, suprindo o requisito do prequestionamento.

Neste raciocínio, existindo ponto omissos – constante da Súmula 356 do STF, não se terá causa decidida já que o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre todas as questões ventiladas. Daí a necessidade de utilização do remédio jurídico apto para tanto, os Embargos de Declaração.

Existindo matéria pendente de apreciação pelo Tribunal *a quo* – Súmula 211 do STJ, mesmo após a oposição de Embargos Declaratórios, inadmissível o Recurso Especial diante da inexistência de decisão sobre a mesma.

Verifica-se que o pano de fundo das Súmulas é o mesmo, contudo, a interpretação e conseqüente aplicação dos entendimentos ao caso concreto pelos Tribunais é que divergem.

## 5.2. Entendimento nos Tribunais Superiores e na Doutrina

O Supremo Tribunal Federal inadmite o prequestionamento implícito, contudo, estando a matéria nitidamente aludida nos autos, tendo a parte questionado a aplicação de determinada norma constitucional no momento processual oportuno, não havendo manifestação pelo Tribunal de origem, opôs Embargos Declaratórios a fim de “forçá-lo” a proferir juízo sobre a questão omissa, infrutiferamente, entende o Tribunal pelo cumprimento do requisito do prequestionamento, admitindo o Recurso Extraordinário.

Importante citar a Súmula 282<sup>54</sup> do Supremo Tribunal Federal que aduz quanto a inadmissibilidade do Recurso Extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada, demonstrando a necessidade de estar a causa ampla e completamente decidida, em especial sobre os pontos feridos alegados nos Recursos Excepcionais. No entanto, tem-se a aplicação da Súmula 356 pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a fim de flexibilizar a questão do prequestionamento.

O Superior Tribunal de Justiça, ao passo que admite o prequestionamento implícito excepcionalmente – conforme dissertado no tópico 3.2, entende que, mesmo tendo sido a matéria aludida pela parte no momento oportuno, inexistindo manifestação do Tribunal *a quo*, que mesmo provocado em sede de Embargos de Declaração não se manifesta, inadmite o Recurso Especial, devendo a parte, diante da reiterada omissão do Juízo em apreciar a matéria em sede de Embargos, interpor Recurso Especial com base nos Artigos 535, I ou II e 458, II do Código de Processo Civil.

---

<sup>54</sup> **Súmula 282:** É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Sobre o tema Cássio Scarpinella Bueno<sup>55</sup> entende ser a aplicação da Súmula 211 STJ e da Súmula 282 do STF as que melhor se adaptam ao modelo constitucional do direito civil vigente, devendo haver, imprescindivelmente, causas decididas sobre a matéria objeto do Recurso Excepcional, visando até mesmo o exaurimento de instâncias, para possibilidade de apreciação nos Tribunais Superiores.

Pedro Miranda de Oliveira<sup>56</sup>, por sua vez, entende que a Súmula 211 vem construindo óbices ao acesso às instâncias superiores, ferindo princípios basilares do direito, tais como o da inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Poder Judiciário (vez ser o Juiz obrigado a decidir todas as questões que lhe são postas, não podendo se omitir), o da motivação, o da economia processual e a lógica do sistema jurídico ao exigir-se o retorno dos autos ao tribunal *a quo* para reapreciação da matéria, ou até mesmo a interposição de Recurso Especial para tanto.

Ao entender do doutrinador Cássio Scarpinella Bueno<sup>57</sup>, incontestável a existência de dois entendimentos sobre o prequestionamento; um do Tribunal Supremo através da Súmula 356, e outro do Tribunal Superior, pela Súmula 211, conceitos estes distantes, o que dificulta a prática forense diante da necessidade de interposição de ambos os Recursos Excepcionais de modo a causar patente insegurança jurídica. Cita o entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro, que aduz ser o prequestionamento o enfrentamento *pela e na* decisão recorrida da questão

---

<sup>55</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistemático de Direito Processual Civil. Recursos. Processos e Incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2010. P. 279-282.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Ainda sobre o prequestionamento, os Embargos de Declaração e a Súmula 211 do STJ. Revista de Processos, nº 113/281, Jan-Fev 2004, p. 300 e 301.

<sup>57</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. Prequestionamento – reflexões sobre a Súmula 211 do STJ – Publicado originalmente em WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, páginas 52-82.

constitucional ou infraconstitucional, indo de encontro com o disposto na Súmula 211 do STJ e contrário a Súmula 356 do STF.

O Superior Tribunal de Justiça vislumbra, com clareza solar, a inaplicabilidade da Súmula 356 – entendida por prequestionamento ficto, tema acima aludido, aplicando a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça e a 282 do Supremo Tribunal Federal, devendo a matéria ter sido nitidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, sendo que, em caso negativo, opostos Embargos Declaratórios, persistindo a omissão, deve-se interpor Recurso Especial diante da violação a disposição de lei.

Já o Supremo Tribunal Federal pauta-se no comando de suas Súmulas 282 e 356, não aduz sobre o prequestionamento ficto/implícito vez que os iguala e não os admite – tema já mencionado, restando imprescindível a manifestação na decisão recorrida das questões discutidas nos autos, sendo que, em caso de omissão, deve ser opostos Embargos Declaratórios a fim de provocar a emissão de juízo de convencimento e, independente do resultado, possibilitar a admissão do Recurso Extraordinário.

Sobre a Súmula 211, segue entendimento proferido pouco tempo antes de sua publicação pelo Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup>, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, onde já manifesta a existência de conflito entre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 356 e aceitação deste diante da inexistência de ofensa aos princípios constitucionais:

**"RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PREQUESTIONAMENTO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (SÚMULA 356).** A falta de manifestação do tribunal a quo sobre as normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos declaratórios (Súmula 356); mas, o entendimento, adotado no STJ, de que a oposição dos embargos não afasta, em tais

---

<sup>58</sup> AI 198631 AgR – Primeira Turma, julgado em 11/11/1997, DJ 19-12-1997.

*hipóteses, a falta de prequestionamento (devendo a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariedade ao art. 535 do Cód. Proc. Civil), embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF - e, por via de consequência, com sua fonte normativa (CF, arts. 102, III, e 105, III) -, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, único invocadas no recurso extraordinário."*

Patente a divergência de entendimentos nos Tribunais Superiores quanto a aceitação e demonstração do prequestionamento a fim de possibilitar a admissão dos Recursos Excepcionais, o que vem causando constante insegurança jurídica aos operadores do direito, não havendo dúvidas da cabal necessidade de uniformização dos entendimentos.

## **6. DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA**

### **6.1. Conceito**

Inicialmente, cumpre destacar o conceito de questão de ordem pública, assunto este divergente na doutrina.

Miguel Reale<sup>59</sup> ensina que norma de ordem pública processual é aquela que visa assegurar o correto exercício da Jurisdição, sem proferir análise direta aos interesses das partes envolvidas na lida.

Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>60</sup> aduz que toda matéria de ordem pública pode ser examinada de ofício, contudo, nem tudo que pode ser examinado nestes moldes trata-se de matéria de ordem pública, sendo este rol muito maior do que as matérias de ordem pública.

---

<sup>59</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24 Ed. São Paulo. Saraiva. 1999, p. 34.

<sup>60</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 5. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2004, p. 173.

Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>61</sup>, as matérias de ordem pública possuem ligação com os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, devendo serem examinadas de ofício pelo órgão julgador devido a importância das mesmas, sendo incabível a ocorrência de preclusão.

Maurício Giannico<sup>62</sup> menciona que o legislador reconheceu a grande importância das matérias de ordem pública ao desenvolvimento válido e regular do processo ao atribuir ao juiz o poder-dever de conhecê-las e examiná-las de ofício.

Dentre os entendimentos supra mencionados, cumpre destacar a inteligência aduzida por Kátia Aparecida Mangone<sup>63</sup> em obra sobre o tema:

“Considera-se questão de ordem pública toda aquela que, apesar de não especificada em rol taxativo pelo legislador, apresenta características de interesse público, visando a proteção do sistema e da coletividade, e não especificamente aos interesses individuais das partes”.

Segunda a doutrinadora, deve ser analisada de ofício pelo juiz e a qualquer tempo e grau de jurisdição as questões de ordem pública, devido sua relevância no ordenamento jurídico, sendo desnecessária provocação das partes para tanto, em prol do interesse público e correto exercício da jurisdição.

Sobre o tema importante mencionar o artigo 245, parágrafo único<sup>64</sup>, artigo 267, incisos IV, V, VI e § 3º<sup>65</sup>, artigo 301, § 4º<sup>66</sup> e artigo 303, inciso II<sup>67</sup>, todos do

---

<sup>61</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento. Revista da Procuradoria Feral do Estado de São Paulo, n. especial: 30 anos do Código de Processo Civil, Jan-Dez 2003, p. 315-318.

<sup>62</sup> GIANNICO, Maurício. A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo. Saraiva. 2005, p. 157-159.

<sup>63</sup> MANGONE Kátia Aparecida, Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso extraordinário e no Recurso Especial, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2013, pag. 125-132.

<sup>64</sup> Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.  
Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

Código de Processo Civil, que aduzem quanto as matérias que o juiz pode conhecer de ofício e o rol delas.

## 6.2. Do Prequestionamento – Entendimento dos Tribunais Superiores.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>68</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>69</sup> é uníssono quanto à necessidade de prequestionamento da matéria de

<sup>65</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...)

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

<sup>66</sup> Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta;

III - inépcia da petição inicial;

IV - preempção;

V - litispendência;

VI - coisa julgada;

VII - conexão;

VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

IX - convenção de arbitragem;

X - carência de ação;

XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar. (...)

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

<sup>67</sup> Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: (...)

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; (...)

<sup>68</sup> **RE 554680 AgR / AM** - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma - Julgamento: 05/08/2014 - PUBLIC 15-08-2014; **RE 808546 AgR / ES** - Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma - Julgamento: 25/06/2014 - PUBLIC 20-08-2014; **RE 600728 AgR-segundo / RJ** - Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma - Julgamento: 27/05/2014 - PUBLIC 25-06-2014; **AI 539.558-AgR** - Rel. Min. Dias Toffoli - Primeira Turma - DJe 30/11/2011; **AI 733.846-AgR** - Rel. Min. Cármen Lúcia - Primeira Turma - DJe 19/6/2009; **AI 657656 ED / MG** - Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma - Julgamento: 18/05/2010 - PUBLIC 22-10-2010; **RE 505369 / BA** - Relator(a): Min. MENEZES DIREITO – Primeira Turma - Julgamento: 02/09/2008 - PUBLIC 21-11-2008; **AI 308273 AgR / PE** - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES – Primeira Turma - Julgamento: 25/02/2003 - DJ 28-03-2003.

ordem pública para apreciação de suposta violação em sede Recursos Excepcionais.

Em análise às recentes decisões, verifica-se que é proferida análise igualitária às outras matérias, vez que não se verifica a questão em si, e sim o cumprimento dos requisitos de admissibilidade, dentre eles o prequestionamento.

Por certo que já houveram decisões no Superior Tribunal de Justiça<sup>70</sup> no sentido de poder serem analisadas matérias de ordem pública em sede de Recurso Especial cujo conhecimento se deu por outros fundamentos.

Contudo, em análise à recentes julgamentos, verifica-se que tal posicionamento não vem sendo mais aceito, conforme entendimento da Ministra Assusete Magalhães<sup>71</sup>, mencionando-se abaixo parte da ementa de acórdão proferido em 16/09/2014:

O **entendimento jurisprudencial do STJ** orienta-se no sentido de que mesmo as **matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas**, para ensejar o pronunciamento desta Corte, em sede de Recurso Especial. IV. Com efeito, "**o entendimento de que é possível conhecer das questões de ordem pública de ofício**, ainda que não prequestionadas ou

<sup>69</sup> **AgRg no REsp 1120356 / RS** - Relator(a) Ministro MARCO BUZZI – Quarta Turma - Data do Julgamento: 18/09/2014 - DJe 24/09/2014; **AgRg no AREsp 211453 / SP** - Relator(a) Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA – Quarta Turma - Data do Julgamento: 16/09/2014 - DJe 23/09/2014; **AgRg no AREsp 208832 / SP** - Relator(a) Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA – Quarta Turma - Data do Julgamento: 16/09/2014 - DJe 23/09/2014; **AgRg no AREsp 551683 / RS** - Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS – Segunda Turma - Data do Julgamento: 16/09/2014 - DJe 23/09/2014; **AgRg no Ag 219472 / DF** - Relator(a) Ministro EDUARDO RIBEIRO – Terceira Turma - Data do Julgamento: 13/05/1999 - DJ 23/08/1999; **REsp 62956 / PR** - Relator(a) Ministro ADHEMAR MACIEL – Segunda Turma - Data do Julgamento: 03/09/1998 - DJ 19/10/1998; **REsp 327593 / MG** - Relator(a) Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – Quarta Turma - Data do Julgamento: 19/12/2002 - DJ 24/02/2003.

<sup>70</sup> **AR 2075 / PR** - Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA – Primeira Seção - Data do Julgamento: 27/05/2009 - DJe 23/09/2009; **EDcl nos EDcl no REsp 645595 / SC** - Relator(a) Ministro LUIZ FUX – Primeira Turma - Data do Julgamento: 21/08/2008 - DJe 22/09/2008; **REsp 869534 / SP** - Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – Primeira Turma - Data do Julgamento: 27/11/2007 - DJ 10/12/2007.

<sup>71</sup> **AgRg no AREsp 213112 / RS** - Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES – Segunda Turma - Data do Julgamento: 09/09/2014 - DJe 16/09/2014.

suscitadas, na excepcional hipótese de o recurso especial ter sido conhecido por outros fundamentos, em razão do efeito translativo, **foi superado em nova análise pela Corte Especial, que concluiu pela necessidade do requisito do prequestionamento na instância extraordinária.** Precedente: AgRg nos EREsp 999.342/SP, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, julgado em 24/11/2011, DJe 01/02/2012" (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.304.093/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2012). (grifos nossos)

Segundo aludido pela Kátia Aparecida Mangone<sup>72</sup>, a doutrina se divide quanto ao tema, alcançando três posicionamentos: (i) impossibilidade de se conhecer de matéria de ordem pública caso não haja causa decidida na decisão recorrida; (ii) ser possível conhecer das questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente da existência do prequestionamento; (iii) possibilidade de conhecimento das matérias de ordem pública, ainda que não questionadas, desde que o recurso tenha sido conhecido por outro fundamento.

Cássio Scarpinella Bueno e José Miguel Garcia Medina entendem que os artigos 267, § 3º e 301, § 4º, que aduzem sobre a possibilidade de conhecimento de ofício de algumas matérias pelo Juiz, não prevalecem sobre os artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal, que tratam do cabimento e requisitos dos Recursos Excepcionais.

Neste sentido, o Ministro Luiz Fux<sup>73</sup> proferiu voto aduzindo que *“a matéria de ordem pública, conquanto cognoscível de ofício pelo juiz ou Tribunal em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º, do CPC), não prescinde do requisito do prequestionamento em sede de Recurso Extraordinário”*.

---

<sup>72</sup> MANGONE Kátia Aparecida, Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso extraordinário e no Recurso Especial, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2013, pag. 182-194.

<sup>73</sup> **RE 801065 AgR / PR** - Relator(a): Min. LUIZ FUX – Primeira Turma - Julgamento: 13/05/2014 - PUBLIC 29-05-2014.

Assim sendo, por mais que haja previsão legal quanto ao reconhecimento de ofício das matérias de ordem pública, a qualquer tempo, pouco aceita sua extensão aos Recursos Excepcionais.

Pacífico é o entendimento no Supremo Tribunal Federal e no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça quanto a impossibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública em sede de Recursos Excepcionais por falta de prequestionamento.

## 7. CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe à baila um tema muito polêmico em face da não uniformização de entendimento doutrinário tampouco jurisprudencial sobre o mesmo – O Prequestionamento nos Recursos Excepcionais

Com base na explanação histórica, verificou-se a utilização do prequestionamento há tempos, constando em texto constitucional desde 1891, seu conceito e natureza jurídica, bem como sua obrigatoriedade, consolidando sua legítima importância ao ordenamento jurídico.

Fora aduzida, sucintamente, as formas de prequestionamento, a fim de adentrar ao núcleo do presente estudo, qual seja o prequestionamento implícito.

Em termos de conceito sobre o prequestionamento, ambos os Tribunais possuem o entendimento de que a matéria deve estar discutida na decisão recorrida, ou seja, deve ser devidamente apreciada e suscitada pelo Tribunal de origem.

Após menção doutrinária sobre o tema, abordou-se quanto a aceitação do citado prequestionamento pelos Tribunais Superiores sendo que, o Supremo Tribunal Federal não admite o chamado prequestionamento implícito, já o Superior Tribunal de Justiça o admite em casos excepcionais.

A *priori* vem o pensamento de inflexibilidade da Corte Suprema, contudo, após análise profunda do assunto, com base na doutrina e especialmente nos entendimentos jurisprudenciais, a conclusão é contrária.

O Supremo Tribunal Federal é absoluto quanto a inadmissibilidade do prequestionamento implícito, posicionamento embasado na Súmula 282 deste Tribunal, no entanto, à luz da inteligência da Súmula 356, a interpretação traz um contraponto voltado à maleabilidade na prática jurisdicional.

Decisões recentes proferidas por esta Corte Suprema induzem ao entendimento de serem cabíveis Embargos de Declaração, com base na Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, a fim de prequestionar a matéria violada não constante na decisão recorrida, desde que a mesma tenha sido aduzida e ventilada pelas partes nos autos em momento processual oportuno, devendo o Julgador proferir juízo de convencimento sobre o tema e não o fez. Em caso de reiteração da omissão, considera-se suprido o requisito do prequestionamento, viabilizando o acesso do Recurso Extraordinário.

Já o Superior Tribunal de Justiça, ao passo que aceita o prequestionamento implícito – que nada mais é do que a análise da questão pela decisão recorrida sem a expressa menção ao dispositivo legal violado, é patente a rejeição à Súmula 356 do STF, em prol do entendimento trazido pela Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Neste diapasão, não havendo manifestação do tribunal de origem sobre matéria aduzida pelas partes, interposto Embargos de Declaração a fim de provocá-lo, caso mantenha-se inerte, deve a parte recorrente interpor Recurso Especial face a afronta aos artigos 535 e 458, II do Código de Processo Civil, para que o Tribunal Excepcional analise a ocorrência da afronta e, caso seja detectada, o acórdão será anulado, voltando os autos ao Tribunal *a quo* para reanálise da matéria alegada.

Ora, tal entendimento vai na contramão dos princípios basilares do direito, em especial o da celeridade e economia processuais, efetividade do processo e o direito da parte em busca de justiça, sendo valioso menciona o jurista Barbosa Moreira<sup>74</sup>: *"qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra que ordena"*.

---

<sup>74</sup> MOREIRA, Barbosa. Efetividade do processo: por um processo socialmente efetivo. In: Revista síntese de direito civil e processual civil, v.1, n. 1, Porto Alegre: Síntese, set./out., 1999, p.5 – Na

Inconteste a existência de divergências entre os Tribunais Superiores, iniciando-se (i) pelo juízo proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em ser totalmente contrário ao “prequestionamento ficto” trazido pela Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, afirmando ser tal forma cabalmente utilizada por este, ao ponto que a Corte Suprema sequer tece menção ao citado prequestionamento; (ii) pela contrariedade entre as Súmulas 211 do STJ e 356 do STF; (iii) pela reação prática diante de julgamento negativo proferido nos Embargos de Declaração “prequestionadores”.

A doutrina se divide sobre os tópicos acima aludidos, no entanto, tem-se o entendimento alcançado com o presente estudo.

No tocante às questões de ordem pública, por mais que hajam algumas decisões proferidas no sentido de aceitar a análise de tais matérias em sede de Recurso Excepcional cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, a linha jurisprudencial em ambos os Tribunais Superiores é quanto a impossibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública em sede desses Recursos por falta de prequestionamento.

A obrigatoriedade do prequestionamento, como um dos requisitos de admissibilidade dos Recursos Excepcionais, mesmo que não aclarado no texto constitucional, resta indiscutível diante da importância dos citados Recursos para o controle dos dispositivos constitucionais e federais, sendo tais requisitos fundamentais ao respeito às normas de direito positivo e processual, estreitando o

acesso aos Tribunais Superiores a fim de evitar o acúmulo de demandas desnecessárias e incompatíveis com a função das Cortes.

Contudo, a rigidez com que o Superior Tribunal de Justiça trata o tema deve ser revista, tomando como base a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal e a flexibilização que vem ocorrendo sobre o tema junto à Corte Suprema.

Ora, se o acesso às Cortes Superiores deve ser controlado, o entendimento do Tribunal Superior vai contra tal controle, vez que exige a interposição de Recurso Especial para análise de afronta à norma infraconstitucional em acórdão proferido em sede de Embargos Declaratórios e, se detectada, retornará os autos ao tribunal de origem para apreciação e possível envio à Instância Superior.

A Súmula 211 do STJ é muito rígida e, ao ir contra a inteligência da Súmula 356 do STF, juntamente com a divergência de entendimentos nos Tribunais Superiores, acaba por gerar nítida e inescandível insegurança jurídica às partes recorrentes, vez que precisam manejar seus recursos – quando hipótese de cabimento de ambos os Recursos Excepcionais, com base em conceitos e entendimentos diferentes dos Tribunais.

Na prática, deve-se sempre provocar o prequestionamento explícito e, caso isso não se realize, desde que a matéria tenha sido afluída nos autos pelas partes em momento processual oportuno, deverá opor Embargos Declaratórios a fim de provocar a emissão de um Juízo sobre a matéria violada e, caso o Tribunal *a quo* continue sem prequestionar a questão, caso seja infraconstitucional, deverá interpor Recurso Especial com base na violação do art. 535 do CPC; caso a matéria seja constitucional, entende-se pela admissão do Recurso Extraordinário diante dos entendimentos emanados na Corte Suprema.

Com total compreensão à função social dos Tribunais Superiores, por certo que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o mais justo e condizente com a realidade jurídica atual; indiscutível quanto a necessidade de enfrentamento da matéria pelo Tribunal *a quo*, sendo certo que, em caso negativo, há a possibilidade da interposição dos Embargos Declaratórios. Contudo, inaceitável a imposição do Superior Tribunal de Justiça em não aceitar como prequestionada a matéria mesmo que provocado o Juízo *a quo*, que deveria ter se manifestado, vez que aduzida nos autos pelas partes em momento processual oportuno.

Necessário, para salvaguarda do direito dos jurisdicionados, uniformizar o entendimento sobre o tema, devendo a matéria ser assunto de reflexão entre os Tribunais Superiores, os quais, entre uma de suas sagradas missões, estão a de pacificar a jurisprudência nacional, a fim de unificar o entendimento quanto ao prequestionamento, sendo a opinião desta relatora, conforme já aduzido na presente conclusão, que deva prevalecer entendimento no sentido do emanado pelo Supremo Tribunal Federal por ser mais flexível e menos severo, atendo-se a admissão dos Embargos Declaratórios para prequestionamento da matéria, desde que já aludida e debatida a matéria nos autos – apreciação pelo Tribunal de Origem, visando a efetividade processual, a segurança jurídica, e a aplicação correta da justiça.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso Especial e Recurso Extraordinário, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. V. 5.

GIANNICO, Maurício. A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo. Saraiva. 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento. Revista da Procuradoria Feral do Estado de São Paulo, n. especial: 30 anos do Código de Processo Civil, Jan-Dez 2003.

MANGONE Kátia Aparecida, Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso extraordinário e no Recurso Especial, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2013.

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

MOREIRA, Barbosa. Efetividade do processo: por um processo socialmente efetivo. In: Revista síntese de direito civil e processual civil, v.1, n. 1, Porto Alegre: Síntese, set./out., 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre o Prequestionamento – os Embargos de Declaração Prequestionadores, in DIDIER JUNIOR, Fredie. Leituras complementares do Processo Civil. 5. Salvador. Edições Podvm. 2007.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Ainda sobre o prequestionamento, os Embargos de Declaração e a Súmula 211 do STJ. Revista de Processos, nº 113/281, Jan-Fev 2004.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24 Ed. São Paulo. Saraiva. 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 21ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2001, v. 1.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistemático de Direito Processual Civil. Recursos. Processos e Incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. Quem tem medo do prequestionamento. Revista Dialética de Direito Processual, v. 1. São Paulo: Dialética 2003.

\_\_\_\_\_. Pquestionamento – reflexões sobre a Súmula 211 do STJ – Publicado originalmente em WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. 2. Ed. – São Paulo – revista dos Tribunais – 2008.

\_\_\_\_\_. Omissão Judicial e Embargos de Declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Nulidades do Processo e da Sentença. 5. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2004.

SILVA, Marcelo Amaral da. O prequestionamento nos recursos Extraordinário e Especial. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3868, 2 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26547>>. Acesso em: 23 set. 2014.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria de. O prequestionamento no Recurso Especial. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br>

BRASIL. Palácio do Planalto – Presidência da República.

Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>

BRASIL. Portal da Legislação – Governo Federal.

Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>