

QUEM TEM MEDO DO PREQUESTIONAMENTO? *

Cassio Scarpinella Bueno

Sumário: 1) Reminiscências; 2) O prequestionamento na jurisprudência do STJ: sua Súmula 211; 3) O prequestionamento tem assento na Constituição Federal?; 4) Prequestionamento, embargos de declaração e recursos extraordinário e especial; 5) Prequestionamento explícito, implícito, ficto e numérico: um falso problema; 6) Expectativa; Bibliografia

1) *Reminiscências*

Quando era criança, na cidade de São Paulo, todos os meninos ainda jogavam bolinha de gude e andavam de carrinhos de rolimã. A grande maioria já morava em edifícios — a cidade sempre foi grande — mas eles não eram murados, cercados, eletrificados e vigiados como são hoje. À tarde, depois da escola, e nos finais de semana os meninos dos vários prédios se reuniam para disputar campeonatos de futebol. Fui o goleiro reserva do meu time. Lembrome de, certa vez, achar ter feito uma defesa fantástica. No mais, completava-o, perguntando-me porque os atacantes dos times adversários eram sempre melhores quando era eu quem estava no gol.

As meninas — que se limitavam a incomodar os meninos — brincavam de roda com outras meninas dos outros prédios, da vizinhança ou do mesmo bairro. Dentre as músicas que animavam seus gira-giras, uma era bastante conhecida: “Quem tem medo do lobo mau”?

Quando era criança, na então São Paulo da garoa, os adultos, que pareciam ter já nascido gente grande e de terno, não se perguntavam sobre o lobo mau. Tampouco pareciam temê-lo. Até porque lobo mau, bicho papão, a cuca e o saci-pererê (tudo isto se aprendia na escola) já não existiam. Mas só eles sabiam disto. Nunca contaram para as crianças e o lobo mau, o bicho papão e seus companheiros temíveis sempre viriam se eles não fossem obedecidos. Forma de educar a criançada? Pode ser. O fato é que os adultos pareciam temer outra pessoa, uma tal de Virginia Woolf que, pelo menos para mim, não deixava de ter um quê de lobo também. Juro que ouvi mais de uma vez naquela época a pergunta: “Quem tem medo de Virginia Woolf”?

Quando era criança e não levava sete horas para ir ao litoral sul do Estado e ver o mar e sonhar com o futuro, já haviam sido editadas as Súmulas n.ºs. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal tratando do prequestionamento. Os advogados que faziam os recursos extraordinários de então, eram felizes e não sabiam.

Naquela época, José Afonso da Silva, hoje dos maiores constitucionalistas do país, já era processualista de mão cheia. Uma das mais constantes e duradouras críticas ao assoberbamento de trabalho no Supremo Tribunal Federal — a *crise* do Supremo Tribunal Federal — foi feita por ele. Na sua opinião e na sua visão de gênio, o Supremo já estava à beira

*. Publicado originalmente na *Revista dialética de direito processual*, vol. 1. São Paulo: Dialética, 2003, páginas 23-53.

de sua total e completa inviabilização. Impunha-se a criação de um *outro* Tribunal Superior, que denominou de Tribunal Superior de Justiça, para “... julgar em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional e militares: a) quando a decisão recorrida fosse contrária à letra de tratado ou lei federal; b) quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal, e a decisão recorrida aplicasse a lei ou ato impugnado; c) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fosse diversa da que lhe haja dado qualquer tribunal estadual, ou tribunal militar ou o Tribunal Federal de Recursos, ou divergisse de decisão por ele próprio proferida”.¹

Passados muitos anos, a Constituição de 1988 acabou atendendo àqueles reclamos e criou o Superior Tribunal de Justiça com a missão precípua de uniformizar e manter, em todo território brasileiro, a unidade do direito federal infraconstitucional.

Dentre os rojões e os fogos de artifício então lançados com o novo sistema judiciário, defendeu-se arduamente, numa perspectiva que parecia real, o fim dos tantos óbices e dificuldades que, desde sempre, caracterizaram a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto corte de julgamento de recursos extraordinários. À medida que a quantidade de trabalho avolumava-se na mais alta Corte Judiciária do país, mais e mais restrições foram impostas, criadas e desenvolvidas para seu acesso. Esta foi a lógica que imperou por décadas.²

Um destes ‘óbices’ que não *precisariam* mais existir seria o prequestionamento.³ Até porque a Constituição de 1988, diferentemente da Constituição anterior e de suas sucessivas emendas, vedou que os Tribunais Superiores — o Supremo Tribunal Federal e o então recém criado Superior Tribunal de Justiça — *legislassem* sobre a admissibilidade e o processamento de recursos.⁴ Mais: a previsão do recurso extraordinário (voltado à integridade do direito constitucional) e do recurso especial (voltado à integridade do direito infraconstitucional) não se referiu ao termo *questão*, usado por Constituições anteriores. Contentou-se, para o *cabimento* destes recursos, que a decisão recorrida — a causa decidida — tivesse *violado* a Constituição (CF, art. 102, *a*) ou *violado e contrariado* a lei federal, em se tratando de recurso especial (CF, art. 105, *a*).

O sol raiou e os advogados comemoraram: sua única dificuldade era entender a *necessidade* da interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial — bifurcação decorrente da criação do Superior Tribunal de Justiça —, o que veio, logo, a ser regulamentado pela Lei nº 8.038/90 (arts. 26 a 28) e, mais recentemente, *redisciplinado* pela Lei nº 8.950/94, que reintroduziu a disciplina nos arts. 541 a 545 do Código de Processo Civil.

¹. José Afonso da Silva, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 456.

². Para o momento presente da questão, v. a exposição de Rodrigo da Cunha Lima Freire, “Pquestionametro implícito em recurso especial: posição divergente no STJ”, pp. 958/961.

³. A respeito, v. as considerações de Carlos Mário da Silva Velloso, “O Superior Tribunal de Justiça - Competências originária e recursal”, p. 39 e de Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, pp. 192/194, mencionando lições anteriores de José Afonso da Silva, Pedro Batista Martins, Pontes de Miranda e Alcides de Mendonça Lima.

⁴. Neste sentido, consultar Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, pp. 107/108.

Aos poucos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça começou a afastar, expressamente, alguns dos óbices sumulares derivados do sistema anterior a 1988 — a Súmula nº 400 do STF e a interpretação *razoável*, por exemplo — e a *reafirmar* outros.⁵

O prequestionamento, entretanto, foi algo que, não obstante as vozes discordantes indicadas na nota 3, *supra*, nunca se deixou de entender *imane*nte a estes recursos extraordinários e especiais, variando, apenas, o grau de *intensidade* ou a *forma* de sua configuração.

2) O prequestionamento na jurisprudência do STJ: sua Súmula 211

Confirmando a orientação de que o prequestionamento é sempre necessário, tive oportunidade de demonstrar em textos anteriores que, gradativamente, o Superior Tribunal de Justiça começou a duvidar do acerto da *configuração do prequestionamento* para fins de recurso especial tal qual consagrado na mais que trintenária jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁶ Aos poucos, houve uma completa *migração* da orientação constante da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal para uma orientação *radicalmente* diversa, que acabou sendo estampada na Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e que, em certa medida, aproxima-se da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal lida *sem* conjugação com a Súmula nº 356.

A transcrição dos enunciados destas Súmulas é necessária:

Súmula 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

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

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

Em outro trabalho, que dediquei à análise da referida Súmula nº 211, desenvolvi o entendimento de que, com o seu advento, *bifurcou-se*, para os Tribunais Superiores, a noção de prequestionamento. O que, para o Supremo Tribunal Federal, é prequestionamento mercê de

⁵. Sobre a insubsistência da Súmula nº 400 do Supremo Tribunal Federal para o recurso especial diante da redação do art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal de 1988, v.: Arruda Alvim, “O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988)”, pp. 156/160 e Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, pp. 116/118.

⁶. V. meu “Duas ‘novidades’ em torno dos recursos extraordinários em sentido *lato*”, publicado no vol. 84 da *Revista de Processo*, pp. 220/235 e “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos Tribunais Superiores”, publicado em *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, pp. 99/159. Este último trabalho foi revisto, atualizado e ampliado, inclusive com relação à Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, pp. 140/203, que é a fonte citada ao longo deste texto.

sua Súmula nº 356, é coisa diversa para o Superior Tribunal de Justiça, por força de sua Súmula nº 211.⁷ Em termos mais diretos: a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça tem aptidão para *revogar* a orientação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

A veracidade desta última afirmação é transparente em acórdão da 2ª 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”.⁸

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

O que é certo é que se, para a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, prequestionamento parece ser o conteúdo da decisão da qual se recorre, para a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, prequestionamento pretende ser mais o material impugnado (ou questionado) pelo recorrente (daí a referência aos embargos de declaração) do que, propriamente, o que foi efetivamente decidido pela decisão recorrida. Para o enunciado do Superior Tribunal de Justiça é *indiferente* a iniciativa do recorrente quanto à tentativa de fazer com que a instância *a quo* decida sobre uma questão por ele levantada. Indispensável, para ele, não a iniciativa da parte, mas o que *efetivamente* foi *decidido* e, nestas condições, está apto para ser contrastado pela Corte Superior.

Se assim é, ao contrário do que usualmente se verifica no foro, nem sempre os embargos de declaração são *necessários* para acesso ao Superior Tribunal de Justiça. Suficiente,

⁷. “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 omissivo, 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 de Oliveira, “Prequestionamento”, p. 254). A respeito, v., ainda, meu “Prequestionamento - reflexões sobre a Súmula 211 do STJ”, p. 72.

⁸. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 158.140/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, j.un. 15.10.98, DJU 23.11.98, p. 166, sem os destaques.

para tanto, a análise do conteúdo da decisão da qual se recorre, *dado objetivo* e que afasta qualquer outra preocupação relativa à configuração do prequestionamento.

Naquela oportunidade não pretendi discutir o que *deve ser entendido* por prequestionamento. Também aqui não é esta minha intenção primordial. Até porque, de acordo com a exposição precisa de Eduardo Ribeiro a este respeito, “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 a matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. Para outros, entretanto, considera-se presente quando a questão, não apenas é objeto de argüição 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”.⁹

O que me pergunto neste trabalho é se o direito positivo brasileiro alberga *indistintamente* estas três orientações acerca do ‘prequestionamento’ e, mais ainda, quais os efeitos — positivos ou negativos — da ausência de um critério *uniforme* para a configuração do prequestionamento.

A resposta dada à primeira das indagações por Eduardo Ribeiro, por exemplo, é negativa. Para ele, *prequestionamento* só pode equivar ao *conteúdo* da decisão que se pretende recorrer, independentemente do debate travado entre as partes *antes* de seu proferimento. Daí ser *pertinente* examinar o destino dos embargos de declaração opostos para aquele fim. Se nada se decidiu sobre eles — e se prequestionamento equivale à matéria *decidida* e não àquela meramente aventada pelos litigantes — a matéria *não está prequestionada* para fins de recurso especial.¹⁰

José Miguel Garcia Medina, sustenta a tese de que *prequestionamento* também não guarda qualquer relação com a formulação do recurso especial e/ou extraordinário. *Prequestionamento* só pode ser entendido como a *iniciativa* das partes que *não vinculam*, necessariamente, a decisão da qual se pretende recorrer. Elas, as partes, *prequestionam*, o Tribunal *decide*. É da decisão do Tribunal que se recorre e não da iniciativa das partes. Prequestionamento, em suma, não se confunde com a *questão constitucional* ou *legal*, que autoriza a interposição do recurso extraordinário ou especial, respectivamente. Certo, no entanto, que a *iniciativa* das partes pode ser decisiva para que a *questão* constitucional ou legal seja apreciada e decidida pelo Tribunal, toda a vez que ela não puder ser conhecida de ofício.¹¹

⁹. Eduardo Ribeiro de Oliveira, “Prequestionamento”, p. 245.

¹⁰. “O que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, pois isso sim, deflui da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional. Destinando-se o extraordinário, como salientado, a garantir a exata aplicação da Constituição, falta razão a ele, se da norma constitucional não se tratou na decisão impugnada. O mesmo se diga do especial, pois não há como fazer-se o controle, quando à correta interpretação do tratado ou da lei federal, em relação a matéria de que não se cogitou. Não pode o julgado havê-las contrariado, ou a elas haver negado vigência, se não versada a questão que regulam” (Eduardo Ribeiro de Oliveira, “Prequestionamento”, pp. 248/249).

¹¹. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 223 e ss.

Outros autores entendem, de acordo com as outras correntes de interpretação, que o prequestionamento se dá quando “... a questão jurídica tenha sido discutida anteriormente”;¹² quando “... a matéria sobre a qual [o recurso extraordinário ou o especial] versa tenha sido questionada perante as instâncias ordinárias [embora] mister se faz que ela haja sido discutida e julgada pelos juízes de primeiro e segundo graus. Se não foi objeto da lide, isto é, se não foi oportunamente contestada nas instâncias ordinárias com base na lei federal, não há como se cogitar de negativa de sua vigência, vez que não foi sequer discutida nos debates que se travaram na Justiça local”;¹³ ou, ainda, quando “... a questão a ser enfrentada no recurso especial já tenha sido ao menos levantada na instância inferior, exceto, entendemos, quando se tratar daquelas questões de ordem pública, que geram nulidade absoluta do processo e das decisões nele proferidas e que, por isso, deve ser decretada até mesmo *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição, razão pela qual dispensam o prequestionamento explícito”.¹⁴

Não há como deixar de perceber, destarte, a ausência de critério *uniforme* quanto ao que seja prequestionamento. É difícil afirmar que prequestionamento vincula-se exclusivamente à iniciativa de determinada *questão* constitucional ou legal pelas partes ou que ele deriva apenas e tão somente do *conteúdo* da decisão que se pretende recorrer ou que existe, necessariamente, uma simbiose entre *iniciativa* das partes e *conteúdo* da decisão recorrida.

Mais ainda: é usual doutrina e jurisprudência adjetivarem o instituto ensejando o surgimento de *modalidades* ou *formas* de prequestionamentos. Assim o prequestionamento *explícito*, *implícito* e o *facto*.¹⁵ Não há também, com relação a estes predicados, uniformidade de entendimentos em sede doutrinária e jurisprudencial. Será o prequestionamento explícito a menção ao dispositivo legal ou ao dispositivo constitucional que se pretende tenha sido violado pela decisão recorrida? Não, vai dizer jurisprudência recente do Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça.¹⁶ Sim, vão responder outras decisões, pelo menos quando não é possível verificar qual a questão federal que se pretende seja reexaminada em sede especial sem menção de sua regência legal específica.¹⁷

¹². Perseu Gentil Negrão, *Recurso especial*, p. 42.

¹³. Ulderico Pires dos Santos, *Teoria e prática do recurso extraordinário cível*, p. 22.

¹⁴. Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, p. 139.

¹⁵. Sobre as duas primeiras ‘modalidades’, v. Leonidas Cabral de Albuquerque, pp. 89/95 e sobre a última, Luís Fernando Balieiro Lodi, “Embargos declaratórios prequestionadores”, pp. 445/453. Aproximando a figura do prequestionamento *implícito* à do *facto*, v. José Theophilo Fleury, “Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário - Súmula 356/STF x Súmula 211/STJ?”, pp. 409/440. Já tive oportunidade de me dedicar a cada uma destas *formas* de prequestionamento em meu “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores”, pp. 177/190.

¹⁶. “Pquestionamento explícito. Caracterização. Para ser atendido o requisito de admissibilidade do prequestionamento, o Tribunal *a quo* tem que examinar e decidir a questão posta, não sendo necessária, no acórdão, a expressa menção ao dispositivo legal em que se fundamenta a decisão. EResp 165.212/MS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 10/10/1999” (*Informativo STJ* nº 37, 18 a 22 de outubro de 1999) e “Processo civil. Recurso especial. Pquestionamento implícito. Embargos acolhidos. - O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado” (Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 162.608/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.un. 16.6.99, DJU 16.8.99, p. 37).

¹⁷. V.g.: “Processo civil. SFH. Ação consignatória. Recurso especial. Pressupostos de admissibilidade. Depósito insuficiente. Art. 899/CPC alterado pela Lei 8.951. 1. A falta de prequestionamento explícito do dispositivo de lei

Imediato verificar, portanto, que pergunta que *não oferece* solução adequada, uniforme e segura é a relativa ao que é prequestionamento ou a *como* é que surge o prequestionamento, *como* é que ele se manifesta palpavelmente e, conseqüentemente, como é a que a estreita via do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal abre-se para o jurisdicionado. Conseqüência disto é, no mínimo, a desorientação dos jurisdicionados quanto às possibilidades reais de ascenderem às Cortes Superiores, em virtude de questões meramente *formais*, o que justifica a segunda indagação que embasa o desenvolvimento destas linhas.

Diante desta situação de nítida divergência doutrinária e jurisprudencial e das dificuldades dela decorrentes, no entanto, impõe-se que *alguém* possa dizer, vez por todas, o *que é* prequestionamento e *como* ele se configura e *se ele*, realmente, relaciona-se intrinsecamente à *natureza* dos recursos extraordinários e especiais.

O que importa verificar, portanto, é se a noção de prequestionamento é um *escudo* que veda e sempre vedou o exame de tantos e tantos recursos extraordinários e especiais pelas Cortes Superiores ou se, realmente, ele é o elemento *caracterizador e imanente* destas espécies recursais. Analiso cada uma destas afirmações.

Debruço-me à primeira delas antes de analisar se o *prequestionamento* é exigido pela Constituição Federal e, se positiva a pesquisa, quais os efeitos desta sua previsão.

3) O prequestionamento tem assento na Constituição Federal?

Não é difícil localizar na jurisprudência dos Tribunais Superiores decisões que *não conhecem* de recursos extraordinários ou especiais porque o *número* do dispositivo (constitucional ou legal) que se pretende ver violado não está mencionado. Eis aí o que pode ser denominado de prequestionamento *numérico*.¹⁸ Há outras tantas decisões, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que se negam a *conhecer* de recursos extraordinários quando, por

federal e da demonstração da divergência inviabilizam o recurso especial. 2. O acórdão recorrido decidiu com base no art. 899/CPC, com a redação da Lei 8.951/94, que permite ao credor, no caso de insuficiência do depósito, levantar a importância consignada, prosseguindo o processo quanto ao saldo devedor, inexistindo violação da lei e divergência jurisprudencial. 3. Recurso não conhecido” (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Rel. Ministro Peçanha Martins, Recurso Especial nº 182.449/SC, j.un. 4.5.00, DJU 28.8.00, p. 66) e “Processual civil. Agravo regimental. Recurso especial. Inviabilidade do trânsito. Ausência de prequestionamento explícito. Divergência jurisprudencial indemonstrada. Súmula 83 aplicável à espécie. Improvimento. I - O prequestionamento, como pressuposto constitucional do recurso especial exige, não somente a simples menção explícita aos preceitos de lei que se pretende malferidos (pelo acórdão do tribunal *a quo*), mas, ainda, motivação justificadora, esclarecendo, com precisão, em que aspectos os dispositivos de lei foram desafeiçoados, em sua dicção e conteúdo, para possibilitar, ao julgador, o cotejo, entre o teor dos artigos indicados como violados e a fundamentação do recurso (motivação). Nesse sentido, iterativa jurisprudência deste STJ” (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 159.017/MG, j.un. 17.4.98, DJU 1.6.98, p. 44).

¹⁸. É sob este rótulo que Giovanni Mansur Solha Pantuzzo (*Prática dos recursos especial e extraordinário*, pp. 87/88) analisa a hipótese, colacionando decisão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo, Recurso Especial nº 88.479/SP. No mesmo sentido são os acórdãos apontados na nota anterior.

exemplo, a alínea ‘a’, ‘b’, ou ‘c’ do art. 102, III, da Constituição Federal não for devidamente mencionada pelo recorrente.¹⁹

Sempre me perguntei se uma das clássicas lições de Moacyr Amaral Santos em suas *Primeiras linhas de direito processual civil* se aplicava ao recurso extraordinário e ao recurso especial.

O Mestre das Arcadas e professor de toda uma geração dos mais talentosos processualistas da atualidade escreveu a respeito do primeiro período de evolução do processo civil romano, que denomina de *legis actiones*, o seguinte: “o procedimento, inspirado nas exigências de um povo primitivo, era nitidamente formalista, obedecendo a solenidades rigorosíssimas, em que as fórmulas verbais, cada uma das palavras e os gestos deveriam ser escrupulosamente obedecidos. *Qualquer desvio ou quebra da solenidade, por mínimos que fossem, um gesto que fosse olvidado, uma palavra omitida ou substituída davam lugar à anulação do processo, com a vedação de propositura de outro sobre o mesmo objeto: quidquid fit contra legem nullum est.* Conta Gaio (I., 4.11) que certa pessoa, “*agindo por causa de videiras cortadas*”, mencionara perante o magistrado a palavra *vites*, e não *arbor*, e somente por isso perdera a ação, pois a Lei das XII Tábuas, na qual esta se fundava, falava de árvores cortadas em geral. *Será, talvez, simples anedota. Todavia, serve o exemplo para salientar como era rigoroso o formalismo de então*”.²⁰

Enquanto existirem decisões como as que acabei de mencionar o superamento do período formulário do direito romano — para o qual se voltam as já destacadas lições de Amaral Santos — precisa ser melhor examinado pela doutrina brasileira.

É o que eu usualmente denomino em sala de aula de *arguição de irrelevância*. São, inequivocamente, medidas tomadas pelos Tribunais Superiores para *reduzir* o número de recursos que lhe chegam todo o dia para serem examinados levando em conta não o *conteúdo* do recurso ou da ação — o *conflito de interesses* neles retratado e sua impactação para a escorreita e uniforme aplicação do direito federal de cunho constitucional ou infraconstitucional, portanto — mas aspectos meramente *formais* e, absolutamente, *superáveis*. Qual diferença faz a indicação do dispositivo da Constituição ou da lei quando o *tema* constitucional ou legal está devidamente posto, apreciado e/ou decidido perante as instâncias locais ou regionais? Interpõe-se o recurso extraordinário questionando a aplicação que o Tribunal *a quo* deu ao princípio do contraditório. Por infeliz engano o subscritor da peça datilografou (ou digitou) que o recurso estava sendo interposto com fulcro no art. 103, III, ‘a’, da Constituição Federal. A resposta do Supremo Tribunal Federal? O recurso *não pode ser*

¹⁹. São, com efeito, diversos os precedentes do Supremo Tribunal Federal neste sentido, todos tirados enaltecendo o art. 321 do Regimento Interno daquela Corte no sentido de que a petição de interposição de recurso extraordinário deve trazer a “... precisa indicação do dispositivo ou alínea que o autorizem, dentre os casos previstos nos [então] arts. 119, III, ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, 139 e 143 da Constituição”. Um quadro bastante fiel desta realidade é pintado por Theotonio Negrão em seu *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, na nota 3 ao referido art. 321, pp. 1919/1920. O Superior Tribunal de Justiça é mais flexível quanto a este ponto, inexistindo, em seu regimento interno, norma símile à da do art. 321. Quanto ao ponto é útil a consulta dos diversos julgados colacionados por Theotonio Negrão em seu *Código de processo civil*, p. 1839, sob a rubrica ‘fundamentação (alínea ‘a’)’.

²⁰. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1º volume, p. 39, sem os destaques.

conhecido por falta de *precisa* indicação do dispositivo ou alínea que o autoriza, ao arrepio do que determina o *Regimento* Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 321).²¹

Dos maiores exemplos — e dos mais desastrosos para o exercício do múnus da advocacia, quiçá, um dia, ser desnecessário dizer que o advogado é *também* função essencial à Justiça (CF, art. 133) — diz respeito ao que denominei de *reinterpretação* da Súmula nº 288 do Supremo Tribunal Federal e que hoje está estampado na Súmula nº 223 do Superior Tribunal de Justiça, que tem o seguinte enunciado: “A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo”.²²

Tais iniciativas arrancaram de José Rogério Cruz e Tucci comentário pertinente no sentido de que estas *reinterpretações* de Súmulas ou novas orientações jurisprudenciais acerca de temas controvertidos têm assumido inequívocos efeitos *retroativos*, o que, no direito brasileiro, nem a *lei* pode pretender ter.²³

Se a edição da Súmula nº 223 do Superior Tribunal de Justiça e a *reinterpretação* da Súmula nº 288 do Supremo Tribunal Federal tiveram como intuito criar obstáculos para ascensão de centenas e milhares de recursos especiais e extraordinários que, *supervenientemente*, não puderam mais ser conhecidos à falta de peça que, pelas razões que expus longamente no trabalho mencionado na nota 22, *supra*, não é sempre essencial para o deslinde da controvérsia, é questão que interessa menos aqui, embora sejam elas prova inconteste de que a jurisprudência dos Tribunais Superiores pode, às vezes, conspirar à abertura do acesso à Justiça declarado às expressas pela Constituição Federal, não obstante a atual Carta brasileira não autorizar mais os ‘óbices regimentais’ que, outrora, podiam pretender ser direito vigente entre nós. Daí a idéia de ‘escudo’ e de ‘irrelevância’ da questão para demonstrar que determinados aspectos *formais* destes recursos têm, cada vez mais, apresentado-se como fatores decisivos para o (não) exercício da função constitucionalmente prevista para os Tribunais Superiores.

O que releva para o presente trabalho, de qualquer sorte, é a segunda alternativa aventada no final do número anterior. O prequestionamento é mesmo um dado de direito positivo ou faz parte, ele também, de um “complô” dos Tribunais Superiores em prol da *redução* do número de recursos que batem às suas portas? A pergunta é pertinente até mesmo em função de afirmação de Eduardo Ribeiro, dos mais árdios defensores do prequestionamento

²¹. Neste sentido, v. os acórdãos insertos em *RTJ* 154/191; 113/1409; 123/329 e 123/375, todos colacionados por Theotônio Negrão, *Código de processo civil*, p. 1919, 2ª coluna. Não se duvide que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mesmo sem autorização constitucional — ao contrário do que já se verificou no direito brasileiro — pode querer suplantar o direito positivo. Sobre o tema, v. as considerações de Berenice Soubhie Nogueira Magri, “O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial”, *passim*.

²². A respeito, v. meu “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores”, pp. 142/172. Em linha de reflexão semelhante, v. Marcia Dometilda Lima de Carvalho, “Súmulas inconstitucionais”, pp. 27/31.

²³. José Rogério Cruz e Tucci, “Recurso especial indevidamente retido”, p. 27, 3ª coluna.

tal qual concebido pela Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual esta figura não tem *expressa* previsão constitucional ou legal.²⁴

O fato é que, como os pressupostos de cabimento do recurso extraordinário e o recurso especial estão previstos expressamente na Constituição Federal, cumpre analisar seu texto para verificar se nela *autoriza-se* ou *exige-se* o tal do prequestionamento para fins de acesso ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Mais: se a Constituição estabelecer que só o que estiver *prequestionado* pode ser reexaminado em sede de recurso especial ou extraordinário, é dela própria que deve ser extraído o *conteúdo*, os *limites* e a *forma* do prequestionamento.

É a seguinte a redação do art. 102, III, da Constituição Federal.

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

(...)

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

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

De seu turno, dispõe o art. 105, III, da Constituição Federal.

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

(...)

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

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Leitura que se faça destes dispositivos é suficiente para demonstrar que o texto constitucional *não faz referência* a prequestionamento como requisito de cabimento de recurso extraordinário ou de recurso especial. A razão é simples: nestes textos normativos não está

²⁴. Eduardo Ribeiro de Oliveira, “Pquestionamento”, p. 246 (v. nota 26, *infra*), embora, pouco mais a frente em seu texto, destacar o autor que o que deflui da Constituição é que, para fins de recurso extraordinário e especial, mister que a matéria seja *decidida* (op. cit., p. 248 — v. nota 10, *supra*).

escrito prequestionamento em lugar algum. É lê-los para confirmar o acerto desta afirmação.²⁵ -
26

Apressado, no entanto, concluir que o texto constitucional está a dispensar o que usualmente se chama de prequestionamento. Não que seja uma interpretação errada mas sua imediatidade e sua *literalidade* parecem ser um sinal de alerta ou de redobrado cuidado para análise do tema. Indubitavelmente há necessidade de uma maior cautela por parte do intérprete. Afinal de contas, atrás dos recursos extraordinários e, hoje, especiais, não existe toda uma construção doutrinária e científica?

Apenas para exemplificar a pertinência desta última indagação.

José Carlos Barbosa Moreira, dos maiores — senão o maior — estudiosos de todos os temas relativos aos recursos entre nós, sempre acentuou que o *juízo de admissibilidade* dos recursos *não pode* ser confundido como o *juízo de mérito*. Uma coisa é verificar a presença de pressupostos para que o recurso possa ser julgado (juízo de admissibilidade), outra, inteiramente diferente, é afirmar que o recorrente tem razão, o que *pressupõe* a possibilidade de julgamento do recurso (juízo de mérito).

Barbosa Moreira incansavelmente combateu a prática do Supremo Tribunal Federal, seguida à risca pelo Superior Tribunal de Justiça desde sua instalação, acerca do amálgama entre aquelas duas atividades cognitivas, uma logicamente *anterior* à outra (só se pode afirmar que o recorrente *tem razão* na exata medida em que os pressupostos de *cabimento* de seu recurso estejam devidamente preenchidos). É costumeiro ler na jurisprudência dos Tribunais Superiores que *não se conhece* de um recurso (juízo de admissibilidade) quando, na verdade, está se querendo dizer que dele se conhece mas a ele se *nega provimento* (juízo de mérito) por não se verificar, *in concreto*, contrariedade à Constituição ou à lei federal.

O prestigiado jurista carioca indica que esta distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito se impõe pela técnica processual e que o direito positivo, mesmo o constitucional, não pode se sobrepor a esta realidade.

²⁵. “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 de Oliveira, “Pquestionamento”, p. 246).

²⁶. Na letra do Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira, “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” (“Pquestionamento”, p. 246).

Tanto assim, sempre seguindo a trilha do Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que a Constituição Federal de 1988, ao afirmar que *cabe* recurso extraordinário ou especial quando a decisão *contrariar* a Constituição ou *contrariar ou negar vigência* a tratado ou lei federal *não pode ser* indicativo de que não há, para estes recursos, uma técnica própria que distinga, com nitidez, o ato de conhecer do recurso e o ato, que lhe é logicamente posterior, de dar ou não razão ao recorrente. Até porque as implicações sistemáticas de *não conhecer* um recurso e de *improvê-lo* são diversas: termo *a quo* da ação rescisória (CPC, art. 495), o órgão competente para seu julgamento, a *admissibilidade* de eventual recurso adesivo (CPC, art. 500, III) e assim por diante.²⁷

Em suma: não é porque a Constituição afirma que o recurso *cabe* quando a decisão *contrariar* a Constituição ou quando *contrariar ou negar vigência* a tratado ou lei federal que não é possível separar dois juízos cognitivos bem diversos, um relativo ao *cabimento* do recurso (afirmação de que a decisão recorrida violou o direito federal constitucional ou infraconstitucional: aparência ou plausibilidade de violação, portanto) e outro relativo ao julgamento de *mérito* do recurso (saber se, realmente, a decisão maltratou o direito federal).²⁸

Se o recurso extraordinário é *recurso* antes de ser extraordinário (e isto vale para o especial também) seu formato, seu molde intrínseco e sua *técnica* são elementos que não podem ser desprezados pelo direito positivo. Por maiores que sejam as transformações do direito positivo, nem por isto elas podem querer se sobrepor à *natureza* destes recursos e à sua *técnica*.²⁹ Se isto acontecer — e evidentemente que isto pode acontecer — de recurso extraordinário já não se tratará. Não, pelo menos, na forma como *hoje* foi ele desenhado pelo constituinte de 1988. Tratar-se-á, então, de *outra* figura, que não um recurso extraordinário ou especial. Como se vê, a literalidade do texto constitucional não pode querer subverter a *técnica* destas modalidades recursais.

É hora de voltar para o prequestionamento.

Que a Constituição Federal não fala expressamente em *prequestionamento* não há dúvidas. Tampouco a legislação infraconstitucional. Dele se ocupam, apenas, as Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já destacadas. Mas a Constituição Federal é bastante clara nos incisos III dos arts. 102 e 105 quanto à circunstância de a questão constitucional ou legal dever ter sido *decidida* pelas instâncias locais ou regionais. É expresso o texto constitucional neste sentido quanto a *causas decididas*. Somente *causas decididas*, presentes ao menos uma das hipóteses das alíneas dos arts. 102, III e 105, III, é que podem ser desafiadas pelos recursos extraordinário e especial, respectivamente.

²⁷. Todas estas considerações estão em trabalho de Barbosa Moreira, “Julgamento do recurso especial *ex art.* 105, III, *a*, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa”, pp. 95/105. Para a exposição do entendimento do autor sobre a distinção entre juízo de admissibilidade e de mérito nestas espécies recursais, consultar seu “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, pp. 163/170.

²⁸. A este respeito, v. José Carlos Barbosa Moreira, “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, esp. pp. 164/166 e Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, pp. 118/122.

²⁹. Bem acentua este ponto Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3º volume, p. 164 (referindo-se ao recurso extraordinário) e pp. 177/178 (tratando do recurso especial).

Sempre se debateu acerca da interpretação da expressão *causa decidida* empregada naqueles dois dispositivos constitucionais. Houve aqueles que sustentaram que por *causa decidida* só se poderia entender decisões de mérito (sentenças, portanto) julgadas, em única ou última instância, pelas instâncias inferiores, a descartar o cabimento do extraordinário e do especial para a solução das decisões interlocutórias (agraváveis), dentre outras variáveis.³⁰ O tema acabou superado não só em doutrina mas também na jurisprudência dos Tribunais Superiores como faz prova incontestada a Súmula nº 86 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”. Hoje prevalece a interpretação ampla do termo ‘causa’.

A Lei nº 9.756/98, que criou a *nova* figura dos recursos extraordinário e especial retidos (CPC, art. 542, § 3º) trouxe à baila, uma vez mais, esta discussão: estaria a nova figura querendo afastar o cabimento dos recursos extraordinário e especial quando o acórdão recorrido houvesse julgado decisão interlocutória? A doutrina em peso negou o acerto desta afirmação, reiterando a interpretação ampla de *causa decidida*.³¹ Até porque, o art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, não poderia pretender impedir o *cabimento* de recurso extraordinário ou especial sob pena de flagrante violação dos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal, sua fonte primeira e exclusiva. O que a lei processual quis regular foi o *momento* e a *forma* de processamento daqueles recursos, afastando, assim, sua inconstitucionalidade, quando menos do ponto de vista da *estática* do direito.³²

O que importa mais de perto para o objeto em estudo, todavia, repousa na possibilidade de se constatar, na expressão utilizada pelo constituinte (*causa decidida*), a fonte constitucional do que usualmente se denomina de *prequestionamento*. É perguntar: *causa decidida* é expressão que equivale a *prequestionamento*?

Se a resposta a esta inquietação for positiva, imediato verificar que, por *prequestionamento*, só se pode entender aquilo que foi *decidido* pela decisão recorrida, impertinente para tanto a iniciativa dos litigantes, embora sua participação possa ser decisiva acerca *do que* deve ser decidido, toda a vez que a matéria (a causa) *não puder* ser examinada de ofício, isto é, depender, para ser apreciada, de iniciativa da parte. Se assim for, está correta a *terceira* corrente relativa ao *prequestionamento* destacada acima, no número 2, e que está expressa na Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e em uma leitura *individualizada* da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.³³

Mas se a resposta for positiva disto também decorre que *não compete* ao Superior Tribunal de Justiça pronunciar-se, *com ânimo de definitividade*, sobre a interpretação constitucional, isto é, sobre *como* deve a Constituição Federal ser interpretada, inclusive quanto

³⁰. V. a respeito: Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, pp. 111/113; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 100 e Roberto Rosas, “A causa como pressuposto do recurso”, pp. 209/213.

³¹. V. meus “Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC”, p. 175 e “Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC”, pp. 85/87.

³². V., ainda aqui, meu “Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC”, pp. 103/114.

³³. Assim se manifestou, por exemplo, Rodrigo da Cunha Lima Freire, “Pquestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ”, p. 974.

aos requisitos de cabimento do recurso especial (art. 105, III). É que esta missão é reservada pela Constituição Federal ao *Supremo Tribunal Federal* e a mais ninguém (CF, art. 102, *caput*). Justamente porque os requisitos de cabimento do recurso especial são *constitucionais* e não legais.

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal existem no sentido de que compete só ao Superior Tribunal de Justiça decidir acerca das hipóteses de cabimento do recurso especial, sob pena de aquele Tribunal tornar-se corte revisora deste. Estas decisões, todavia, devem ser recebidas com ressalvas.³⁴ Inconteste que ao Supremo Tribunal Federal não cabe rejulgar o recurso especial, pura e simplesmente. Mas cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir acerca da *interpretação* dos pressupostos *constitucionais* do recurso especial (art. 105, III) e verificar em que medida o Superior Tribunal de Justiça *conforma-se* a esta sua interpretação.³⁵ Não há como admitir que o Superior Tribunal de Justiça possa se *sobrepor* ao Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação da Constituição. Não no direito brasileiro vigente. Ao Superior Tribunal de Justiça cabe — a exemplo do que o nosso ordenamento reconhece para qualquer grau de jurisdição, singular ou colegiado — o exame *incidental* da constitucionalidade. Sua última análise e sua uniformização, no entanto, é reservada, pela via concentrada ou difusa, ao Supremo Tribunal Federal. Se isto acarreta, ao menos em tese, mais trabalho para esta Corte e a necessária assunção de sua função *revisora* de qualquer ato praticado pelos demais órgãos jurisdicionais que podem violar a Constituição Federal, é questão diversa e que deve se refletir, se for o caso, em *mecanismos* de contenção de recursos perante os Tribunais Superiores. Mecanismos, no entanto, que sejam de conhecimento *prévio e geral* de todos os jurisdicionados e que possam ser baixados mediante o anterior debate e a concordância

³⁴. Assim, v.g.: “Direito processual civil. Recurso Extraordinário (art. 102, III, da C.F.): Alegação de ofensa aos arts. 5º, LVI, e 105, III, da Constituição. Agravo. 1. Não compete a esta Corte, segundo sua pacífica jurisprudência, verificar se, no julgamento do Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça decidiu corretamente, ao considerar, no caso concreto, atendidos, ou não, seus pressupostos. Em outras palavras, enquanto no exercício das competências previstas no art. 105, III, da C.F., a decisão daquela E. Corte é soberana. (...) 4. O relativo ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal não foi abordado no aresto recorrido, faltando ao Recurso Extraordinário, nesse ponto, o requisito do prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356)”. (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Ministro Sydney Sanches, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 175.432/DF, j.un. 25.5.99, DJU 17.12.99, p. 5) e “Recurso extraordinário inadmitido. Não cabe, em princípio, recurso extraordinário contra acórdão do STJ, sob alegação de ofensa ao art. 105, III, a, da Lei Maior, em face do não conhecimento de recurso especial. Tal, se admissível, tornaria o STF instância revisora dos julgados do STJ, no que concerne à verificação dos pressupostos de cabimento do apelo especial. Agravo regimental desprovido” (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Rel. Ministro Néri da Silveira, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 151.063/SP, j.un. 13.5.96, DJU 18.10.96, p. 39.850).

³⁵. Neste sentido, consultar o seguinte julgado: “Recurso extraordinário: hipótese de cabimento por contrariedade, pelo acórdão do STJ em recurso especial, do art. 105, III, da Constituição. 1. Não cabe recurso extraordinário fundado em violação do art. 105, III, para rever a correção, no caso concreto, da decisão do STJ de conhecer ou não do recurso especial. 2. Cabe, porém, o extraordinário se, para conhecer ou não do recurso especial, parte o acórdão do STJ de proposição contrária em tese aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, definidos explícita ou implicitamente no art. 105, III, da Constituição. Essa a hipótese quando se nega força de lei federal a diploma normativo que o tenha, qual o caso do Convênio ICMS 66/88 – que – por disposição expressa do art. 34, § 8º, ADCT – teve hierarquia de lei complementar, até que essa fosse editada, em tudo quanto necessário para tornar eficazes as inovações introduzidas na disciplina constitucional do ICMS pela Constituição de 1988” (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Recurso Extraordinário nº 273.351/SP, j.un. 27.6.00, DJU 25.8.00, p. 74).

que marcam um verdadeiro Estado Democrático de Direito pelos mecanismos democráticos da atuação de um Estado nestes moldes: a lei ou a emenda à Constituição.³⁶

Partindo desta premissa, pois, não há como negar caber ao Supremo Tribunal Federal decidir acerca da interpretação do art. 102, III, bem assim do art. 105, III, com ânimo de definitividade, *uniformizando* sua interpretação perante todo o território federal brasileiro, inclusive perante os Tribunais Superiores. Em última análise, e aceitas estas idéias, cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar se a *visão* de prequestionamento constante da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça encontra guarida no texto constitucional e se, por prequestionamento, pode ser entendida a *causa decidida* referida no permissivo constitucional também do recurso especial, estranha ao conteúdo desta decisão a iniciativa dos litigantes (a oposição dos chamados embargos de declaração prequestionadores), nos moldes da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.³⁷

³⁶. V., ainda aqui, meu “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos Tribunais Superiores”, esp. pp. 198/200.

³⁷. Embora sem relação imediata com o tema, consta acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que bem analisou a medida em que aquele Tribunal pode reexaminar a admissibilidade do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça mercê do art. 105, III, da Constituição Federal. Eis seu teor: “Recurso extraordinário. 2. Ação de adjudicação compulsória. Oposição. 3. Improcedência da ação, em primeira instância, e procedência da oposição. 4. Apelação do autor provida pelo Tribunal de Justiça, para julgar procedente a demanda e improcedente a oposição. 5. Embargos de declaração dos réus ao acórdão na apelação onde se sustenta nulidade do processo, porque, embora falecidos, à época do ajuizamento da ação, três dos réus foram, por via de edital, citados e não os respectivos espólios. 6. Embargos de declaração dos réus (CPC, art. 535, I e II) não acolhidos, afirmando-se, na ementa do aresto: ‘Em seu delimitado território nada se redecide, inova ou modifica, exceção que se abre ao esbanque de sopitável erro material. Sua destinação é esclarecer, suprir omissões, diminuir eventuais contradições, sem contudo ferir a essência do que restou unguído pela sacralidade do julgado’. 7. Recursos especiais interpostos pelos réus, dos quais três foram conhecidos e providos com base na alegada nulidade do processo por vício de citação. 8. Afirmou-se no acórdão do STJ, referente aos recursos especiais, que, ‘mesmo em sede de embargos de declaração opostos à decisão de segundo grau, se mostra possível o reconhecimento de vício que eventualmente haja maculado a regular e válida constituição da relação processual’, analisando e decidindo, a seguir, o mesmo aresto, ora extraordinariamente recorrido, o mérito da arguição de nulidade, concluindo ser nula a citação dos três litisconsortes e ‘nulo o processo a partir de então’. 9. Embargos de declaração do ora recorrente, sustentando contradição no acórdão do STJ, bem assim violência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (Constituição, art. 5º, LIV e LV), foram rejeitados, o mesmo sucedendo com os segundos embargos de declaração. 10. Recurso extraordinário interposto por Mohamad Ismail El Samad, alegando ofensa pelo julgado do Superior Tribunal de Justiça ao art. 5º, incisos LIV e LV, e ainda ao art. 105, III, letra *a*, todos da Constituição Federal. 11. Limites do recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, contra acórdão em recurso especial, do Superior Tribunal do Justiça, em face do sistema da Constituição Federal (arts. 102, III, letras *a*, *b* e *c*, e 105, III, letras *a*, *b* e *c*). Definida a área de competência de ambas as Cortes, certo está que o Supremo Tribunal Federal, pela competência excepcional e incontestável prevista no *caput* do art. 102 da Lei Magna, enquanto guarda da Constituição, pode, em princípio, conhecer de recurso extraordinário também de decisão proferida pelo STJ, quer no exercício da competência originária, quer de competência recursal ordinária, quer em recurso especial (CF, art. 105, I, II e III), desde que o julgado contrarie dispositivo da Constituição, inclusive o art. 105 e seus incisos. Assim, *ad exemplum*, se o Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, causa não enquadrável nas hipóteses *a*), *b*) e *c*) do inciso III do art. 105 aludido, pode, eventualmente, configurar-se espécie submetida a recurso extraordinário, *ut* art. 102, III, *a*), da Constituição, precisamente, por ofensa ao art. 105, III, da Lei Maior. Decerto, não há de caber recurso extraordinário, desde logo, como instrumento revisional do acerto ou não da decisão de mérito do STJ, quando confere, em recurso especial, determinada interpretação a norma infraconstitucional, ao decidir se o acórdão local recorrido, em aplicando a mesma norma, fê-lo corretamente, ou se lhe negou vigência, deixando de fazê-la incidir em situação onde seria aplicável, ou por tê-la feito disciplinar hipótese em que não devia fazê-lo. Nesses casos, tudo ocorre no plano infraconstitucional e segundo a competência prevista no art. 105, III, da Lei Magna. 12. De outra parte, os temas constitucionais emergentes do julgamento do recurso especial podem fundamentar recurso extraordinário, justificando-se, ademais, aí, a interposição de embargos de declaração, no STJ, para o regular prequestionamento desses assuntos constitucionais a serem, após,

Houve algumas oportunidades para que este exame específico fosse realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

A primeira delas se deu no Agravo de Instrumento nº 198.631-1/PA, interposto de acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 74.405/PA, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro.

A hipótese foi de interposição de recurso extraordinário de acórdão do Superior Tribunal de Justiça em que se *questionou*, em embargos de declaração, a 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). É o que se lê do relatório do acórdão do Supremo Tribunal Federal:

“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,

deduzidos no pleito do apelo extremo. 13. No caso concreto, em alguns dos recursos especiais interpostos pelos ora recorridos ao STJ, contra os acórdãos do Tribunal de Justiça, houve expressa alegação de negativa de vigência do art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, porque a Corte local decidira que os embargos de declaração eram incabíveis para conhecer, originariamente, de arguição de nulidade da citação e do processo, pelo fundamento de estarem falecidos três dos réus citados, por edital, à época do ajuizamento da demanda. Dessa maneira, o Superior Tribunal de Justiça podia conhecer, tal como o fez, do tema concernente ao âmbito dos embargos de declaração e decidir, consoante sucedeu, quanto à exegese que entendesse de emprestar ao art. 535, I e II, do CPC; no ponto, não há ver, destarte, ofensa ao art. 105, III, letra *a*, da Constituição, pois os três recursos especiais conhecidos e providos, a esse respeito, efetivamente, atendiam aos cânones formais para viabilizar o pronunciamento de mérito da Corte Superior *a quo*, quanto à matéria infraconstitucional, referente à abrangência dos embargos de declaração, em nosso sistema processual. Expressamente, o acórdão ora recorrido afirmou: ‘mesmo em sede de embargos de declaração, se mostra possível o reconhecimento de vício que eventualmente haja maculado a regular e válida constituição da relação processual’. Ao reformar, assim, o acórdão do Tribunal de Justiça e proclamar, como via adequada, os embargos de declaração para decidir sobre nulidade de citação-edital, questão posta, nesse ensejo, originariamente, à Corte de segundo grau, após o julgamento da apelação, podendo, inclusive, conferir efeito modificativo aos ditos embargos de declaração, procedeu o acórdão ora recorrido, nos limites do art. 105, III, *a*, da Constituição, dando pela negativa de vigência, do art. 535, I e II, do CPC, por parte do aresto local. 14. Ocorre, porém, que o acórdão ora recorrido, indo adiante, desde logo, julgou o mérito dos embargos de declaração e anulou o processo a partir da citação-edital, embora o Tribunal local, nos embargos de declaração, não houvesse julgado, efetivamente, o mérito da arguição de nulidade, eis que teve, a tanto, a via em referência como inadequada para decidir, originariamente, essa matéria, não posta na ocasião da sentença ou da apelação. 15. Dessa maneira, força é concluir que, no ponto, o acórdão recorrido não podia, desde logo, enfrentar o mérito da arguição de nulidade da citação, envolta como está a questão em fatos e provas, suprimindo instância ordinária, onde possível ainda seria produzir prova ou discutir sobre os fatos, máxime em hipótese como a dos autos em que, durante tantos anos, o feito teve seu processamento, com amplo conhecimento, debate e assistência dos interessados, todos se contrapondo à pretensão de mérito do autor. Não seria, destarte, possível desprezar a instância ordinária e natural, para decidir, de imediato, originariamente, a *quaestio juris* em causa, em instância extraordinária, como é a do recurso especial. 16. Em assim decidindo, o acórdão, ora extraordinariamente recorrido, ofendeu o art. 105, III, *a*, da Constituição, ao dar, ao recurso especial, a extensão e eficácia que lhe conferiu, bem assim vulnerou os incisos LIV e LV do art. 5º, da Constituição, quanto ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa, devidamente prequestionados, em suprimindo instância ordinária onde possível ainda discutir fatos e produzir provas, originariamente, no reconhecido âmbito dos embargos de declaração. 17. Recurso extraordinário conhecido, em parte, e, nessa parte, provido a fim de cassar, parcialmente, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no ponto em que julgou, desde logo, nula a citação e nulo o processo, a partir da citação-edital, e determinar retornem os autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para que prossiga no julgamento dos embargos de declaração interpostos pelos ora recorridos e os decida, como entender de direito, respeitados o contraditório e ampla defesa do autor sobre a alegada nulidade do processo, por vício da citação-edital. (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Rel. Ministro Néri da Silveira, Recurso Extraordinário nº 190.104/RJ, j.m.v. 12.11.96, DJU 14.11.97, p. 58.787).

e ao manter-se omissivo, no julgamento dos embargos declaratórios opostos a sua decisão, quanto à alegação de ofensa àqueles dispositivos constitucionais, suscitada em agravo regimental”.

Estas alegações foram rejeitadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence, relator do recurso extraordinário. Após expor que o fundamento do não conhecimento do especial que ensejou a interposição do extraordinário se deveu pela aplicação ao caso do entendimento estampado na Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, acentuou o Ministro 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”.*³⁸

Bastante ilustrativo este acórdão para o tema em discussão. O que se pretendia *questionar* perante o Supremo Tribunal Federal estava bastante claro: pode o Superior Tribunal de Justiça entender não prequestionada determinada matéria porque os embargos declaratórios opostos com o objetivo da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal (para fins de prequestionamento, portanto) foram rejeitados pura e simplesmente? O Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que o extraordinário *não poderia ser conhecido* porque violação ao art. 5º, XXXV, LIV ou LV, não havia. No máximo, uma tal violação seria do art. 105, III, berço constitucional do *cabimento* do recurso especial. O recurso extraordinário, no entanto, não foi *conhecido* porque o confronto com o art. 105, III, não foi *referido* pelo recorrente, que se limitou a questionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça de enfoque diverso, do princípio do acesso à justiça e do devido processo legal.

Mais recentemente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, também relator o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu, em acórdão pertinente para as considerações que aqui me ocupam, que:

“I - RE contra acórdão proferido em julgamento de recurso especial: falta de prequestionamento da alegação de contrariedade ao art. 105, III, CF. É incabível o RE por ofensa ao art. 105, III, da Constituição, se a decisão proferida pelo STJ não afirma a desnecessidade do prequestionamento para o

³⁸. A r. decisão que rejeitou o agravo de instrumento foi publicada no DJU de 15.9.97, sem os destaques. Houve sucessiva interposição de Agravo Regimental, improvido unanimemente (DJU 19.12.97, p. 48) e de embargos de declaração, igualmente rejeitados (DJU 28.8.98, p. 8). 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 recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98) ...”).

*conhecimento do REsp. Incidência das Súmulas 282 e 356. Ademais, o RE é inadmissível para o reexame das premissas concretas da decisão que conheceu ou não conheceu do recurso especial”.*³⁹

Também aqui entendeu o Supremo Tribunal Federal ausente o *prequestionamento* da matéria constitucional, única forma de se viabilizar o *conhecimento* do recurso extraordinário à luz do art. 105, III, da Constituição Federal. Faltou *prequestionamento*, justamente porque o recorrente não procurou obter, junto ao Superior Tribunal de Justiça, decisão *expressa* acerca da fonte constitucional do *prequestionamento*. Daí a invocação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal como razão para rejeitar o extraordinário.

Em outra oportunidade, e por unanimidade de votos, a mesma 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgado relatado pelo Ministro Moreira Alves, decidiu que:

“Recurso especial. Falta de *prequestionamento*. *O acórdão recorrido violou, pelo menos, o artigo 105, III, a, ao decidir sobre questão que não fora prequestionada, por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial.* Com efeito, se no recurso especial se requeria a exclusão do índice de 70,28% na correção do crédito fiscal de janeiro de 1989, sustentando-se que a Lei nº 6.374/89 do Estado de São Paulo ofendeu a regra da irretroatividade, ao determinar a aplicação do IPC de janeiro de 1989 (70,28%) nas contas de atualização de débito fiscal, não podia o Tribunal *a quo*, ao decidir que o princípio da irretroatividade não fora ofendido, o que implicaria o não-conhecimento do recurso especial, ir além e, *sem o prequestionamento desta questão*, examinar qual o índice que deveria ser aplicado para estabelecer que seria o de 42,72% e não o de 70,28%. Recurso extraordinário conhecido e provido”.⁴⁰

Aqui, ao contrário do que prevaleceu nos julgamentos anteriores, declarou-se violado o comando do art. 105, III, *a*, da Constituição Federal na exata medida em que se entendeu que o Superior Tribunal de Justiça teria conhecido e dado provimento a recurso especial levando em conta questão infraconstitucional *não* *prequestionada*. Falta de *prequestionamento*, ademais, caracterizada “por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial”.

A análise destes julgados revela que é chegado o momento de o Supremo Tribunal Federal decidir, vez por todas (esta é a sua precípua função constitucional), qual a interpretação que deve ser dada ao art. 105, III, da Constituição Federal (e, por identidade de motivos, ao art. 102, III) e, portanto, o que deve ser entendido por *prequestionamento*. Na exata medida em que se manifestar o Supremo Tribunal Federal, a correção da Súmula nº 211 do

³⁹. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Recurso Extraordinário nº 209.140/SP, j.un. 8.8.00, DJU 29.9.00, p. 97, sem os destaques.

⁴⁰. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Ministro Moreira Alves, Recurso Extraordinário nº 208.775/SP, j.un. 18.4.00, DJU 19.5.00, p. 2, sem os destaques.

Superior Tribunal de Justiça será aceita ou rejeitada.

Não posso deixar de notar, no entanto, que estas decisões acabam revelando uma das mais complexas facetas relativas ao *prequestionamento*, que diz respeito à sua configuração. Os acórdãos relatados pelo Ministro Sepúlveda Pertence são evidenciadores de que o recurso extraordinário não poderia ter sido conhecido porque o enfrentamento da questão ‘o prequestionamento tem assento no art. 105, III, da Constituição Federal?’ não foi correta ou, quando menos, exaurientemente posta pelo recorrente, porque isto havia sido impugnado, perante o Supremo, a partir de *outros* vetores constitucionais, art. 5º, XXXV, LIV e LV (acesso à justiça e devido processo legal).

Disto decorre que, mesmo quando o tema envolve a análise da previsão constitucional do ‘prequestionamento’, suas diversas modalidades — prequestionamento explícito, implícito, ficto ou numérico e, portanto, a *forma* de sua configuração — desempenham função *decisiva* para a admissibilidade recursal com aptidão, inclusive, de inibir a própria prestação jurisdicional, evitando que se declare *onde está, o que é e como* se manifesta o tal do prequestionamento. Um motivo a mais para que o Supremo Tribunal Federal, vez por todas, *decida* esta *questão* que está, parece-me, suficientemente posta, colocada e reiterada perante aquela Corte, embora com matizes diversas.⁴¹

4) Prequestionamento, embargos de declaração e recursos extraordinário e especial

Se um dia perguntarem minha opinião sobre o prequestionamento não hesitarei em afirmar sua previsão constitucional e filiar-me, convictamente, ao entendimento defendido, dentre outros, pelo Ministro Eduardo Ribeiro. À luz do texto constitucional, em específico, dos arts. 102, III e 105, III, tenho cada vez menos dúvidas de que, para o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a matéria (a causa) deve estar devida e exaurientemente *decidida* pelas instâncias locais. Se não for *decidida* — mesmo que pudesse ter sido —, não há como alcançar aquelas duas Cortes Superiores para tratar de tema que o órgão *a quo* não decidiu.⁴² Recorre-se do conteúdo *positivo* da decisão, assim compreendida o

⁴¹. Haverá oportunidade para voltar a este tema. É que em julgamento dos mais fundamentais para a definição do *acesso coletivo à Justiça* (a tão propugnada 2ª onda de acesso à Justiça), em que o Supremo Tribunal Federal discutiu a legitimidade do Ministério Público para propor ações civis públicas para impugnar tributos, o Ministro Sepúlveda Pertence, para negar pertinência à iniciativa do *Parquet* no caso concreto à mingua de interesse social relevante, acentuou: “Não lhe reduzo, porém, a admissibilidade a tais previsões legais explícitas: estou em que, da própria Constituição, é possível derivar outras hipóteses. E para isto, já neste ponto com o Ministro Velloso e a doutrina mais afeita ao tema, considero adequado o apelo ao art. 127 da Constituição que, delineando em grandes traços o seu papel junto à função jurisdicional do Estado, confia ao Ministério Público ‘a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’. *Não creio que, na espécie, a falta de prequestionamento do art. 127 e a limitação do RE à invocação do art. 129, III, sejam obstáculo de maior vulto: não vai a exigência do prequestionamento ao ponto de impedir se valha o juiz do recurso extraordinário, para a interpretação sistemática do dispositivo em que funda explicitamente o apelo, de argumentos extraídos de outro preceito constitucional*” (Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR, j.m.v. 4.11.98, DJU 17.12.99, sem os destaques).

⁴². “A mesma locução, causas decididas, autoriza a exigência do denominado prequestionamento da questão constitucional ou federal, exigência essa feita nos verbetes nºs. 282 e 356 da Súmula da jurisprudência predominante do STF, aplicáveis ao RE e também ao REsp. A questão objeto dos recursos excepcionais deve ter

acolhimento ou a rejeição dos fundamentos, das alegações e das teses trazidas pelas partes desde a propositura da ação, fossem para demarcar ou para individuar a causa de pedir da ação. O que não se decidiu não pode ser objeto de recurso justamente pela mitigação (ou restrição) do *efeito devolutivo* dos recursos extraordinário e especial, limitados pela cláusula constitucional da *causa decidida*. Trata-se, a doutrina reconhece à unanimidade, de recurso de *fundamentação vinculada*.⁴³

Evidente que embargos de declaração podem (e devem) ser opostos para sanar a *omissão* do que deveria ter sido decidido e não o foi por qualquer motivo. Quando a rejeição destes embargos é *errada* abre-se o ensejo para a interposição de recurso especial para correção *deste vício* (CPC, art. 535, II ou o art. 458, II), justamente para que se busque a *decisão da causa*, requisito constitucionalmente imposto para admissibilidade do recurso especial e para o recurso extraordinário (CF, arts. 102, III e 105, III). Não é diverso o entendimento do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, que vê, *nesta mesma hipótese*, violação ao art. 93, IX, da Constituição segundo o qual, para o que interessa a este trabalho, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade”.⁴⁴

sido decidida pelo órgão judicial inferior, sem o que não se terá cumprido o requisito constitucional para a admissibilidade desses recursos” (Nelson Nery Jr., *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*, p. 252).

⁴³. Neste sentido, v.: José Afonso da Silva, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 338 (“O Recurso Extraordinário, por se restringir à simples *quaestio iuris*, deve ser bem fundamentado, para que fique bastante demonstrada a questão federal que lhe deu causa, sob pena de o Tribunal dê não conhecer. Não se tratando de recurso que devolva ao juízo *ad quem* o conhecimento de tôdas as questões suscitadas na lide, mas apenas as de Direito federal, impossível é ser-lhe dado seguimento sem motivação”); Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, vol. I, pp. 391 e 395, respectivamente (“Relativamente a seu efeito devolutivo, dá-se uma particularidade que o faz diferente dos embargos infringentes. Neste recurso, a extensão do efeito devolutivo tem seus limites rigorosamente traçados pela extensão da divergência havida entre a decisão majoritária e o respectivo voto vencido. No recurso extraordinário que, como os embargos infringentes, exige fundamentação vinculada ou específica, neste caso decorrente de uma controvérsia a respeito da aplicação de alguma norma de direito federal, uma vez admitido o recurso, transfere-se ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento integral da causa” e “O recurso especial, portanto como o extraordinário, é um recurso de fundamentação vinculada, para cujo cabimento não basta que a parte invoque a própria sucumbência, tornando-se necessária a invocação de uma ‘questão federal’ debatida (‘prequestionada’) na causa, de que o recorrente tire a conclusão de ter havido violação ao direito federal de natureza infra-constitucional (se a alegada violação ao direito federal for de natureza constitucional, então cabível será o extraordinário, perante o S.T.F.)”) e José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 117 (“Sob esse prisma, mais importante que o conteúdo do pronunciamento recorrido — relativo ao mérito, ou não — o que importa, nos termos da Carta Magna, para a interposição dos recursos extraordinário e especial, é que a questão constitucional ou federal esteja presente na decisão recorrida, isto é, que a questão tenha sido efetivamente julgada. As letras dos dispositivos constitucionais que instituíram os recursos extraordinário e especial não dão margem a outra interpretação. Aliás, cada um dos permissivos constitucionais destaca tal aspecto pelo menos duas vezes: além de enunciar que o respectivo Tribunal é competente para julgar, em recurso extraordinário ou especial, as ‘causas decididas’, assevera que o recurso será cabível quando a ‘decisão recorrida’ se encartar 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. Tais afirmações vêm a corroborar o que se disse no item dedicado ao efeito devolutivo. Naquele passo, demonstrou-se que, em relação a determinados recursos, ditos de fundamentação vinculada (categoria à qual pertencem os recursos extraordinário e especial), o efeito devolutivo é limitado. Desse modo, inocorrendo os pressupostos constitucionais para o cabimento do recurso, o mesmo não poderá ser conhecido”).

⁴⁴. Para as manifestações do Supremo Tribunal Federal quanto à violação, no caso, do art. 93, IX, da Constituição Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto à violação do art. 458, II, do Código de Processo Civil, v. meu “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais

Na exata medida em que o recurso extraordinário e também o recurso especial não devem ser conhecidos quando fundamento *suficiente* não é atacado ⁴⁵ o acórdão local deve, necessariamente — sob pena de incidir em *error in procedendo* —, analisar, um a um, os fundamentos e as teses levantadas pelo recorrente, seja para acolhê-las ou para rejeitá-las e, nesta proporção, *decidir* acerca de cada uma delas. Decidindo-as, mesmo que para rejeitá-las, a matéria está *prequestionada*. Se não forem decididas de uma forma ou de outra, entretanto, o acórdão é omissivo, sendo cabíveis os embargos de declaração para corrigir *este* vício.

Daí o acerto da lição de Moacyr Amaral Santos no sentido de que “... a chamada *federal question*, selecionada pelo legislador constituinte brasileiro, como pressuposto fundamental do recurso especial, deve ser entendida como uma dúvida a respeito da interpretação ou da aplicação de tratado ou de lei federal, *invocado como fundamento da lide*”.⁴⁶

As fórmulas usuais das instâncias estaduais e regionais para rejeitar declaratórios opostos com esta finalidade — ‘o Tribunal não é obrigado a responder questionários’ ou ‘o Tribunal não está obrigado a analisar todos os fundamentos das partes’ — devem ser recebidas com ressalvas e não podem ser generalizadas, isto é, aplicadas a todo e qualquer caso de embargos de declaração, mesmo àqueles confessadamente opostos para fins prequestionadores.

O Tribunal só não é obrigado a responder em embargos de declaração todos os fundamentos das partes quando todos os que foram levantados até o julgamento do recurso do qual se pretende recorrer extraordinária ou especialmente já foram devidamente analisados e acolhidos ou rejeitados pelo Tribunal, isto é, quando *já respondidos* e, portanto, quando nada há o que suprir com os declaratórios. É comum que embargos de declaração sejam opostos com o fito de provocar um novo repensar do órgão julgador — apenas e tão somente um novo repensar — sobre as *mesmas* questões *já* postas e *já* decididas. Este recurso, indubitavelmente, deve ser rejeitado diante da ausência de quaisquer vícios de julgamento. O mero *rejulgar* não é função recursal que deve ser desempenhada pelos embargos de declaração.

Do mesmo modo se dá com a hipótese em que o Tribunal se recusa a analisar uma determinada tese jurídica (um argumento, uma nova ‘razão de recurso’) e que, não obstante ser dependente de manifestação do interessado, está sendo apresentada *pela primeira vez*, isto é, *originariamente*, nos embargos de declaração. Aqui também o recurso deve ser rejeitado. Não há omissão a ser suprimida porque a *causa*, tal qual chegou ao Tribunal, foi *decidida*. Outras teses possíveis de serem argüidas mas não ventiladas até então, mesmo que pertinentes para a delimitação da causa de pedir, e, pois, para a conformação dos efeitos objetivos da coisa julgada, não interferem na manifestação do Tribunal e não a nulificam. Até

superiores”, pp. 173/177. V., também, as considerações que faço a este respeito em meu “Pquestionamento – reflexões sobre a Súmula 211 do STJ”, p. 79, nota 49.

⁴⁵. A Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”) e a de nº 126 do Superior Tribunal de Justiça (“É inadmissível recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-los, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”) não deixam margem a qualquer dúvida quanto a este ponto. Sobre o tema, v. Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, pp. 174/176 e 183/184.

⁴⁶. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3º volume, p. 173, sem os destaques.

porque, “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido” (CPC, art. 474).⁴⁷ A modificação da *causa de pedir* propriamente dita a esta altura, com mais razão, é absolutamente inconcebível, por força do art. 264, do Código de Processo Civil.

Bem diferente das situações narrados nos últimos dois parágrafos, no entanto, é a hipótese do órgão julgador querer se dar por satisfeito com uma ou com duas das diversas razões trazidas pelas partes para manter ou reformar a decisão recorrida. Enquanto houver fundamentos *suficientes* para embasar a tese recursal o Tribunal deve apreciá-los para rejeitá-los ou acolhê-los. Se assim não fizer, os embargos declaratórios têm pleno cabimento e, desde que rejeitados sob as fórmulas já destacadas, há espaço para a interposição de recurso para corrigir *este error in procedendo*, que deriva, para mencionar um fundamento legal, do art. 535 do Código de Processo Civil. Do mesmo modo que não é cabível o recurso de apenas um dos fundamentos da decisão porque ela pode se sustentar no outro não recorrido (que ‘transita em julgado’, é comum se ouvir), a decisão não estará completa (a *causa não estará decidida* como exige a Constituição) senão quando todas as razões trazidas tempestivamente pelas partes forem devidamente apreciadas e valoradas para que sejam rejeitadas ou acolhidas. É dizer por outras palavras: a interposição do recurso especial ou extraordinário depende da prévia *decisão de todas as questões relevantes* para o deslinde da causa.

Por esta razão é que não se pode admitir a interposição do extraordinário ou do especial do conteúdo *negativo* da decisão, isto é, daquilo que ainda *não* foi decidido. Nestes casos, é necessário que se decida o que ainda não foi decidido o que é possível pelo uso dos embargos declaratórios, para, posteriormente, impugnar o que concretamente for objeto de decisão perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça. Na recusa do julgamento dos declaratórios, entretanto, impõe-se, em primeiro lugar, interpor recurso especial alegando-se violação ao art. 535 do Código de Processo Civil para que, sanado o vício do julgamento anterior (o *error in procedendo*), possa se questionar a ‘matéria de fundo’ (o *error in judicando*), perante as Cortes Superiores.

Confirma estas observações, quero crer, o que se passa quando da análise das matérias cognoscíveis de ofício pelos órgãos judicantes (CPC, art. 267, § 3º). Haverá omissão do órgão julgador *a quo* quando a questão que se pretende ver discutida nos embargos declaratórios é daquelas matérias que podem (*rectius*, devem), a qualquer tempo e grau de jurisdição (ordinária), ser examinadas e, não obstante, sobre elas ter se *silenciado* a instância local. Aqui têm lugar os embargos de declaração lastreados no art. 535, II, do Código de Processo Civil para que a questão seja devidamente *enfrentada e decidida*, mesmo que a matéria seja, por qualquer motivo, *nova*. Os embargos de declaração, nestas condições, são o veículo de exame de questão que deveria ou, quando menos, poderia ter sido examinada (até mesmo sem provocação das partes) mas não o foi. De sua incorreta rejeição, segue-se também o *error in procedendo* a ser corrigido por recurso especial estribado na violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

⁴⁷. Sobre o ponto, consultar Ovídio Baptista da Silva, “Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual”, pp. 142/148 e 169/170.

Não, entretanto, quando a instância local acaba julgando a causa por um motivo até então inédito, justamente porque a matéria podia ser apreciada de ofício em qualquer grau de jurisdição. Sem que nenhuma das partes tenha argüido, por exemplo, a legitimidade ativa, nem por isto é vedado ao Tribunal decretar a carência da ação nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil *independentemente* de qualquer iniciativa dos litigantes (CPC, art. 267, § 3º). É *desta* decisão que se deverá recorrer ao Superior Tribunal de Justiça (ou ao Supremo Tribunal Federal, se for o caso), desnecessários embargos de declaração que, no máximo, só terão o condão de *aflorá-la* ou *evidenciá-la*. A razão é simples: já se *decidiu* ser o autor parte ilegítima para ação e esta *decisão* consuma-se com a realização do julgamento. É o que basta para o contraste perante as Cortes Superiores. *Este tema* — o da legitimidade — está, portanto, *prequestionado*.

Concordo, aqui, com José Miguel Garcia Medina, para quem “... sob qualquer ângulo que se analise o assunto, conclui-se que o comando previsto nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC não prevalece sobre o disposto nos arts. 102, inc. III, e 105, inc. III, da CF. Infere-se do exposto que somente serão cabíveis os recursos extraordinário e especial, no que respeita às matérias de ordem pública, se referidas matérias tiverem sido decididas no pronunciamento recorrido. Em sede doutrinária, este é o entendimento que tem prevalecido, embora nem sempre pelos fundamentos ora apontados. De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça, tem entendido que ‘mesmo as nulidades absolutas não poderão ser examinadas no especial se a matéria pertinente não foi, de qualquer modo, cogitada pelo acórdão recorrido, excetuando-se apenas aquelas que decorram do próprio julgamento. Isso porque, se a decisão recorrida não analisou a questão, não se pode falar que houve violação da lei federal’”.⁴⁸

⁴⁸. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 120. Eduardo Ribeiro de Oliveira, “Pquestionamento”, pp. 249/251, manifesta-se em sentido contrário, entendendo, com base em julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, necessária a oposição dos embargos declaratórios mesmo nestes casos porque “o *pronunciamento específico* é indispensável para verificar se houve violação da lei ou dissídio jurisprudencial”. Na jurisprudência mais recente daquele Tribunal, v.: “(...) Vício surgido no próprio acórdão recorrido. Pquestionamento. Ausência. (...) 1. A análise da questão pelo Tribunal de origem é essencial para a verificação da alegada ofensa à lei federal, ainda que o vício tenha surgido no próprio Acórdão recorrido. Incidência das Súmulas 282 e 356 – STF (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Ministro Edson Vidigal, Recurso Especial nº 287.204/PE, j.un. 13.12.00, DJU 5.3.01, p. 230); “Pquestionamento. Terceiro interessado. A Turma, por maioria, entendeu que é indispensável o requisito do prequestionamento ao recurso especial interposto pelo terceiro interessado, que não participou da causa. No caso, a recorrente, esposa do réu, só entrou nos autos após a prolação do acórdão recorrido e alegava no especial que, apesar de tratar-se de ação de imissão de posse, não teria sido citada. REsp 248.089-PR, Rel. originário Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. para acórdão Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 6/6/2000” (*Informativo STJ* nº 60, 29 de maio a 9 de junho de 2000); “Agravo regimental. Questão federal surgida no acórdão recorrido. Indispensabilidade dos embargos de declaração. Dissídio não comprovado. 1 - Segundo entendimento mais recente da Corte Especial, ainda que a questão federal tenha surgido em decorrência de vício do julgamento impugnado, sem que haja manifestação a respeito, é indispensável a oposição de embargos declaratórios, com vistas ao atendimento do requisito do prequestionamento” (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 285.889/RJ, j.un. 18.4.00, DJU 15.5.00, p. 224); “Recurso especial. Pquestionamento. Distrato. Forma. Necessário o prequestionamento, inclusive quanto a eventuais violações à lei, surgidas no próprio acórdão recorrido, em virtude de vício do julgamento. Só é de exigir-se tenha o distrato a mesma forma do contrato quando exigida para validade desse” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 214.778/SP, j.un. 25.10.99, DJU 8.3.00, p. 109) e “Agravo regimental. Pquestionamento. Taxa ANBID. Limitação da taxa de juros. Impõe-se o prequestionamento, ainda que a matéria diga com a ordem pública. Não preenchido esse requisito, inviável o conhecimento do especial” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 190.434/SP, j.un. 17.6.99, DJU 13.9.99, p. 64).

Ademais, a *matéria decidida* pela decisão recorrida que se pretende seja reexaminada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça pode *contrariar* a Constituição ou a lei federal justamente porque *não tem aplicação* na espécie e, por esta razão, é que não havia sido objeto de *prévio* debate entre as partes. Trata-se, aqui também, de vício que *surge* quando do proferimento da decisão que se pretende recorrer pelo extraordinário ou pelo especial.⁴⁹ Aqui, também, no entanto, as partes não têm mais nada a fazer que não interpor, desde já, o recurso especial ou extraordinário (desde que preenchidos os demais pressupostos, evidentemente). A decisão, certa ou errada, já foi tomada.

Esta breve exposição acaba revelando, destarte, que são bastante diversas as situações que a realidade forense apresenta diante do proferimento de decisão que, por ser de única ou última instância, comporta, em tese, recurso extraordinário ou especial. Antes da interposição destes recursos, é imperioso o exame do conteúdo da decisão e seu confronto com as alegações das partes para se verificar se a decisão já está pronta para ser objeto de impugnação perante as Cortes Superiores ou se nela reside, ainda, algum vício que *precisa* ser sanado previamente com o esgotamento das ‘vias recursais ordinárias’. Desde que necessários e pertinentes os declaratórios, sua rejeição indevida pelo órgão *a quo* inviabiliza o imediato acesso ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, à mingua de *causa decidida*. Diferentemente, quando tudo o que, pertinentemente, havia sido argüido e levantado pelas partes foi objeto de consideração, a abertura da via extraordinário e da especial é indesmentível.

É neste contexto que confesso a impossibilidade de dar minha adesão irrestrita à Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, muito menos à *generalização* que ela parece empreender, tratando todas as hipóteses ventiladas acima indiferentemente.

Com efeito. Ao mesmo tempo em que a Súmula afasta o cabimento do recurso especial de toda a questão *não decidida* pela instância *a quo*, o acolhimento de eventual recurso especial interposto para que seja corrigido *error in procedendo* derivado da recusa do órgão julgador em analisar estas questões (o recurso especial por contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil) *prescinde* da oposição de *novos* declaratórios em que *esta questão ou tema* — a violação ao art. 535 — seja devidamente apreciado. Ora, se a questão relativa à contrariedade ao art. 535 não precisa ser *posta* pelos litigantes, sendo suficiente a identificação de sua ocorrência já em sede de recurso especial, por que outros vícios que só surgem no julgamento precisam sê-lo pela oposição de embargos declaratórios para esta finalidade?⁵⁰

Pertinentes estas questões porque o Superior Tribunal de Justiça entende,

⁴⁹. Esta hipótese é enfrentada por Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, pp. 157/159, quando trata da *sententia contra simile legis*. Na jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça consta julgado segundo o qual “Na técnica do recurso especial pela letra ‘a’, o respectivo conhecimento se dá para aplicar o artigo de lei federal que deixou de ser ou foi mal aplicado pelo julgado, ou para afastar aquele aplicado em hipótese imprópria, isto é, sem ter incidido (STJ-3ª Turma, REsp 197.325-PA, rel. Ministro Ari Pargendler, j. 16.12.99, não conheceram, v.u. DJU 21.2.00, p. 121)” em Theotonio Negrão, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, p. 1842, 2ª coluna.

⁵⁰. V. meu “Prequestionamento – reflexões sobre a Súmula 211 do STJ”, *passim*. Cuidei do tema também em meu “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores”, pp. 182/190.

majoritariamente, que os declaratórios são sempre necessários para *questionar* quaisquer vícios de julgamento ou matérias de ordem pública, mesmo quando ocorridos ou derivados do próprio julgamento do qual se pretende recorrer. Prova disto são os acórdãos colacionados na nota 48, *supra*.

Mas se assim é, parece que a Súmula nº 211 daquele Tribunal acaba oferecendo dois pesos e duas medidas. A tendência é que recursos especiais não sejam conhecidos toda a vez que a rejeição *errada* de embargos de declaração *prequestionadores* não render ensejo à interposição de recurso especial em que, apenas e tão somente, a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, seja discutida. No entanto, estes recursos prescindem da oposição de *novos* embargos de declaração em que o recorrente busque o enfrentamento *desta* e só *desta* questão perante a instância *a quo*. Ao mesmo tempo, em outros vícios de julgamento que não digam respeito, especificamente, à *configuração* do prequestionamento, o Superior Tribunal de Justiça entende necessária a prévia interposição de embargos de declaração perante a instância *a quo* para que o *vício* de julgamento reste ‘prequestionado’, e, só nestas condições, possa ser objeto de contraste pelo recurso especial. Aqui, a falta de oposição *prévia* dos declaratórios quanto ao vício de julgamento que *surge* no acórdão é óbice ao conhecimento do recurso especial por falta de prequestionamento. Lá, quando o recurso especial é interposto com base no ‘prequestionamento’ que anterior embargos declaratórios, fundados na prática e vivência da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, tiveram o intuito de fixar, o recurso especial não é conhecido porque a costumeira rejeição dos embargos redundava não em prequestionamento (que seria, para usar expressões consagradas pelo uso, ‘presumido’ ou ‘ficto’) mas na necessária interposição *direta* de recurso especial em que se impugne, apenas e tão somente, a contrariedade do art. 535, do Código de Processo Civil, na espécie.

O Superior Tribunal de Justiça, destarte, que entende *necessária* a oposição de declaratórios para aventar, ainda perante a instância *a quo* os vícios que, porventura, surjam no próprio julgamento, sob pena de recurso especial interposto para correção *destes vícios* carecer de prequestionamento, entende-a desnecessária quando este vício for o relativo a uma eventual omissão quanto à configuração do prequestionamento. No entanto, eventual recurso especial interposto para tratar especificamente da questão que deveria ou poderia ter sido analisada pela instância *a quo* mas não o foi será rejeitado porque o vício de julgamento decorrente da falta desta análise não foi impugnado perante aquela Corte, embora a ocorrência deste vício seja *pressuposto* para o desenho da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Daí, nos trabalhos tantas vezes mencionados, ter me preocupado saber como o Superior Tribunal de Justiça consegue detectar se uma decisão foi omissa sem constatar, concretamente, as razões que deixaram de ser por ela apreciadas. Acentuei, outrossim, que o sucesso do recurso especial interposto por violação ao art. 535, do Código de Processo Civil, *para fins de ocorrência de prequestionamento nos termos e para os fins da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça*, vincula-se ao reconhecimento *ex novo*, pelo Superior Tribunal de Justiça, de que o órgão *a quo* deixou de apreciar determinada questão o que independe, todavia, de *novos* declaratórios. Quando o Superior Tribunal de Justiça detecta a omissão, ele, na verdade, destaca, acentua e reconhece a *iniciativa da parte* quanto à necessidade de uma determinada matéria ter sido analisada pela instância *a quo*, o que não deixa de ser algo muito

próximo ao que, por décadas, imperou e *foi suficiente*, de acordo com a orientação cristalizada na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, para acesso àquela Corte. Não fosse assim e não haveria omissão a ser suprimida, pelo que os declaratórios seriam incabíveis e, conseqüentemente, infrutífero o eventual recurso especial interposto para impugnar a decisão *a quo* por violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.⁵¹

A ‘omissão’ quanto ao ‘prequestionamento’, assim, é tratada diferentemente se comparada com outros vícios que podem resultar do julgamento da instância inferior. Sendo assim, cabe perguntar em que condições *objetivas e concretas* é possível verificar o que *está ou não está* prequestionado e, portanto, apto para ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Estas considerações têm como intuito apenas reiterar que me parece bastante difícil pretender generalizar *todos* os tipos de vícios que, em tese, podem ocorrer em julgamentos para dizer que os declaratórios são cabíveis e necessários em todos os casos em que se pretende alcançar a instância extraordinária ou especial e, nestas condições, que sua rejeição, dá ensejo à necessária interposição de recurso especial para cuidar especificamente do conteúdo da decisão sobre os declaratórios (*error in procedendo*).

Uma coisa é haver *omissão, obscuridade ou contradição* na decisão recorrida e estes vícios não serem devidamente corrigidos, mercê da oposição dos declaratórios⁵² ou, eventualmente, negar a este recurso seu natural caráter *modificativo*, na exata proporção em que a correção do vício *influi* no julgamento anterior.⁵³ Outra, bastante diferente, é querer emprestar a este recurso uma função que ele não tem, qual seja, a de criar vícios de procedimento que não existem, rediscutir o que já foi, bem ou mal, discutido, ou introduzir questões e matérias para julgamento de forma tardia. Mais ainda: servirem os embargos de declaração como *forma* de dificultar ou impedir o acesso às Cortes Superiores na medida em que é difícil constatar um

⁵¹. Ainda aqui, v. meus “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores”, esp. pp. 183/186 e “Pquestionamento – Considerações sobre a Súmula 211 do STJ”, pp. 66/67 e nota 32.

⁵². Apenas para ilustrar a afirmação: “Alega o agravante que, no caso, não é exigível o prequestionamento, uma vez que a afronta só passou a existir com a prolação do acórdão. Segundo o entendimento do STF, o prequestionamento é exigível também nas hipóteses em que a pretendida contrariedade ao texto constitucional tenha surgido na própria decisão recorrida. Ao julgar o AgAg nº 186.886, Pertence, decidiu a 1ª Turma, em 18.11.97, DJ 06.02.98: ‘Recurso extraordinário, embargos de declaração e prequestionamento. Nulidade surgida no julgamento da instância *a quo* que se tem admitido seja aventada logo no recurso extraordinário é a que decorra de causas externas, das quais normalmente não cogitaria o acórdão (v.g. a falta ou defeito da intimação da pauta); não, porém, quando se cuide de vícios contextuais do próprio acórdão, assim a indigitada contradição em seus próprios termos, em que, sem prévia provocação do Tribunal *a quo* para que a sane, não deve o RE substituir-se ao remédio próprio, que não os embargos de declaração’. Negado provimento ao agravo” (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Agravo de Instrumento nº 311.011-0, j. 12.12.00, DJU 20.2.01, pp. 62/63).

⁵³. V. o item 13 da decisão transcrita na nota 37, *supra*, quanto ao inegável caráter modificativo dos embargos de declaração de acordo com a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça. Na jurisprudência mais recente daquele Tribunal, colhe-se o seguinte julgado acerca do tema: “Processual civil. Embargos de declaração. Efeito infringente. Possibilidade. Embora os embargos de declaração tenham por escopo expungir do julgamento obscuridades ou contradições, ou suprir omissão sobre tema de pronunciamento obrigatório pelo Tribunal, segundo o comando expresso no art. 535, do CPC, a tal recurso é possível conferir-se efeito modificativo ou infringente, desde que a alteração do julgamento decorra da correção daqueles citados defeitos. Embargos de declaração acolhidos. Recurso especial conhecido e provido” (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Rel. Ministro Vicente Leal, Embargos de Declaração no Agravo Regimental do Recurso Especial nº 223.685/RJ, j.un. 24.10.00, DJU 5.2.01, p. 134).

critério *uniforme* para saber quando e como eles devem ser interpostos e para qual finalidade.

Na primeira hipótese do parágrafo anterior, a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil é inequívoca, a desafiar recurso por *este* fundamento que, não é demais frisar, decorre da própria rejeição (errada) dos embargos declaratórios. Querer que o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal conheça *diretamente* de questão que não foi apreciada ou que foi apreciada ‘pela metade’ em função de *vício de julgamento* é, sem dúvida alguma, subverter a sistemática dos recursos extraordinário e especial. Eles só cabem — a Constituição é clara quanto a este ponto — de *causa decidida em única ou última instância*. Não há dúvida em doutrina e em jurisprudência no sentido de que esta expressão é significativa do não cabimento de outros recursos (ordinários) da decisão que se pretende recorrer.⁵⁴ Se há recurso apto para corrigir os vícios de julgamento levantados pelo recorrente (os embargos de declaração e seus eventuais efeitos modificativos, por exemplo) é esta a via recursal que deve ser utilizada pelo recorrente, em detrimento da *necessidade* do uso do recurso especial (ou extraordinário). Obstada sua iniciativa por *erro de julgamento* e, certamente, o recurso especial deverá ser interposto para que seja declarado este vício (violação do art. 535, do Código de Processo Civil) determinando-se que a obscuridade, a contradição ou a omissão sejam *devidamente* analisadas e supridas perante a instância *a quo*. Só assim é que de *causa decidida* pode se cogitar para fins de recurso especial ou extraordinário.

Neste sentido não há como deixar de concordar com as considerações de Eduardo Ribeiro para quem, “se a decisão era suscetível de ser reformada na instância ordinária, nessa haveria de sê-lo. Enquanto não esgotados os recursos, a decisão não é definitiva. E não o sendo, não há lugar para o extraordinário ou especial, como de tranqüilo entendimento”.⁵⁵

É, pois, nestas condições — abstraídas, portanto, quaisquer generalizações —, que deve ser entendida a segura observação de Nelson Luiz Pinto acerca da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁴. É válida para o ordenamento atual a seguinte lição de José Afonso da Silva: “Decisão judicial de única ou de última instância assim chamamos o conjunto das exigências formais que a Constituição estabelece na cabeça do art. 101, e do inc. III, para que se possa admitir o conhecimento do mérito do recurso extraordinário, quer dizer, para que possa o Tribunal verificar a existência, ou não, da questão federal à qual se restringirá o seu julgamento. Constitui, pois, um dos pressupostos constitucionais do Recurso Extraordinário a exigência de ser a decisão judicial e definitiva, no sentido de que dela não caiba recurso algum no sistema judiciário em que foi proferida. Trata-se de sentença irrecorrível por um daqueles recursos que denominamos ordinários, via comum, segundo a classificação atrás formulada. Essa irrecorribilidade há de derivar do fato de já terem sido esgotadas todas as vias comuns, não porque se tenha deixado de usar uma delas, ou porque a decisão se tenha tornado irrecorrível em via comum por ter a parte decaído do prazo do recurso comum cabível, ou por qualquer motivo do direito de recorrer. Mas por não haver cabimento de qualquer outro recurso ordinário, via comum. Esse o sentido geral da expressão decisão de única ou última instância” (*Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 246).

⁵⁵. “Prestes”, p. 251. No mesmo sentido, v. Sergio Bermudes, *Comentários ao código de processo civil*, vol. VII, p. 244 (“Também e pelos mesmos motivos, não cabe recurso extraordinário se, por omissa, obscura, ou contraditória, a decisão comportava embargos de declaração e a possibilidade de impugná-la, extraordinariamente, é decorrência direta de um desses vícios”) e Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3º volume, p. 174 (“Verifica-se, desse modo, que a admissibilidade do apelo extremo depende que se esgotem, no juízo *a quo*, os recursos ordinários, entre os quais se incluem os embargos de declaração. Com a oposição deste ao acórdão recorrido, cumpre-se o pressuposto do prestes”).

“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 omissis 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 omissis e incompleto quanto à sua fundamentação, não podendo discutir no recurso especial a questão a respeito da qual alega ter havido omissão”.⁵⁶

Não é diferente o entendimento de Eduardo Ribeiro, referindo-se, embora para criticar, à Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal:

“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”.⁵⁷

Em suma, a verificação do que está ou não prequestionado (*decidido*) para fins de recurso extraordinário e especial e a função do recurso de embargos de declaração para suprir eventuais vícios de procedimento da decisão a ser recorrida não pode ser generalizada, como usualmente se dá. Cada caso deve ser tratado como tal, para que se constate o que se pediu a partir de qual ou quais fundamentos e sobre o que se decidiu a partir de que fundamentos. Mais ainda: se foram, ou não, apreciadas as questões que, independentemente de provocação das partes, deveriam ter sido levadas em conta para o deslinde do caso ou que, por um motivo ou por outro, acabaram sendo trazidas para exame apenas e tão somente quando da interposição dos embargos declaratórios.

Há casos, pois, em que os embargos são necessários e sua rejeição *errada* enseja a interposição de recurso especial para invalidação do acórdão diante do reconhecimento da contrariedade, quando menos do art. 535 do Código de Processo Civil (ou, como destacado no texto da nota 44, *supra*, do art. 458, II, do mesmo Código ou até do art. 93, IX, da Constituição Federal). Em outros, entretanto, os embargos não têm função nenhuma e, na mesma proporção, a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça — como, de resto, nenhuma outra —, não pode ser usada para ‘desviar’ o foco da questão quanto à matéria que, independentemente dos embargos de declaração, estará ou não *prequestionada*, isto é, *decidida*. O que importa, pois, é constatar em que medida decidiu-se acerca daquilo que motivou o pedido de prestação jurisdicional.

⁵⁶. *Manual dos Recursos Cíveis*, p. 231, sem os destaques.

⁵⁷. “Pquestionamento”, p. 253, sem os destaques.

Evidentemente que, *fixado como correto este entendimento* quanto ao que é prequestionamento, enfraquecem-se os comuns e corriqueiros *embargos de declaração prequestionadores*, muitas vezes apresentados sem uma maior reflexão acerca de sua necessidade ou prestabilidade para o acesso às Cortes Superiores, mas que derivam da praxe decorrente da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal. É errado, no entanto, pensar que estes embargos podem ser desconsiderados, desprezados ou ignorados pelos operadores do Direito, tachando-os de *errados* mesmo diante de *novas* considerações e *novos* ares, sempre salutares para o enfrentamento técnico e científico de todas e quaisquer questões jurídicas. Justamente porque eles existem e se justificam em função de uma súmula de Tribunal Superior, que só encontrou oposição jurisprudencial mais recentemente, com a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, impõe-se que eventual alteração de *rumo* para os Tribunais Superiores considere-os e *aproveite-os* também. Ao menos enquanto uma *nova, derradeira ou definitiva* direção para aquelas Cortes não for traçada e chancelada pela comunidade jurídica.⁵⁸

5) Prequestionamento explícito, implícito, ficto e numérico: um falso problema

Feitas estas considerações no sentido de que o que realmente importa para o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal é o conteúdo, aí incluída a correção procedimental, da *decisão recorrida* — a *causa decidida* —, convenço-me cada vez mais de que os adjetivos usualmente apostos ao prequestionamento são falsos problemas. Prequestionamento *explícito, implícito, ficto* ou *numérico* são, apenas e tão somente, *formas* de apresentação — mera *materialização*, portanto — do que foi ou não decidido pela instância *a quo* e que, na exata proporção do que se decidiu ou se deixou erradamente de decidir, poderá ser impugnado pela via especial ou extraordinária fundamentando-se em *error in judicando* ou *error in procedendo*, respectivamente. O que importa, pois, é o que foi objeto de decisão e não a *forma* pela qual ela se apresenta.

Evidentemente que a contrariedade a texto da Constituição ou de lei federal, quando clara e inequivocamente evidenciada na decisão local, inclusive com a menção do dispositivo normativo (o artigo da Constituição ou o artigo e o número da lei), é mais fácil de ser constatada e, por identidade de razões, a ocorrência do *prequestionamento*. O acórdão,

⁵⁸. Em meu “Prequestionamento – reflexões sobre a Súmula 211 do STJ”, pp. 76/81, critiquei a cristalização do que deve ser entendido por prequestionamento na Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça por este argumento. Independentemente de o prequestionamento ser mais *decisão* (função primordial do Judiciário) do que *iniciativa* (função primordial dos litigantes) a imposição da orientação subjacente àquele enunciado e o *repentino abandono* da orientação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal não pode ser prestigiado sem maiores discussões forenses e acadêmicas, sob pena de comprometimento do princípio da *segurança jurídica*, razão última de ser das próprias súmulas dos Tribunais Superiores. Por esta razão é que não há como negar — fosse possível abstrair o texto constitucional — ser a orientação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal mais *justa* e mais *realista*. Valoriza, justamente, a *iniciativa* do litigante, contentando-se com a oposição dos declaratórios, sabedora de que, por mais enfática que seja a atividade do recorrente, ele não tem como fazer com que a instância *a quo* decida de uma ou de outra maneira. Não há como o recorrente pretender impor ao órgão julgador o conteúdo da decisão. Aos litigantes cabe, apenas e tão somente, pedir. Aos tribunais cabe decidir. Neste sentido, tratando do tema sob o rótulo ‘embargos de declaração prequestionadores’, v. Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, *Prática dos recursos especial e extraordinário*, pp. 89/97. No mais, quanto à insegurança gerada pela disparidade de entendimentos das duas Cortes Superiores quanto ao que é e como se manifesta o prequestionamento, v. meu “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos Tribunais Superiores”, esp. pp. 198/200.

nestas condições, inegavelmente, *enfrentou* a questão *decidindo-a*, como seu próprio teor deixa transparecer. A maior *prova* do que foi decidido é a identificação dos dispositivos da Constituição ou da lei que cuidam do tipo normativo em discussão.

Em outras situações, entretanto, esta identificação não será tão evidente ou tão fácil. Será necessária uma leitura mais atenta do acórdão, das razões e das contra-razões de recurso para identificar que ele tratou, de uma forma mais ou menos direta, da *tese* levantada pela parte e, nestas condições, *também* a causa estará decidida e, portanto, *prequestionada*, para fins de recurso especial ou extraordinário.

Pertinentes, a propósito, as considerações de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Atualmente, o prequestionamento da matéria devolvida ao STF e ao STJ por força dos recursos extraordinário e especial há que ser entendido com temperamento, não mais se justificando o rigor que inspirou as Súmulas 282, 317 e 356. *Desde que se possa, sem esforço, aferir no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado nas instâncias precedentes, cremos que é o bastante para satisfazer essa exigência que, de resto, não é excrescente, malgrado não conste, às expensas, nos permissivos constitucionais que os regem. É que os Tribunais Superiores, não se constituindo em ‘3ª ou 4ª instâncias’, apenas conhecem da matéria jurídica bem delineada na extensão e compreensão do que lhes foi devolvido pelo recurso de tipo excepcional*” (...).

“Na vigência da CF precedente, porém, caudalosa jurisprudência, exigia um *prequestionamento ‘expresso, claro, indubitado’* (RTJ 99/1.189) e *‘inequívoco’* (DJU 14.9.84, p. 14.920, 1ª col., ementa), havendo mesmo as Súmulas antes citadas. Mas, já o Min. Sydney Sanches, do STF, oferecia um alvitre, anotando ser *‘irrelevante que no acórdão não se tenha feito expressa referência a esse dispositivo legal. Importa, isto sim, que a quaestio juris da equiparação fora cogitada na sentença, reavivada no apelo e o acórdão recorrido a enfrentou...’*”.⁵⁹

Anotação de Theotonio Negrão a julgados do Superior Tribunal de Justiça a este respeito é, também, bastante esclarecedora quanto ao ponto:

“Não se toma conhecimento de recurso especial em que se alega negativa de vigência de lei federal, porém não se faz a indicação do texto violado (RSTJ 58/419). Todavia, a indicação do dispositivo legal tido como contrariado é dispensável *‘se a questão federal suscitada para esta Corte é facilmente apreendida em sua leitura perfunctória da petição recursal’* (STJ-2ª Turma, REsp 116.661-MG, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 3.4.97, não conheceram, v.u. DJU 28.4.97, p. 15.857)”.⁶⁰

⁵⁹. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, pp. 194/195, sem os destaques. No mesmo sentido, v. José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 147.

⁶⁰. Theotonio Negrão, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, p. 1839, 2ª coluna, sem os destaques. A p. 1842, *in fine*, consta outro julgado do qual se lê: “Admissível, em tese, possa ser conhecido

Em suma, a *dificuldade* da verificação do que se decidiu e por qual fundamento — se certo ou errado; se pertinente ou impertinente — não pode ser obstáculo (geralmente intransponível) para o acesso às Cortes Superiores. A *forma* pela qual se apresenta aos sentidos o ‘prequestionamento’, isto é, a própria decisão, é muito menos importante ou relevante (se é que há *relevância* nisto) do que se constatar o que foi objeto de enfrentamento pela instância inferior e, a partir disto, empreenderem, as Cortes Superiores, seu papel de guardiãs da inteireza do direito federal.

6) *Expectativa*

Ainda mais importante do que as considerações destes últimos dois números, no entanto, é a *expectativa* que dá nome ao fechamento destas linhas.

O que é de ser destacado aqui e agora é que, enquanto não houver um consenso a respeito do que é prequestionamento, como ele se manifesta perante os jurisdicionados e qual o papel dos embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça resta seriamente comprometido. Enquanto for difícil responder à questão “o que é e como se dá o prequestionamento?”, enquanto não houver uma *segura* uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles dois Tribunais é mais ilusório do que real. É mais *declaração* de direito do que uma efetiva *garantia* de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se, inegavelmente, de um caso em que a *forma* parece estar suplantando — e em muito — o *conteúdo*.

Impõe-se, assim, mais do que nunca, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e, pois, do alcance dos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal *diga* o que é ou o que deve ser entendido por prequestionamento: se a iniciativa das partes; se o conteúdo da decisão recorrida ou se uma junção destas duas vertentes. Se é pertinente para sua identificação o número do dispositivo constitucional ou legal que se pretende impugnar, em que condições que a decisão deve dizer que está rejeitando as arguições das partes e, enfim, definir quais os parâmetros que devem ser empregados para a verificação de sua ocorrência, aí incluída a necessidade, ou não, e o papel dos embargos declaratórios. Tudo para que os jurisdicionados possam saber, de antemão, se e como podem pretender alcançar as Cortes Superiores para *uniformização* do direito federal, constitucional e infraconstitucional, nos precisos termos do art. 102, III e 105, III, da Constituição Federal. Em suma: para que se possa saber qual o *caminho* a ser seguido por quem anseia pela prestação jurisdicional daqueles Tribunais.

Enquanto estas questões não forem decididas com ânimo de definitividade parece curial, com o devido respeito dos que pensam diferentemente, que não só o alcance dos referidos arts. 102, III e 105, III, estará em cheque mas, também — senão principalmente —, o art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. O *acesso* à Justiça e o devido processo legal

especial, fundado na letra ‘a’, ainda que não mencionado expressamente o dispositivo legal que se pretende violado. Para isso, é necessário que *da leitura do recurso se possa indubitavelmente concluir, em vista dos fundamentos jurídicos deduzidos, qual o dispositivo de lei que se entende contrariado*. Indispensável, outrossim, resulte claro que se quer a reforma ou anulação do julgado, em virtude da falta apontada. Isso não se verifica se o pleiteado no recurso não constitui consequência lógica da infração dos dispositivos omitidos (RSTJ 79/165)” (os destaques são da transcrição).

estão comprometidos por uma questão que, em última análise, é *formal*: se, é verdade, há, hoje, consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da *indispensabilidade* do prequestionamento — até porque sua previsão constitucional parece irretorquível —, ainda se debate acerca da sua *forma* ou do seu *modo* de surgimento. *Omissão* quanto a este ponto é insustentável em um Estado Democrático de Direito, em que nem a lei pode excluir lesão ou ameaça a direito do Poder Judiciário.

Quando era criança não imaginava que um dia, adulto e de terno, um dos meus maiores temores acadêmicos e profissionais poderia me trazer à lembrança, com tanta saudade, a suave e inocente melodia de uma cantiga de roda. A letra mudou, reconheço, mas ainda posso ouvi-la cantada por aquelas vozes de menina que, para os ouvidos dos meninos, são sempre estridentes, antes de se tornarem doces e ecoarem em suas cabeças dia após dia, noite após noite, por algum motivo que é sempre difícil de se explicar ou reconhecer ou admitir.

“- Quem tem medo do prequestionamento?”.

“- Eu tenho... Eu tenho ... !”.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do recurso especial*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996.

AMARAL SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1º volume, São Paulo, Saraiva, 14ª edição, 1990; 3º volume, São Paulo, Saraiva, 15ª edição, 1995.

ARRUDA ALVIM, “O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988)” em *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, obra coletiva coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 145/161.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Julgamento do recurso especial *ex art. 105, III, a*, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa” em *Temas de direito processual*, Sétima série, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 95/105.

_____. “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial” em *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, obra coletiva coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 163/170.

BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

CARVALHO, Marcia Dometilda Lima de. “Súmulas inconstitucionais” em *Boletim dos Procuradores da República*, nº 32, dezembro de 2000, pp. 27/31.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Recurso especial indevidamente retido”, em *Tribuna do direito*, maio de 2000, pp. 26/27.

FLEURY, José Theophilo. “Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário - Súmula 356/STF x Súmula 211/STJ?” em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, obra coletiva coordenada por Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda

Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 409/440.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, “Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ”, em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, obra coletiva coordenada por Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 957/981.

LODI, Luís Fernando Balieiro. “Embargos declaratórios prequestionadores”, em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 445/453.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. “O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial” em *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 65/98.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1999.

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso especial*, São Paulo, Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotonio, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, São Paulo, Saraiva, 32ª edição, 2001.

NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2000.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Pquestionamento” em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 245/257.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos cíveis*, São Paulo, Malheiros, 1999.

_____. *Recurso especial para o STJ*, São Paulo, Malheiros, 2ª edição, 1996.

ROSAS, Roberto, “A causa como pressuposto do recurso” em *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 209/213.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e prática do recurso extraordinário cível*, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. “Duas ‘novidades’ em torno dos recursos extraordinários em sentido lato”, *Revista de Processo* vol. 84, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pp. 220/235.

_____ “Prequestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ” em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, obra coletiva coordenada por Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 52/82.

_____ “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos Tribunais Superiores”, em *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 99/159; revisto, atualizado e ampliado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, obra coletiva coordenada por Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 140/203.

_____ “Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC” em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 173/184.

_____ “Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC” em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, obra coletiva coordenada por Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 83/121.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, volume I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, 1991.

_____ “Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual” em *Sentença e coisa julgada*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 3ª edição, 1995, pp. 131/172.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, “O Superior Tribunal de Justiça - Competências originária e recursal” em *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 3/47.