

O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica

1 Considerações iniciais

Quem atua nos tribunais de segunda instância tem enfrentado a dificuldade de conseguir fazer chegar aos tribunais superiores os recursos especial e extraordinário.

A burocratização para obter todos os pressupostos necessários à perfectibilidade do recurso, o entendimento pessoal de cada ministro e a constante negativa de prestação jurisdicional em responder ao pedido de prequestionamento das partes contribuem para esta dificuldade de quem advoga.

Erra quem imagina que a imposição de tais burocratizações reduz o volume processual dos tribunais, pois na prática geram novos recursos de agravo de instrumento e embargos de declaração, movimentando ainda mais a máquina judiciária com novas necessidades de análise, novas publicações etc.

Chegamos a situações insustentáveis, com casos onde se torna necessária - a preverlecer os entendimentos atuais - a interposição de recurso especial para o STJ apenas para obrigar o tribunal a quo se manifestar acerca de prequestionamento efetuado pela parte e por ele ignorado, para somente depois dessa ida e vinda dos autos iniciar o prazo de interposição do recurso especial (ou extraordinário), agora sim atacando o mérito.

Nos limitaremos à análise do requisito do prequestionamento, sintetizando o posicionamento atual para concluirmos ao final com sugestões de melhorias e padronização na interposição desses dois recursos extremos, evitando que as partes fiquem à mercê de entendimentos individuais de magistrados.

2 Regra básica do prequestionamento

Em linhas gerais, se a matéria não houver sido prequestionada pelo advogado e não tiver sido enfrentada pelo acórdão do tribunal não se admite o recurso.

Leonidas Cabral de Albuquerque ¹ muito bem sintetiza a regra básica do prequestionamento hoje aplicada:

¹ ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1996. Pág.88

"somente poderá ser submetida à reapreciação do tribunal a matéria que foi previamente controvertida e decidida pelo órgão recorrido. Se não decidiu a respeito, foi omisso. Se a omissão não é suprida na via dos embargos declaratórios, torna-se impossível ao recorrente obter, a seu respeito, pronunciamento do tribunal."

Vale dizer que os embargos declaratórios não podem suscitar matéria nova, devem sim reiterar questão que tenha sido previamente levantada, seja em apelação ou em contra-razões, até porque se assim não fosse estaríamos pós-questionando, bem como infringindo a regra do efeito devolutivo do recurso, onde o tribunal a quo somente irá se pronunciar acerca das matérias devolvidas nas razões do recurso.

Em relação à questão, José Miguel Garcia Medina ² informa:

"... o recurso será cabível quando a 'decisão recorrida' incorrer numa das alíneas dos arts. 102, inc.III, e 105, inc. III, da CF. Em consequência, aquilo que não tiver sido objeto de decisão não pode ser alvo do recurso. A Constituição Federal não abre qualquer exceção a tal pressuposto. Daí se inferir que a questão que não tenha sido objeto da decisão recorrida não poderá ser objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial."

2.1 Previsão constitucional?

Acerca do prequestionamento decorrer ou não de previsão constitucional há debate na doutrina. Alcides Mendonça Lima ³ argumenta:

"em nenhum dispositivo de Código ou lei esparsa, aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário..."

² MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial* in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 255.

³ LIMA, Alcides Mendonça. *Pquestionamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 1993. Nº 692. Pág.197.



Dr. Roberto Carlos Martins Pires
Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro

Formado em Direito e Ciências Contábeis pela Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro. Exerceu o cargo, concursado, de Contador, por sete anos em sociedade de economia mista na área de crédito imobiliário e em banco múltiplo. Exerce a advocacia desde 1986, atuando nos últimos anos na área do SFH.

Em entendimento contrário, Alexandre Freitas Câmara ⁴ informa:

"Este requisito [prequestionamento] de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra 'causas decididas'. Assim sendo, é preciso que a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão a quo, para que possa ser apreciada no recurso excepcional."

Em que pese abalizadas opiniões em contrário, nosso posicionamento é no sentido de que não há obrigatoriedade constitucional ou legal de prequestionamento, pois o que a Constituição Federal prevê é que a causa tenha sido decidida e não suscitada. Assim, se torna irrelevante o fato de as partes terem ou não prequestionado qualquer matéria: se a decisão violou, por si só, o preceito constitucional ou federal, caberá respectivamente o recurso extraordinário ou o recurso especial.

Imaginem a situação: nenhuma das partes suscitou a inconstitucionalidade de determinado artigo de lei. O tribunal ao julgar afirma expressamente que entende que determinado artigo é contrário à Constituição Federal, e por isso não o aplicará ao caso em espécie. O que teríamos para prequestionar aqui?

Devemos ressaltar que nosso posicionamento é minoritário, por isso, neste traba-

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. Pág. 103.

Ihó, analisaremos as situações pela ótica da jurisprudência majoritária, ainda que contrária à nossa convicção aqui demarcada.

3 O prequestionamento sob o entendimento do STF e STJ

Passaremos agora a abordar, sob a luz da jurisprudência dominante, os entendimentos acerca do prequestionamento no STF e no STJ. Primeiro precisaremos entender qual é o momento adequado de se prequestionar e depois quando se considera prequestionada determinada questão.

3.1 Momento do prequestionamento

O dever de prequestionar é de quem recorre, e o seu momento é quando da interposição do recurso contra a decisão que violou dispositivo legal ou constitucional.

Se foi o juiz de primeiro grau que violou o dispositivo, é na apelação que se deve prequestionar. Se a violação ocorreu no segundo grau, o caminho para demonstrar o prequestionamento são necessariamente os embargos de declaração.

Se o acórdão de segundo grau manteve a sentença, dois são os caminhos por força de suas respectivas jurisprudências dominantes. No STF, caso tenha sido implícita a negativa de vigência, deverá a parte interpor embargos de declaração visando explicitá-la: No STJ, por sua vez, tem sido admitida a negativa implícita. Por precaução, por não ser unânime tal entendimento, é aconselhável a interposição de embargos de declaração visando explicitar qualquer negativa implícita de vigência de dispositivo.

Vale ressaltar que apenas se considera prequestionada a questão quando o acórdão recorrido sobre ela decidiu e que tenha sido levantada em apelação ou contra-razões, pois, se omissa, necessária será a apresentação de embargos de declaração reiterando o prequestionamento. Nesse sentido, a súmula 282 do STF: "Não é admissível o apelo extremo quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Quanto a matéria, vejamos o posicionamento do STF (gn):

AGRAVO REGIMENTAL - Agravo regimental a que se nega provimento por não se encontrarem prequestionados, explicitamente, os dispositivos constitucionais dados como contrariados e também por versar matéria processual, relativa a pressupostos de admissibilidade de recurso trabalhista, o acórdão contra o qual se interpõe o recurso extraordinário. (STF - AGRAG 372071 - SP - 1ª T. - Rel. Ellen Gracie - DJU 30.08.2002 - p. 00085)

Também no STJ o tema é debatido (gn):

PREVIDENCIÁRIO - TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - INSURGÊNCIA CONTRA APLICAÇÃO DE MULTA DECORRENTE DE FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO CIVIL - ARTIGOS 32, 33 E 92 DA LEI 8212/91 - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - 1. O prequestionamento im-

plícito da questão federal é admitido pela jurisprudência do STJ e deve ser acatado no caso concreto, no tocante ao artigo 92 da Lei 8212/91, porquanto sistematicamente relacionado com os artigos 32 e 33 do mesmo diploma legal. [...] (STJ - RESP 470789 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 22.04.2003)

3.1.1 Quando o próprio acórdão é o violador

No caso de ocorrer ofensa à lei federal ou à Constituição no próprio acórdão as jurisprudências do STF e do STJ divergem. O STF tem recentemente se direcionado para a necessária interposição dos embargos de declaração prequestionando a questão, já o STJ não exige tal conduta:

STF - AGRAVO REGIMENTAL - 1. Se a alegada ofensa à Constituição surge com a prolação do próprio acórdão, impõe-se a oposição de embargos declaratórios, a fim de que seja suprido o requisito do prequestionamento - 2. Segundo reiterado entendimento deste tribunal, não cabe recurso extraordinário para rediscutir matéria processual, relativa a pressupostos de admissibilidade de recurso trabalhista. 3. Agravo regimental improvido. (STF - AI-AgR 386618 - SP - 1ª T. - Relª Min. Ellen Gracie - DJU 19.12.2002 - p. 00075)

STJ - 1 - RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. Se a questão federal surge apenas no acórdão recorrido, sem que as partes tenham discutido ou provocado, não se exige prequestionamento ou interposição de embargos declaratórios para abertura da via do Recurso Especial. [...] RESP 39733 / RJ ; DJ 25/04/1994 PG:09268 Relator Min. ASSIS TOLEDO. Data da Decisão: 06/04/1994. Órgão Julgador: QUINTA TURMA STJ

Assim, caso o acórdão de segundo grau que tenha reformado a sentença seja o violador do dispositivo, o momento do prequestionamento será nos embargos de declaração, porque terá sido a primeira oportunidade após a afronta, o que se aconselha interpor, mesmo no caso de recurso especial, uma vez que os entendimentos apontados não são consubstanciados em normas jurídicas, mas apenas no pensamento individual do ministro que à época proferir o julgamento.

Nesse sentido, Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim⁵:

"Para nós, os embargos declaratórios, nos termos da Sum. 282 e principalmente da 356 devem ser opostos no caso de omissão do acórdão quanto à apreciação da questão federal. Deveras, se o acórdão não aprecia a questão federal, não tem cabida o recurso especial. Cabem, aí, embargos declaratórios para suprir tal omissão (CPC, art.535-II), só depois estando aberto o caminho do recurso especial."

⁵ ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. *Recurso Especial e Pquestionamento em Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág.176.

3.2 Local do prequestionamento

Outro ponto de relevância é compreender em qual parte da decisão deve constar a informação acerca do prequestionamento. Nesse ponto vale lembrar o que dissemos acerca da sentença em trabalho anterior⁶:

"A sentença é composta por relatório, fundamentação e dispositivo, sendo que apenas este último transita em julgado, por força de expressa disposição do artigo 469 do CPC."

Apenas o que constar no dispositivo será considerado para efeito de prequestionamento, uma vez que tanto o relatório como a fundamentação não farão coisa julgada.

Há exceção à regra acima exposta, situação que, infelizmente, vem se tornando habitual em nossos tribunais quando o dispositivo limita-se a "julgar procedente - ou improcedente - nos termos da fundamentação (voto) supra". Neste caso, tanto o dispositivo quanto o voto serão abrangidos pelo manto da coisa julgada e conseqüentemente considerados para efeito de prequestionamento.

Em relação ao voto vencido é bom deixar claro que não integrando o dispositivo ou a fundamentação do acórdão conforme acima explicamos, também não poderá ser utilizado como atendimento ao requisito do prequestionamento. Nesse sentido a jurisprudência do STF (gn):

RE - PREQUESTIONAMENTO - VOTO VENCIDO - Não se configura o prequestionamento se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido cuidou do tema suscitado no recurso extraordinário, adotando fundamento independente, sequer considerado pela maioria. (STF - AGRAG 256130 - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 09.02.2001 - p. 00018)

Também nesse sentido a jurisprudência do STJ (gn):

PROCESSO CIVIL - CAUTELAR - AGRAVO INTERNO - FUMUS BONI IURIS - AUSÊNCIA - EXTINÇÃO - I - Sem que seja possível versar, no Recurso Especial a ser interposto, a matéria tratada na cautelar, falta a esta o requisito do fumus boni iuris, tornando-a incabível. II - Na linha da jurisprudência desta Corte, os fundamentos utilizados no voto vencido não se prestam à impugnação mediante Recurso Especial, carecendo este, no ponto, do requisito do prequestionamento. (STJ - AGRMC 6004 - DF - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 17.03.2003)

Em sentido contrário, o próprio STJ recentemente já admitiu prequestionada a matéria no voto vencido (gn):

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO QUE SE SUPLE PARA EXAMINAR TESE PREQUESTIONADA - IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - FATO GERADOR - MOMENTO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - INAPLICABILIDADE DO DECRE-

⁶ PIRES, Roberto Carlos Martins. *Coisa Julgada - Considerações e Necessidade de Ampliação de seus Limites*. Rio de Janeiro. Trabalho elaborado no curso de pós-graduação da ESA, 2004. Pág.6.

TO 1.391/95 - 1. Tese examinada no voto vencido estando, portanto, prequestionada. 2. Jurisprudência pacífica do STJ, no sentido de que o fato gerador do imposto de importação ocorre com o registro da declaração de importação na repartição aduaneira, inexistindo incompatibilidade entre o art. 23 do Decreto-Lei 27/66 e o art. 19 do CTN. 3. Assim sendo, tem aplicação à hipótese dos autos o Decreto 1.427, de 30/03/95, e não o Decreto 1.391/95. 4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, para suprir omissão. (STJ - EARESP 170163 - SP - 2ª T. - Relª Minª Eliana Calmon - DJU 05.08.2002)

3.3 Negativa de prestação jurisdicional

Problema grave - e infelizmente comum - ocorre quando ao interpor embargos de declaração com objetivo de sanar a omissão do prequestionamento, o novo acórdão não se pronunciar acerca da questão suscitada, declarando inclusive não haver omissão.

Há notória negativa de prestação jurisdicional do Poder Judiciário, e, nessa situação, o que a jurisprudência majoritária orienta é a interposição de recurso especial por ofensa ao inciso II do artigo 535 do CPC⁷, além do que também ofende os incisos XXV, LIV e LV do art. 5º da CRFB.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ (gn):

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC - 1. As questões constitucionais ou infraconstitucionais suscitadas no recurso devem ser apreciadas pelo tribunal a quo, a fim de que se caracterize o prequestionamento. 2. O prequestionamento, entendido como a emissão de juízo de valor pelo órgão julgador sobre os artigos referidos pelas partes, tem sua importância dimensionada principalmente quando se trata de recurso extraordinário, uma vez que o Supremo Tribunal Federal exige o debate explícito do dispositivo constitucional. 3. Voto recorrido que se omite com relação às questões levantadas em embargos de declaração acarreta violação ao art. 535, II, do CPC. 4. Recurso Especial provido, determinando-se o retorno dos autos ao tribunal de origem, para novo julgamento dos embargos declaratórios. (STJ - RESP 259450 - PE - 2ª T. - Relª Minª Eliana Calmon - DJU 18.02.2002 - p. 00302)

Esse é o entendimento de José Miguel Garcia Medina⁸:

"Interposto o recurso de embargos de declaração, e, mesmo assim, persistindo a omissão, caberá o recurso especial por violação ao art. 535 do CPC. Aponta-se,

⁷ Nesse sentido ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. *Recurso Especial e Prequestionamento* in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág.167.

⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial* in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág.299.

no caso, vício de atividade, cabendo a cassação da decisão recorrida."

Vejam o absurdo jurídico criado: interposto o competente embargo de declaração e tendo o tribunal negado qualquer omissão, caberá recurso especial para o STJ, com base em negativa de prestação jurisdicional (art. 535 inciso II do CPC). O processo seguirá para o STJ para apenas esta análise, que se entender ter ocorrido determinará o retorno ao tribunal a quo para que se manifeste explicitamente acerca da questão suscitada no prequestionamento. A partir desta nova decisão, flui novo prazo para interposição de mais um recurso especial e também eventual extraordinário, mas agora sob a matéria do processo.

É uma burocratização desnecessária, atrelada a um formalismo técnico que, em nosso entender, está dissonante com os princípios básicos das reformas processuais que nosso diploma vem sofrendo.

Já se aplica nos tribunais o princípio da causa madura (art.515 § 3º), e, considerando nosso entendimento - minoritário - anteriormente afirmado de que não há previsão legal ou constitucional de obrigatoriedade de se prequestionar, seria salutar e racional permitir ao tribunal superior o julgamento direto da matéria principal: a negativa de vigência da lei ou da Constituição sob o caso em espécie, até porque, estaria em direção às reformas de nosso Código de Processo Civil.

3.4 Prequestionamento implícito, explícito e numérico

Retrato da dificuldade dos advogados em compreender os institutos do prequestionamento implícito, explícito e numérico decore em parte do embate jurisprudencial entre o STF e STJ que divergem em seus conceitos.

Para que possamos efetuar uma análise didática visando o entendimento da divergência apontada, iniciaremos com os nossos conceitos para depois adentrarmos nos entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores.

3.4.1 Prequestionamento numérico

Prequestionamento numérico é aquele que faz menção expressa do dispositivo legal com vigência negada ou interpretação divergente.

Nesse sentido, muito bem definiu Samuel Monteiro⁹:

"Considera-se prequestionamento numérico aquele em que a parte faz constar no tema respectivo a indicação da norma contrariada, da lei com a vigência negada, do dispositivo de lei federal com interpretação divergente ou do dispositivo da constituição Federal ofendido direta e frontalmente pelo acórdão recorrido."

3.4.2 Prequestionamento explícito

Por prequestionamento explícito entendemos aquele cuja questão o acórdão tenha debatido e emitido juízo de valor, contrariando o dispositivo legal ou dado interpretação divergente, sem que tenha citado expressamente o dispositivo legal aviltado.

3.4.3 Prequestionamento implícito

Consideramos prequestionamento implícito aquele cuja questão o acórdão não debateu ou emitiu juízo de valor, mas o teor de sua decisão contrariou dispositivo legal ou lhe deu interpretação divergente.

3.4.4 O entendimento do STF

O STF adota a mesma tônica conceitual que acima colocamos em relação ao prequestionamento numérico, explícito e implícito. Quanto a exigência para considerar a matéria prequestionada, tem adotado por jurisprudência majoritária a seguinte linha: não exige o numérico; exige o explícito e repudia o implícito. Prova disso é a súmula 282 do STF que informa: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Nessa esteira a jurisprudência se manifesta (gn):

AGRAVOS REGIMENTAIS - AUSÊNCIA DE MENÇÃO NUMÉRICA, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL TIDO POR VIOLADO - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplo os EDAGRA 258.285, Relator Ministro Ilmar Galvão, para a configuração do prequestionamento não se exige a menção numérica dos dispositivos constitucionais tidos por violados, mas, sim, a análise, por parte da Corte a quo, dos temas neles tratados, circunstância que se verifica no caso em exame. Havendo sido provido o recurso extraordinário, com a total reforma do acórdão impugnado e, conseqüentemente, da sentença monocrática, impõe-se a inversão dos ônus sucumbenciais. Agravo regimental da empresa contribuinte a que se nega provimento. Agravo regimental do Estado de São Paulo provido. (STF - AGRRE 301830 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 14.12.2001 - p. 00078)

3.4.5 O entendimento do STJ

Em relação ao STJ, há ligeira distorção de seus conceitos em relação aos nossos aqui apresentados, e por via de conseqüência, aos seguidos pelo STF.

Entende o STJ por prequestionamento explícito o que nós entendemos por numérico, e por prequestionamento implícito o que nós entendemos por explícito.

Assim, para esse tribunal o prequestionamento é explícito (numérico, em nossa definição) quando o acórdão contiver, expressamente o dispositivo legal cuja vigência foi negada e implícito (explícito em nosso conceito) quando o tema tiver sido debatido sem referência explícita ao dispositivo.

Nesse sentido Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim¹⁰:

¹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. *Recurso Especial e Prequestionamento* in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 166.

"Algumas decisões caminham, todavia, no sentido de exigir que no acórdão local haja menção expressa ao dispositivo de lei federal dado por ofendido, sob pena de descabimento do especial por falta de prequestionamento.

Afigura-se nos suficiente, para que se reputa preenchido o requisito do prequestionamento, que a questão federal tenha sido tratada no acórdão recorrido. Não nos parece encontrar espeque no texto constitucional o entendimento que exige que o acórdão local haja feito menção expressa ao dispositivo de lei federal dado por ofendido."

Quando à exigência para se considerar prequestionada determinada questão, o STJ tem majoritariamente aceito o prequestionamento explícito (*rectius* numérico) e implícito (*rectius* explícito).

Abaixo, algumas ementas demonstrando a necessidade do prequestionamento explícito - *rectius* numérico - (gn):

AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO APOIADA EM SÚMULAS - RECURSO ESPECIAL INVIÁVEL - 1. Decisão amparada em súmulas do STF e STJ não enseja o provimento de agravo regimental. 2. Inadmissível o recurso especial por envolver reexame de prova, falta de prequestionamento explícito e inexistência de demonstração analítica do dissenso pretoriano, o agravo de instrumento não merecia acolhida. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AGA 219703 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 17.06.2002)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - IPTU - MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO/SP - SÍTIO DE RECREIO - INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 E §§ DO CPC - INOCORRÊNCIA - CARÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER DA QUESTÃO RELATIVA À CORREÇÃO MONETÁRIA - O STJ É INCOMPETENTE PARA APRECIAR EVENTUAIS OFENSAS A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS - A FALTA DE PREGUESTIONAMENTO EXPLÍCITO INVIABILIZA O RECURSO ESPECIAL PELO FUNDAMENTO DA LETRA "A" - [...]. 5. As questões federais contidas nos arts. 6º, § único, da Lei nº 1.533/51, 302 e 348, do CPC não foram devidamente prequestionadas. 6. Recurso especial do qual não se conhece. (STJ - RESP - 215460 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 12.11.2001 - p. 00136)

Quando à admissão do prequestionamento implícito - *rectius* explícito - temos (gn):

PREVIDENCIÁRIO - TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - INSURGÊNCIA CONTRA APLICAÇÃO DE MULTA DECORRENTE DE FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA CONTRATAÇÃO

DE MÃO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO CIVIL - ARTIGOS 32, 33 E 92 DA LEI 8212/91 - PREGUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - 1. O prequestionamento implícito da questão federal é admitido pela jurisprudência do STJ e deve ser acatado no caso concreto, no tocante ao artigo 92 da Lei 8212/91, porquanto sistematicamente relacionado com os artigos 32 e 33 do mesmo diploma legal. [...] 3. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ - RESP 470789 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 22.04.2003)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - INEXISTÊNCIA DE PREGUESTIONAMENTO - 1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, ocorrendo emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais e não apenas simples menção dos mesmos, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto. 2. O prequestionamento implícito é admitido, desde que a tese defendida no especial tenha sido efetivamente apreciada no tribunal recorrido à luz da legislação federal indicada. 3. Tese não prequestionada no voto recorrido, embora interpostos embargos de declaração - Súmula 211/STJ. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AGA 472819 - DF - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 10.03.2003)

3.5 Nulidade absoluta

Em relação à nulidade absoluta, tanto o STF quanto o STJ exigem o prequestionamento:

CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA NÃO PREGUESTIONADA - Não é possível a declaração de eventual nulidade, ainda que absoluta, em sede de recurso extraordinário, em face da ausência de prequestionamento. Agravo desprovido. (STF - AGRAG 341431 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 14.12.2001 - p. 00054)

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TEMPESTIVIDADE - [...] 3. Indispensável o prequestionamento no tribunal a quo, mesmo tratando-se de questões relativas a nulidades absolutas, para que o tema possa ser objeto de exame nesta instância especial. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AGA 314788 - SP - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU 20.11.2000 - p. 295)

4 Padronização do prequestionamento

Ressaltamos inicialmente a nossa posição inicial contrária à necessidade de prequestionamento, mas, rendendo à majoritária jurisprudência e doutrina, apresentamos sugestões visando evitar o casuismo e subjetivismo atualmente vividos nos tribunais superiores que colocam o advogado à

mercê de entendimentos individuais sem unicidade de conduta em uma mesma matéria.

Nesse sentido, Samuel Monteiro¹¹ se manifestou:

"Criou-se em torno do conceito de prequestionamento um rigorismo exacerbado, uma 'torre de marfim' imune à crítica (parodiando o grande e imortal ministro do antigo TFR - J. J. Moreira Rabelo), pois como vimos, o conceito de prequestionamento traduz um subjetivismo sem limite, que reflete apenas e tão-somente o pensamento de quem o emite, alheio a qualquer norma legal, enquanto inexistente esta."

E complementa:

"O que se condena no subjetivismo do prequestionamento é a ironia da falta de qualquer critério lógico: uma mesma hipótese, ora é considerada prequestionada; ora é dada como não prequestionada."

Importante ressaltar que qualquer medida visando eliminar o casuismo e unificar os procedimentos parte necessariamente da criação de lei alterando o Código de Processo Civil e regulamentando os requisitos para interposição dos recursos especial e extraordinário, principalmente quanto ao prequestionamento, devendo conter como diretrizes básicas:

a) A definição de prequestionamento numérico, explícito e implícito para que haja igualdade de conceitos entre os tribunais superiores e determinação de qual deles será considerado para efeito de prequestionamento;

b) Considerar prequestionada a matéria contida em qualquer parte do acórdão, inclusive no relatório e voto vencido, o que iria de encontro à premente necessidade de ampliação dos limites da coisa julgada, que tivemos oportunidade de manifestar em trabalho anterior¹²;

c) Eliminar a necessidade de interposição de embargos de declaração quando a matéria for acerca de nulidade do acórdão ou o próprio acórdão for o violador da norma;

d) Adoção do princípio da causa madura quando da interposição de recurso com base no artigo 535 do CPC, por não ter se manifestado o tribunal a quo acerca de prequestionamento suscitado, permitindo aos tribunais o enfrentamento direto da norma violada.

Assim, urge a criação de norma que elimine o casuismo jurisprudencial a que os advogados estão sujeitos ao desafiar as decisões dos tribunais de segundo grau com o recurso especial ou extraordinário, não só para a segurança jurídica que envolve a questão mas como a racionalização do trabalho nos tribunais, em consonância com as reformas que nosso diploma processual vem sofrendo.

¹¹ MONTEIRO, Samuel. Recurso Especial e Extraordinário e outros Recursos. 2ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995. Pág. 63.

¹² PIRES, Roberto Carlos Martins. Coisa Julgada - Considerações e Necessidade de Ampliação de seus Limites. Rio de Janeiro. Trabalho elaborado no curso de pós-graduação da ESA, 2004. Pág.15-17.