

PREQUESTIONAMENTO reflexões sobre a Súmula 211 do STJ *

Cassio Scarpinella Bueno

Sumário: 1) Introdução; 2) A Súmula 211 do STJ e sua aplicação por aquele Tribunal; 3) A atuação monocrática do Relator (CPC, art. 557, na redação da Lei nº 9.756/98) e os embargos de declaração prequestionadores; 4) Considerações finais; 5) Bibliografia.

1) Introdução

Tema da máxima importância à eficácia do sistema processual civil brasileiro, notadamente nas esferas recursais extraordinária e especial, é o relativo ao prequestionamento.

Ao mesmo tempo em que muito se tem discutido a respeito da Lei nº 9.756/98 e dos problemas originários de sua interpretação — que envolvem questões variando desde a correção dos números dos parágrafos do art. 557 até a inconstitucionalidade de algumas das disposições criadas por aquele diploma legal —, outros institutos processuais têm atravessado modificações radicais em sua configuração sem despertar, ao que tudo indica, o mesmo interesse doutrinário. O prequestionamento é um deles.

As alterações relativas ao prequestionamento — sua forma e momento de configuração — são radicais, verdadeiramente radicais, até porque implementadas por Súmula do Superior Tribunal de Justiça, dispensada qualquer alteração constitucional ou legal para efetivá-las.

Há alguns anos atrás tratamos da gênese do tema com algum fôlego em dois textos diversos embora complementares entre si. Referimo-nos ao nosso “Duas ‘novidades’ em torno dos recursos extraordinários em sentido *lato*”, publicado no vol. 84 da *Revista de Processo* e ao nosso “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação pelos Tribunais Superiores” integrante de obra coletiva coordenada pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*.¹ Ambos os trabalhos foram publicados pela Editora Revista dos

*. Publicado originalmente em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, páginas 52-82.

¹. Lá tratamos do prequestionamento às pp. 220/231 e 130/148 e nas conclusões de pp. 231/235 e 148/158 destes trabalhos, respectivamente.

Quanto à outra ‘novidade’ ou ‘(re)interpretação’ da Súmula nº 288 do Supremo Tribunal Federal de que tratamos naqueles trabalhos, salientamos a aprovação, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em Sessão de 2 de agosto de 1999, da Súmula nº 223 daquele Tribunal, pela qual: “A certidão de intimação do acórdão recorrido

Tribunais e a eles remetemos os leitores interessados no ‘surgimento’ do que acabou se tornando a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, bem assim em muitos dos desdobramentos referidos aqui mas não tratados especificamente.

Hoje, tendo em conta a *consolidação* daquilo que então enunciamos como ‘novidade’ ou ‘releitura’ interpretativa da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, sentimo-nos encorajados a retomar o tema e contextualizá-lo com mais estas linhas e as reflexões que as ocupam. Ânimo redobrado, a bem da verdade, em virtude do estudo posterior ao fechamento daqueles dois nossos trabalhos de outros, dentre os quais, pela importância e força persuasiva, destacamos texto da lavra do Ministro Eduardo Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça, intitulado “Prequestionamento” e publicado no livro “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98”, obra coletiva coordenada pela mesma Professora Teresa Wambier e pelo Professor Nelson Nery Jr., publicada pela Editora Revista dos Tribunais em março de 1999.

2) A Súmula 211 do STJ e sua aplicação por aquele Tribunal

A Súmula que é o objeto das reflexões destas linhas tem o seguinte teor:

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

Sua publicação se deu no Diário da Justiça de 3.8.98, p. 366, foi veiculada no volume 108 da *Revista do Superior Tribunal de Justiça* à página 351 e tem como precedentes jurisprudenciais indicados os seguintes julgados: REsp nº 43.622/SP (1994/0002980-2), Primeira Turma, Rel. Min. Cesar Rocha, j.un. 1.6.94, DJU 27.6.94, p. 16.912 (*RSTJ* 108/394);² REsp nº 28.871/RJ (1992/0027828-0), Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j.un. 30.11.92, DJU 15.2.93, p. 1.686 (*RSTJ* 108/378);³ REsp nº 40.167/SP (1993/0030163-2), Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.m.v. 14.3.94, DJU 6.3.95, p. 4.365 (*RSTJ* 108/388);⁴

constitui peça obrigatória do instrumento de agravo” (Informativo STJ nº 26, 2 a 6 de agosto de 1999).

². “Processual Civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Embargos declaratórios rejeitados pelo Tribunal *a quo*. Impossível o acesso ao recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na Corte origem. Tal ausência não é suprida pela mera oposição dos embargos declaratórios. Faz-se imprescindível que os embargos sejam acolhidos pela Corte de origem para que seja sanada a possível omissão constante do v. acórdão embargado. Se o órgão julgador persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja o Tribunal *a quo* emitido juízo explícito. Recurso especial não conhecido”.

³. “Embargos de declaração. Ponto omissis (CPC, art. 535, II). Se o acórdão omitiu ponto sobre que devia pronunciar-se o tribunal, o órgão julgador, quando provocado por embargos de declaração, há de sobre ele emitir pronunciamento, de modo claro. Caso em que se reconhece a nulidade, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão. Recurso especial conhecido e provido em parte”.

⁴. “Processo Civil. Acórdão proferido em sede de agravo de instrumento por Câmara do Tribunal estadual.

AGA nº 67.820/SP (1995/0012017-8), Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j.un. 4.9.95, DJU 25.9.95, p. 31.089 (*RSTJ* 108/353);⁵ REsp nº 36.996/SP (1993/0020249-9), Sexta Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, j.un. 16.10.95, DJU 26.2.96, p. 4.091 (*RSTJ* 108/381);⁶ AGA nº 74.405/PA (1995/0025006-3), Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.un. 7.5.96, DJU 3.6.96, p. 19.250 (*RSTJ* 108/357);⁷ REsp nº 90.056/SP (1996/0014979-8), Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j.un. 17.6.96, DJU 19.8.96, p. 28.443 (*RSTJ* 108/396);⁸ REsp nº 6.720/PR (1990/0013060-3), Segunda Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, j.un. 10.10.96, DJU 4.11.96, p. 42.454 (*RSTJ* 108/369);⁹ AGA nº 103.682/DF (1996/0014974-7), Primeira

Omissão quanto a ponto relevante. Embargos declaratórios rejeitados. Violação do art. 535, CPC. Recurso conhecido e provido. I – Havendo a Câmara julgadora, ao decidir agravo de instrumento, deixado de pronunciar-se sobre questão de inegável relevância que havia sido expressamente suscitada pela agravante, impõe-se, uma vez não sanada a omissão em sede de declaratórios, reconhecer afrontado o art. 535, CPC. II – Tal reconhecimento, tendo em vista a peculiar disciplina a que sujeito o recurso especial, prejudica a análise da matéria de fundo em relação a qual se verificou a omissão, isso porque, diante da certeza de que o Colegiado de segundo grau se omitiu em apreciá-la, não se há como concebê-la prequestionada. III – Recurso especial provido para que, retornando os autos ao Tribunal de origem seja emitido pronunciamento específico acerca do aspecto omitido”.

⁵. “Processual Civil. Recurso especial. Ofensa a lei federal. Prequestionamento. Imprescindibilidade. Embargos declaratórios. Rejeição. Violação ao artigo 535, inciso II do CPC. Súmulas 284/STF e 131/STJ. É lícito à parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação à qual o acórdão recorrido quedou-se omisso, embora sobre ela devesse pronunciar. A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial, calculado em violação aos termos do artigo 535, inciso II do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada. A apreciação de questão não debatida, subverte o *iter* processual, ao tempo em que surpreende a parte adversa, suprimindo-lhe a prerrogativa do contraditório, e cria para a Corte Superior o ônus de apreciar tema inédito. A procedência das alegações de violação ao artigo 535, inciso II do CPC induz à nulidade do acórdão vergastado, impondo que outro seja proferido pelo Tribunal *a quo*, contendo a apreciação da matéria preterida ...”.

⁶. “Processual Civil. Recurso especial. Fundamento na alínea ‘a’ do permissivo constitucional. Questão nova. Falta de prequestionamento. Fundamento na alínea ‘c’ do autorizativo constitucional. Litigância de má-fé. Condenação de ofício. Exegese do art. 18, *caput* (antigo) e do art. 125, III, ambos do CPC. Precedentes. Recurso não conhecido pela alínea ‘a’ e improvido pela alínea ‘c’. I – O recurso especial só prospera, com fulcro na alínea ‘a’, se a matéria jurídica tiver sido debatida na instância ordinária. Exige-se a interposição de embargos de declaração, para fins de prequestionamento, embora a alegada ofensa ao dispositivo legal tenha surgido apenas no acórdão recorrido. Para que o STJ conheça do recurso especial é necessário que a questão federal nova tenha sido tratada no aresto guerreado ...”.

⁷. “Recurso especial. Prequestionamento. Não versada a matéria no julgado recorrido, inadmissível pretender-se tenha havido vulneração da lei. Se apreciando embargos declaratórios, deixou-se de decidir questão que o deveria ter sido, poderá ter havido contrariedade da lei processual (C.P.C., art. 535), mas não se há de ter como suprida a exigência do prequestionamento ...”.

⁸. “Tributário. Recurso especial. 1 – Se está evidenciada a omissão no acórdão central, omissão esta não suprimida por ocasião dos embargos declaratórios interpostos, deve a parte recorrente apontar violação ao art. 535, II, do CPC, para caracterizar o prequestionamento. 2 – Enfrentando, diretamente, no especial, os artigos que entendeu não apreciados, e agora, apontados como violados, presente a rejeição dos embargos, permite, com tal conduta, a caracterização do não prequestionamento ...”.

⁹. “Processual Civil. Recurso especial. Requisito de admissibilidade do prequestionamento: conceito, cumprimento do requisito do prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração: Inocorrência. Prequestionamento das questões federais novas: imprescindibilidade. Precedentes. Recurso não conhecido. (...) II – O requisito de admissibilidade do prequestionamento consiste na exigência de que o tribunal *a quo* tenha apreciado e solucionado a questão federal suscitada no recurso endereçado aos tribunais superiores. É prescindível, para que esteja satisfeito esse requisito de admissibilidade, que o tribunal inferior faça menção aos dispositivos legais apontados como violados, bastando que decida sobre as matérias jurídicas neles insertas. III – Não basta, para que esteja cumprido o requisito do prequestionamento, a simples interposição de embargos de declaração, sendo necessário que o tribunal inferior emita juízo acerca da questão federal a ser suscitada no recurso excepcional. IV –

Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j.un. 18.11.96, DJU 16.12.96, p. 50.784 (*RSTJ* 108/360)¹⁰ e AGA nº 123.760/SP (1996/0058614-4), Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j.un. 20.2.97, DJU 24.3.97, p. 8.990 (*RSTJ* 108/362).¹¹

Em termos facilitados e práticos, a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça quer significar que toda vez que ‘embargos de declaração prequestionadores’ forem opostos visando à oportuna interposição de recurso especial e forem rejeitados pelo Tribunal de Segunda Instância sob o fundamento da inexistência do vício que motiva a oposição daquele recurso — o que em geral reveste-se de fórmulas do tipo: “O Tribunal não é obrigado a responder todas as alegações das partes ou questionários” ou “O Tribunal não é obrigado a dizer em qual dispositivo de lei se apóia para fundamentar sua decisão” —,¹² deverá o sucumbente interpor recurso especial, com fundamento no art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, por violação ao art. 535, incisos I ou II, do Código de Processo Civil. Somente com o eventual acolhimento deste recurso e cassado o acórdão *a quo* é que terá cabimento *novo* recurso especial para levar ao Superior Tribunal de Justiça a *questão legal/federal* em que se funda a causa.

Mesmo tendo oposto os embargos de declaração o recorrente deverá atentar minudentemente ao enfrentamento da questão legal/federal *pelo e no* acórdão recorrido. Na negativa, e em atenção ao comando da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, deverá interpor, em primeiro lugar, recurso especial com fundamento na contrariedade ao art. 535, I ou

Se, apesar de provocado via embargos de declaração, o tribunal *a quo* se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, deve o recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão proferido quando do julgamento dos embargos, ao invés de insistir na tese da violação aos dispositivos legais, cujas matérias não foram apreciadas e solucionadas. V – As questões federais — inclusive os *errores in procedendo* — surgidas no julgamento da apelação devem ser prequestionadas, sob pena de não-conhecimento do recurso especial...”.

¹⁰. “Agravo regimental. Temas controvertidos. Não objeto de exame pelo Tribunal *a quo*. Interposição de embargos declaratórios para suprir omissão. Rejeição sem apreciação das questões suscitadas. Veiculação da matéria de mérito, em recurso especial. Prequestionamento inexistente. Uma vez rejeitados os embargos declaratórios interpostos com a finalidade de trazer a debate tema sobre o qual se omitiu o Tribunal *a quo*, não se tem por suprido o requisito do prequestionamento, cabendo à parte alegar, nas razões do apelo nobre, contrariedade ao art. 535, II, do CPC. Agravo a que se nega provimento, sem discrepância”.

¹¹. “Processual Civil. Agravo (art. 545, CPC). 1. Exame de ofensa direta à disposição constitucional não tem acolhimento na via Especial. 2. Os padrões legais apontados como contrariados, para reexame, não prescindem de prequestionamento. A omissão deve ser suprida pela interposição de embargos declaratórios. Caso insatisfatória a sua apreciação, como condição para o conhecimento do Recurso Especial, impõe-se a alegação de violação ao art. 535, I e II...”.

¹². Esta última afirmação não significa que prequestionamento é sinônimo de número de artigo de lei ou da Constituição no acórdão recorrido. Melhor do que nosso entendimento sobre o tema é o seguinte, do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Prequestionamento implícito. A Corte Especial julgou não ser necessária a menção expressa aos dispositivos legais no texto do acórdão recorrido para que seja atendido o requisito de prequestionamento. Precedentes citados: EREsp 8.285-RJ, DJ 9/11/1998 [este citado pelo Ministro Eduardo Ribeiro em seu trabalho cit., p. 250, nota nº 8]; REsp 6.854-RJ, DJ 9/3/1992, e AgRg no EREsp 111.618-RS, DJ 22/9/1997” (Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 162.608/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 16.6.99 e referido no Informativo STJ nº 23, 14 a 18 de junho de 1999).

II, do Código de Processo Civil. Só depois, diante de eventual decisão favorável do Superior Tribunal de Justiça acerca da violação daquele dispositivo da lei processual civil — declaração, pois, do *error in procedendo* praticado no julgamento dos embargos declaratórios pela instância *a quo* —, é que terá cabida a interposição de recurso especial para tratar da ‘verdadeira’ questão legal/federal sobre a qual sua ação diz respeito (‘questão de fundo’ parece ser um título adequado para designá-la).

Destacamos, a propósito, a lição de Nelson Luiz Pinto:

“De acordo com essa Súmula do STJ, não basta para exigência do prequestionamento que da matéria objeto do recurso especial a cujo respeito o acórdão recorrido foi omissa tenha a parte interposto embargos de declaração. Há necessidade de que os embargos sejam providos e que o tribunal *a quo* se manifeste precisamente sobre a questão federal que será objeto do apelo à instância especial.

“Assim, caso haja efetivamente a omissão a respeito da questão federal no acórdão recorrido e sejam rejeitados os embargos de declaração, deve a parte, em seu recurso especial, argüir a nulidade do acórdão, em razão de ser ele *infra petita* ou omissa e incompleto quanto à sua fundamentação, não podendo discutir no recurso especial a questão a respeito da qual alega ter havido omissão”.¹³

Algumas ementas recentes de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça dão conta da aplicação constante da referida Súmula desde sua publicação no Diário da Justiça:

“Processual Civil. Recurso Especial. Pressupostos de Admissibilidade. ‘Cruzados bloqueados’. Correção Monetária. Lei 7.730/90. Lei 8.024/90. Embargos de Declaração. Súmulas 211 e 98/STJ.

1. Fundamentação preponderantemente constitucional não se expõe a exame na via Especial.

2. ***A interposição dos Embargos Declaratórios com o fim de prequestionamento, por si, não autoriza a imposição de multa (Súmula 98/STJ).***

¹³. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo : Malheiros Editores, 1999, p. 231.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso parcialmente provido apenas para afastar a aplicação da multa”.¹⁴

“Tributário e Processual Civil. Prequestionamento. Ausência. Súmula nº 211-STJ. Dissídio não configurado.

I. *‘Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo’* - Súmula 211-STJ.

II. Impossível o confronto de teses quando a situação examinada nos arestos paradigmas não é revelada em sua integralidade ou se revela inespecífica com a tese controvertida.

III. Agravo regimental desprovido”.¹⁵

“Agravo de instrumento - Agravo regimental - Contrato de financiamento - Súmula 5 e 7/STJ - **Pquestionamento - Súmula 211/STJ** – Dissídio jurisprudencial - Inocorrência. I - O destinatário das provas é o juiz da causa. Cabe somente a ele o cotejo da sua prescindibilidade na solução da lide. II - Negado seguimento ao Agravo com fundamento nas Súmulas 5 e 7 desta Corte, na falta do prequestionamento viabilizador e na inobservância aos requisitos regimentais do art. 255, a agravante não infirmou todos estes fundamentos (Súmula 5/STJ). Incidência da Súmula 182/STJ. **III - Dada a edição recente da Súmula 211, pela Corte Especial, a matéria só se diz prequestionada se efetivamente apreciada pelo órgão julgador. Simples referência a tal ou qual artigo não enseja o Recurso Especial.** IV - O paradigma sendo aresto do mesmo Tribunal prolator do acórdão paragonado não viabiliza Recurso Especial pelo dissenso interpretativo (Súmula 13/STJ). V - Agravo Regimental improvido”.¹⁶

¹⁴. STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 159.616/PR, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j.un. 17.12.98, DJU 2.8.99, p. 143, sem os destaques. Indica-se como sucessivos os seguintes acórdãos: REsp nº 157.682/PR (1997/0087269-6), j. 17.12.98, DJU 2.8.99, p. 143 e REsp nº 153.988/PR (1997/0079445-8), j. 17.12.98, DJU 2.8.99, p. 142.

¹⁵. STJ, Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 90.208/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 15.4.99, DJU 28.6.99, p. 76, sem os destaques.

¹⁶. STJ, Terceira Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 190.420/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j.un. 13.5.99, DJU 28.6.99, p. 107, sem os destaques.

“Embargos de declaração. Obrigação de resposta. *O recorrente, interpondo embargos de declaração, indicou aspectos omissos no aresto e o Tribunal a quo entendeu que a interposição era descabida: o juízo não estaria obrigado a responder a todas as suas alegações e nem tampouco a responder, um a um, todos os seus argumentos. A Turma, entendendo que o exame das questões suscitadas era necessário ao desfecho da demanda, decidiu que aquele Tribunal não poderia recalcitrar no injustificável silêncio. Só poderia deixar de se pronunciar sobre algum ponto dos embargos, quando diante de questão prejudicial às outras, porém se manifestando expressamente a esse respeito (CPC, art. 535, II)*”.¹⁷

“Processual civil. Agravo regimental. *Ausência de prequestionamento no acórdão recorrido dos dispositivos legais apontados como violados no recurso especial. Embargos de declaração rejeitados. Questões não apreciadas. Súmula 211/STJ.* Análise de matéria fática. Inteligência da súmula 07/STJ. *1. Não tendo o órgão julgador de segundo grau proferido decisão à luz dos preceitos legais apontados como violados no recurso especial, e persistindo a omissão em sede de embargos de declaração, deveria a recorrente veicular, necessariamente, ofensa à regra processual do art. 535, do CPC, no bojo do recurso especial. Há caminho, por conseguinte, para a perfeita aplicação da Súmula 211 do STJ. 2. Há de ser prestigiada decisão que inadmite seguimento de recurso especial, via agravo de instrumento, quando a questão jurídica assentada no acórdão de segundo grau é sustentada basicamente em provas. Aplicação da Súmula 07 deste Tribunal. 3. Agravo regimental improvido*”.¹⁸

“Processual civil. Recurso especial. Fundamento da alínea ‘a’ do permissivo constitucional. Ausência de prequestionamento. Não conhecimento. *Não cabe conhecer do recurso especial interposto com fundamento na letra ‘a’ do permissivo constitucional, se a questão infraconstitucional, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não restou apreciada pelo Tribunal a quo (Súmula 211-STJ).* Recurso de que se não conhece. Decisão unânime”.¹⁹

¹⁷. Recurso Especial nº 169.729-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 11.5.99 e referido no Informativo STJ nº 18, 10 a 14 de maio de 1999.

¹⁸. STJ, Primeira Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 203.237/SP, Rel. Min. José Delgado, j.un. 11.3.99, DJU 21.6.99, p. 94, sem os destaques.

¹⁹. STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 118.841/MG, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j.un. 24.11.98, DJU 14.6.99, p. 106, sem os destaques.

“Recurso especial. Inviabilidade em relação a tema não prequestionado. O pedido de declaração, por si, não supre a falta de prequestionamento. Súmula 211. Aplica-se a Súmula 283 do STF quando o recurso não aborda todos os fundamentos do acórdão recorrido e um deles é suficiente para manter a decisão. Juros. Instituições financeiras. Inaplicabilidade da restrição do Decreto 22.626/33 em relação à taxa de juros. Não se faz mister autorização do Conselho Monetário Nacional, pois livre, em princípio, sua estipulação. Possibilidade, entretanto, de que seja limitado o respectivo valor por aquele Conselho”.²⁰

“Processual civil. Recurso especial. **Ausência de prequestionamento no acórdão recorrido dos dispositivos legais apontados como violados. Embargos de declaração rejeitados. Questões não apreciadas. Súmula 211/STJ.** Dissídio jurisprudencial insuficientemente demonstrado. Não conhecimento. Agravo regimental improvido. **1. Não tendo o órgão julgador de segundo grau proferido decisão à luz dos preceitos legais apontados como violados no recurso especial, e persistindo a omissão em sede de embargos de declaração, deveria a recorrente veicular, necessariamente, no bojo do recurso especial, ofensa às regras processuais que regem aquele instituto (art. 535 e seguintes, do CPC). Há caminho, por conseguinte, para a perfeita aplicação da Súmula 211 do STJ.** 2. A admissibilidade do recurso especial está vinculada aos ditames registrados na Constituição Federal. A rigidez estabelecida para o seu conhecimento decorre de que só é cabível com fundamento na alínea ‘c’ do permissivo constitucional quando efetivamente se demonstrar a divergência pretoriana nos moldes legais e regimentais exigidos para a sua comprovação. 3. Agravo regimental improvido”.²¹

“Processual civil. Recurso Especial. Decisão com apoio em legislação local. **Ausência de prequestionamento. Embargos de declaração. Aplicabilidade da súmula 211-STJ.** Torna-se inadmissível conhecer do recurso especial, na hipótese em que o acórdão hostilizado decidiu a lide com apoio em legislação local, ausente, assim, o prequestionamento de dispositivos de lei federal apontados como malferidos (Súmulas 282 e 280 do STF). **A inadmissibilidade persiste, ainda que, opostos embargos declaratórios,**

²⁰. STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 199.044/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.un. 6.5.99, DJU 14.6.99, p. 189, sem os destaques.

²¹. STJ, Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 190.632/RS, Rel. Min. José Delgado, j.un. 11.3.99, DJU 10.5.99, p. 112, sem os destaques.

o Tribunal a quo deixa de apreciar a questão federal objeto do especial. Recurso de que se não conhece. Decisão unânime”.²²

“Processual civil. Fazenda pública. Sucumbência recíproca. Honorários. CPC, art. 21. Ausência de prequestionamento. Súmula 211-STJ. Débitos de natureza alimentícia. Precatório. Necessidade. **1. Não se conhece da inconformação que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi efetivamente apreciada pelo Tribunal de origem - Súmula 211/STJ.** 2. Os débitos alimentícios da Fazenda Pública estão necessariamente vinculados à expedição de precatório, gozando de preferência na ordem cronológica dos créditos de natureza diversa. 3. Recurso parcialmente conhecido”.²³

“Agravos regimentais. Recurso especial. Prequestionamento e deficiência recursal. Matéria constitucional. **1. Inexiste prequestionamento se o acórdão recorrido não tratou dos dispositivos tidos por violados, bem como da matéria a eles atinente, sem importar o fato de a parte ter oposto embargos declaratórios. Súmula 211 do STJ.** 2. Saber acerca de violação ao art. 6º da LICC é questão de índole constitucional, afeta, portanto, à competência do STF. 3 - Por cotejo analítico deve-se entender a transcrição de trechos de acórdãos divergentes e do recorrido, nos quais se mencione as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Para tanto, não basta a simples citação de ementas ou a transcrição de apenas um dos arestos (seja o recorrido ou o paradigma). Incidência da Súmula 284 do STF. 3. Agravo regimental desprovido”.²⁴

“Não versada a matéria no julgamento recorrido, inadmissível pretender-se tenha havido violação da lei. Se, apreciando declaratórios, deixou-se de decidir questão que o deveria ter sido, poderá ter havido contrariedade da lei processual nesse ponto, mas não se há de ter como suprida a exigência de prequestionamento. Súmula 211. Embargos de declaração rejeitados”.²⁵

²². STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 152.393/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j.un. 10.11.98, DJU 22.3.99, p. 61, sem os destaques.

²³. STJ, Quinta Turma, Recurso Especial nº 95.231/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, j.un. 24.11.98, DJU 1.2.99, p. 221, sem os destaques.

²⁴. STJ, Sexta Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 191.565/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 5.11.98, DJU 30.11.98, p. 244, sem os destaques. Como acórdão no mesmo sentido é indicado o seguinte: AGA nº 200.358/CE, j.un. 14.12.98, DJU 1.3.99, p. 430.

²⁵. STJ, Terceira Turma, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 164.285/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.un. 4.10.98, DJU 30.11.98, p. 155, sem os destaques.

O trabalho do Ministro Eduardo Ribeiro a que nos referimos anteriormente defende, longa e persuasivamente, a *ratio* desta Súmula nº 211 e comprova, de modo exaustivo, que o entendimento encerrado naquele enunciado é o único que, verdadeiramente, afeição-se com aquilo que deve ser entendido por prequestionamento: enfrentamento, *pela e na decisão recorrida*, da questão constitucional ou infraconstitucional que ensejará, nos termos dos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal, a interposição de eventual recurso extraordinário e/ou especial, respectivamente.

Moto perpetuo de sua análise é a demonstração de que a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, pela qual “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”, não oferece solução adequada ao instituto em estudo. Segundo o preclaro Ministro, da recusa do Tribunal *a quo* em enfrentar, na decisão proferida, a questão legal/federal *não* segue o pressuposto para a interposição do recurso extraordinário e/ou especial, isto é, o prequestionamento. Acientífico, neste sentido, o comando encerrado na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal e a *ficção* que o mesmo encerra quanto à configuração do prequestionamento.

Nas suas palavras:

“Ocorre que a redação daquela súmula permite concluir que basta a apresentação dos declaratórios para ter-se superada a dificuldade, ainda que rejeitados por incabíveis. Abrir-se-ia ensejo para recorrer, quanto ao ponto em relação ao qual omissis o acórdão, omissis que continuou após a decisão dos embargos”.²⁶

O texto do Ministro Eduardo Ribeiro é de uma clareza, de um rigor lógico e de uma construção dignas de destaque e de elogios. Nenhuma crítica, nenhum apontamento à exposição lá feita. O que nos motiva à escrita destas linhas e à reflexão aqui lançada não é, propriamente, a discordância das conclusões lá lançadas, até porque seu poder persuasivo é inegável. Concordar com o que é prequestionamento, agora, é menos importante. Pretendemos aqui apenas fomentar debate que não pode mais ser postergado a respeito de tão importante questão e que diz respeito a todos os jurisdicionados, a todos que militam no foro e buscam justiça nas Cortes Superiores nos termos constitucionais.

²⁶. “Pquestionamento”, em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999, p. 253, sem os destaques.

Explicamos a *oportunidade* destas nossas reflexões a partir das considerações que já lançamos nos artigos referidos na nota 1, *supra*.

Neste contexto, o trabalho que, em tese, seria apenas uma exposição de *uma das correntes acerca do difícil tema do prequestionamento* — dificuldade esta que é colocada expressamente logo em seu início —,²⁷ é, em verdade e por força da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, a *única* forma de se compreender prequestionamento, ao menos para fins de interposição de recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se, pois, do acolhimento de *uma* visão do tema — louvável e coerente, não temos dúvidas — por uma Súmula de Tribunal Superior que, como tal, pode determinar a sorte e o destino de um sem número de recursos especiais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça. No fundo e em função da Súmula nº 211, o mencionado trabalho acaba não por descrever o que *é* prequestionamento mas o que *deve ser* prequestionamento com exclusão de outras maneiras de compreender o mesmo instituto.

Eis aí um efeito do que vimos referindo já há algum tempo, em aulas e em textos doutrinários, como “efeitos vinculantes *de fato*” das Súmulas *já existentes* no Brasil.

Em painel de Seminário para o qual tivemos a honra de ser convidados pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), nas pessoas dos Ilustres Professores Celso Bastos e Roberto Rosas,²⁸ salientamos que uma das grandes inovações da Lei nº 9.756/98 foi introduzir *definitivamente* no direito brasileiro e de modo geral para todo e qualquer recurso perante todo e qualquer Tribunal efeitos ‘vinculantes’ às decisões dos Tribunais Superiores e dos próprios Tribunais de segundo grau, os estaduais e os Regionais Federais (CPC, art. 557, na sua atual redação). Efeitos vinculantes ‘de fato’ para as súmulas preexistentes à promulgação deste novo diploma legal ou, quando menos, para a ‘jurisprudência dominante’.²⁹

²⁷. “Dificuldade que se coloca, quando se trata do prequestionamento como condição para viabilizar os recursos extraordinário e especial, além da própria grafia, está no sentido em que empregada a expressão. É utilizada na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. Para outros, entretanto, considera-se presente quando a questão, não apenas é objeto de arguição pela parte, mas decidida pelo acórdão a ser impugnado. Por fim, uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão-só a essa última hipótese, ou seja, haver decisão, ainda que não se tenha verificado anterior debate” (“Pquestionamento”, cit., p. 245).

²⁸. Referimo-nos aqui ao IV Fórum Nacional de Processo Civil e Constituição, que se realizou em São Paulo, SP, aos 18 de junho de 1999, quando abordamos o seguinte tema: ‘Reforma processual e acesso à justiça’. As conclusões a que então chegamos estão reunidas em texto com o mesmo nome a ser publicado oportunamente na *Revista de Processo* da Editora Revista dos Tribunais.

²⁹. Sobre o tema, cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, “A jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea”, publicado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999, pp. 518/532.

Não nos preocupamos aqui em posicionarmos contra ou a favor das súmulas vinculantes. Há, a nosso ver, pontos positivos e negativos na adoção deste sistema mas que transbordariam, necessariamente, do tema destas reflexões, donde não serem referidos nesta sede.³⁰

O que é importante salientarmos e frisarmos aqui é que a Lei nº 9.756/98 *impôs* um sistema de efeitos vinculantes de decisões colegiadas *atropelando* ou, quando menos, *desconsiderando* toda a problemática que a introdução deste sistema na Constituição Federal tem enfrentado há um bom tempo. Enquanto se discute se o sistema constitucional brasileiro admite efeitos vinculantes das decisões dos Tribunais Superiores — e a tramitação de mais de uma emenda à Constituição a propósito está sustada em virtude desta discussão —, a *lei* os introduz como método de trabalho.³¹

Fenômeno semelhante ocorre com as Súmulas dos Tribunais Superiores. Sejam aquelas que completam seus trinta e cinco ou trinta e seis anos de idade neste ano de 1999 — editadas pelo Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição de 1946 e do Código de Processo Civil de 1939, portanto — e que são aplicadas como se ainda hoje fossem vigentes aqueles diplomas normativos e os valores neles representados e encerrados; sejam aquelas recém editadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em específico, aqui retomamos o tema, a Súmula nº 211 e a *sua* visão de prequestionamento que se afasta, por completo, aquela que, por força de outra Súmula, a de nº 356 do Supremo Tribunal Federal, vigia com alguma tranqüilidade — e, portanto, margem de segurança — nos meios forenses.

Não que discordemos substancialmente, repetimos, do Ministro Eduardo Ribeiro e de toda a doutrina que se debruçou sobre o tema quanto a (poder) consistir o ‘prequestionamento’ no debate da questão constitucional ou legal/federal *pela e na decisão recorrida*, não guardando, este instituto, relação quanto à prévia discussão daquela tese *pelas*

³⁰. Sobre o assunto consultar com proveito: “As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante”, de Sálvio de Figueiredo Teixeira, em *Revista de Direito Processual Civil* vol. 9. Curitiba : Genesis, 1998, pp. 514/527.

³¹. Insuperável, a este respeito, consideração de José Carlos Barbosa Moreira: “Vamos aqui limitarmo-nos a uma reflexão irônica. Quanta tinta se tem gasto (a imagem, reconhecemos, é obsoleta na era da informática, em que ninguém mais usa tinta para escrever ...) no debate entre os partidários e os adversários da reforma constitucional destinada a atribuir eficácia vinculante a proposições inspiradoras de precedentes nos mais altos tribunais do país! Pois bem: sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, foi-se insinuando, pé ante pé, sornateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses ‘sumuladas’, senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos. Emenda constitucional para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e, ao custo — muito mais baixo — de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prazo o bastante para satisfazer seu apetite” (“Inovações da lei 9.756/98 em matéria de recursos civis” publicado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999, p. 329).

partes antes do proferimento da decisão recorrida. Isto é, *para as reflexões de que aqui cogitamos*, o menos importante.³²

Nosso objeto, aqui, é diverso: a dificuldade e a importância atuais do tema é que a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça *impôs uma* das interpretações sobre o *que pode ser entendido como* prequestionamento. Sem maior debate prévio e sem participação dos destinatários daquele entendimento (todos os jurisdicionados que litiguem sobre a interpretação de qualquer lei federal), como sói ocorrer no nosso sistema positivo pela inexistência de um *procedimento* ou de um *processo* respeitante à criação das Súmulas — ou, no mínimo, a total desconsideração daquele regulado pelos arts. 476/479 do Código de Processo Civil. Sem concordância sequer do Supremo Tribunal Federal.

A veracidade desta última afirmação é transparente em acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

“Processo civil. Recurso especial. Recurso extraordinário. Prequestionamento. ***O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento no recurso extraordinário (STF - Súmula 356) e no recurso especial (STJ - Súmula 211).*** A orientação consolidada na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, nos termos do que foi decidido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 198.631-1, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJU, 19.12.97, p. 48). Embargos de declaração rejeitados”.³³

Neste acórdão, da relatoria do Ministro Ari Pargendler, está exposta, com clareza, a distinção *radical* entre os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça — Súmula nº 211 — e do Supremo Tribunal Federal — Súmula nº 356 — a respeito da *configuração* do

³². Embora nos pareça, com o devido respeito, que uma coisa é identificar no acórdão do Tribunal de segundo grau vício procedimental relativo à aplicação do art. 535 do CPC porque, *v.g.*, negou-se o caráter infringente dos embargos de declaração (o que, no particular, é salientado pelo Min. Eduardo Ribeiro em seu “Prequestionamento”, *cit.*, p. 251, com nossa plena concordância). Outra, diversa, é pedir ao Tribunal que declare o acórdão quanto à questão constitucional e/ou federal/legal que, de uma forma ou de outra está lá contida. Porque se esta questão não estiver no acórdão de alguma forma o caso não é de recurso extraordinário e nem de especial por falta de prequestionamento. Neste contexto, e tendo presente o padrão de interpretação da Súmula nº 356 do STF, ratificamos o ‘paradoxo’ que expusemos anteriormente em nosso “Súmulas 288, 283 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação pelos Tribunais Superiores”, *cit.*, p. 141 (no “Duas novidades”, *cit.*, v. pp. 226/227), referido na nota 16 (p. 253) do trabalho do Ministro Eduardo Ribeiro.

³³. STJ, Segunda Turma, Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 158.140/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, *j.un.* 15.10.98, DJU 23.11.98, p. 166, sem os destaques.

prequestionamento, legitimador do acesso à instância especial e extraordinária, respectivamente.

É certo, como se lê do voto proferido pelo Em. Ministro Pargendler:

“... No Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 198.631-1, Relator o Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal decidiu que essa orientação jurisprudencial, embora conflitante com aquela consubstanciada na Súmula nº 356 do Pretório Excelso, ‘não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário’ (DJU, 19.12.97, p. 48).

O inteiro teor da ementa desse julgado é a seguinte:

‘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 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 o do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário’.

Voto, por isso, no sentido de rejeitar os embargos de declaração”.³⁴

Analisamos o agravo de instrumento relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence referido neste acórdão do Ministro Ari Pargendler, interposto a partir do acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 74.405/PA, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro (v. nota 7, *supra*), donde ser inegável a pertinência de seu destaque nestas linhas.

³⁴. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 158.140/DF, cit..

Segundo seu relatório, a hipótese foi de interposição de recurso extraordinário de acórdão do Superior Tribunal de Justiça fundado aquele em violação das cláusulas constitucionais da inafastabilidade do acesso ao Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV) e do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV e LV). *Estas alegações é que foram rejeitadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Claros quanto a isto, a ementa transcrita no trecho acima e o relatório do próprio acórdão do Supremo Tribunal Federal no qual se lê:*

“Sustenta-se no RE que o STJ teria ofendido o art. 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição, ao deixar de examinar, por falta de prequestionamento, preceitos legais tidos por violados no recurso especial interposto pela agravante, e ao manter-se omissa, no julgamento dos embargos declaratórios opostos a sua decisão, quanto à alegação de ofensa àqueles dispositivos constitucionais, suscitada em agravo regimental”.

Após expor que o fundamento do não conhecimento do especial que ensejou a interposição do extraordinário se deveu pela aplicação ao caso do entendimento agora constante da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, acentuou o Ministro Sepúlveda Pertence:

“O choque evidente desse entendimento com a orientação refletida na Súmula 356 do STF tem sede na interpretação do art. 105, III, da Constituição — do qual decorre a exigência do prequestionamento para o recurso especial —, não na das garantias constitucionais invocadas pela recorrente”.³⁵

Duas as questões que lançamos a partir destes dois últimos acórdãos, embora não pretendamos oferecer a nenhuma delas qualquer resposta definitiva por ora: são meras reflexões sobre a Súmula nº 211, como diz o título deste nosso trabalho

A primeira é a seguinte: teria o Supremo Tribunal Federal decidido da mesma forma se a *causa petendi* do recurso extraordinário interposto do acórdão do Superior Tribunal

³⁵. No mesmo sentido, também da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence e da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, v.: Recurso Extraordinário nº 214.724/RJ, j.un. 2.10.98, DJU 6.11.98, p. 19 (“I. Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração. A rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, a contrario *sensu*, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador. A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual ‘não foram opostos embargos declaratórios’. Mas, se opostos, o Tribunal *a quo* se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte ...”) e Recurso Extraordinário nº 176.626/SP, j.un. 10.11.98, DJU 11.12.98, p. 10 (“I. Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356). A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual ‘não foram opostos embargos declaratórios’. Mas se, opostos, o Tribunal *a quo* se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98) ...”).

de Justiça fundado na aplicação de sua recente Súmula nº 211 fosse a de violação ao próprio texto do art. 105, III, 'a', da Constituição Federal. Por que violação a este dispositivo? Porque, *e.g.*, como doutrina o Ministro Eduardo Ribeiro, inexistente *na Constituição Federal* (e isto desde a Constituição de 1937) qualquer exigência acerca do prequestionamento do recurso.³⁶ Trata-se, apenas e tão somente, de construção jurisprudencial, admitida ou tolerada pela doutrina.³⁷ Mas — e este o ponto nevrálgico desta primeira indagação — o mesmo, na ordem constitucional hoje vigente, *não* decorre da Constituição.

Formulada a questão de outro modo: é lícito (*re*)construir-se os estudos relativos ao prequestionamento quando *nem* a Constituição e *nem* a lei fazem qualquer menção à sua exigência? Se trata-se de instituto relacionado intrinsecamente à natureza dos recursos extraordinários (extraordinário em sentido estrito e especial), como em geral é referido pela doutrina e pela jurisprudência, qual pode ser o parâmetro acerca de sua configuração efetiva ou de sua 'separação' da própria *questão* constitucional e/ou federal, real objetivo daquele?³⁸ Se prequestionamento *não* é objeto de qualquer norma jurídica no ordenamento brasileiro, qual parâmetro constitucional ou legal pode ser *transportado* para uma Súmula de um Tribunal Superior, cujas funções revisoras são o controle da constitucionalidade e da legalidade federal estrita?

A segunda questão a partir dos dois últimos acórdãos que colocamos em destaque, do Ministro Ari Pargendler do Superior Tribunal de Justiça e do Ministro Sepúlveda Pertence do Supremo Tribunal Federal, deriva da anterior e pode ser enunciada assim: seria concebível, no ordenamento jurídico brasileiro, dois 'prequestionamentos' diferentes —

³⁶. “Nos textos constitucionais editados até 37, ao se cuidar do cabimento do extraordinário, com base em violação da lei, consignava-se que sobre sua aplicação se haveria de ser questionado. Em 46 a expressão é encontrada apenas no dispositivo que regula a hipótese do recurso em que discutida a validade de lei federal em face da Constituição. Veio a ser eliminada a partir da Carta de 67” (Eduardo Ribeiro, “Prequestionamento”, *cit.*, p. 246).

³⁷. Na letra do Ministro Eduardo Ribeiro, “O uso daquele termo favorecia a interpretação de que exigível houvesse sido a matéria colocada pela parte, pois assim se poderia dizer que se questionara sobre a aplicação da lei. Doutrinadores dos mais respeitados, entretanto, escrevendo quando vigente aquela outra redação punham-se de acordo em que, decidida a causa, com base em fundamentação que as partes não houvessem tido em conta, o recurso seria admissível, se coexistissem os demais pressupostos, malgrado a ausência de prequestionamento anterior. Não há proveito em ampliar-se a discussão quanto às conseqüências que se haveriam de tirar daquela expressão, que não subsiste no direito vigente. Importante assinalar, entretanto, que a jurisprudência é absolutamente pacífica, com algumas vozes destoantes, também a doutrina se orienta no sentido de que permanece necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais conter o termo acima apontado, ausente também das leis processuais. Mister verificar qual seu fundamento e esse haveria de ser buscado na Constituição. Se nela não se contém, ter-se-ia de concluir pela injuridicidade da exigência, não havendo como considerá-lo indispensável para o conhecimento do recurso. E não se terá dele outro conceito, a toda evidência, que o autorizado pelas disposições constitucionais” (“Prequestionamento”, *cit.*, p. 246).

³⁸. “Não se confundem, pois, o prequestionamento com a questão federal ou constitucional, pois estas, conquanto não tenham sido objeto do prequestionamento, poderão ter sido objeto da decisão de única ou última instância, o que será suficiente para a interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário, conforme o caso” (José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo : RT, 1999, p. 190).

radicalmente diferentes —, um perante o Supremo Tribunal Federal e um perante o Superior Tribunal de Justiça?

Esta última questão é pertinente, eis que subsiste na sua íntegra, para fins de recurso *extraordinário*, o comando das Súmulas n.ºs. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal e, a partir da interpretação desta última, o que a *jurisprudência* denomina de prequestionamento ficto, isto é: suficiência da oposição dos declaratórios para configuração do prequestionamento e, pois, cabimento do extraordinário, sendo indiferente, ao menos como regra, a resposta dada a estes declaratórios pelo Tribunal *a quo*.³⁹

Para o Superior Tribunal de Justiça, de outro turno, o prequestionamento tem assento diverso, fundamentando-se na Súmula n.º 282 do Supremo Tribunal Federal e na Súmula n.º 211 do Superior Tribunal de Justiça, esta última que *nega* total e completamente a corriqueira e trintenária orientação do Supremo Tribunal Federal. Prequestiamento ‘ficto’ de acordo com a Súmula n.º 211 do Superior Tribunal de Justiça? Contradição nos próprios termos.⁴⁰

Frisamos aqui o que já consta do texto: não é objeto de nosso estudo aqui discutir se a concepção de prequestionamento da Súmula n.º 356 do Supremo Tribunal Federal ou da Súmula n.º 211 do Superior Tribunal de Justiça é, ou não, *a* correta. Nossas reflexões limitam-se a evidenciar apenas a existência desta divergência: há duas concepções de prequestionamento vigorando na jurisprudência dos Tribunais Superiores, exigindo comportamentos processuais distintos (completamente distintos) dos litigantes.

A divergência faz parte do Direito, notadamente no Brasil, cuja total falta de uniformização de entendimentos faz da distribuição de qualquer ação com pedido cautelar uma verdadeira loteria.⁴¹ No entanto, as conseqüências derivadas desta divergência e a forma pela

³⁹. Consultar sobre a relação entre ‘prequestionamento ficto’ e a Súmula n.º 356 do Supremo Tribunal Federal também o trabalho de Luis Fernando Balieiro Lodi, “Embargos declaratórios prequestionadores” publicado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999, pp. 445/453.

⁴⁰. “Com a devida vênua, entender que se faz imprescindível o pedido de declaração, mas que nada importa o que disso advenha, corresponde a simplesmente cumprir um ritual. Afirma-se que, quanto ao ponto omissis, o recurso não é apto a alcançar seguimento e tal assertiva está amparada pelos termos em que constitucionalmente previstos o extraordinário e o especial. Pedida a declaração, a omissão continuou. Entretanto, cumprido o cerimonial, passa a ser possível a impugnação atacando ponto não considerado pelas instâncias ordinárias. Ora, se admissível ainda que continue não enfrentada a questão porque ter-se como inarredável o pedido de declaração? A conclusão, em verdade, haveria de ser que o prequestionamento constitui requisito prescindível. Se, em tal caso, se pode decidir sem que a isso preceda pronunciamento do tribunal *a quo*, há de concluir-se que é supérfluo e seria de dispensar-se sempre” (Eduardo Ribeiro, “Prequestionamento”, cit., p. 254).

⁴¹. Em nosso *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, 2ª ed. São Paulo : RT, 1999, pp. 111/112 (na 1ª edição, v. fls. 95), acentuamos, com os olhos voltados aos meios forenses, que o número de decisões possíveis de uma dada tese jurídica é diretamente proporcional ao número de juizes competentes para conhecer e decidir aquela mesma tese.

qual ela afeta a interposição dos recursos extraordinários e especial, é que precisam ser salientadas e muito mais discutidas, *data maxima venia*, do que foram antes e agora, durante, a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

3) A atuação monocrática do Relator (CPC, art. 557, na redação da Lei nº 9.756/98) e os embargos de declaração prequestionadores

Ocorre-nos outra reflexão derivada da *usual* oposição dos declaratórios para fins de prequestionamento e, a partir da incidência da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, da *necessidade* de interposição de recurso especial fundado na violação ao art. 535, do Código de Processo Civil.

Tendo em vista as modificações trazidas pela Lei nº 9.756/98, o Relator, diante dos ‘embargos de declaração prequestionadores’ pode doravante, monocraticamente, rejeitar o recurso sob o fundamento de seu descabimento (manifestamente inadmissível, dispõe a atual redação do *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil). É ampla, como já referimos no nº 2, *supra*, a jurisprudência das Cortes Estaduais e Regionais no sentido de que embargos de declaração não servem para fins de prequestionamento ou que os Tribunais não são obrigados a responder ‘questionários’ das partes ou, como ainda é mais comum no foro, que os Tribunais não são obrigados a enfrentar cada um dos fundamentos sustentados pelas partes para decidir desta ou daquela maneira.

Diante de eventual rejeição dos embargos de declaração por intermédio da atuação isolada do Relator, a parte, necessariamente precisará manejar o agravo interno do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil (também na redação da Lei nº 9.756/98) — se quiser (tentar) alçar a instância especial e/ou extraordinária — para só então interpor o recurso adequado para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Interessante destacar que antes das modificações trazidas por este novo diploma legal, as Cortes Estaduais e as Regionais (à mingua de outra alternativa) limitavam-se a apenar o sucumbente pela oposição dos declaratórios, o que motivou a edição da Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça.⁴²

Com a recente alteração legislativa há espaço para imaginar que esta sanção tenda a ser, senão deslocada para o julgamento do agravo interno, *dobrada* com a interposição deste recurso para o colegiado, sempre necessário para o posterior recurso especial. Verdadeira

⁴². É o seguinte o enunciado desta Súmula: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

que seja esta afirmação e o sistema processual civil passou a admitir que se apene aquele que pretende alçar a instância especial e lança mão dos embargos declaratórios (com fundamento no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil) e que se apene a parte quando da interposição do agravo interno (com fundamento no § 2º do art. 557 do mesmo Estatuto Processual), o que é *necessário* para a interposição do recurso especial.

Há uma agravante na hipótese imaginada: ao contrário da multa do parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, que prevê a obrigatoriedade do recolhimento da multa apenas no caso de reiteração do recurso rejeitado como condição de admissibilidade do novo recurso, o § 2º do art. 557, regra genérica, impõe esta condição desde a primeira multa.⁴³

Neste sentido, esperamos que a referida Súmula nº 98 possa ser interpretada amplamente pelo Superior Tribunal de Justiça para albergar ambas as hipóteses hoje previstas no Código de Processo Civil. Alguns dos acórdãos que indicamos no nº 2 do presente trabalho e que foram objeto de incidência da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça revelam, mister o destaque, que, mesmo com a aplicação desta Súmula, persiste o entendimento daquele Tribunal quanto à injuridicidade da multa quando o objetivo dos embargos declaratórios for o prequestionamento.

O ponto distintivo da possibilidade desta apenação pecuniária com o ‘secionamento do julgamento’ em decorrência da incidência da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça (recurso especial fundado na violação do art. 535 do Código de Processo Civil – Cassação do acórdão do Tribunal de segunda instância – Novo recurso especial fundado na ‘questão de fundo’), é que, antes da consolidação deste enunciado, o recurso especial interposto do acórdão que rejeitava os declaratórios pela falta de seus pressupostos fáticos e apenava o recorrente era veículo hábil para contrastar o prequestionamento, eventual aplicação de multa pela oposição dos declaratórios e a ‘questão de fundo’ de uma só vez (aplicação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal). Nenhuma delonga, pois, à marcha do processo. Nenhum acréscimo temporal de maior significação a seu desfecho mesmo quando se considerava necessários os declaratórios para alçar os Tribunais Superiores. Nenhuma

⁴³. Localizamos acórdão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu de embargos de declaração opostos a acórdão proferido em sede agravo interno (regimental) pela não comprovação, pelo embargante, do recolhimento da multa lá aplicada com fundamento no mencionado dispositivo legal em sua atual redação. Eis a ementa do acórdão: “Processo civil. Embargos de declaração opostos a acórdão que julgou agravo regimental e aplicou a multa prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. Ausência de comprovação do depósito. Não conhecimento. 1 – Conforme o disposto no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, com redação da Lei nº 9.756/98, quando aplicada a multa nele prevista, a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do respectivo valor. 2 – Embargos de declaração não conhecidos em virtude da ausência de comprovação do respectivo preparo” (STJ, Sexta Turma, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo nº 215.829/AL, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 15.6.99, DJU 28.6.99, p. 183).

vinculação ao *prévio* recolhimento da multa como condição do recurso (CPC, art. 557, § 2º, na redação da Lei nº 9.756/98).

Hoje, em virtude da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, a anulação da multa aplicada pelo Tribunal *a quo* (seja com fundamento no parágrafo único do art. 538 ou no § 2º do art. 557, ambos do Código de Processo Civil) tende a ser obtida por recurso especial interposto por violação ao art. 535 do Código de Processo Civil (CF/88, art. 105, III, 'a') e/ou com base na divergência da Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 105, III, 'c'). Ocorre que a violação àquele dispositivo da lei processual civil surge na exata proporção em que se reconhece que a parte pretendeu com os declaratórios apenas e tão somente 'prequestionar' a matéria visando à interposição de recurso especial. Justamente a hipótese de incidência da Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça. Não houvesse qualquer vício no acórdão do Tribunal *a quo* e não se poderia negar o acerto na rejeição dos declaratórios.

Para verificar a existência deste vício no acórdão do Tribunal *a quo*, o Superior Tribunal de Justiça necessariamente deverá realizar exame, embora perfunctório, da existência da própria *questão federal*. Deverá identificá-la para dizer, com segurança, se a mesma consta ou não do acórdão e que, em função disto, os embargos de declaração precisavam ter sido acolhidos para corrigir o defeito. Deverá, pois, precisar qual a questão federal para corrigir o vício procedimental que enseja a nulidade a ser declarada (aplicação da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça).

4) Considerações finais

O Ministro Eduardo Ribeiro, em seu trabalho, não deixa de reconhecer, na forma como já assinalamos, que o tema em tela é complexo e repleto de divergências em sede doutrinária e jurisprudencial.⁴⁴ Salienta que ele mesmo mudou de opinião anteriormente lançada, *v.g.*, a respeito da configuração do prequestionamento naqueles casos em que o vício

⁴⁴. Dois recentes acórdãos da lavra do Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro demonstram bem a afirmação constante de sua produção doutrinária relativamente a esta mudança de entendimento: "Prequestionamento. Vício no julgamento. Embargos de declaração. A Corte Especial, por maioria, julgou necessária a interposição de embargos declaratórios, mesmo quando a questão federal surge no julgamento perante a corte de origem, sob pena de a omissão inviabilizar o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento. Precedente citado: EREsp 8.285-RJ, DJ 9/11/1998" (Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 99.796/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 16.6.99 e referido no Informativo STJ nº 23, 14 a 18 de junho de 1999) e "Vício de julgamento. Prequestionamento. Publicada a pauta para o julgamento da apelação, o advogado compareceu no dia e requereu preferência para a sustentação oral, porém houve adiamento por mais de um ano, julgando-se a apelação sem a sua presença. Em embargos de declaração, não houve suscitação do tema, mas, nesta instância, alega nulidade pela falta de publicação de nova pauta. A Turma, ressaltando o entendimento do Min. Nilson Naves, seguiu orientação da Corte Especial, decidindo que o vício surgido no próprio julgamento pelo Tribunal *a quo* necessita ser prequestionado, em razão da própria índole do recurso especial" (Recurso Especial nº 188.423/AM, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 18.5.99 e referido no Informativo STJ nº 19, 17 a 21 de maio de 1999)".

ocorre no próprio julgamento final da instância *a quo*⁴⁵ e nos recursos interpostos por terceiro prejudicado.⁴⁶

De acordo com a proposta que acentuamos de início, não pretendemos apontar, nestas linhas, qual a visão ‘correta’ de prequestionamento. Será possível, em Direito, indicar qual é a interpretação *certa* de algum instituto com exclusão de toda as demais?

O que buscamos evidenciar — para fomentar o debate que a questão merece, dada sua importância —, é que, ao mesmo tempo em que a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça reflete um amadurecimento quanto ao entendimento relativo ao prequestionamento, afasta-se da orientação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, sem que tenha havido previamente maior discussão a respeito deste distanciamento entre as duas correntes jurisprudenciais representadas por estes enunciados.

A consequência disto, já escrevemos, é que o conceito de prequestionamento bifurcou-se: para o Supremo Tribunal Federal, em função de sua Súmula nº 356, prequestionamento é, rigorosamente, aquilo que *nega* o seja o Superior Tribunal de Justiça por intermédio de sua recente Súmula nº 211. O que para aquele Tribunal é chamado de prequestionamento (ficto), é, para este, a partir das considerações constantes no trabalho aqui focado em primeiro plano, chamado de ‘ritual’ e ‘cerimonial’. Prequestionamento é coisa diversa, justamente o que falta na decisão recorrida e o que não pode ser suprido pela ‘ficção’ criada e implementada pela Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.⁴⁷ Daí, ao contrário do que enuncia a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, fazer diferença, para os fins da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, o *resultado* dos embargos declaratórios interpostos do acórdão a ser recorrido especialmente.

Mais do que nunca a discussão sobre o tema é fundamental, assim como a uniformização de entendimentos a seu respeito, sob pena de total ineficácia do sistema recursal, tal qual delineado na Constituição Federal. Até porque uma das missões institucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reside, precisamente, na inteireza do ordenamento jurídico.

⁴⁵. Eduardo Ribeiro, “Prequestionamento”, cit., p. 250. A respeito e apenas para lançar afirmação que poderá nos ocupar, qualquer dia, em texto futuro. Se, *coerentemente*, todo o vício detectável no próprio acórdão deve ser prequestionado — isto é, nele deve constar a questão federal/legal respectiva para fins de admissibilidade de recurso especial — por que a violação ao art. 535, do Código de Processo Civil que dá sustento à Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça ‘dispensa’ a oposição de novos embargos de declaração relativos a *esta* questão?

⁴⁶. Idem, p. 251.

⁴⁷. Cf. transcrição da nota 40, *supra*.

Destarte, a questão já não pode ser mais vista ou examinada como se fosse de cunho e de importância exclusivamente acadêmicos.⁴⁸ Seu cunho e aplicabilidade práticos são indesmentíveis.

A demonstrar a pertinência desta última alegação permitimo-nos delinear, a partir da interposição concomitante de recurso especial e extraordinário do mesmo acórdão — o que é plenamente possível e usual no sistema processual civil brasileiro —, algumas alternativas.

A *regra*, dispõe o art. 543 do Código de Processo Civil, é a de que o especial seja julgado em primeiro lugar ou, no mínimo, que os autos respectivos (ou os do agravo, consoante o caso) sejam encaminhados primeiramente ao Superior Tribunal de Justiça. Por força da aplicação da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, possível aventar algumas hipóteses: (a) ou a matéria se resolverá toda no extraordinário, diante do não conhecimento do especial em que não se agitou a nulidade do acórdão *a quo* diante do art. 535, do Código de Processo Civil (imaginando, evidentemente, a oposição de declaratórios para os fins da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal); (b) ou o especial, que dizia respeito apenas à violação do art. 535, do Código de Processo Civil acaba, por qualquer outro motivo, não sendo conhecido e o extraordinário não tem aptidão para ter seguimento porque o acórdão recorrido assenta-se em fundamento legal inatacado na visão do Supremo Tribunal Federal (justamente o que denominamos aqui de ‘questão de fundo’) e, portanto, idôneo para sustentar, *per se*, o *decisum* (Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal e Súmula nº 126 do Superior Tribunal de Justiça); (c) ou, o que é mais evidente pela aplicação do entendimento ora sumulado no Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial, conhecido, prejudica sempre e invariavelmente o extraordinário diante da cassação do acórdão recorrido, ensejando, oportuna e futuramente a oposição de novos recursos pelo caráter substitutivo preconizado pelo art. 512 do Código de Processo Civil (as custas, já recolhidas, evidentemente); ou, por fim, (d) os recursos extraordinário e especial reclamam fundamentação ‘dupla’: a relativa à eventual violação do art. 535, do Código de Processo Civil para o recurso especial — e art. 5º LIV e LV para o extraordinário — caso não se entenda a questão legal/federal e/ou constitucional,

⁴⁸. Remetemos o leitor, ainda uma vez, à transcrição da nota 27, *supra*, em que o Ministro Eduardo Ribeiro, no início de seu trabalho evidencia as três correntes existentes em doutrina e mesmo em jurisprudência acerca do instituto.

respectivamente, devidamente enfrentada no acórdão recorrido à guisa de preliminar,⁴⁹ e a relativa ao ‘tema de fundo’, a ser enfrentado em se entendendo prequestionada a matéria.⁵⁰

Estas alternativas não representam mero esforço de imaginação. São, a nosso ver, a maior prova da margem de *insegurança* que o tema tem ocasionado na esfera *concreta* de atuação do processo civil. Urgem manifestações a este respeito.

Neste quadro, a tentativa de agilização da Justiça apregoada pelos defensores (ou justificadores) da Lei nº 9.756/98, sobretudo à luz do que significa, em termos práticos, a aplicação da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e a ‘revogação’ do prequestionamento ficto derivado da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal (ao menos para fins de recurso especial), cai no vazio na medida em que dois outros estágios recursais acabaram sendo criados: o *necessário* recurso especial para debate acerca da violação procedimental dos embargos declaratórios opostos para fins de prequestionamento, na linha do que *impõe* a precitada Súmula do Superior Tribunal de Justiça e, eventualmente, a *necessidade* de interposição do agravo interno do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, diante da rejeição *in limine* dos embargos declaratórios.⁵¹

Quanto a este último recurso — o cotidiano forense demonstrará o acerto ou não deste comentário —, nunca é demais lembrar que o sistema processual admite que seja sempre seguido da multa a que se refere o art. 557, § 2º, do Código, dobrando ou reiterando a pena já prevista no parágrafo único de seu art. 538, que pode ser aplicada já com a rejeição liminar dos embargos de declaração. Que, ao menos, a Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça venha a encontrar, em todas estas hipóteses, igual incidência.

O Ministro Eduardo Ribeiro salienta, de modo bastante pertinente em seu trabalho, que a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça tem aspecto didático na medida

⁴⁹. Há uma variante jurisprudencial deste entendimento, que diz respeito à violação, na hipótese em estudo, do art. 458, II, do Código de Processo Civil (para fins de recurso especial) ou do art. 93, IX, da Constituição Federal (para o extraordinário) tendo em conta a ausência de *fundamentação* do acórdão recorrido. Cuidamos da hipótese com algum vagar nos trabalhos de nossa autoria já mencionados (cf. “Duas ‘novidades’ ...”, cit., p. 222, nota 50 e pp. 225/226, nota 69 e “Súmulas 288, 282 e 356 do STF ...”, cit., p. 134, nota 54 e pp. 139/140, nota 64) aos quais remetemos o leitor interessado.

⁵⁰. Esta última alternativa é compartilhada por Jorge Tosta em “Recurso extraordinário - Ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com o fim de prequestionamento - Conseqüências” em *Revista de Processo* vol. 84, pp. 378/379.

⁵¹. Ainda uma vez, vale a colação dos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira (op. cit., p. 328), ao tratar do funcionamento da sistemática empregada nos arts. 545 e 557 do Código de Processo Civil: “Ela dará bons frutos na medida em que os litigantes demonstrem a disposição de conformar-se com o pronunciamento do relator. Fora daí, em vez de simplificar, complicará as coisas: a seqüência ‘decisão do relator – agravo – julgamento colegiado’, com eventuais ramificações, é obviamente mais complexa que o itinerário observado quando o relator se cinge a estudar o recurso e a levá-lo à apreciação do colegiado. Ensina a geometria, com efeito, que a reta é a menor distância entre dois pontos”.

em que os Tribunais de segunda instância devem perceber — ‘conformar-se’, por que não? — que não podem se furtar de fazer constar de suas decisões a *questão* constitucional e a legal/federal, consoante a hipótese concreta em julgamento.⁵²

Não duvidamos do acerto da afirmativa, embora esta função didática, poderia ser mais *conseqüência* de um *prévio* e *amplo* debate a respeito do tema relativo ao prequestionamento do que uma *imposição* apriorística de uma *forma* de se entender este instituto, tal qual preconizada pela Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Mais importante do que isto, entretanto, é saber do que e como recorrer enquanto os Tribunais *a quo* não aprendem a ‘lição’, de resto não seguida também pelo Supremo Tribunal Federal, ou, ao menos, enquanto não se convencem que é, ela, a única forma *correta* de se entender o prequestionamento. As alternativas que procuramos aventar parágrafos atrás indicam a *necessidade* de consenso quanto a este difícil e palpitante tema.

Há mais um dado para fecharmos estas reflexões: dos dez acórdãos indicados como fontes da Súmula nº 211, oito dizem respeito a recursos especiais *não conhecidos* ou ao improvimento de agravos (regimentais) interpostos de rejeições liminares destes mesmos recursos. Somente dois dos acórdãos lá mencionados deram provimento ao especial para que o acórdão recorrido fosse cassado, reconhecida a violação ao art. 535, do Código de Processo Civil. Amostragem insignificante? Pode até ser em termos numéricos. Mas são *estes* os acórdãos indicados como fonte da edição da Súmula e que cobrem um período razoável de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Se assim é, válida e verdadeira a seguinte última conclusão: 80% (oitenta por cento) dos recursos especiais interpostos ao Superior Tribunal de Justiça *não são conhecidos* porque os recorrentes não vislumbram — ou não sabem pura e simplesmente — que a *falta de prequestionamento* enseja nulidade do acórdão do Tribunal *a quo*, por violação ao art. 535, do Código de Processo Civil. Não vislumbram — ou continuam sem saber — que a diretriz da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal foi ‘revogada’.

São essas as reflexões que nos parecem passíveis de serem feitas por ora com relação à Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

5) Bibliografia

⁵². “Pquestionamento”, cit., p. 255, em que o Ministro salienta também que para a escorreita aplicação do entendimento embutido na Súmula nº 211 do STJ decorrerá ‘alguma delonga’.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Inovações da lei 9.756/98 em matéria de recursos civis” publicado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999.

LODI, Luis Fernando Balieiro. “Embargos declaratórios prequestionadores” publicado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea”, publicado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo : RT, 1999.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

RIBEIRO, Eduardo. “Pquestionamento”, em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. “Duas ‘novidades’ em torno dos recursos extraordinários em sentido lato”, *Revista de Processo* vol. 84. São Paulo : RT, 1996.

_____*Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, 2ª ed. São Paulo : RT, 1999.

_____*‘Reforma processual e acesso à justiça’ a ser publicado na Revista de Processo* da Editora Revista dos Tribunais.

_____*“Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação pelos Tribunais Superiores” em Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo : RT, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante” em *Revista de Direito Processual Civil* vol. 9. Curitiba : Genesis, 1998.

TOSTA, Jorge. “Recurso extraordinário - Ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com o fim de prequestionamento - Conseqüências” em *Revista de Processo* vol. 84. São Paulo : RT, 1996.