

# Ensaio

## Prequestionamento<sup>(1)</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Sentidos da expressão - 2. O prévio debate não significa prequestionamento - 3. A decisão da questão no julgamento recorrido - 4. Imprescindibilidade do requisito: questões de ordem pública: 4.1 Vício surgido no julgamento; 4.2 O recurso de terceiro - 5. Menção a dispositivo legal: desnecessidade - 6. Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal: 6.1 Necessidade de suprir-se a omissão; 6.2 A rejeição dos embargos, subsistindo omissão - 7. Os declaratórios e o julgamento viciado ou “com surpresa para as partes” - 8. Conclusões.

### 1. Sentidos da expressão

Dificuldade que se coloca, quando se trata do prequestionamento como condição a viabilizar os recursos extraordinário e especial, além da própria grafia,<sup>2</sup> 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 arguição pela parte, mas decidida pelo acórdão a ser impugnado. Por fim, uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão-só a essa última hipótese, ou seja, haver decisão, ainda não se tenha verificado anterior debate.

Não é de causar espécie haja dissenso quanto ao verdadeiro significado desse pressuposto de admissibilidade do extraordinário e do especial. Está o problema em que certas discussões são postas e críticas apresentadas apenas em razão de o termo haver sido empregado com sentido diferente.

Havendo a apontada divergência, indispensável estabelecer qual conceito merece ser eleito, o que se deverá considerar como correspondendo ao conteúdo desse pressuposto do recurso. Consoante o entendimento que disso se tiver, e as razões por que assim se entende, as demais dúvidas e o dissenso quanto a outros pontos serão mais facilmente afastados.

(1) In *Revista de Processo*, v. 25, nº 97, jan./mar. 2000, pág. 161 a 171, *Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo*.

(2) Alguns autores consideram que correto seria pré-questionamento. O Vocabulário Ortográfico da Academia Brasileira de Letras registra a forma adotada neste trabalho.

## Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

---

Cumpra saber, por conseguinte, se o prequestionamento está no fato de o tema que se discute no recurso haver sido objeto da decisão ou de debate pelas partes.

Nos textos constitucionais editados até 1937, ao se cuidar do cabimento do extraordinário, com base em violação da lei, consignava-se que sobre sua aplicação se haveria de ter questionado. Em 1946 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 1967.

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 tiveram em conta, o recurso seria admissível, se coexistissem os demais pressupostos, malgrado a ausência de questionamento anterior.<sup>3</sup>

Não há proveito em ampliar-se a discussão quanto às conseqüências que se havia de tirar daquela expressão, que não subsiste no direito vigente. Importante assinalar, entretanto, que a jurisprudência é absolutamente pacífica e, com algumas vozes destoantes, também a doutrina se orienta no sentido de que permanece necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais contenha o termo acima apontado, ausente também das leis processuais. Mister verificar qual seu fundamento e esse há de ser buscado na Constituição. Se nela não se contiver, 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.

### 2. O prévio debate não significa prequestionamento

Permito-me afirmar, desde logo, que não se encontra, seja na Constituição, seja em qualquer outra lei, razão capaz de amparar o asserto de que os recursos extraordinário e especial tenham seu conhecimento condicionado a que a matéria neles agitada haja sido objeto de anterior consideração pela parte. A exceção, quanto ao extraordinário, poderia estar na letra *c*, onde se faz menção a lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição. Mesmo aí, entretanto, isso não ocorre. Levantada, ainda que de ofício, por algum dos julgadores, e afastada a arguição de incompatibilidade

(3) Matos Peixoto. *Recurso extraordinário*. Freitas Bastos, 1935, p. 219; Pedro Lessa. *Do Poder Judiciário*. Francisco Alves, 1915, p. 117-118; Castro Nunes. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Forense, 1943, p. 345.

## Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

---

entre os textos, não há negar viabilidade ao recurso. A validade foi contestada, embora não pela parte. De qualquer sorte, quando muito nessa única e isolada hipótese se encontraria respaldo para impor-se o prévio debate. Se o julgado afrontou a Constituição ou declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, cabível será o extraordinário, pela só razão de a decisão ter esse conteúdo, nada importando a atividade das partes. O mesmo se dirá do recurso especial. Contrariado o tratado ou a lei federal, a eles negada vigência, ou conferida à lei federal interpretação distinta da que lhe deu outro tribunal, será cabível o recurso, sem relevo que para isso haja influído ou não prévia argüição. Outra exigência não contém o texto e não é dado ao intérprete nele inseri-la.

Também não seria apropriado afirmar que a natureza de tais recursos reclama haver sido debatida, antes do julgamento, a questão que se busca levar à instância superior. Destina-se um a assegurar a supremacia da Constituição; o outro, a autoridade e uniformidade da interpretação do direito federal. A necessidade de garantir tais valores apresenta-se em vista da decisão proferida e não da circunstância de a matéria haver sido agitada pelas partes. Se a Constituição foi desatendida ou a lei violada é o que importa.

Induvidosa a existência de questões passíveis de exame de ofício, no julgamento de recursos, ou de ações de competência originária dos tribunais e, em tais hipóteses, concorrendo os demais pressupostos, permitem-se os recursos, não obstante a falta de anterior discussão. O mesmo se diga quando haja submissão obrigatória ao duplo grau de jurisdição, em que o tribunal haverá de reexaminar a causa em sua inteireza.

Em virtude de dar guarida à tese de que prequestionar significa suscitar antes do julgamento, há quem sustente que, em relação ao que é passível de conhecimento de ofício, “haveria ocorrência equivalente àquela decorrente do prequestionamento provocado pela parte”.<sup>4</sup> Parece, *data venia*, algo artificiosa a solução. Melhor reconhecer que não há realmente necessidade de que o tema haja sido levantado antes de proferida a decisão.

Cumprir a distinção. Não se colocará em dúvida que o conteúdo dos julgamentos se encontra, em grande parte, delimitado pela atividade das partes. O juiz, adstrito ao pedido e à causa de pedir - princípio da demanda - não conhecerá de questões não apresentadas, se requerida a iniciativa das partes. Tratando-se de recurso, o que há de ser examinado estará condicionado à

(4) José Miguel Garcia Medina em cuidadoso trabalho sobre o tema (*O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, RT, 1999, p. 164), invoca a opinião de Arruda Alvim que, é certo, refere-se a dado equivalente ao prequestionamento, mas acrescenta que para esse verificar afigura-se-lhe “suficiente que a questão federal seja identificável do teor do acórdão” (*O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens, in Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, coletânea organizada por Teresa Wambier, RT, p. 26).

## Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

---

impugnação formulada. Isso, entretanto, nada tem a ver com os pressupostos específicos do extraordinário e do especial. Constitui restrição ao julgamento de qualquer processo e dos recursos em geral.

Sucedem que, em virtude de tais limites, os tribunais se vêem impedidos de analisar certos temas e, por não o terem feito, inviabilizam-se, quanto a eles, o especial e o extraordinário. A impossibilidade do acesso a esses meios de impugnação deriva do não exame da matéria no julgamento recorrido. Se sobre ela ocorrer decisão, abre-se campo para os recursos, muito embora não haja sido anteriormente ventilada.<sup>5</sup>

À semelhança do juiz que, no relato de Calamandrei,<sup>6</sup> dirigindo-se a um professor, exortava-o a ensinar aos alunos, não o que é um processo, mas o que não é, parece adequado, quando se trata de prequestionamento, antes mostrar em que não consiste. Como condição de cabimento de recurso, embora o termo possa sugerir o contrário, não consiste no debate anterior ao julgamento.

### 3. A decisão da questão no julgamento recorrido

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 ele que não se cogitou. Não pode o julgado havê-las contrariado, ou a elas 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 julgamento. Raciocínio análogo se aplica aos casos de recurso extraordinário.

Vale insistir. O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema, objeto do recurso, haver sido examinado pela decisão atacada, constitui consequência inafastável da própria previsão constitucional, ao estabelecer os casos em que cabíveis extraordinário e especial. Nenhum amparo legal ou

---

(5) Exata a colocação de Medina (op. cit. p. 180).

(6) Segundo a narração de Calamandrei, um magistrado dirigiu-se a certo professor de processo, dizendo-lhe que, para formar bons advogados, haveriam de ensinar aos alunos que o processo não era um palco, nem uma academia, nem uma sala de esgrima. Terminada a enumeração, com outros exemplos, o professor teria acrescentado: “(...) nem um dormitório” (Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados, trad. de Ary dos Santos, 4. ed., Lisboa : Livraria Clássica Editora, p. 91).

## Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

---

constitucional, entretanto, para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule à provocação da parte, antes do julgamento.

### 4. Imprescindibilidade do requisito: questões de ordem pública

Postas tais premissas, passa-se a algumas dificuldades que se vêm apresentando.

Em primeiro lugar, tendo o prequestionamento a apontada razão de ser, fundada no direito positivo constitucional, forçoso concluir que sua exigência é indeclinável. Há de sempre estar presente para que possam ter trânsito o extraordinário ou o especial.

Não importa, pois, que o tema, trazido para fundamentar o recurso, diga com a ordem pública. Não considerado na decisão recorrida, inexistirá a questão constitucional, ou simplesmente federal, capaz de ensejar o recurso, irrelevante a circunstância de que se exponha a conhecimento de ofício. O princípio não é aplicável aos recursos de natureza extraordinária, já que seus pressupostos originam-se, como dito, de específicas normas constitucionais. Esse entendimento já sustentei em trabalho anterior.<sup>7</sup> As opiniões em contrário, manifestadas logo após a edição da vigente Constituição e em antigos julgados do Supremo Tribunal Federal, não mais encontram amparo na jurisprudência. O tema, creio, é de ter-se como superado.

#### 4.1 Vício surgido no julgamento

A propósito de outro ponto, entretanto, sérias dúvidas remanescem. Refiro-me à hipótese de vício surgido no próprio julgamento. Assim, por exemplo, quando a decisão impugnada não se haja contido nos limites do pedido ou da causa de pedir, ou tenha deixado de observar o devolvido pelo recurso. Também quando alguma irregularidade ocorra na intimação das partes, para a sessão de julgamento, ou quando o recurso seja, erroneamente, conhecido ou não, por equívoco quanto à contagem do prazo. No trabalho já citado considere constituir demasia exigir-se, em tal caso, a interposição de declaratórios, pois a essa medida processual se estaria emprestando finalidade que não lhe é própria.<sup>8</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientava-se nesse sentido. Não localizei julgados recentes, talvez pelo fato mesmo de que, adstrito o extraordinário aos temas constitucionais, mais dificilmente surgem tais questões.

---

(7) Recurso especial - Algumas questões de admissibilidade, *in* Recursos no Superior Tribunal de Justiça, coletânea organizada por Sálvio de Figueiredo, Saraiva, 1991, p. 185.

(8) Op. cit.. p. 185.

## Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

---

O Superior Tribunal de Justiça inclinou-se, inicialmente, pela posição mais liberal, tendo como desnecessário o prequestionamento em tais circunstâncias. Veio, entretanto, a evoluir e, em julgamento da Corte Especial, adotou, ainda que por escassa maioria, a tese de que, também em tais casos, indispensável observar-se o requisito.<sup>9</sup>

Terminei por render-me a essa última orientação, convencido pelos argumentos deduzidos nos votos, proferidos no Superior Tribunal de Justiça, bem como pela cerrada argumentação desenvolvida por Moniz de Aragão em artigo sobre o tema.<sup>10</sup>

Permito-me voltar ao acima já afirmado. 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

---

(9) Embargos de Divergência no REsp 8.285.

(10) MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Pré-questionamento. Revista Forense v. 328, p. 45-46. Sustentei a posição contrária, não só em sede doutrinária (Recursos, cit., p. 185), como em numerosos votos, fiel à orientação do Supremo.

## Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

---

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.

No que diz com a, às vezes, alegada impossibilidade de implicar modificação do decidido, lícito afirmar que se trata de posição superada. Não se admite, nessa via, um simples reexame do que antes ficara estabelecido. Do enfrentamento de questão antes não considerada, entretanto, será possível, eventualmente, resultar a reforma do julgado. A ser de modo diverso, persistiria a omissão, negando-se aos embargos a eficácia que lhes é própria, ou, o que seria ainda mais estranho, feita a integração do julgado, com a incorporação de tema antes não decidido, manter-se-ia a conclusão, mesmo que incompatível com o elemento novo introduzido no acórdão.

Da aceitação de que pode o acolhimento dos declaratórios conduzir a alteração do julgamento tira-se um argumento a mais para justificar sejam necessários a propiciar a via extraordinária. 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 extraordinário ou especial, como de tranqüilo entendimento.<sup>11</sup>

### 4.2 O recurso de terceiro

Coerentemente com essa linha, também não se dispensará o questionamento, tratando-se de recurso de terceiro que intente sustentar nulidade, oriunda de não haver figurado como parte. Se disso não cuidou o acórdão, ao recurso haverá de preceder pedido de declaração.<sup>12</sup>

### 5. Menção a dispositivo legal: desnecessidade

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

(11) A propósito, Medina, op. cit., p. 215.

Definitiva, aqui, não significa decisão mérito, em oposição às terminativas, mas aquela de que não cabe recurso na instância ordinária.

(12) Aqui também revejo ponto de vista que expressei no trabalho citado (Recurso Especial, algumas (...), p. 165).

## Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

---

caso. Manifesto que violado o contido no art. 47 do CPC, muito embora a ele não se haja feito menção. Uma coisa é não considerar a necessidade da presença do litisconsorte; outra, 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, têm-se orientado nessa direção. Assim também no Superior Tribunal de Justiça, em que se encontra pacificada, após diversos julgamentos da Corte Especial, órgão a que cabe uniformizar a jurisprudência do Tribunal.<sup>13</sup>

### 6. Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal

A Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal consagrou o verdadeiro sentido do que se há de reputar necessário para que se tenha presente o prequestionamento. A questão deverá ter sido ventilada na decisão recorrida. Embora talvez melhor se dissesse que haveria de ter sido decidida no julgamento recorrido, importa a circunstância de que não se fez menção a prévio debate. A referência a “questão federal suscitada” é de entender-se como a que o foi no recurso extraordinário. Releva o decidido, tenha ou não sido a matéria anteriormente levantada por alguma das partes.<sup>14</sup>

A jurisprudência consubstanciada na Súmula 356, entretanto, cumpre reconhecer, perturba esse entendimento. Nela se consigna que o ponto omissivo da decisão não será objeto de recurso extraordinário, por faltar o prequestionamento. A isso se limitasse, nada mais seria que repetição da Súmula 282. Colocou, entretanto, uma intercalada: “sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios”.

Note-se que não se alude a ter sido ou não tratada a questão anteriormente por alguma das partes. Em relação ao ponto omissivo falta o prequestionamento, haja ou não sido antes exposto a discussão, o que está em perfeita consonância com o que vimos explanando, quanto ao conteúdo desse pressuposto de admissibilidade. Seria insustentável a afirmação de que existiria o prequestionamento, desde que ventilada a matéria no debate processual, ainda que nada se houvesse decidido.

---

(13) Embargos de Divergência nos Recursos Especiais 30.701 e 169.414, entre outros.

(14) V. Antônio Janyr Dall’Agnol Jr. (O prequestionamento da questão federal nos Recursos Extraordinários, REpro n. 74, p. 117).



## Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

---

### 6.1 Necessidade de suprir-se a omissão

Verificando-se a omissão, seja por não apreciado o que foi trazido pelas partes, seja por não se examinar o que o deveria ter sido de ofício, impõe-se, também é absolutamente exato, o pedido de declaração. Ocorre que a redação daquela súmula permite concluir que basta a apresentação dos declaratórios para ter-se como superada a dificuldade, ainda que rejeitados por incabíveis. Abrir-se-ia ensejo para recorrer, quanto ao ponto em relação ao qual omisso o acórdão, omissão que continuou após a decisão dos embargos. Adotando esse entendimento, numerosos são os acórdãos do Supremo.<sup>15</sup> “Opinião contrária, entretanto, sustentada especialmente pelo eminente Ministro Marco Aurélio, tem encontrado ressonância naquela Corte.<sup>16</sup> “Persistindo a omissão, não decidida a questão, continua a faltar o prequestionamento e, em relação ao ponto, o recurso não se tornou viável. Essa a corrente amplamente vitoriosa no Superior Tribunal de Justiça, como se verifica do enunciado da Súmula 211.

Note-se, de início, que, ainda se entendesse significar o prequestionamento argüição anterior ao julgamento, se essa ocorreu, se a parte expôs a matéria no curso do processo, não haveria razão para embargos declaratórios.<sup>17</sup> Esses são necessários para suprir omissão, não da parte, mas do tribunal que, por essa via, é convocado a enfrentar o tema, já que incabível o recurso a respeito do não decidido. Não se trata aqui de considerar-se indispensável a manifestação da parte, que essa pode ter-se verificado, mas de, uma vez sinais, ensejar pronunciamento quanto à matéria que haveria de ter sido deslindada e não o foi.

Acresce que, como se procurou demonstrar, não há fundamento constitucional para exigir-se argüição anterior ao julgamento, como indispensável para o extraordinário ou especial. A natureza desse requer o exame do tema pelo acórdão atacado. E nenhuma das duas súmulas indicadas faz referência àquele prévio debate. Se assim é, a interposição de embargos declaratórios, em si, nada significa. Decisivo é o resultado que se retira de sua apresentação, desde que se obtenha o almejado pronunciamento. Inviável o

---

(15) Entre os mais recentes devem ser mencionados o RE 210.638 (DJ 14.4.1998) e o RE 214.724 (DJ 2.10.1998), ambos relatados pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

(16) Veja-se o AgRg em RE 146.660 (DJ 7.5.1993), entre outros numerosos casos com o mesmo relator.

(17) Daí o paradoxo apontado por Cássio Scarpniella Bueno, ao assinalar que a anulação do acórdão, por violação do art. 535, supõe que a matéria haja sido antes levantada e, pois, prequestionada (Aspectos, op. cit., p. 141). Parte da idéia de que há prequestionamento quando o tema é debatido antes do julgamento. Esse requisito, entretanto, tem-se por atendido se a matéria é nesse examinada e não simplesmente suscitada pelas partes.

## Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

---

recurso, em relação ao não decidido, continuará a sê-lo, enquanto a omissão se mantiver.

Com a devida vênia, entender-se que se faz imprescindível pedido de declaração, mas que nada importa o que disso advenha, corresponde a simplesmente cumprir-se 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, por que 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 preceda pronunciamento do tribunal *a quo*, há de concluir-se que é supérfluo e seria de dispensar-se sempre.

Vê-se que os embargos declaratórios, consoante o entendimento ora criticado, são injustificáveis como pressuposto para o recurso. Não visam a suprir falta de anterior manifestação da parte, pois essa não é de rigor, e o enunciado nem mesmo distingue a hipótese de que aquela já se tenha verificado no curso do processo. Não se apresentará como condição necessária para pronunciamento do tribunal. Para isso já havia tudo o que necessário quando proferido o julgamento embargado. Tenha-se em conta que os embargos não se prestam a suscitar matéria nova, que nem mesmo de ofício pudesse ser conhecida. Por fim, se nada importa haja sido ou não suprida a omissão, não se percebe o sentido da exigência.

Costuma-se afirmar que, com os embargos, a parte teria feito tudo o que dela seria de reclamar-se. A questão, entretanto, não é essa. Não se formula, no caso, um juízo de valor sobre a atuação do recorrente, que envolvesse qualificá-lo de mais ou menos diligente. O ponto é que, como exaustivamente se colocou em relevo, não haverá recurso se não houve decisão. Se essa a hipótese, nada interessa deva ou não ser tido como negligente o interessado.

### 6.2 A rejeição dos embargos, subsistindo omissão

Claro está que do sistema não redundará fique a parte desamparada, caso o tribunal se furte ao dever de suprir lacuna que realmente exista. Em tal circunstância, não terá havido, por certo, violação da lei que regula assunto não cuidado, questão não decidida. Entretanto, se omissão existia e o tribunal recusou-se a supri-la, com base, por exemplo, na possibilidade de resultar efeito infringente, terá havido violência ao art. 535 do CPC, se se tratar de processo de natureza cível ou, mesmo, às normas constitucionais que se ocupam da



## Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

---

obrigatoriedade da prestação jurisdicional.<sup>18</sup> O recurso haverá de ter esse fundamento e, provido, será determinado ao tribunal que proceda a outro julgamento dos embargos, apreciando o ponto em que se deu a falta.

Por certo que advirá daí alguma delonga. Isso é inevitável, enquanto houver decisões que não se atenham às normas processuais. Não se há de aceitar, entretanto, possa considerar-se dispensável o que se tem como decorrente da própria natureza extraordinária do recurso. Ou assim não é, e dele se prescindirá em todos os casos.

Acresce notar, ainda, que haverá um proveito didático em cassar a decisão que rejeitou, indevidamente, os embargos, pois se fará ver o erro em que se terá incorrido, desestimulando se persista na prática.

Para finalizar esse tópico, merece ser mencionada a crítica de que a adoção de tal procedimento importaria filiar os recursos de natureza extraordinária ao procedimento da cassação.<sup>19</sup> A objeção, *data venia*, não parece procedente. Naquele sistema, o tribunal superior não procede ao julgamento da causa. Entendendo que contrariada alguma norma, cassa a decisão e, estabelecendo a orientação jurídica a ser observada, determina que outra decisão se profira, disso incumbindo o mesmo tribunal que editou o primeiro julgamento ou um outro, o que varia nas diversas regulamentações existentes. Consoante nosso ordenamento, a causa é normalmente julgada, mas nos limites em que o possa ser. Claro está que, se existente alguma nulidade, será reconhecida, devendo refazer-se o processo, a partir da fase em se tenha ela verificado, e na medida em que prejudique os atos posteriores. Se a nulidade é apenas do julgamento - no caso o relativo aos declaratórios esse haverá de renovar-se.

### **7. Os declaratórios e o julgamento viciado ou “com surpresa para as partes”**

Ainda sobre os embargos declaratórios, merece fazer-se outra observação, embora já implícita no anteriormente exposto. Não sendo requeridos para suprir falta de manifestação das partes, mas para levar o tribunal a suprir omissão, evidentemente desnecessária sua apresentação se o tema foi versado no julgado, ainda que a propósito nenhum pronunciamento anterior tenha havido. Nem há como pleitear declaração do já examinado, suprimindo omissão que não existe. A ementa de alguns julgados pode sugerir o contrário, mas o que sucede é outra coisa.

---

(18) No STJ, tem-se salientado que infração deve ter havido àquele dispositivo processual. No Supremo, menciona-se a possibilidade de caracterizar-se desatenção à norma constitucional (cf. RE 125.518, DJ 08.03.1991, rel. Ministro Marco Aurélio).

(19) Jorge Tosta em comentários ao acórdão no RE 146.660, acima citado (REpro n. 84, p. 378).

## Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

---

Ocorre que, como acima mencionado, mesmo em relação a vícios do julgamento, o requisito não é de dispensar-se. Em algum deles, incidindo o órgão julgador, sem, entretanto, manifestar-se sobre o tema, pertinentes os declaratórios para que o faça. Assim, por exemplo, se a parte entender que ultrapassados os limites da devolução, questão não enfrentada. O vício existe, mas o tema não foi ventilado no acórdão. Outra hipótese: não se conheceu do recurso, sem qualquer menção ao fato de que o prazo haveria de contar-se em dobro, em virtude de litisconsórcio. Há que se pedir seja o ponto apreciado, não para simplesmente suscitar o tema, mas para que o tribunal supra a omissão, examinando aquela circunstância.

Nos julgamentos ditos “com surpresa para as partes”, a integração do julgado deve ser demandada porque o tribunal, de ofício, acolheu determinado fundamento. Isso se verifica, no dizer de Moniz de Araújo, quando “o julgamento recorrido surpreender o recorrente, que só deveria ter levantado com antecedência a questão se lhe fosse dado imaginar todos os rumos que o tribunal deveria imprimir a seu julgamento.<sup>20</sup> E exemplifica, valendo-se de Epitácio Pessoa, com a hipótese de o tribunal acolher o pedido, com base em lei que seria inconstitucional, mas cuja incidência não fora anteriormente aventada. Necessários os embargos para que sobre a inconstitucionalidade se decida, abrindo margem ao extraordinário.<sup>21</sup>

Não me parece correta, entretanto, a observação de que, em tal caso, prequestionamento teria havido, ainda que rejeitados os embargos. Não se percebe porque o tratamento da matéria haveria de ser diferente dos demais em que, como salienta o mesmo eminente autor, não é possível recorrer do acórdão embargado e “o recurso voltar-se-á apenas contra o pronunciamento que rejeitou os embargos”.<sup>22</sup>

### 8. Conclusões

Resumindo as conclusões, parece-me que o fundamental está em reconhecer indispensável, para a admissibilidade do extraordinário e do especial, que a questão haja sido objeto de decisão. A prévia alegação pela parte não tem a ver com isso. Prende-se ao âmbito de devolução dos recursos em geral e à adstrição do juiz ao libelo, o que obviamente limita a possibilidade de decisão pelas instâncias ordinárias, mas não diz diretamente com os recursos extraordinários.

---

(20) Op. cit., p.44.

(21) Op. cit., p.44.

(22) Op. cit., p.44.



## **Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira**

---

Essa condição, necessária para viabilizar os recursos, é de sua índole, derivando dos termos em que constitucionalmente previstos. Se assim é, não deve ser dispensada, pena de ofensa à Constituição. Desse modo, requer-se esteja presente em todos os casos, ainda quando haja vício do próprio julgamento. E a apresentação de embargos declaratórios, por si, não é o suficiente para ter-se como realizado esse pressuposto. Imprescindível o exame da questão pela decisão recorrida.