

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL Nº 99.796 – SP**

(Registro nº 97.0050774-2)

Relator: Ministro Eduardo Ribeiro
Embargante: Viação Bola Branca Ltda
Advogados: Francisco Antônio Fragata e outros
Embargado: Carlos Eduardo Silva
Advogados: José Carlos de Cerqueira e outros

EMENTA: Prequestionamento.

A necessidade de que o tema haja sido versado no acórdão, para ensejar recurso especial, é da natureza desse recurso, decorrendo dos termos em que constitucionalmente previsto. É de exigir-se, ainda quando se trate de vício do próprio julgamento. Se o aresto nele incidiu sem que haja, entretanto, manifestação a respeito, necessária a apresentação de embargos declaratórios para que o tribunal enfrente a matéria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e, no mérito, por maioria, os rejeitar. Votou vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, que os recebia. Os Srs. Ministros Edson Vidigal, Garcia Vieira, Luiz Vicente Cernicchiaro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Hélio Mosimann, Francisco Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Vicente Leal, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Costa Leite votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Barros Monteiro e Milton Luiz Pereira. Licenciado o Sr. Ministro William Patterson, sendo substituído pelo Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília-DF, 16 de junho de 1999 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente.

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de embargos de divergência apresentados por Viação Bola Branca Ltda, objetivando desconstituir decisão proferida, pela Quarta Turma, quando julgado recurso especial que interpôs no processo em que contende com Carlos Eduardo Silva. Esta a ementa do acórdão impugnado:

“Processo Civil. Questão nova surgida no julgamento da apelação. Omissão da decisão recorrida. Embargos declaratórios indispensáveis. Ausência de prequestionamento.

Se a questão federal surgir no julgamento da apelação, sem que sobre ela tenha o tribunal local se manifestado, como percebido na espécie, cumpre ao recorrente ventilá-la em embargos de declaração, sob pena de a omissão inviabilizar o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento.

Recurso não conhecido.”

A embargante sustenta que o acórdão, ao assim decidir, divergiu de julgado da Quinta Turma (REsp nº 89.741), que entendeu não se exigir prequestionamento ou interposição de embargos declaratórios para abertura da via do especial, caso a questão federal tenha surgido apenas no acórdão recorrido.

Impugnação à fl. 156, após reconsideração do despacho que não admitiu os embargos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Tenho por suficientemente demonstrada a divergência. No acórdão embargado consagrou-se o entendimento de que, mesmo surgindo o vício no próprio julgamento, indispensável a apresentação de embargos declaratórios para que sobre o tema o tribunal se pronuncie explicitamente. No paradigma, admitiu-se que, havendo a questão se apresentado, pela primeira vez, no julgamento, não era mister o pedido de declaração para que fossem examinados pontos, nele não versados, e que poderiam favorecer a quem interpôs o especial.

Trata-se de matéria a cujo respeito já se manifestou esta Corte Especial. Ainda que por pequena maioria, foi tida como correta a orientação adotada no julgamento embargado (REsp nº 8.285).

Fiquei vencido naquela oportunidade. Convenci-me, entretanto, do acerto da orientação da Corte. Em trabalho doutrinário assim me pronunciei:

“O prequestionamento, entendido como haver sido a matéria decidida no provimento recorrido, constitui pressuposto dos recursos extraordinários, em sentido lato, em virtude de sua própria natureza e das finalidades a que visam e, o que é definitivo, da previsão constitucional. Insista-se: só por essas razões é que sua presença é de exigir-se. Se assim é, não há como abrir exceção, pois estar-se-ia admitindo o recurso fora das hipóteses estabelecidas na Constituição.

Costuma-se justificar a posição contrária, com base em que evidentemente impossível o prequestionamento, em tais circunstâncias, e que seria inadequado o pedido de declaração. Há aí equívoco, entretanto.

Claro está que, nessas hipóteses, não se poderia reclamar da parte que, ao recorrer, ou nas contra-razões, houvesse de alertar o órgão revisor quanto às normas processuais que devam ser observadas no julgamento, de modo a provocar seu exame explícito quando esse se realizasse. A obediência a todas elas faz-se de ofício.

Igualmente não se haverá de pretender que, ao apreciar uma apelação, demonstrasse o tribunal que se atinha a todas as regras incidentes, entre elas, os limites da devolução, contagem de prazos e as formalidades procedimentais indispensáveis. Isso se faz rotineiramente e os requisitos se supõem atendidos. Se, entretanto, sem qualquer referência à existência do óbice, o tribunal, por exemplo, ultrapassa os lindes da devolução, cumpre seja convocado a se manifestar sobre o ponto. Poderá a matéria prender-se, por hipótese, à interpretação do que foi objeto da impugnação. O pronunciamento específico é indispensável para verificar se houve violação da lei ou dissídio jurisprudencial. Consulte-se, quanto ao tema, o trabalho de **Moniz de Aragão**, já citado.

Nem há qualquer desvio das finalidades próprias dos embargos de declaração. Como assinalado, seria despropositado ter-se como necessário que, a cada julgamento, o tribunal houvesse de mostrar que

observado tudo que se requer para o conhecimento do recurso, nos termos em que o foi. Dando-se, entretanto, que, em determinado caso, falte um deles e a isso nenhuma menção é feita, houve omissão e os declaratórios constituem instrumento adequado para procurar supri-la.”

Conheço, pois, dos embargos, mas os rejeito.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, também conheço dos embargos, mas os recebo, de acordo com o voto que proferi no EREsp nº 8.285, nos termos seguintes:

“Ao que penso, inexistiu dissensão quanto a que se não prescinde do prequestionamento. De sua necessidade, aqui no Superior Tribunal todos nós melhor sabemos como ninguém. Malgrado não se duvide tratar-se de requisito imprescindível, sem dúvida que há dissensão quanto à sua exata noção, ou ao seu perfeito alcance, quem sabe porque se revela, conforme bem anotou o Ministro Eduardo Ribeiro, ‘muitas vezes árdua a tarefa de verificar se concretamente houve o prequestionamento’.

‘O prequestionamento como pressuposto do cabimento do recurso extraordinário’, disse o Ministro Victor Nunes, num dos acórdãos que servem de referência à Súmula nº 282-STF, ‘era expressamente mencionado nas Constituições de 1891, art. 59, III, a; de 1934, art. 76, III, a; de 1937, art. 101, III, a, não tendo sido conservada a redação anterior na Constituição de 46. Entretanto, essa mudança de redação é irrelevante para desate do problema em face, conforme tem decidido, reiteradamente, o Supremo Tribunal’ (RE nº 46.882, de 09.11.62, assim ementado: ‘Indispensável o prequestionamento para se conhecer do recurso extraordinário’).

Nem a Constituição de 1967 nem a de 1988 também empregaram o verbo *questionar*, utilizado que foi pelas Constituições de 1891, 1934 e 1937 (‘quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela’, conforme o art. 59, § 1º, alínea a, da Constituição de 1891), isto, entretanto, não impediu entre nós se exigisse o que sempre em

outros sistemas jurídicos foi exigido, por exemplo, pelo direito norte-americano, de onde se originou o nosso recurso extraordinário. Veja-se o que, a propósito da origem e cabimento lá e cá do recurso, escreveram **João Barbalho** e **Matos Peixoto**:

– ‘c. Para que caiba este recurso, é necessário que a questão que o provoca tenha sido efetivamente agitada em processo movido perante as Justiças Estaduais e lá tenha sido julgada: não basta que tal questão se possa ou pudesse suscitar naquela ordem judiciária. Isto é expresso no *Judiciary Act*, a que mais de uma vez nos temos referido como a origem remota do nosso recurso:...’ (Constituição ..., 1924, p. 59).

– ‘Mas, para se admitir o recurso, é preciso constar dos autos, expressamente ou por indução clara e necessária, que a questão federal haja surgido e tenha sido julgada na Côrte Estadual. Não basta que pudesse perante ella ser suscitada (22). Portanto, essa questão virá fora de tempo, quando levantada somente na petição do *writ of error*.’ (Recurso Extraordinário, 1935, p. 98)

E também **Thomas Cooley**, in *Princípios Gerais de Direito Constitucional*, Revista dos Tribunais, 1982, p. 132: ‘... deve surgir no próprio registro (record), expressamente ou por efeito de interpretação, clara e necessária que surja em um tribunal estadual, e que assim sirva de base no julgado, ...’. Numa opinião antiga, de 1894, no caso *California Powder Works v. Davis*, já dizia o Chief Justice Fuller, **Melville Weston**, 1888/1910 (em tradução livre): ‘... deve aparecer inequivocamente, além de ter sido a questão federal submetida à decisão de mais alta Corte Estadual competente, que tal decisão tenha sido necessária...’ (in *United States Reports*, vol. 151, *Cases Adjudged in The Supreme Court*, 1894, pp. 389/396)’.

Num acórdão de 1983 em que se examinava a alegação de inconstitucionalidade do Verbete nº 282 da Súmula do Supremo Tribunal, o Sr. Ministro Alfredo Buzaid teve a oportunidade de amplamente rever as doutrinas brasileira, norte-americana, argentina e alemã, e de seu voto recolho o seguinte tópico:

‘7. O Código de Processo Civil da República Federal da Alemanha preceitua no § 561, I: ‘A corte de revisão só julgará as alegações das partes que constem da sentença de apelação ou do

protocolo'. Comentando esta regra legal, ensinam **Stein-Ionas-Schönke** que ela dispõe para a instância da revisão 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. Estes princípios não são apenas uma dedução do § 549, mas também complemento independente do mesmo parágrafo... (ERE nº 96.802 – AgRg, in RTJ 109/299/304).

Em 1963, o Supremo Tribunal compendiou em sua Súmula a jurisprudência que assentara a propósito do prequestionamento, e a lume vieram naquela ocasião os verbetes de números 282 e 356, que o Superior Tribunal vem aplicando desde a sua instalação em 1989. Efetivamente, o Superior Tribunal também jamais deixou de entender que o recurso especial também é inadmissível, 'Quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada', ou que o ponto omissso aqui igualmente não pode ser objeto do especial, quando não foram oportunamente interpostos embargos de declaração. Mas aqui entre nós há acórdãos que admitiram o chamado prequestionamento implícito, distinguindo duas espécies de prequestionamento, e neste Tribunal igualmente existem julgados relevando o pressuposto de cabimento, em casos em que a questão federal somente surgiu no acórdão recorrido. Aliás, tal dispensa do prequestionamento, segundo os votos já proferidos, é a matéria dos presentes embargos de divergência, tanto que no caso em exame se está admitindo a indicada divergência, pois os embargos estão sendo conhecidos.

Dos tribunais aos quais a Constituição de 1988 cometeu a jurisdição extraordinária (tribunais que dispõem sobre a questão jurídica), o Tribunal Superior Eleitoral talvez seja, conforme a minha experiência, o mais condescendente com o prequestionamento. Contam alguns que isto se deve à natureza das questões lá suscitadas e decididas, mas contam outros, entre os quais me incluo, que não se justifica a condescendência. A matéria eleitoral em termos de matéria sujeita à instância extraordinária não é diferente das outras.

'O meu pensamento – permitam-me insistir –, disse o Ministro Xavier Albuquerque em 1977, no Supremo Tribunal, em alocução que se calha e se ajusta ao tema ora em discussão, 'é o de que, quando o defeito reside no próprio ato de julgamento, não precisa estar

prequestionado' (RE nº 86.344, RTJ 87/266). 'Todavia, no caso em que haja defeito no ato mesmo de julgamento do caso no Tribunal **a quo**', também disse o Ministro Antonio Neder em 1981, 'defeito produzido pela Secretaria da Casa e ignorado pelas partes, é de se relevar o requisito do prequestionamento. Precedentes do STF sobre o assunto: RTJ 87/265-6; RTJ 93/449' (RE nº 75.357, RTJ 97/1.101). 'Parece-me que neste caso não há falar em falta de prequestionamento', lá igualmente disse o Ministro Francisco Rezek em 1983, 'pois a questão ora em debate veio à luz com o acórdão proferido em grau de apelação' (RE nº 99.594, RTJ 108/785). Emitida em 1969, veja-se a opinião do Ministro Luiz Gallotti: 'Nem cabe objetar que essa matéria não foi agitada na instância **a quo**, pois não poderia ser, uma vez que diz respeito à nulidade do acórdão de apelação, por não ter sido o julgamento anunciado como determina a lei. Assim, só poderia mesmo surgir no recurso extraordinário interposto desse acórdão' (RE nº 67.013, RTJ 50/527).

Mas, nos autos ora submetidos à apreciação desta Corte Especial, o Ministro Cesar Asfor Rocha, por ocasião do julgamento do recurso especial, lembrou de precedentes mais recentes do Supremo Tribunal, que, em casos dessa espécie, tem exigido a interposição dos embargos, conforme, **verbi gratia**, a seguinte ementa: 'Se a questão constitucional surgir no julgamento do recurso, cumpre ao recorrente ventilá-la em embargos de declaração, tal como exigido na jurisprudência do Supremo Tribunal (Ag nº 144.847-4-SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 01.09.92, p. 13739)'. De julgamento realizado em 1997, confira-se a seguinte ementa: 'Recurso extraordinário, embargos de declaração e prequestionamento. Nulidade surgida no julgamento da instância **a quo** que se tem admitido seja aventada de 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 são os embargos de declaração' (AgRg nº 186.886, Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 06.02.98).

De certo modo, a jurisprudência do Superior Tribunal também é vária, porquanto vem se alternando, tanto que eu próprio votei da seguinte forma, em 1993:

‘O que se alega é que o acórdão recorrido praticou julgamento **extra petita**. Por isso fundou-se o recurso, quando de sua interposição, no art. 460 do Código de Processo Civil. Mas, praticado o ato pelo tribunal a exequente, então embargada, não lhe pediu esclarecimentos, via embargos de declaração. Interpôs, isto sim, de imediato, o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, devolvendo-nos o conhecimento da questão. Era necessário que a questão federal fosse previamente suscitada na origem? Em casos análogos, temos dispensado o prequestionamento. Redigi para o REsp nº 25, aqui julgado no início dos nossos trabalhos neste novo tribunal, essa ementa, no ponto ora de interesse: ‘Recurso especial. Prequestionamento. É requisito bem próprio de recurso dessa espécie, dispensável, no entanto, quando a questão surja no acórdão, de ofício. 2. Julgamento **extra petita**. Ocorre, quando o acórdão contempla questão não incluída na **litiscontestatio**. Hipótese em que o tema da correção monetária foi levantado no aresto recorrido, de ofício’ (RSTJ 3/1.017). Não é o que ultimamente venho pensando’ mesmo nos casos em que a questão surja de repente no acórdão, em exigir de quem pretenda recorrer para este Tribunal, por se sentir assim lesado, que entre antes com embargos de declaração, apontando, na origem, o texto de lei eventualmente contrariado.’ (REsp nº 35.477, DJ de 18.10.93).

Se questionar significa discutir, controverter, levantar questão acerca de, e se quem discute, controverte, ou levanta questão em juízo são as partes, então seria necessário que a parte questionasse antes, que houvesse a anterioridade, enfim que a parte sempre prequestionasse. E se isso não fosse possível, por que a questão teria surgido no correr do julgamento? Competiria à parte, para viabilizar a instância extraordinária, diriam os exigentes, que se utilizasse dos embargos de declaração!

Historicamente, há indicativo de que o extraordinário **lato sensu** não se tornaria viável quando a parte não tivesse tido a iniciativa de provocar o tribunal. ‘*It is not sufficient that might have arisen or been applicable*’, a que se refere **Barbalho** como se estivesse expresso no *Judiciary Act*, e que **Matos Peixoto** diz tratar-se de palavras de **Cooley**, mas o certo é que não seria suficiente tivesse a questão surgido no acórdão. Confira-se essa observação de **Buzaid**, reportando-se a **Bielsa**:

‘Não escapou a observação desse ilustre publicista a indagação de que a questão tenha surgido na decisão definitiva já não mais sujeita à revisão na respectiva jurisdição (**Bielsa**, ob. cit., p. 246). O Direito Brasileiro resolveu este problema, determinando que a parte, antes de interpor o recurso extraordinário, ofereça embargos de declaração, consoante o Verbetes nº 356 da Súmula:...’ (RTJ 109/303).

É essa a observação de **Bielsa, Rafael**: ‘2. *No es admisible el recurso cuando se plantea en el escrito de interposición (claro está que esta regla tiene una excepcion y es lá de que lá cuestión no haya sido previsible y haya surgido en lá sentencia o decisión definitiva e irrevisible en la respectiva jurisdicción)*’.

No caso em exame, peço respeitosamente licença para em preliminar não conhecer dos embargos. *Primeiro*, a divergência indicada não foi comprovada na forma do disposto no art. 255, §§ 1^a e 2^a, do Regimento Interno. Limitaram-se os embargantes a citar a ementa do acórdão padrão e pequeno tópico do voto-condutor, sem, contudo, mencionar as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados. *Segundo*, não se sabe, da leitura do paradigma, qual a questão federal acolhida originalmente de ofício, daí a impossibilidade de se fazer o confronto entre os acórdãos. Reputo esse ponto importante, porque há de ser abstraída a generalidade, examinando-se a divergência caso a caso: entre casos que tenham a mesma base fática, por exemplo, a falta do nome do advogado na pauta de julgamento, o recurso interposto por terceiro prejudicado, etc. *Terceiro*, divergência não existe, a meu juízo. O caso em comento é de falta de prequestionamento, simplesmente, parecendo-me que o tema relativo à questão que surge por ocasião de julgamento na origem (quando o defeito reside no próprio ato de julgamento) aqui constou do voto do Sr. Ministro Cesar Rocha como fundamento de reforço. S. Exa. foi claro, no início de seu voto de relator, ao afirmar que o recurso ‘não pode ser conhecido pela alegada ofensa aos arts. 128 e 185 do Código de Processo Civil e 103 e 104 do Código Civil por falta de prequestionamento...’ Falta de prequestionamento, simplesmente. Na folha seguinte, disse S. Exa.: ‘Nem se diga que o prequestionamento seria dispensável quanto à alegada ofensa aos arts. 128 e 165, já que a violação a esses dispositivos teria surgido na própria decisão hostilizada...’. Argumento de reforço, a meu ver.

Em preliminar, não conheço dos embargos de divergência (é de

grande significado, dada a importância da matéria; como acabei de sustentar, divergência não há, e tenho a sensação de que a questão não está madura para ser enfrentada). Se conhecidos forem os embargos, rejeito-os, acolhendo a *conclusão* do voto do Sr. Relator.”

Pelo que disse, recebo os embargos.