

O PREQUESTIONAMENTO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA.

Francisco Cláudio de Almeida Santos
Ministro do STJ aposentado
Advogado em Brasília/DF

*Por ser causa de injustiça
E trazer muito tormento
Eu proclamo com ardor:
Delenda prequestionamento.
Cansação das Alagoas
Poeta / Jus-filólogo*

O denominado “prequestionamento” ou “pré-questionamento”, vocábulos não registrados nos nossos dois maiores dicionaristas da atualidade (**Aurélio e Houaiss**), significa, em linhas gerais, na forma pela qual é entendido nos Tribunais Superiores, um requisito intrínseco de admissibilidade dos recursos extraordinários, isto é, do recurso extraordinário propriamente dito endereçado ao Supremo Tribunal Federal, e do recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, sem cuja caracterização aqueles recursos para os tribunais superiores não podem ser admitidos.

A palavra é precedida do prefixo *pre*, que carrega a idéia de anterioridade, e é formada da raiz latina **questio onis**, tal qual questão e questionar, o que levaria o intérprete, sem maiores preocupações com o seu sentido jurídico, a dizer que, do ponto de vista laico, quer dizer a indagação, a tese ou o assunto prévios. Juridicamente, em decorrência do labor jurisprudencial e dos estudos doutrinários, veremos adiante que o vocábulo adquiriu compreensão específica no âmbito dos recursos excepcionais, ou seja, para fora da instância comum ou ordinária, e para efeito de admissão daqueles mesmos recursos, embora deva acontecer no momento da decisão de única ou última instância da jurisdição ordinária.

A expressão “prequestionamento” não era comum na antiga doutrina do recurso extraordinário. Simplesmente, a matéria era tratada como o requisito intrínseco, indispensável, daquele recurso, chamado de “questão fe-

deral”. **José Carlos de Matos Peixoto**, autor de uma das primeiras grandes monografias sobre o recurso para a Suprema Corte (“Recurso Extraordinário”, 1935, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, p. 218), assim trata do assunto (com grafia atualizada):

“Em face do texto constitucional, art. 76, 2, III, calcado na Constituição de 1891, à sua vez inspirada no *Judiciary Act*, é essencial, para a admissibilidade do recurso extraordinário, uma controvérsia sobre:

- a) a aplicação de determinada lei federal;
- b) a vigência ou a constitucionalidade de lei federal; ou
- c) a validade de lei ou ato de governo local, em face da Constituição ou de lei federal.”

E, em seguida, enfatiza:

“Sem que haja essa controvérsia (*questão federal*), que deve preceder a interposição do recurso e cuja existência se pode verificar dos autos, deve o mesmo recurso ser denegado, em qualquer das hipóteses indicadas.

A propósito, decidiu muito bem o Supremo Tribunal, em acórdão de 12 de maio de 1928, que, não se tendo questionado sobre a vigência ou a inconstitucionalidade de lei federal, não pode ter havido recusa de aplicação dessa lei.”

Observamos mais uma vez que, na época, não era conhecido o vocábulo “prequestionamento”, mas, sim, a expressão correspondente “não se tendo questionado”, e mais ainda que, mesmo em doutrina, a compreensão do recurso extraordinário era muito estreita (negativa de vigência ou inconstitucionalidade), pelo menos no tempo que medeia entre o período pré-constitucional (Decretos n. 510, de 22.06.1890 e n. 848, de 11.10.1890, ambos editados pelo Governo Provisório) até a Constituição de 1946.

Epitácio Pessoa, em parecer do início do século XX, já proclamava que para ser admissível o recurso extraordinário era essencial que a questão da constitucionalidade da lei se tivesse agitado nos autos (“Pareceres e Consulta na Procuradoria Geral da República”, Obras completas, vol. IV, Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1955), e, posteriormente, em alentado artigo escrito quando ocupava uma das cátedras do Pretório excelso ratificou desta forma seu entendimento: “Uma das condições geralmente indicadas como indispensáveis para a admissibilidade do recurso extraordinário é,

já o dissemos, que se tenha efetivamente questionado no processo sobre a validade ou a aplicação da lei” (“Do recurso extraordinário”, in Revista do Supremo Tribunal Federal, vol. XXXVIII, Rio de Janeiro, março de 1922).

O Ministro **Castro Nunes** (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1943, p. 333) discorre sobre o tema desta forma (respeitados os seus destaques), sob o enfoque da Constituição de 1946:

“Questão federal, em que consiste e o que compreende.

O que na técnica do Direito americano se chama *federal question* (questão federal) é, praticamente, o que conhecemos por *preliminar do recurso*, isto é, a verificação em espécie do enquadramento do caso em alguma das hipóteses constitucionais em que o mesmo recurso se autoriza.

A operação jurídica consiste em extremar o ponto controvertido de considerações alheias ou sem alcance para as necessidades dessa indagação preliminar.

Tal verificação nem sempre é fácil. A operação é muitas vezes delicada, dependendo de uma perfeita compreensão da natureza e fins do recurso extraordinário.

Os termos da questão variam conforme o inciso invocado como fundamento do recurso.

Assim é que, no caso da letra **a**, haverá que verificar, para admitir o recurso, se está realmente em causa uma lei *federal*, de *aplicação questionada*, e se a justiça local decidiu a espécie em termos tais que a tese do *julgado* contradiga a *tese da lei*, isto é, em contrário aos dizeres literais do seu enunciado; no caso da letra **b**, haverá que verificar se foi posta em questão a *constitucionalidade* ou a *vigência* de uma lei, se esta lei é *federal* e se a decisão local deixou de aplicá-la ao caso por *não vigente* ou *inconstitucional*; no caso da letra **c**, se está em causa uma lei *local* (ou ato de Governo local) e se o tribunal recorrido aplicou-a, não obstante argüida de *incompatível* com a *Constituição* ou com alguma lei *federal*; no caso da letra **d**, se o *julgado* recorrido decidiu a espécie *por interpretação* de uma lei, lei que tenha sido aplicada com interpretação diferente *por outros tribunais locais* ou *pelo próprio Supremo Tribunal*, definindo-se por essa discrepância a preliminar do recurso.”

O Ministro **Carlos Maximiliano**, por sua vez, comentando o art. 101, III,

da Lei Fundamental de 1946 (“Comentários à Constituição Brasileira”, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1954), a observar a semelhança entre o nosso então recurso extraordinário e o *writ of error* americano, salienta aplicar-se no Brasil os seguintes preceitos, comuns a ambos os recursos:

“a) o *writ* distingue-se da apelação; porque esta serve para decidir matéria *de fato e de lei*, e aquele apenas se admite se o tribunal claudicou em matéria *de lei*; uma *aprecia a prova*; o outro, se foi aplicado o texto concernente ao assunto em debate.

b) É indispensável que a questão de lei haja sido levantada pelas partes, no decurso da causa, no foro do Estado, seja essencial para se decidir o feito a favor do reclamante, e tenha sido explícita ou *implicitamente* desprezada pelos juízes; pois, quando surge uma questão sobre texto federal, porém pode o litígio ser decidido e justiça ser feita ao preopinante sobre outro fundamento, respeita-se a soberania das decisões locais, não se admite o Recurso.”

José Afonso da Silva, em monografia amplamente festejada sobre o recurso extraordinário, editada no ano de 1963, não obstante a profundidade e amplitude do estudo, trata do termo “pré-questionamento” apenas de passagem, para negar sua exigência à luz da Constituição de 1946 (“Do recurso extraordinário no Direito Processual brasileiro”, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1963, p. 198). Menciona, entretanto, que a “existência de uma questão federal controvertida” é um dos pressupostos de mérito do recurso (p. 161) e, em outra passagem, após discorrer longamente sobre o conceito de “questão federal controvertida”, acrescenta que, além dos pressupostos comuns a todos os casos do recurso extraordinário, a análise do dispositivo do art. 101, III, **b**, da Constituição de 1946, mostra a “exigência de dois pressupostos ou requisitos específicos desse caso do recurso: a) necessidade de se questionar sobre a validade da lei; b) e ter a decisão recorrida negado aplicação à lei assim impugnada.” (pp. 219/220)

Os comentadores dos códigos de processo civil de 1939 e de 1973 também não deram ao debate a respeito do tema, sob o rótulo do prequestionamento, uma contribuição mais expressiva.

Na verdade, a expressão nasceu no Supremo Tribunal Federal, onde em julgamento de 10 de janeiro de 1958 (ressalvada a possibilidade de outro julgado mais antigo que não encontramos), o Ministro **Lafayette de Andrada**

literalmente usou a nova expressão nesta ementa do acórdão relativo ao julgamento do RE n. 34.942 (DJ de 04.06.1958):

“Recurso Extraordinário – A letra **a** exige o pré-questionamento da lei, de seus preceitos, não se conhecendo do recurso quando tal não acontece”.

Posteriormente, o Ministro Pedro Chaves fez uso do vocábulo “presquestionada”, para não conhecer do RE 25.685, julgado em 22 de junho de 1962 (DJ de 05.12.1962), e o Ministro Victor Nunes Leal passou a utilizar a palavra composta pré-questionamento, com freqüência, o que, dentre outros precedentes, se encontra no início de seu voto, como Relator do RE n. 49.075, em julgamento de 25.09.1962 (DJ de 14.11.1962): “Não conheço do recurso por falta de pré-questionamento”.

No ano seguinte, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, com seus companheiros da Comissão de Jurisprudência no STF, foram criadas as Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal (hoje, simplesmente, Súmulas do Supremo Tribunal Federal), e, dentre as primeiras editadas, por decisão de 16.12.1963, são encontrados os verbetes de números 282 e 356, com estes enunciados, respectivamente:

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

“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.”

Registramos que a maioria dos precedentes pertinentes aos dois enunciados é de Victor Nunes Leal: quanto ao primeiro verbe (282) estão relacionados os acórdãos nos REs ns. 42.662, 49.075 (antes referido), 46.882 embargos, 50.157 e no AI n. 28.938; quanto ao segundo verbe (356) estão relacionados os mesmos julgados proferidos nos REs ns. 42.662 e 50.157 e no RE n. 53.484.

A partir daí, os autores passaram a dedicar especificamente algumas reflexões à matéria com a nomenclatura adotada na Súmula n. 356, e destarte, surgiu, por exemplo, de autoria de **Roberto Rosas**, o livro “Processos da competência do Supremo Tribunal Federal” (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971), que assim se reporta ao tema:

“A Constituição de 1891, num dos casos de recurso extraordinário, admitia-o quando se questionasse sobre a vigência das leis federais em face da Constituição.

A propósito, **Lúcio de Mendonça** afirmou que para o cabimento desse recurso era necessário que a questão provocada tivesse sido efetivamente agitada no processo movido perante as justiças estaduais e lá tivesse sido julgada, buscando as origens dessa exigência no *Judiciary Act*. Posteriormente as Constituições de 1946 e 1967 não se referem a tal exigência. Os doutrinadores, no entanto, acham necessário o prequestionamento da matéria indicada como motivadora do recurso extraordinário (**Carlos Maximiliano**, “Comentários à Constituição de 1946”, 4ª ed., II, 373; **Odilon de Andrade**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. IX, 354). Estão no caminho da Súmula n. 282:” (p. 127).

Na década seguinte, vem a lume excelente monografia de **Raul Armando Mendes** (“Da interposição do recurso extraordinário”, São Paulo, Ed. Saraiva, 1984), cujo autor oferece uma oportuna conceituação para o requisito:

“Dentre os temas que avultam como impeditivos do conhecimento do recurso extraordinário está o *prequestionamento*.

(...)

Pquestionar quer dizer questionar antes, fazer ou levantar questão acerca de, discutir, controverter previamente.

Desse modo, todas vezes que for alegada ofensa à Constituição ou violação à lei ou ao Direito federal, deve o recorrente prequestionar a controvérsia no Tribunal **a quo**, quando das razões do apelo. Em não cuidando o acórdão do tema aventado, deve opor embargos de declaração que, provido ou não, afasta o obstáculo à inadmissibilidade.

O prequestionamento tem precedente histórico na Constituição de 1891 (art. 59, III, **a**), passando para a de 1934 (art. 76, III, **a**), inclusive para a de 1937 (art. 101, III, I), até a de 1946 (art. 101, III, **caput**).

A Constituição da República de 1967 e sua Emenda n. 1/69 não fizeram menção ao requisito do prequestionamento. No entanto, dada a construção jurisprudencial e reiterado entendimento, consubstancia-se em súmula, cujo Verbete n. 282 está assim enunciado: (...)” (p. 77).

Pouco antes, a jurisprudência enriqueceu o debate com a publicação do acórdão da composição plenária do STF no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no RE n. 96.802, julgado em 12.05.1983 (RSTF, 109/299-304), relatado pelo eminente processualista e autor do anteprojeto de lei que

se transformou no atual Código de Processo Civil, Ministro Alfredo Buzaid, de cujo voto colhemos estas lições:

“O que pretende o agravante é argüir a inconstitucionalidade do Verbete n. 282 da Súmula. ... O que este verbete consagra é o princípio do prequestionamento, instituído entre nós já na Constituição de 1891, ao dispor no art. 59:

(...)

Este preceito foi repetido na Reforma de 1926 (art. 60, § 1^ª, **a**) e nas Constituições de 1934 (art. 76, III, **b**), de 1937 (art. 101, III, **b**) e de 1946 (art. 101, III, **b**). Depois disso não constou mais de cânon constitucional porque a Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, e Emenda n. 7, de 1977, atribuiu ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a competência para dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência original ou recursal.

O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designados no art. 119 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário.”

Em seguida, o ilustrado voto do renomado processualista relembra que a idéia do prequestionamento tem origem na lei judiciária norte-americana (*Judiciary Act*), que conforme a doutrina de **Cooley**, em seu tratado sobre as limitações constitucionais (*Treatise of constitutional limitations*) entende tenha a questão federal sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado; recorda a doutrina argentina (**Bielsa e Fernando da La Rua**) para concluir que lá como cá é princípio dominante que o recurso extraordinário deve versar sobre questão que foi oportunamente suscitada e defendida nas instâncias ordinárias; e, finalmente, que no Código de Processo Civil da então República Federal da Alemanha o recurso de revisão está sujeito a dois princípios fundamentais: 1^ª a limitação da matéria do processo ao fato declarado em apelação, pelo que é excluída nova alegação da espécie de fato; 2^ª e ainda a vinculação à declaração do fato do Tribunal de apelação reservada a uma violação da lei de que foi causa.”

Até aqui não falamos em “prequestionamento implícito” porque as lições dos mais antigos e a jurisprudência primeva não faziam qualquer distinção entre questionamento explícito ou implícito da questão federal, assim como não vislumbravam qualquer diferença entre o tratamento do tema

versado nos tribunais de apelação, através de invocação de dispositivo legal ou simplesmente da matéria tratada em lei federal, sem localização expressa no direito positivo da competência da União.

No final do decênio de 1970, porém, o Pretório excelso passou a distinguir entre prequestionamento (ou prequestionamento explícito) e prequestionamento implícito. Assim, encontramos em acórdão de 30.03.1979 (AI n. 75.355, DJ de 27.04.1979), da lavra do douto Ministro Moreira Alves, a afirmação de que “não há prequestionamento implícito, ainda quando se trate de questão constitucional” (trecho da ementa e do começo do voto). A ratificar de vez a idéia expressa naquele acórdão, o Ministro Firmino da Paz, em acórdão de 23.10.1981 (AgRg no AI n. 84.247, DJ de 13.11.1981), enfatiza, em seu voto, que “... a *matéria prequestionada* há de ser *expressa, clara, indubitosa*. Não pode ser *induzida* ou *deduzida* dos factos da causa (destaques e linguagem originais).” Tudo isso, como se a parte pudesse ser penalizada porque o acórdão, não obstante o manejo de embargos declaratórios, continuasse a tratar da matéria questionada de forma implícita, obscura e duvidosa.

Citando estes dois precedentes por último mencionados, o Ministro Buzaid registrou que a Corte Suprema não aceitava a tese do prequestionamento implícito (AI n. 91.957, de 20.05.1983, DJ de 17.06.1983).

A Suprema Corte, nos últimos anos, não modificou seu pensamento. Alguns Ministros (certamente, não todos) mantêm uma posição radical e extremada; outros, mais justa e coerente. O Ministro Maurício Correa considera inadmissível (“Pquestionamento implícito. Inadmissibilidade”, RE n. 361.755, DJ de 27.05.2003) e o Ministro Nelson Jobim, impossível (“Pquestionamento implícito. Impossível”, AI n. 448.860, DJ de 26.08.2003). A posição talvez tenha algo a ver com a necessidade de violação direta da Constituição, para efeito de admissibilidade do recurso extraordinário, não se conhecendo de recurso onde há a alegação de violação oblíqua ou indireta.

A doutrina não se deixou render às conclusões, nem sempre expedidas com fundamentação razoável, da Corte Maior. O douto Ministro **Carlos Velloso**, quando ainda integrante do STJ, em palestra proferida em março de 1990 na AASP, posteriormente publicada sob o título “Recurso Especial e Recurso Extraordinário” com outros trabalhos em obra intitulada “Temas de Direito Público” (Belo Horizonte, Ed. Del-Rey, 1994), sob o influxo da criação do Superior Tribunal de Justiça, reconhece que a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal é contrária ao prequestionamento implícito, mas, após citar a opinião de vários ex-colegas seus no Superior Tribunal de Justiça, conclui seu pensamento:

“Na palestra que proferi, ainda antes da promulgação da Constituição de 1988, já referida, pronunciei-me assim a respeito do tema:

‘O prequestionamento, sob o pálio da Constituição de 1988, não terá vez, ao que penso. É que o constituinte de 1988 quis alargar o raio de ação do recurso especial. Isto está evidente no texto constitucional. Ademais, de regra, o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal.’

Quero esclarecer meu pensamento.

O que sustento é que a questão federal haja sido posta, podendo ocorrer a figura do prequestionamento implícito. Questão nova, evidentemente, não pode ser suscitada no recurso especial, porque representaria inovação, que a teoria geral dos recursos repele. O prequestionamento implícito, porém, parece-me perfeitamente cabível. Ele resulta do fato de a questão ter sido posta por exemplo, na apelação ou nas contra-razões desta, recusando-a o Tribunal, implicitamente.” (pp. 238/239).

Incontestável a posição do Ministro Velloso, quer seja examinado o requisito para a admissibilidade do recurso especial, quer para o recurso extraordinário, apesar, neste caso, da posição da maioria da Suprema Corte.

E os estudos doutrinários posteriores e contemporâneos, apesar da oscilação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos seus primeiros anos de funcionamento, têm sido uniformes naquele sentido, isto é, para não afastar a necessidade de existência do prequestionamento, porque indispensável para abertura da instância extraordinária, mas para admitir o prequestionamento representado pela decisão na instância ordinária final simplesmente sobre a questão de direito, independente de referência a artigo de lei ou de ter sido provocado o tema jurídico federal pelas partes, o que significaria um prequestionamento implícito, havendo, até, quem defenda, com boas razões, o recurso especial de acórdão violador de princípio de direito não escrito.

Com efeito, ainda que as constituições a partir de 1967 tenham deixado de lado, em seu texto, o verbo “questionar”, substituindo-o por “contrariar”

ou “validar” lei ou ato local “contestado”, nenhum atuante na atividade jurídica, professor, advogado, promotor ou juiz, dirá ser possível um recurso excepcional de decisão que não ventilou, agitou, versou ou debateu, em decorrência de provocação das partes ou não, uma questão constitucional ou uma questão federal.

O importante é que tenha havido um pronunciamento acerca de uma questão, constitucional ou federal, ou ambas, complexa ou simples, com citação de artigo de lei (prequestionamento *numérico*, de acordo com a qualificação dada por **Eduardo Arruda Alvim**) ou não, portanto explícito ou implícito, para ensejar a abertura da instância extraordinária e provocar-se um pronunciamento do Tribunal Superior para tanto competente.

O problema reside em haver uma “questão”, ou, mais precisamente, uma questão de direito, sobre a qual se manifeste o julgador último da instância comum. Da solução a compor a lide dada pelo órgão judicante derradeiro na instância originária, deixando de lado as questões fáticas, existirá, de certo, uma questão de direito a ensejar o recurso para a Suprema Corte ou para a Corte Superior, quando a resolução for contrária à Constituição ou à lei federal.

Nelson Nery Jr., em excelente artigo sobre a matéria (“Embargos de declaração prequestionadores”, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, Coordenação: **Teresa Arruda Alvim Wambier** e **Nelson Nery Jr.**, São Paulo, Editora RT, 2001, pp. 851/864), chega a negar a existência do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. Dele são as conclusões que parcialmente destacamos:

- “1. o prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou Tribunal de origem a *decidir* a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do REsp;
2. o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais;
3. o verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do REsp é o *cabimento*, que só ocorrerá quanto às matéria que tenham sido efetivamente “decididas” pelas instâncias ordinárias (CF 102, III, e 105, III);
4. a causa “decidida” é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se esse fim;

5. a visão dicotômica do prequestionamento, em implícito e explícito, é irrelevante para a caracterização do cabimento do recurso excepcional. O problema não existe:

(...)

6. (...)

7. não há necessidade de a decisão recorrida mencionar expressamente o artigo da CF ou da lei para haver-se caracterizado o prequestionamento. Basta que o ato judicial tenha “decidido” a questão constitucional ou federal;

(...)”

Cumpra-se ainda tema debatido na doutrina, tanto quanto na jurisprudência, sobre como é possível considerar-se existente o requisito do prequestionamento, visto descortinar-se pelo menos três grupos de entendimentos, conforme registram o Ministro **Eduardo Ribeiro** (“Prequestionamento”, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/1998, Coordenação: **Teresa Arruda Alvim Wambier** e **Nelson Nery Jr.**, São Paulo, Editora RT, 1999, pp. 245/257) e **José Miguel Garcia Medina** (“O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial” in Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, Coordenação: **Teresa Arruda Alvim Wambier**, São Paulo, Editora RT, 1997, pp. 250/323).

Do último trabalho citado transcrevemos este trecho:

“*Grosso modo*, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de Direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito.”

Temos o último autor citado como filiado à segunda corrente (ou, pelo menos em parte, à última), pois claramente conceitua o prequestionamento “como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente da manifestação do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal deter-

minada em suas razões, em virtude do qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.” Ficaria assim o órgão julgador compelido a resolver a questão debatida, o que não nos parece totalmente correto, pois outras razões poderia encontrar o órgão para compor a lide. Há, na verdade, casos em que o acórdão poderá ter outros fundamentos além daquele suscitado.

Nelson Nery Jr. (artigo mencionado) tem como absolutamente dispensável que a questão constitucional ou federal tenha sido agitada ou ventilada pela parte ou interessado. “Mais do que isso. É necessário que a questão tenha sido agitada, mas também “decidida” pelo tribunal.”

O Ministro **Eduardo Ribeiro** aliás considera, para esse efeito, irrelevante o prévio debate provocado pelas partes, e assim opina:

“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 para 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, quanto à correta interpretação do tratado ou da lei federal, em relação à 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. Menos possível, ainda, encontrar dissídio jurisprudencial, ou pretender haja sido considerada válida lei local, se a propósito inexistiu julgado. Raciocínio análogo se aplica aos casos de recurso extraordinário.”

Destacamos, outrossim, para manifestar nossa inteira concordância com o autor, que aquele douto Ministro do STJ, hoje consultor e advogado, justifica, tanto quanto **Nelson Nery Jr.**, a absoluta desnecessidade de menção a dispositivo legal, para efeito de caracterização do prequestionamento, com esta lição:

“A violação de determinada norma legal ou o dissídio sobre sua interpretação não requer, necessariamente, haja sido o dispositivo expressamente mencionado no acórdão. Decidida a questão jurídica a que ele se refere, é o quanto basta. No trabalho já citado lembramos o exemplo de o julgado negar que a hipótese era de litisconsórcio necessário quando disso, entretanto, era caso. Manifesto que violado o contido no arti-

go 47 do Código de Processo Civil, muito embora a ele não se haja feito menção. Uma coisa é não considerar a necessidade da presença do litisconsorte; ou, tê-la como dispensável, ainda que não se invoque a disposição legal a isso concernente. No primeiro caso, por falta de prequestionamento, não haverá cogitar de infringência daquele dispositivo; no segundo, poderá ter-se verificado, malgrado não haja alusão à norma que, entretanto, foi desconsiderada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora nem sempre haja sido uníssona, tem-se orientado nessa direção. Assim também no Superior Tribunal de Justiça, em que se encontra pacificada, após diversos julgamentos da Corte Especial, órgão a quem cabe uniformizar a jurisprudência do Tribunal.”

Efetivamente, a pacificação do entendimento no sentido de ser dispensável a menção expressa a artigo de lei para efeito de caracterização do prequestionamento foi exposta e resolvida, por expressiva maioria (vencidos os Ministros Peçanha Martins, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fisher), pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, nos julgamentos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial ns. 30.701 (DJ de 23.10.2000), 158.070 (DJ de 20.03.2000) e 169.414 (DJ de 28.06.1999), ambos da relatoria do Ministro Garcia Vieira, julgados na mesma seção, realizada no dia 03 de fevereiro de 1999, todos acórdãos a portar esta ementa:

“Processual Civil – Pquestionamento explícito – Citação dos dispositivos violados – Desnecessidade.

Para implementar a exigência do prequestionamento não é necessária a citação do dispositivo legal tido como vulnerado, sendo suficiente o exame da questão federal nele contida.

O prequestionamento deve ser explícito, mas da questão federal. Embargos recebidos.”

Em decisões posteriores o ponto de vista foi ratificado (EREsp n. 242.335, de 21.11.2000, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 18.12.2000, REsp n. 330.200, de 16.08.2001, Terceira Turma, Relator Ministro Ary Pargendler, DJ de 1^a.10.2001, e AgRg no AI n. 377.781, de 13.08.2001, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 10.09.2001, todos unânimes), não constando haver qualquer decisão, daí por diante, com pronunciamento em contrário.

Para nós dispensável é a parte suscitar a questão constitucional ou federal, mas, efetivamente, indispensável é a decisão da questão na instância ordinária. Trata-se de um requisito lógico para o desenvolvimento do processo: se a decisão não cogitou da questão, o tema é novo e a inovação não pode ensejar a abertura da instância extraordinária, para ser apreciada.

Mais, ainda, a questão, necessariamente, não se há de evidenciar, na decisão, com a citação de artigo ou dispositivos de lei (o caricato *prequestionamento numérico*) ou indicação expressa da norma, porém permitir a caracterização da contrariedade da decisão à Constituição ou da contrariedade ou negativa de vigência à lei federal, ou, finalmente, no caso do recurso especial, a aplicação de Direito federal de modo a revelar interpretação conflitante com a interpretação de outros tribunais. Aí, sim, o requisito lógico do chamado prequestionamento está presente e pode permitir a abertura da instância excepcional.

Remanescem, todavia, alguns desentendimentos acerca da matéria, especialmente a respeito da Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça, deste teor:

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

Autores de expressão, como **Eduardo Ribeiro** (artigo citado) e **Nelson Nery Jr.** (artigo citado) a têm como correta, técnica e obviamente constitucional, manifestando, entretanto, restrição quanto à redação da Súmula n. 356 do STF. Em contraposição, **Pedro Miranda de Oliveira**, em comentário feito ao acórdão da Sexta Turma no REsp n. 269.401, Relator Ministro Fernando Gonçalves (Repro n. 113, de jan/fev. de 2004, os. 281/303), chega a sugerir a inconstitucionalidade desse verbete sumular do STJ e aponta uma certa discordância entre seu conteúdo e o entendimento da Suprema Corte.

Efetivamente, o Pretório excelso tem decidido que apresentados os embargos declaratórios aptos, se o tribunal se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, conforme consagra a Súmula n. 356/STF, o recurso extraordinário pode ser apresentado de imediato, focando, obviamente, a questão federal em discussão. Assim, deliberou unanimemente a Primeira Turma da colenda Corte em acórdão no RE n. 210.638, Relator Ministro Sepúlveda Pertence (DJ de 19.06.1998), de cujo acórdão se extrai este trecho do voto do eminente Relator:

“A teor da Súmula n. 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas, se opostos, o Tribunal **a quo** se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconhecemos opiniões em contrário no Tribunal (cf. **e.g.**, RE n. 208.639, Inf. STF n. 78). Estou, porém, **data venia**, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal **a quo** para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia, e, em conseqüência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos.”

Ao referir-se a opiniões em contrário tinha o Relator em mira o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE citado, na Segunda Turma, voto minoritário também mantido na decisão do Tribunal Pleno tomada na apreciação e julgamento do RE n. 219.934 (DJ de 16.02.2001).

No acórdão plenário pertinente a este último julgamento, seu Relator, Ministro Octavio Galloti, preliminarmente, esclareceu que o “prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi eficazmente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado nas razões de apelação esse aspecto, aliás fundamental, da controvérsia (Súmula n. 356)”. Ao votar, em seguida, o Ministro Marco Aurélio não conheceu do recurso por padecer da ausência do “indispensável prequestionamento”, iniciando-se uma dissidência, em que este ficou isolado.

De fato, votando após o Ministro Maurício Correia que acompanhou o Relator, o Ministro Sepúlveda Pertence recordou os precedentes das Primeira e Segunda Turmas, o dissenso do entendimento do STF em relação à Súmula n. 211/STJ, e, formando com a maioria, fez ver ser oportuno que o Plenário naquela oportunidade reafirmasse a doutrina da Súmula n. 356, o que veio a acontecer com a adesão dos Ministros Nery da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Mello, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. Ausentes os Ministros Moreira Alves e Nelson Jobim.

Assim, para o colendo Supremo Tribunal Federal o prequestionamento se perfaz, se não preexistir no acórdão principal, com a interposição de embargos de declaração do acórdão omisso quanto à questão constitucional, em debate nos autos.

O pronunciamento do Plenário, antes mencionado, veio a ser confirmado, posteriormente pela Primeira Turma, no julgamento do RE n. 317.281 (DJ de 11.10.2001), fazendo o Ministro Pertence, novamente, Relator, em seu voto, expressa menção à Súmula n. 211/STJ. É do seguinte teor o trecho aqui registrado:

“Não há cogitar, primeiramente, de violação ao art. 5^º, XXXV e LV, CF, pelo não-suprimento das omissões apontadas pelo Estado mediante embargos declaratórios. Com efeito, o que se espera de uma decisão judicial é que seja fundamentada (CF, art. 93, IX), e não que se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes; mesmo porque, como tem entendido o STF (RE n. 210.638, Pertence, DJ 19.06.1998), a recusa do órgão julgador em suprir omissão apontada pela parte através da oposição pertinente de embargos declaratórios não impede que a matéria omitida seja examinada pelo STF, como decorre **a fortiori** da Súmula n. 356, que é aplicável tanto ao recurso extraordinário, como ao recurso especial, a despeito do que estabelece a Súmula n. 211 do STJ, **data venia**.”

Há um aspecto a considerar. Sem dúvida é desconfortante para a parte alegar uma omissão do órgão julgador da instância ordinária, em embargos de declaração, a respeito de matéria controvertida nos autos, ou de ordem pública, e ter o recurso simplesmente rejeitado porque o tribunal nega a existência de defeito no provimento ou se declara não ser órgão de consulta, a frustrar o direito da parte de ter suas razões apreciadas e a questão decidida. E mais decepcionante será um tribunal superior burocraticamente negar-se a conhecer do recurso porque não evidenciado cristalinamente ou às escâncaras o prequestionamento.

É verdade restar, porém, o recurso extraordinário com alegação de ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou à necessidade de motivação das decisões judiciais e o recurso especial com expressa violação do art. 535 do CPC, mas, certamente, são graves os prejuízos causados às partes pela demora no julgamento final, tudo em detrimento do princípio da economia processual.

Maduras estão as idéias a respeito do tão controvertido requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, sendo possível firmar-se um entendimento na linha do pensamento do Ministro **Eduardo Ribeiro** e do Professor **Nelson Nery Jr.**, sem esquecer as sábias ponderações de integrantes da Corte Suprema, em especial do Ministro Pertence, quanto aos

efeitos dos embargos de declaração, de modo a pacificar-se a visão dos julgadores do grau superior, sem perder de vista os princípios da obrigatoriedade da prestação jurisdicional e da ineficiência de soluções como a da anulação ou cassação da decisão para que, se for o caso, outra seja proferida por força de violação das garantias constitucionais referidas ou do art. 535 do Código de Processo Civil.

Também não se pode esquecer que a teimosia, o descaso e às vezes até o arbítrio podem toldar o direito da parte de recorrer para a instância superior. Já registramos em outras oportunidades, em arrazoados, que um desembargador de medianos conhecimentos e inteligência pode, sem maiores conseqüências, resistir eternamente às investidas da parte, através de embargos declaratórios para obter o pronunciamento do Tribunal sobre a questão constitucional ou federal em debate, com ameaças, inclusive, de impor penalidades ao jurisdicionado pela interposição de recurso protelatório. Daí, mantido o ponto de vista estreito contido na Súmula n. 211/STJ, pouco adianta retardar a apreciação do mérito do recurso especial com sucessivas decisões de provimento do recurso por violação do art. 535 do CPC. Sabendo-se que o rejuízo de um recurso destes na instância ordinária consoante pelo menos dois anos, a Justiça tardia não mais será útil.

É útil lembrar uma antiga observação do Ministro Epitácio Pessoa feita no artigo recordado no início e publicado na antiga revista do Supremo e dela tirar-se alguma lição:

“Uma restrição que também se pretende impor à admissibilidade do recurso extraordinário é a que consiste em exigir que a decisão do tribunal do Estado contra a validade ou a aplicação da lei federal seja positiva e expressa.

Não nos parece justificável esta exigência. Tornar o recurso dependente de tal condição, ligá-lo indissolavelmente a uma simples questão material de palavras, seria subordiná-lo não raro ao arbítrio do juiz inferior ou a circunstâncias meramente acidentais. Bastaria, com efeito que o juiz, intencional ou inadvertidamente, deixasse de usar da expressão *validade* ou *aplicação*, ou omitisse a indicação da lei, deixando, todavia, de aplicá-la para que o direito da parte se visse preterido e com ele a soberania do poder federal.”

Devidamente atualizada a lição deve ser recordada pelos doutos integrantes das Cortes Superiores, a fim de não permitir que se consumam injustiças de outro modo irreparáveis.