

O PREQUESTIONAMENTO NO STJ.

Uma breve abordagem sobre a evolução desse fenômeno e sobre a dinâmica de julgamento do Recurso Especial diante das mudanças trazidas pelo CPC/2015.

Leonardo Fernandes Ranña

Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP.
Presidente da Comissão da Advocacia nos Tribunais Superiores da OAB/DF.
Membro da Comissão de Integração com os Tribunais Superiores do Conselho Federal da OAB.
Advogado em Brasília, sócio do escritório Leonardo Ranña e Advogados Associados.

Eduardo de Alencar Araripe Diniz

Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP.
Advogado em Brasília, sócio do escritório Araripe Diniz e Advogados Associados.

1. Introdução.

Passados trinta anos da criação do Superior Tribunal de Justiça e do Recurso Especial, um dos pressupostos de admissibilidade dessa espécie recursal ainda provoca muita divergência no campo da doutrina e da jurisprudência. Trata-se do pressuposto do prequestionamento.

O tema é historicamente polêmico, da sua evolução conceitual retiramos diversas concepções acerca do que se tem entendido por prequestionamento, sendo que a aceitação dessas concepções varia entre os tribunais superiores e até mesmo a denominação de prequestionamento, na medida em que a sua configuração nem sempre está vinculado ao prévio questionamento das partes, é alvo de muitas críticas por consagrados processualistas.

O legislador do Código de Processo Civil de 2015, consciente desses pontos de divergências que sempre orbitaram ao redor desse fenômeno, procurou, por meio do § 3º do artigo 941 e principalmente por meio do artigo 1.025, unificar o conceito de prequestionamento para ambas as cortes superiores, o que obrigou o STJ, pelo menos teoricamente, a reavaliar a dinâmica de julgamento do Recurso Especial até então pautada nas suas súmulas 211 e 320 e na técnica do reenvio.

Como será visto, a análise da sua evolução história e o enfrentamento das recentes mudanças legislativas sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça demonstram que o tema continua para lá de polêmico e cada vez mais atual.

2. A concepção histórica e o conceito atual de prequestionamento.

Até 1946, todas as Constituições brasileiras estabeleciam como condição para conhecer o recurso extraordinário o prévio questionamento sobre a aplicação da lei federal na instância local.¹

A Constituição de 1891 foi o primeiro diploma a cuidar do recurso extraordinário². No seu artigo 59, III, § 1º, alínea “a”, previa como condição do cabimento de recurso ao Supremo Tribunal Federal que “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais se a decisão do tribunal dos Estados for contra ela”. A mesma Carta, no inciso II, utilizava também a expressão “questões resolvidas” para delimitar o que competia ao Supremo Tribunal Federal julgar em grau de recurso.³

Conforme interpretação literal do dispositivo constitucional, para que fosse cabível o recurso extraordinário era necessário a) que a questão tivesse sido resolvida; b) que houvesse *questionamento* sobre a validade de tratado ou lei federal e c) que a decisão recorrida fosse contrária à validade de tratado ou lei federal. Esse entendimento atrelava o conhecimento do recurso excepcional, no caso o recurso extraordinário, ao anterior questionamento da matéria pelas partes perante o órgão inferior.

¹ MELLO, Augusto Cordeiro de. O processo no Supremo Tribunal Federal. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.709. Confirma-se a Constituição de 1937: “Artigo 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado.”

² A denominação de recurso extraordinário, porém, somente se lhe aplicou no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, passando à Lei n.221, de 20.11.1894, artigo 24, ao Decreto n.3.084, de 5.11.1898, Parte III, arts.678, letra d, e 744, e outros diplomas.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. v.V: arts.476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.581-582).

³ “Artigo 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, §1º, e o artigo 60; III – rever os processos, findos, nos termos do artigo 81. §1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;”

A Constituição Federal posterior, promulgada em 1934, manteve o pré-requisito de que houvesse *questionamento* sobre a validade de tratado ou lei federal, mas substituiu a expressão “questões resolvidas” por “causa decidida”.⁴

Ambas foram mantidas nas Constituições que seguiram até a entrada em vigor da Constituição de 1946 que não trazia mais a expressão “questionamento”. Já o termo “causas decididas”⁵ foi adotada por todas as constituições desde 1946, inclusive pela de 1988, que vinculou a expressão tanto ao recurso extraordinário, como ao recurso especial.⁶

Eduardo Ribeiro relembra que nos textos constitucionais editados até 1937, no que tange ao cabimento do recurso extraordinário com base em violação de lei, consignava-se que sobre sua aplicação haveria de ser questionado; que na Constituição de 1946 a expressão “questionar” é encontrada apenas no dispositivo regulador da hipótese de cabimento do recurso extraordinário para discutir a validade de lei federal em face da Constituição e que na Carta de 1967 o prequestionamento foi eliminado.⁷

De fato, a retirada definitiva da expressão “questionamento” dos textos constitucionais desde 1967 parece revelar que o legislador constituinte da época pretendia afastar definitivamente a exigência do prequestionamento já que a cláusula “causa decidida” era a exigência que de fato deveria condicionar o conhecimento do recurso extraordinário. A história confirma o acerto dessa afirmação, na medida em que sempre foi exigido é que a decisão recorrida tratasse do tema objeto do recurso extraordinário, mesmo no *writ of error* do direito inglês e do direito norte-americano,

⁴ “Artigo 76 – A Corte Suprema compete: III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;”

⁵ “Artigo 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: [...]”

⁶ “Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]” “Artigo 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...]”.

⁷ RIBEIRO, Eduardo. Prequestionamento. In: (Coords.) NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/1998. v.2. São Paulo: RT, 1999, p.246.

em que sempre se pressupõe a existência de “erro” que aparecesse no *record* (registro) da decisão recorrida.⁸

Contudo, a ausência da referida cláusula não impediu o Supremo Tribunal Federal de manter historicamente na sua jurisprudência a orientação de exigir dos recorrentes a demonstração do prequestionamento como uma condição para o conhecimento do recurso extraordinário, ante o entendimento de que a exigência estaria implícita no texto constitucional.⁹

Nesse cenário, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (e depois pelo Superior Tribunal de Justiça) passaram a fazer referência ao prequestionamento não só como o prévio questionamento das partes, mas também como a manifestação pelo órgão *a quo* da questão constitucional ou infraconstitucional. Assim, ao longo do tempo, a expressão prequestionamento passou a referir-se à necessidade de que constasse na decisão impugnada a questão federal ou constitucional suscitada no recurso excepcional.¹⁰

Logo, o entendimento acerca do conceito de prequestionamento passou a englobar o sentido de que a decisão recorrida tivesse adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal.¹¹ O prequestionamento deixou de ser encarado como uma decorrência da postulação anterior (questionamento) das partes na instância inferior, mas como decorrência de constar na decisão recorrida a matéria objeto do recurso extraordinário (causa decidida).

Em obra recente, Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas, após analisarem amplamente o tema sob o aspecto histórico e o tratamento dedicado a ele em outros países, concluem que a expressão prequestionamento atualmente significa que a questão federal ou constitucional deve estar presente no acórdão recorrido. Isso significa

⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os Tribunais Superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 2.ed. Brasília – DF: Gazeta Jurídica, 2014, p.150.

⁹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial, p.777-790. In: DANTAS, Bruno et al. O papel da jurisprudência do STJ. São Paulo: RT, 2014, p.783.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005, p.270.

¹¹ MONTEIRO, Samuel. Recurso especial e extraordinário. São Paulo: Hemus, 1992, p.39.

que a leitura do acórdão, única e exclusivamente, deve revelar a ofensa à lei ou à Constituição. Neste último caso, o tema deve apresentar repercussão geral.¹²

Dessa evolução conceitual retiramos as diversas concepções acerca do que se tem entendido por prequestionamento: (1) o prequestionamento ocorre com a manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; (2) o prequestionamento configura-se com o debate anterior à decisão recorrida acerca do tema de direito federal ou constitucional, hipótese em que é, muitas vezes, considerado um ônus atribuído à parte; e (3) a soma dos dois entendimentos, considerando, então, prequestionamento como o prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito do tema.

A primeira concepção de prequestionamento é a mais aceita pelos Tribunais Superiores. Confira-se os seguintes julgados:

“Recurso - prequestionamento - configuração. tem-se como configurado o prequestionamento da matéria veiculada no recurso quando consta, do acórdão impugnado, a adoção de entendimento explícito a respeito.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE nº 104899/RS, 2ª Turma; Min. Rel. Marco Aurélio, DJ de 18/09/1992)

“Para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AG nº 883.046/RS, 4ª Turma; Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJe de 25/05/2009)

O segundo conceito de prequestionamento acima apontado consiste na definição mais antiga encontrada na jurisprudência e, ainda que minoritário, até hoje é encontrado em alguns julgados. Confira-se:

“Alegou-se violação de textos constitucionais. Mas quer ao contestar a ação, quer ao apelar, não suscitou, a recorrente, tema constitucional e dele não cuidaram a sentença e o acórdão. Inadmissível, assim, o extraordinário.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE nº 79163-SP, 1ª Turma; Min. Rel. Rodrigues de Alckmin; DJ de 26/12/1975)

“Ausentes das razões do recurso de Apelação discussão acerca da intimação do protesto, pois abordada qual seria a correta contagem de

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, p.338.

prazo para efetivação da constrição, não há que se conhecer do inconformismo ora deduzido por falta de prequestionamento.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no Ag nº 1067232/SP; 3ª Turma; Min. Rel. Sidnei Beneti; DJe de 24/03/2009)

Por fim, a terceira via, que consiste na união das duas primeiras concepções, também pode ser encontrada em vários julgados, dentre os quais destacamos:

“A tardia alegação de ofensa a norma constitucional - apenas deduzida em sede de embargos declaratórios - caracteriza omissão da parte recorrente, que se absteve de prequestionar, ‘oportuno tempore’, o tema constitucional, descumprindo, assim, um típico ônus processual que lhe pertinha. Não basta só arguir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos - para não referir outros igualmente imprescindíveis - não se viabiliza o acesso a via recursal extraordinária. O prequestionamento - que configura pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário - traduz exigência indeclinável, de ordem formal, a que não se subtraem quaisquer alegações, inobstante todas estas necessariamente concernentes a temas constitucionais.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal - AI nº 133.690 AgR/SP; 1ª Turma; Min. Rel. Celso de Mello; DJ de 03/08/1990)

“As matérias de respeito à correção monetária e aos juros de mora não foram suscitadas na apelação, e nem ventiladas no acórdão recorrido, carecendo, assim, de prequestionamento, consoante Súmulas 282 e 356-STF.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 230973/RN; 5ª Turma; Min. Rel. Gilson Dipp, DJ de 04/06/2001, p. 204)

Assim como ocorreu no campo jurisprudencial, a doutrina também se manifestou amplamente acerca do tema. Desta forma, encontramos, nesse campo, quem defenda que o prequestionamento decorre do simples pronunciamento do tribunal de segundo grau sobre a questão de direito federal ou constitucional,¹³ quem se manifeste no sentido de que o prequestionamento é a manifestação ou provocação das partes,

¹³ Entre eles encontramos: MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. O prequestionamento e o recurso de revista. Revista LTr., v.51, n.9, set.1987, p.1.044; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso Especial e prequestionamento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1998, p.166; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: (Coords.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. v. 2. São Paulo: RT, 1999, p.248; MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas ao recurso especial e extraordinário. 6.ed. São Paulo: RT, 2012, p.113; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os Tribunais Superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 2.ed. Brasília – DF: Gazeta Jurídica, 2014, p.150.

anterior à decisão recorrida, no sentido de tornarem controversos determinado ponto atinente ao direito federal ou constitucional¹⁴ e até quem entenda que para configurar o prequestionamento, a questão federal ou constitucional deve ser levantada desde a petição inicial.¹⁵

O que se extrai dessa variação de conceitos sobre o tema e da sua evolução histórica é que, apesar da consciência de que as partes questionam, discutem ao longo do processo sobre questões constitucionais e infraconstitucionais,¹⁶ e que o Poder Judiciário tem a incumbência de decidir sobre todas essas questões e não questionar, não se pode negar que tanto a doutrina, como a jurisprudência pátria tratam o prequestionamento como sinônimo de “causa decidida”. Ademais, a nosso ver e conforme verificado, este comportamento não nos parece equivocado na medida em que guarda certa justificativa na evolução histórica da previsão constitucional do recurso extraordinário.

Dessas lições, chegamos à conclusão de que a melhor definição de prequestionamento seria àquela que o considera configurado quando a decisão recorrida decide a questão federal ou constitucional objeto do recurso excepcional ou quando, apesar de não constar na decisão recorrida a questão federal, se verifica que tal ausência refere-se à configuração de um comportamento omissivo por parte do Tribunal de 2ª Grau na apreciação dos embargos de declaração apresentados pelo recorrente.

Ademais, verifica-se ainda que o prequestionamento não se trata de uma criação jurisprudencial, como defendido por alguns, mas sim de um requisito inerente aos próprios recursos excepcionais. Como se verificou acima, a previsão tanto dos recursos extraordinário, como do especial, nas Constituições brasileiras sempre se fez vinculada à necessidade de o Tribunal inferior ter tratado de alguma forma o tema, não

¹⁴ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 2.ed. São Paulo: RT, 1996, p.202, nota 18; RIZZI, Luiz Sérgio. Do recurso extraordinário. Revista do Advogado, v.27, São Paulo, fev.1989, p.44.

¹⁵ “O ‘questionamento’, viabilizador dos recursos constitucionais, deve ocorrer desde a petição inicial”. (FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Embargos declaratórios com efeitos modificativos. Revista dos Tribunais, v.663, São Paulo: RT, jan.1991, p.251).

¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005, p.264.

havendo como considerar que o prequestionamento consiste em requisito autônomo decorrente da interpretação da lei pelos Tribunais.

3. Posicionamentos a respeito do prequestionamento e seu tratamento pelos Tribunais Superiores à luz do CPC/73. Prequestionamento implícito, numérico e ficto.

Partindo da premissa de que o prequestionamento se vê configurado por ter o órgão inferior se manifestado sobre a matéria objeto do recurso excepcional, surge a dúvida se basta que a matéria tenha sido debatida no órgão *a quo* ou se ainda faz-se necessário que os dispositivos legais tidos como violados estejam expressos na decisão recorrida.

Da mesma forma, partindo da concepção de que o prequestionamento também resta configurado quando, apesar de a questão federal não constar na decisão recorrida, houver a provocação das partes em sede de embargos de declaração na tentativa de forçar o Tribunal inferior a se manifestar sobre a matéria, surge a questão de saber se qualquer matéria levantada em embargos de declaração rejeitados pode ser considerada prequestionada pelo Tribunal Superior.

As questões acima postas se referem ao prequestionamento explícito, ou numérico, e implícito, bem como ao que se entende por prequestionamento ficto.

O prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona o dispositivo de lei tido por violado no recurso excepcional. Já o prequestionamento explícito ou numérico ocorre quando a norma jurídica tida por violada tenha sido mencionada expressamente na decisão impugnada.¹⁷

Verifica-se que a aceitação dessas duas modalidades de prequestionamento é diferente no âmbito do STF e do STJ, na medida em que o primeiro não aceita o prequestionamento implícito para fins de viabilizar o conhecimento recurso extraordinário, mas o segundo aceita perfeitamente tal modalidade para fins de conhecimento do recurso especial.

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas ao recurso especial e extraordinário*, 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 210.

Vislumbra-se facilmente esta situação ao compararmos julgados dos referidos tribunais. Enquanto o Supremo Tribunal Federal entende:

“(…) DIZ-SE PREQUESTIONADA A MATÉRIA QUANDO A DECISÃO IMPUGNADA HAJA EMITIDO JUÍZO EXPLÍCITO A RESPEITO DO TEMA, INCLUSIVE MENCIONANDO O PRECEITO CONSTITUCIONAL PREVIAMENTE SUSCITADO NAS RAZÕES DO RECURSO SUBMETIDO À SUA APRECIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE Nº 288.929/SCAGR, 2ª TURMA, MIN. REL. EROS GRAU, DJE DE 4/4/08).

”O PREQUESTIONAMENTO NÃO RESULTA DA CIRCUNSTÂNCIA DE A MATÉRIA HAVER SIDO ARGUIDA PELA PARTE RECORRENTE. A CONFIGURAÇÃO DO INSTITUTO PRESSUPÕE DEBATE E DECISÃO PRÉVIOS PELO COLEGIADO, OU SEJA, EMISSÃO DE JUÍZO SOBRE O TEMA. O PROCEDIMENTO TEM COMO ESCOPO O COTEJO INDISPENSÁVEL A QUE SE DIGA DO ENQUADRAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. SE O TRIBUNAL DE ORIGEM NÃO ADOTOU ENTENDIMENTO EXPLÍCITO A RESPEITO DO FATO JURÍGENO VEICULADO NAS RAZÕES RECURSAIS, INVIABILIZADA FICA A CONCLUSÃO SOBRE A VIOLÊNCIA AO PRECEITO EVOCADO PELO RECORRENTE (...)” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE Nº 209.290/PE-AGR, 1ª TURMA, MIN. REL. MARCO AURÉLIO, DJE DE 22/5/09).

O Superior Tribunal de Justiça assevera:

“O ACÓRDÃO RECORRIDO, EMBORA NÃO TENHA FEITO MENÇÃO EXPRESSA DOS ARTIGOS DE LEI, ADOTOU A TESE ACOLHIDA PELA SENTENÇA, O QUE CONFIGURA O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.”

(BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RESP 501181; ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA; MIN. REL. ELIANA CALMON; ACÓRDÃO PUBLICADO NO DJU DO DIA 15.12.2003, P. 265)

“SENDO A MATÉRIA CONHECIDA, E DEVIDAMENTE EXPLICITADA A QUESTÃO FEDERAL, COM O TEMA COLOCADO SOB CONFRONTO, A OMISSÃO DO PRECEITO LEGAL, POR SI SÓ, NÃO AFASTA A APRECIACÃO DO RECURSO ESPECIAL.”

(BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ERESP Nº 159.983/SP, CORTE ESPECIAL, MIN. HÉLIO MOSIMANN, DJU DE 19.04.1999, P. 70)

Assim, enquanto o STJ entende ser prescindível a referência expressa na decisão recorrida do dispositivo legal que se alega violado, bastando que o tema jurídico tenha sido enfrentado na decisão, o STF entende que o prequestionamento resta configurado somente quando há menção expressa do dispositivo constitucional na decisão recorrida.

Na mesma seara de divergência de posicionamento se encontra o que a doutrina denomina de prequestionamento ficto. Isso porque, pelo menos a luz do CPC/73, tal modalidade de prequestionamento era aceita pelo STF, mas repelida pelo STJ.

O prequestionamento ficto se dá quando a parte interpõe embargos de declaração perante a instância ordinária com a finalidade de prequestionar determinada matéria (“embargos prequestionadores”), mas o Tribunal não se manifesta sobre a questão levantada. Diante dessa situação, mesmo que os declaratórios não sejam acolhidos e que a matéria não venha a constar da decisão recorrida, aberta estaria a via do recurso extraordinário e especial, conforme o caso, porquanto estaria suprido o requisito do prequestionamento.¹⁸

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. Revista de Processo. Vol. 84, p 201-235. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 1996.

Como se vê, segundo essa concepção, a simples interposição dos embargos de declaração, em determinadas circunstâncias, é suficiente para prequestionar a matéria.

Esse posicionamento que, como dito, predominou no âmbito do STF¹⁹ surgiu de uma interpretação da Súmula 356 do STF que possui o seguinte teor: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta do requisito do prequestionamento”. Ora, se o ponto omissivo sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios não se considera prequestionado, o ponto omissivo sobre qual se interpôs embargos deve ser considerado prequestionado. Confira-se o seguinte julgado em destaque:

“A FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A *QUO* SOBRE AS NORMAS DISCUTIDAS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO IMPEDE, EM PRINCÍPIO, O SEU EXAME PELO STF, SE A PARTE BUSCOU O SUPRIMENTO DA OMISSÃO MEDIANTE EMBARGOS DECLARATÓRIOS (SÚMULA 356)...”
(BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AGRG NO AI Nº 198.631/PA, REL. MINISTRO SEPULVEDA PERTÊNCE, DJ DE 19.12.1997, P. 48)

Contudo tal regra deve ser encarada com certo cuidado, na medida em que não basta a simples interposição de embargos de declaração para que se considere a matéria prequestionada.

Apesar da orientação trazida pela Súmula do 356/STF, há de se verificar que, de forma geral, prevalece no âmbito do STF a regra contida na Súmula 282/STF cuja redação é a seguinte: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, de modo que a dispensa do prequestionamento, ou prequestionamento ficto, se dá apenas quando restar configurada a omissão por parte do Tribunal de 2º Grau, mesmo diante da interposição de embargos de declaração.

¹⁹ Atualmente existe entendimento minoritário no sentido de repelir tanto o prequestionamento ficto como o implícito: “Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ARE 707221 AgR/BA; Órgão julgador: 1ª Turma; Min. Rel. Rosa Weber; DJe de 03-09-2013).

E não se trata de qualquer omissão, mas àquela referente à matéria agitada desde a apelação ou contrarrazões ou quanto à matéria que o tribunal deva conhecer de ofício. É a conclusão da leitura de diversos julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal como o seguinte: “Os embargos de declaração não servem para questionar originariamente a ofensa ao texto constitucional não aventada anteriormente”. (AI 502408 AgR/SP; 1ª Turma; Min. Rel. Sepúlveda Pertence; DJ 26-11-2004).

Ademais, como se sabe, nem o STF nem o STJ consistem em instâncias revisora de fatos de modo que se nos embargos de declaração indevidamente rejeitados se pretendia sanar omissão sobre alguma prova do processo que restou ignorada tal entendimento não pode ser aplicado, pois as Súmulas 279 do STF e 07 do STJ vedam o incurso destas Cortes nas provas dos autos.^{20 21}

Nessa situação nos parece que tanto um Tribunal como o outro deva aplicar a técnica do reenvio e, conseqüentemente, proceder na cassação do acórdão recorrido para, então, determinar que o Tribunal *a quo* sane a omissão fática apontada nos embargos de declaração.

4. A configuração do prequestionamento na visão do STJ sob a vigência do CPC/73. Súmula 211/STJ. Nulidade por ofensa ao artigo 535, II, do CPC. Técnica do reenvio.

Como demonstrado no tópico anterior, o STJ, diferentemente do STF, aceita prequestionamento implícito da questão federal.

Este Tribunal considera como configurado o prequestionamento quando no acórdão recorrido houve enfrentamento da tese jurídica, mesmo que não tenha sido mencionado o dispositivo de lei tido por violado no recurso excepcional. Como se vê, o STJ sempre aceitou o prequestionamento implícito e, conseqüentemente, não exige a configuração do prequestionamento numérico para enfrentar q violação legal sustentada.

²⁰ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *O prequestionamento na visão do STJ* in DANTAS, Bruno. *O papel da jurisprudência do STJ*, Coordenador, com outros autores, São Paulo: RT, 2014, p. 768.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 546

A partir das mudanças trazidas pelo CPC/2015, não se encontra qual razão que leve o STJ a modificar tal posicionamento. Inclusive, o que se vê é que esta Corte continua aceitando o prequestionamento implícito como forma de viabilizar o conhecimento dos Recursos Especiais. Confira-se:

“O PREQUESTIONAMENTO NÃO EXIGE QUE HAJA MENÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS COMO VIOLADOS, ENTRETANTO, É IMPRESCINDÍVEL QUE NO ARESTO RECORRIDO A QUESTÃO TENHA SIDO DISCUTIDA E DECIDIDA FUNDAMENTADAMENTE, SOB PENA DE NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO, INDISPENSÁVEL PARA O CONHECIMENTO DO RECURSO.”

(BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGINT NO RESP Nº 1637989/RO, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE DE 27.09.2017)

Contudo, de forma diversa se comportava quanto à aceitação do prequestionamento ficto na medida em que adotava outra dinâmica de julgamento para solucionar situações em que os Tribunais de 2º Grau teriam sido omissos quanto a análise das alegações das partes, quanto as provas dos autos ou quanto a questões que deveriam ser conhecidas de ofício.

Primeiramente há de se ter em mente que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, por não consistirem em meras Cortes de Cassação,²² ao julgarem os recursos extraordinário e especial, decidem a questão federal de natureza constitucional ou infraconstitucional e julgam desde logo o caso concreto,

²² Ao revelar a dimensão geral do julgamento realizado pelas Cortes de Cassação, Chiovenda observa: “A Corte de Cassação, ao contrário, não conhece diretamente da relação jurídica; somente é chamada a desempenhar estas duas diferentes funções: a) A função de rever o julgamento do juiz inferior sobre a existência de uma norma abstrata de lei e sobre a sua aplicabilidade ao objeto da lide. A Corte não revê o julgamento sobre a existência efetiva do fato, nem aplica norma alguma ao fato considerado pelo juiz inferior. Se, no entanto, encontra alguma violação ou falsa aplicação da lei, cassa e remete a um juiz equiparado em grau àquele de quem cassou a sentença, entre os que lhe forem mais vizinhos [...]. b) A função de examinar as atividades exercidas na constituição, desenvolvimento e definição da relação processual, e anular quando encontra determinados defeitos (nulidades não sanadas de citação e de procedimento; nulidades e contradição no ato de sentenciar; exorbitância do juiz da relação processual por ultra e extra petita, descumprimento do dever de sentenciar;...)” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998, p.123.

com a imediata aplicação do direito à espécie, não se valendo, como regra, da técnica do reenvio.²³

Somente quando o vício no julgado recorrido for *in procedendo*, sem comportar sanção desde logo, é que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se limitam a cassar (=anular) o julgado, para que outro seja prolatado.²⁴

Assim, no lugar de aceitar o prequestionamento ficto, era nessa dinâmica de julgamento referente aos erros de procedimento que o STJ enquadrava as situações de comportamento omissos dos Tribunais de 2º Grau.

Isso porque no STJ, pelo menos até a entrada em vigor do CPC 2015, prevalecia com força total a Súmula nº 211, segundo a qual é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” e a Súmula nº 320, segundo a qual “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Assim, a jurisprudência majoritária desse Tribunal se orientava no sentido de admitir o prequestionamento apenas de tese que constasse no voto vencedor formador do acórdão recorrido, ainda que não houvesse referência expressa ao número do dispositivo legal, mas exigia que, se a matéria não fosse devidamente apreciada pelo Tribunal *a quo*, a parte interpusse os embargos declaratórios. Todavia, não admitia a satisfação do requisito pela simples apresentação dessa última espécie recursal.

Esse é outro ponto característico da visão de prequestionamento que vigorou na jurisprudência do STJ a luz do CPC/73. Ao invés de aplicar a interpretação a *contrario sensu* da Súmula 356/STF e dispensar o prequestionamento da matéria objeto do recurso se o Tribunal não sanou omissão apontada em embargos de declaração, como ocorre no STF, o STJ, obedecendo a Súmula 211, desde que demonstrada a omissão e alegada, nas razões recursais, a violação do artigo 535, II, do CPC/1973, reconhecia a violação e declarava a nulidade do v. Acórdão recorrido, determinando que o Tribunal de 2º Grau proferisse novo julgamento se manifestando sobre a questão por ele omitida.

²³ STF - Súmula 456: “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”

²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13.ed. São Paulo: RT, 2015, p.194.

O STJ, apesar de não aceitar o prequestionamento ficto, adotava, e adota, o entendimento segundo o qual o Tribunal *a quo* fica obrigado a se manifestar sobre a questão levantada nos embargos de declaração sob pena de restar violado o artigo 535, II, do CPC. Confira-se:

“2 - Correta é a irresignação do embargante quando o Tribunal a quo deixa de apreciar a questão invocada, impossibilitando seu exame por esta Corte. Havendo omissão, esta deve ser corrigida, pois os embargos declaratórios integralizam o julgado de mérito. Aplicação do art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

3 - Incumbe ao órgão judicial pronunciar-se sobre todos os pontos, de fato e de direito, relevantes para o deslinde da causa, sendo-lhe vedado discriminar qualquer deles, optando por manifestar-se a respeito de alguns e quedando-se silente acerca de outros. Inteligência ao art. 458, II, do Estatuto Processual Civil.

4 - Precedentes (REsp nº 141.876/DF e REsp nº 168.641/DF).

5 - Recurso conhecido e provido para, anulando o v. acórdão a quo, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que este se pronuncie acerca da matéria omitida.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 509953/RS; Rel. Min. Jorge Scartezini; DJ de 08/03/2004, p. 319)

Contudo, aqui também não se trata de qualquer omissão, mas apenas daquela referente à matéria agitada desde a apelação ou contrarrazões ou quanto à matéria que o Tribunal deveria conhecer de ofício. Nesse sentido são os seguintes julgados:

“Não sendo suscitada a matéria no recurso de apelação, inviável falar-se em afronta ao artigo 535, do Código de Processo Civil, quando nos embargos declaratórios veio a inovação da matéria.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Ag Rg no resp 837.513/MG; 1ª Turma; Min. Rel. Francisco Falcão; DJ de 31/08/2006)

“Não se vislumbra a alegada contrariedade ao art. 535 do CPC considerando que questão discutida pelo Instituto nos embargos declaratórios somente nele foi levantada.

Recurso parcialmente provido”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 421.222/SC, 5ª Turma; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 04/11/2002, p. 235).

Como se vê, para o STJ, não bastava que a parte interpusesse embargos de declaração e alegasse no Recurso Especial que a matéria foi objeto de aclaratórios sem que o Tribunal tenha se manifestado sobre a questão. Segundo a orientação deste Tribunal a luz do CPC/73 a técnica a ser adotada pela parte que interpôs embargos de

declaração, mas não teve prequestionada a matéria a ser levantada no Recurso Especial, era a alegação, em sede de preliminar desse recurso excepcional, de violação ao artigo 535, II, do CPC.

Verificando que de fato o Tribunal de 2º Grau restou omissos quanto à determinada matéria, o STJ dava provimento ao Recurso Especial para, anulando o acórdão recorrido omissos por violação ao artigo 535, II, do CPC/1973, determinar que o outro julgamento fosse proferido com a manifestação sobre a questão levantada nos embargos de declaração. A propósito, cumpre destacar o seguinte precedente:

“2. Há contrariedade ao art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, abstém-se de debater e emitir juízo de valor sobre questão relevante - litisconsórcio necessário - para o integral e correto deslinde da controvérsia.

3. Reconhecida a ocorrência de omissão no acórdão dos embargos de declaração, impõe-se sua anulação com a consequente remessa dos autos à instância de origem para que, mediante novo julgamento dos aclaratórios, aprecie a questão neles suscitada.

4. Agravo regimental provido para se conhecer em parte do recurso especial e dar-lhe provimento.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AREsp 196.928/CE; 3ª Turma; Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator para o Acórdão Ministro João Otávio de Noronha; DJe de 6/4/2015)

Deixando a parte de proceder exatamente dessa forma, ainda que se identificasse a omissão por parte do Tribunal de 2º Grau, o STJ não ficava autorizado nem a considerar a matéria prequestionada (prequestionamento ficto), como faz o STF, nem teria mecanismo para determinar a realização de novo julgamento dos embargos declaratórios com manifestação sobre os pontos omitidos, restando a esta Corte apenas o não conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso.

Contudo, essa dinâmica de julgamento exigia um trabalho excessivo do Poder Judiciário e um tempo considerável para que, após idas e vindas, a matéria do recurso viesse a ser apreciada pelo Tribunal. E é exatamente para evitar um esforço excessivo do Poder Judiciário e tentar acelerar a tramitação do processo, é que foram

instituídas as inovações legais trazidas pelo artigo 1.025 e pelo §3º do artigo 941, ambos do CPC 2015.

5. O prequestionamento e o dever de declaração do voto vencido no Código de Processo Civil 2015. Superação da Súmula n.211 e n.320 do Superior Tribunal de Justiça. Insubsistência da necessidade de apontamento de violação ao 1.022 do CPC 2015.

Como dito, ao invés de aplicar a Súmula n.356 do Supremo Tribunal Federal e considerar cumprido o requisito do prequestionamento da matéria objeto do recurso se o Tribunal não sanou omissão apontada em embargos de declaração regularmente interpostos, como ocorre no Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em obediência à Súmula n.211, reconhecida a violação do artigo 535, II, do CPC/1973 e declarava a nulidade do acórdão recorrido e determina que o tribunal de segundo grau proferisse um novo julgamento se manifestando sobre a questão por ele antes omitida.²⁵

Ademais, também à luz do Código de Processo Civil 1973, vigorava a Súmula n.320 do Superior Tribunal de Justiça: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.”

Ao que parece, o legislador do Código de Processo Civil 2015 pretendeu superar as referidas súmulas na medida em que prevê no seu artigo 1.025:

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

E no §3º do artigo 941: “O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento”.

²⁵ Na jurisprudência, dentre outros: “[...] O Tribunal local, a despeito da oposição de embargos de declaração, deixou de apreciar a questão neles aventada, razão pela qual está configurada a infringência aos artigos 535 e 458 do CPC. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para determinar a anulação do julgamento, com o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que seja sanada a omissão. Prejudicada a análise das demais questões discutidas no recurso especial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – REsp 1.111.976/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j.6/8/2009, DJe 19/8/2009).

No que tange ao §3º do artigo 941, a inovação veio em boa hora na medida em que se a questão se encontra no voto vencido é porque foi decidida pelo tribunal de segundo grau apesar de não ter prevalecido. Como o prequestionamento atualmente é encarado como sinônimo de “causa decidida”, o simples fato de ela ser considerada como não prequestionada por não constar no voto vencedor, apesar de efetivamente decidida, não tinha razão de ser.²⁶

Ademais, a integração obrigatória do acórdão também pelo voto vencido, para finalidade de prequestionamento, facilita a recorribilidade extraordinária. A falta de juntada do voto vencido, com seus fundamentos explicitados, nos termos do §3º do artigo 941, será causa de nulidade do julgado.²⁷

Assim, ao que tudo indica, a Súmula n.320 do Superior Tribunal de Justiça foi superada pelo Código de Processo Civil 2015, diante do §3º do artigo 941.

O mesmo dizemos em relação à Súmula n.211 do Superior Tribunal de Justiça e do artigo 1.025 do Código de Processo Civil 2015.²⁸

Válido registrar que o Superior Tribunal de Justiça não deve adotar o prequestionamento ficto como técnica de julgamento do especial para assim afastar a dependência da manifestação do tribunal *a quo* sobre o ponto omitido. Deve sim aceitar essa modalidade de prequestionamento para, dentro dos limites estabelecidos no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, proporcionar às partes a mais ampla possibilidade de manifestação.

Este entendimento não se confronta com a previsão constitucional da “causa decidida”, pelo contrário, procura se apresentar como solução baseada na Lei, com

²⁶ RANÑA, Leonardo Fernandes. A ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial e a observância do devido processo legal. Dissertação de Mestrado defendida em 09/03/2017 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 113.

²⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p.2101.

²⁸ Nelson Nery comentando o artigo 1.025 do CPC 2015 em recente obra afirma que “...mediante a *fictio iuris* estabelecida pelo texto comentado, o STJ pode examinar diretamente a questão que deveria ter sido efetivamente decidida na instância estadual ou federal inferior, com notável economia de tempo e atividade jurisdicional. Resta superado o STJ 211 porque a parte pode, sim, atacar diretamente, por REsp, a questão federal não decidida, a despeito de haverem sido opostos EmbDcl para que o tribunal a decidisse. *Ex vi legis* (CPC 1025), a questão se considera decidida. (...)” (NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. – 18. Ed ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 2285)

fundamento no sistema (autopoiético): lei, doutrina e jurisprudência, para ser garantido ao jurisdicionado a observância do devido processo legal.²⁹

Assim, parece-nos que a previsão do artigo 1.025 do Código de Processo Civil 2015 está em harmonia com a expressão “causa decidida” prevista no artigo 105, III, da Constituição Federal. Não há que se falar em inconstitucionalidade material do dispositivo porque o dispositivo apenas positiva o entendimento considerado predominantemente correto pelo Supremo Tribunal Federal. Cogitar inconstitucionalidade de um dispositivo que apenas positiva o entendimento da Corte que dá a última palavra sobre o tema nos parece uma incongruência.^{30 31}

Desta forma, a luz do artigo 1.025, bastará que a parte apresente os embargos de declaração e, se recursando o Tribunal de origem a se manifestar sobre a questão jurídica omitida, que interponha o recurso especial com a preliminar de violação ao

²⁹ Em sentido semelhante, Pedro Miranda de Oliveira, amparado na doutrina de em Teresa Arruda Alvim, ao defender a aceitação do prequestionamento ficto pelo Superior Tribunal de Justiça mesmo diante de cláusula constitucional que exige “causa decidida”, explica: “[...] não se trata de defender soluções tomadas à margem do ordenamento jurídico pátrio. Muito pelo contrário. Trata-se, na verdade, de enxergar soluções tomadas não com base na letra da lei, mas com base no sistema (autopoiético): lei doutrina e jurisprudência. Dessa forma, nas zonas cinzentas, deve-se optar sempre pela resposta que privilegie os valores fundamentais, entre os quais sobressai a operatividade do sistema, devendo este encontrar-se apto a atingir os objetivos para os quais foi criado.” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial, p.777-790. In: DANTAS, Bruno (Coord.). O papel da jurisprudência do STJ. São Paulo: RT, 2014, p.787).

³⁰ Rodrigo Mazei, ao comentar o artigo 1.025 do Código de Processo Civil 2015, registra: “Numa análise rígida, poder-se ia afirmar que o legislador infraconstitucional adentrou no campo do direito constitucional, pois acabou por ampliar o instituto de plataforma constitucional”. De toda sorte, tal argumento fica enfraquecido se examinarmos a (constitucionalidade) da Súmula n.211 do Superior Tribunal de Justiça, pois se admitiu, sem traçar qualquer argumentação de inconstitucionalidade, que o Superior Tribunal de Justiça firmasse entendimento que trabalhou com a noção de prequestionamento, embora este possua célula constitucional (artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal de 1988). (MAZEI, Rodrigo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p.2283.

³¹ Já é possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça julgados onde esta Corte se negou a aplicar a regra estabelecida pelo artigo 1.025, no sentido de considerar incluído no acórdão recorrido os elementos suscitados nos embargos de declaração indevidamente rejeitados, ao argumento de que tal interpretação viola a Constituição. É o que se vê do seguinte trecho do voto condutor: “Extrai-se da letra da lei que os elementos que a parte suscitou nos embargos de declaração serão considerados como prequestionados mesmo que tais embargos sejam rejeitados, desde que o tribunal superior considere que houve erro, omissão, contradição ou obscuridade. [...] Há também de se observar que, apesar da redação do artigo 1.025 do CPC sugerir que seria considerado como prequestionado artigos não discutidos nas decisões do Tribunal de origem, tal interpretação não é possível em afronta clara à Constituição Federal que determina, em seu artigo 105, III, que o STJ tem a função de pacificar a jurisprudência nacional, não de atuar como uma terceira instância.” (BRASIL. AgInt no AREsp 844804/MG, 2ª Turma, Min. Rel. Humberto Martins, DJe de 15/04/2016).

mencionado dispositivo para que o STJ passe diretamente para o julgamento da questão, mesmo sem que a casa tenha sido efetivamente decidida na decisão recorrida.

Assim, a sistemática de cassação do acórdão que julgou os embargos de declaração por violação do artigo 535, II, do CPC/73 com a determinação de retorno dos autos ao tribunal de origem para que haja manifestação sobre as questões omitidas, não mais encontra razão para ser aplicada no âmbito do STJ, uma vez que a questão omitida deverá ser considerada incluída no acórdão para fins de prequestionamento e o STJ estará autorizado a julgá-la de pronto desde que para isso não seja obrigado a reexaminar as provas dos autos.

Não há também que se falar na manutenção da exigência do apontamento da preliminar de violação do artigo 535, II do CPC/1973, que se transformaria na preliminar de violação do artigo 1.022 do CPC/2015, para autorizar a aceitação do prequestionamento ficto como temos encontrado em recentes julgados da Corte:

"a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1639314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/4/2017, DJe 10/4/2017). (BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - AgInt no AREsp 1043549/RS, 3ª Turma; Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 01/08/2017)

Nesse sentido, entre vários outros: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - AgInt no AREsp 1358814/RS, 2ª Turma, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, DJe 26/02/2019; AgInt no AREsp 1329977/SP, 3ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/11/2018; AgInt no AREsp 1206045/RN, 4ª Turma, Min. Rel. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), DJe 10/09/2018; AgInt no AREsp 1187992/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJe 02/05/2018.

Isso porque o artigo 1.025 do CPC não traz essa exigência e se limita a asseverar que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

Assim, a manutenção da exigência do apontamento da preliminar de violação do artigo 535, II do CPC/1973, que se transformaria na preliminar de violação do artigo 1.022 do CPC/2015, apesar de encontrar amparo na jurisprudência do STJ firmada a luz do CPC/1973, não se sustenta diante da sistemática imposta pelo CPC 2015.³²

Ademais, como acima já sustentado, o CPC 2015 pretendeu, de certa forma, unificar a concepção de prequestionamento adotada pelo STJ e pelo STF na vigência do Código anterior. Assim, o legislador do novo código pretendeu impor ao STJ que passasse a aceitar o prequestionamento ficto nos moldes que já fazia o Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, ao bebermos na fonte do prequestionamento ficto,³³ ou seja, analisando os julgados advindos do STF que enfrentaram de forma pontual a Súmula 356/STF e essa espécie de prequestionamento, verifica-se que aquele tribunal entende que para a configuração do prequestionamento ficto exige-se da parte apenas a interposição dos embargos de declaração tidos por prequestionadores e nada mais. Confira-se:

“I – RE: prequestionamento: 356.

O que, a teor da Súm. 356, se puta carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entende-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.” (BRASIL – Supremo Tribunal Federal - RE nº 210.638, 1ª Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/16/1998)

³² Nelson Nery comentando o artigo 1.025 do CPC 2015 em recente obra afirma que “Exigir-se que o recorrente também aponte ofensa ap CPC 1022 – regra de cabimento dos embargos de declaração – parece prática de voltar-se ao sistema da jurisprudência defensiva, a ideologia, a filosofia e o sistema do CPC 2015 procuraram abolir.” (NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. – 18. Ed ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 2286)

³³ Atualmente existe entendimento minoritário no sentido de repelir tanto o prequestionamento ficto como o implícito: “Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.” (BRASIL – Supremo Tribunal Federal - ARE 707221 AgR/BA; Órgão julgador: 1ª Turma; Min. Rel. Rosa Weber; DJe de 03-09-2013).

O Plenário do STF confirmou essa orientação no julgamento do ERE 219.934, Relator Min. Octavio Galloti, DJ de 16/02/2001.

Assim, o que se vê é que o CPC 2015 pretendeu superar as Súmulas 211 e 320 do STJ para, ampliando a concepção de prequestionamento anteriormente adotada pelo STJ, impor a este Tribunal a aceitação do prequestionamento ficto, independentemente de preliminar de violação do artigo 1.022, bem como a configuração do mesmo ainda que a matéria conste apenas do voto vencido.

Contudo, apesar do raciocínio aqui exposto, se revela conveniente e até mesmo obrigatório que o recorrente que pretenda se valer da regra do artigo 1.025 do CPC 2015 aponte no seu recurso especial a violação ao artigo 1.022 para se defender da jurisprudência defensiva do STJ que, sem se desprender da dinâmica de julgamento prevista no código hoje revogado, manteve essa exigência.

Referência bibliográfica.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso Especial e prequestionamento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1998

BUENO, Cassio Scarpinella. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. Revista de Processo. Vol. 84, p 201-235. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 1996

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. v.II. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os Tribunais Superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 2.ed. Brasília – DF: Gazeta Jurídica, 2014

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Embargos declaratórios com efeitos modificativos. Revista dos Tribunais, v.663, São Paulo: RT, jan.1991

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13.ed. São Paulo: RT, 2015,

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas ao recurso especial e extraordinário. 6.ed. São Paulo: RT, 2012

MELLO, Augusto Cordeiro de. O processo no Supremo Tribunal Federal. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. O prequestionamento e o recurso de revista. Revista LTr., v.51, n.9, set.1987

MONTEIRO, Samuel. Recurso especial e extraordinário. São Paulo: Hemus, 1992,

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. v.V: arts.476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 2.ed. São Paulo: RT, 1996

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. – 18. Ed ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial, p.777-790. In: DANTAS, Bruno et al. O papel da jurisprudência do STJ. São Paulo: RT, 2014,

RANÑA, Leonardo Fernandes. A ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial e a observância do devido processo legal. Dissertação de Mestrado defendida em 09/03/2017 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RIBEIRO, Eduardo. Prequestionamento. In: (Coords.) NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/1998. v.2. São Paulo: RT, 1999

RIZZI, Luiz Sérgio. Do recurso extraordinário. Revista do Advogado, v.27, São Paulo, fev.1989

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2.ed. São Paulo: RT, 2008,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo;
DANTAS, Bruno. (Coords.) Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.
São Paulo: RT, 2015