

O Prequestionamento nos Recursos Especial e Extraordinário

Roberto Carlos Martins Pires

*Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro
Bacharel em Direito e Ciências Contábeis pela
Universidade Gama Filho/RJ
Pós-graduado pela ESA/RJ*

RESUMO: A interposição dos Recursos Especial e Extraordinário sempre foi cercada de nebulosidade em decorrência dos diversos entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. Pretende-se esclarecer os principais pontos a respeito desta matéria de forma prática e objetiva, municiando o profissional do direito de uma ferramenta de consulta que possa nortear seus trabalhos e minimizar os riscos de ver o recurso interposto obstaculizado por um entendimento jurisprudencial. Apresentam-se também sugestões visando clarificar e padronizar os entendimentos evitando assim que o profissional fique sujeito à subjetividade do julgador.

Palavras-chave: recurso especial, extraordinário - interposição

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 Desembargador 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 gera 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 prevalecer 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 ALBUQUERQUE¹ muito bem sintetiza a regra básica do prequestionamento hoje aplicada:

"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 MEDINA² 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 LIMA³ 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..."

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA⁴, também no mesmo sentido:

"O prequestionamento, contudo não é previsto na Constituição Federal [...] para nós, o que exige a Constituição Federal é que a questão federal ou constitucional esteja presente na decisão recorrida, o que não equivale a prequestionamento, o qual deve ocorrer necessariamente antes da decisão recorrida."

Em entendimento contrário, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA⁵, 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 cau-

sa 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. É por isso, neste trabalho, 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 é necessariamente os dos embargos de declaração.

Se o acórdão de segundo grau manteve a sentença, dois são os caminhos por força de suas respectivas jurisprudências dominantes: Para o STF caso tenha sido implícita a negativa de vigência, deverá a parte interpor embargos de declaração visando explicitá-la; Para o 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, necessário 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 à 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. Min. Ellen Gracie - DJU 30.08.2002 - p. 00085).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CORRETAMENTE DENEGADO NA ORIGEM - AGRAVO IMPROVIDO - A configuração jurídica do prequestionamento - que traduz elemento indispensável ao conhecimento do recurso extraordinário - decorre da oportuna formulação, em momento procedimentalmente adequado, do tema de direito constitucional positivo. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido explicitamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária - Omissa a decisão judicial na resolução do tema suscitado, impõe-se, para efeito de cognoscibilidade do recurso extraordinário, o necessário oferecimento dos embargos de declaração, destinados a ensejar a explícita análise da quaestio juris pelo Tribunal a quo. (STF - AGRAG 165.825 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 22.11.1996).

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 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. [...] (STJ - REsp 470789 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 22.04.2003).

PROCESSUAL CIVIL - PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE NÃO VINCULA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - 1. A convalidação ou o provimento de agravo de instrumento, originário de decisão que inadmitiu o Recurso Especial, não vincula o juízo de admissibilidade do relator que, entendendo presente uma das hipóteses do art. 557 do CPC, poderá negar seguimento ao recurso. 2. Inexistência de prequestionamento explícito ou implícito em torno dos dispositivos indicados no especial. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AGRREsp 298226 - SP - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 14.04.2003).

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - 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 legisla-

ção 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).

3.1.1 Quando o Próprio Acórdão é o Violador

No caso de ocorrer ofensa à lei federal ou à Constituição no próprio acórdão, a jurisprudência do STF e do STJ divergem. O STF tem recentemente se direcionado para a necessária interposição do 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 proferiu o julgamento.

Nesse sentido, EDUARDO ARRUDA ALVIM e ANGÉLICA ARRUDA ALVIM⁶:

"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."

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 anterior ⁷:

"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):

VOTO VENCIDO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - Recurso extraordinário que se ressentido do indispensável prequestionamento, posto que os temas constitucionais tidos por violados foram

abordados apenas no voto vencido do acórdão recorrido. Voto condutor que teve fundamento constitucional independente, não suscitado nas razões recursais. Precedentes (REs 118.479 e 215.083). Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AGRRE - 279557 - SC - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 16.03.2001 - p. 00099).

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)

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - MASSA FALIDA - CORREÇÃO MONETÁRIA - PRECLUSÃO LÓGICA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - De forma alguma concedeu o Tribunal de origem benefício fiscal, mas sim definiu a consequência jurídica da concordância anterior do recorrente com o pedido formulado pela executada. Dessarte, consoante já ficou consignado no acórdão recorrido, preclusão houve, mas a atingir apenas o recorrente, uma vez que praticou ato incompatível com

posição anteriormente adotada no processo. Os temas da ocorrência de preclusão para a executada apontar o vício e a inconstitucionalidade ou inaplicabilidade do DL 858 não foram prequestionados pelo acórdão recorrido, uma vez que, embora o voto-vencido proferido pelo eminente relator tenha expressamente se manifestado sobre eles, os votos vencedores não trataram dessas questões, fixando-se apenas nos fundamentos já mencionados. Recurso especial não conhecido. Decisão por unanimidade. (STJ - REsp 127940 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 13.08.2001 - p. 00085).

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

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO QUE SE SUPRE PARA EXAMINAR TESE PREQUESTIONADA - IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - FATO GERADOR - MOMENTO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - INAPLICABILIDADE DO DECRETO 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 - EARREsp 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 CPC⁸, 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 - ACÓRDÃO QUE NÃO EXAMINA EXPLICITAMENTE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS SUSCITADOS NO CURSO DA LIDE, COM O OBJETIVO DE PREQUESTIONAR PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC - 1. As questões ventiladas no recurso devem ser examinadas pelo Tribunal dentro do ângulo constitucional ou infraconstitucional, como posto para apreciação. 2. É fundamental, para a parte, a obtenção de pronunciamento da Corte de Apelação a respeito dos dispositivos legais indicados como violados, a fim de que reste caracterizado o prequestionamento. 3. A importância deste pronunciamento judicial assume contorno de direito devido à omissão do órgão julgador, o qual não está obrigado a julgar apenas, mas a emitir juízo de valor para afastar os artigos de Lei indicados pela parte e que embasam as teses jurídicas discutidas. 4. Decisão que não aprecia explicitamente dispositivos constitucionais invocados desafia embargos de declaração que, dependendo do julgamento, acarretam violação ao art. 535 do CPC, caso permaneça a omissão apontada. 5. Tese defendida no especial que não enseja o pronunciamento desta Corte quanto à uniformização na interpretação do direito federal, configurando-se a tentativa do recorrente de revolver o caso concreto - Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial parcialmente provido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de origem para re julgamento dos embargos declaratórios, visando pronunciamento explícito em relação aos dispositivos constitucionais suscitados na lide. (STJ - REsp 327445 - RS - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 24.03.2003).

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 MEDINA⁹:

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

Vejam o absurdo jurídico criado: interpostos os competentes embargos 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 na direção das 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 decorre 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 MONTEIRO¹⁰:

"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 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 à 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"

Nesse esteira também temos as seguintes ementas (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 - AGRE 301830 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 14.12.2001 - p. 00078).

AGRAVO REGIMENTAL - A atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que se a ofensa à Cons-

tituição só ocorreu implicitamente no acórdão objeto do recurso extraordinário, para haver o prequestionamento dela é necessária a interposição de embargos de declaração por omissão dele quanto à questão constitucional surgida originariamente, a fim de que se possibilite ao Tribunal a quo que sobre ela se manifeste. - No caso, a interposição desses indispensáveis embargos de declaração não ocorreu, inexistindo assim o prequestionamento das questões constitucionais relativas à violação da coisa julgada e do devido processo legal. Agravo a que se nega provimento. (STF - AI-AgR 339420 - DF - 1ª T. - Rel. Min. Moreira Alves - DJU 12.04.2002 - p. 60).

RECURSO - PREQUESTIONAMENTO - INCONSTITUCIONALIDADE - AUSÊNCIA DE EXAME - 1. O prequestionamento não exsurge de mera referência a matéria versada no relatório do acórdão impugnado. Diz-se pré-questionado determinado tema quando o Órgão julgador haja emitido juízo explícito a respeito de forma clara, porquanto o conhecimento do recurso não pode ficar ao sabor da capacidade intuitiva dos integrantes do Órgão, muito menos deve alicerçar-se na presunção do extraordinário - de decisão implícita contra expresse dispositivo legal. [...] (STF - AGRRE 175.505 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 12.05.1995).

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 consequência, 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 este 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 ALVIM¹¹:

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

Quanto 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 APRE-

CIAR EVENTUAIS OFENSAS A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS - A FALTA DE PREQUESTIONAMENTO 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).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF - REEXAME DA PROVA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL (SÚMULAS 07 E 05 DO STJ) - FUNDAMENTAÇÃO INCOMPLETA (SÚMULA 283/STF) - 1. Inviável o recurso especial pelo fundamento da letra "a", quando ausente o prequestionamento explícito do preceito contido no dispositivo de lei federal dito violado. 2. A teor de entendimentos sumulados desta Corte (Enunciados 05 e 07), é inadmissível interpretação de cláusula contratual e reexame da prova em sede de recurso especial. 3. A não impugnação de todos os fundamentos do acórdão atrai a incidência da Súmula 283/STF. 4. Recurso especial do qual não se conhece. (STJ - REsp - 279147 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 12.11.2001 - p. 00139).

Quanto 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 - PREQUESTIONAMENTO 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).

AGRAVO REGIMENTAL - APRECIAÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DE LEI LOCAL - INOCORRÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - POSSIBILIDADE - 1. Inocorrência de apreciação de matéria probatória para dirimir a controvérsia. 2. A aferição da aplicação de Lei local mais benéfica não implica na própria interpretação de Lei local se os seus dispositivos, e que não foram objeto de cognição. 3. Restando debatida a matéria controvertida no Recurso Especial posto apreciada no Tribunal recorrido à luz da legislação federal indicada, subjaz satisfeito o requisito do prequestionamento implícito, admitido pelo STJ. 4. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AGA 438122 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 07.04.2003).

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - 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).

RECURSO ESPECIAL - PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO - TEMPO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULAS 282 E 356 DO STF - NÃO CONHECIMENTO - A jurisprudência deste STF assentou, pacificamente, a orientação de que é de se exigir o prequestionamento, ao menos implícito, para a viabilização do acesso à via excepcional. Recurso não conhecido. (STJ - REsp 413960 - SC - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 19.12.2002).

3.5 Nulidade Absoluta

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

CONSTITUCIONAL - PENAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LV - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PREQUESTIONAMENTO - C.F., ARTS. 142, § 3º, VI, E 42, § 1º - I. - O acórdão recorrido não cuidou das questões constitucionais invocadas no RE. Ausente o necessário prequestionamento, incidem as Súmulas 282 e 356-STF. II. - Alegação de nulidade absoluta: exame inviável, dado que tal matéria não foi prequestionada no acórdão recorrido. III. - Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. IV. - R.E. inadmitido. Agravo não provido. (STF - AI-AgR 393589 - PR - 2ª T. - Rel. Min. Carlos Velloso - DJU 29.11.2002 - p. 00032).

CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA NÃO PREQUESTIONADA - 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 INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL - IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - NECESSIDADE - PREQUESTIONAMENTO - NULIDADE ABSOLUTA - NECESSIDADE - I - A parte, ao recorrer, deve buscar demonstrar o desacerto da decisão contra a qual se insurge, refutando todos os óbices por ela levantados, sob pena de vê-la mantida. Não pode, em agravo interno, contestar os fundamentos da decisão recorrida por intermédio do agravo de instrumento. II - O prequestionamento, entendido como tal a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência da própria previsão constitucional do Recurso Especial, impondo-se como requisito inafastável ao seu conhecimento, ainda que se trate de nulidade absoluta, a não ser que decorrente do próprio julgamento. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AGA 454001 - RJ - 3ª T. - Rel. Min. Castro Filho - DJU 10.03.2003).

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 Conclusões

Ressaltamos inicialmente a nossa posição inicial contrária à necessidade de prequestionamento, mas, rendendo à majoritária jurisprudência e doutrina, apresentaremos sugestões visando evitar o casuísmo e subjetivismo atualmente vivido nos Tribunais Superiores, que colocam o advogado à mercê de entendimentos individuais sem unicidade de conduta em uma mesma matéria.

Nesse sentido, SAMUEL MONTEIRO¹² se manifestou:

"Criou-se em torno do conceito de prequestionamento um rigorismo exacerbado, uma 'torre de mar-

fim' 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 casuísmo e unificar os procedimentos parte necessariamente pela criação de lei alterando o Código de Processo Civil e regulamentando os requisitos para interposição do 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 ao encontro da premente necessidade de ampliação dos limites da coisa julgada, que tivemos oportunidade de manifestar em trabalho anterior ;
- 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 casuísmo jurisprudencial a que os advogados estão sujeitos ao desafiar as decisões dos tribunais de segundo grau com o Recurso Especial ou Extraordinário.

rio, não só para a segurança jurídica que envolve a questão mas como para a racionalização do trabalho nos tribunais, em consonância com as reformas que nosso diploma processual vem sofrendo.

Notas

- 1 ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. **Admissibilidade do Recurso Especial**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1996. Pág. 88.
- 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. **Prequestionamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 1993. Nº 692. Pág. 197.
- 4 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. 281.
- 5 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. Pág. 103.
- 6 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. 176.
- 7 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.
- 8 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.
- 9 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.
- 10 MONTEIRO, Samuel. **Recurso Especial e Extraordinário e outros Recursos**. 2ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995. Pág. 56.
- 11 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.
- 12 MONTEIRO, Samuel. **Recurso Especial e Extraordinário e outros Recursos**. 2ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995. Pág. 63.
- 13 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.

Referências

- ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. **Admissibilidade do Recurso Especial**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- 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.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- LIMA, Alcides Mendonça. **Prequestionamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 1993.
- 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.
- MONTEIRO, Samuel. **Recurso Especial e Extraordinário e outros Recursos**. 2ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995.
- NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos** 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NEVES, FERNANDO CRESPO QUEIROZ. **A influência das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade 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.
- 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.