

CLÁUDIA BEATRIZ LAGE DA SILVA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PREQUESTIONAMENTO
NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO:**

UMA MIGRAÇÃO CONCEITUAL

Monografia entregue ao Instituto Brasiliense de Direito Público para o Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público como requisito final para obtenção do título de Especialista em Direito Público, sob a orientação do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco.

Brasília
2007

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1: RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1.1 Recurso Extraordinário nas Constituições antigas

1.2 Recurso Extraordinário na Constituição de 1988

CAPÍTULO 2: PREQUESTIONAMENTO

2.1 Etmologia e natureza jurídica

2.2 Roteiro Normativo

CAPÍTULO 3: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MIGRAÇÃO CONCEITUAL NO PREQUESTIONAMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

3.1 Modelo consolidado

3.2 Perspectivas atuais

CONCLUSÕES

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste num exame atual, mas não exauriente, de um instituto importante do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil: o prequestionamento no recurso extraordinário.

O tema apresentado é um dos requisitos analisados na interposição do recurso extraordinário. Preocupou-se em demonstrar os problemas existentes tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial. Porém, não tem a pretensão de trazer soluções definitivas para o assunto.

O foco principal será o prequestionamento, conceito, natureza jurídica, aspectos implícitos e explícitos e os enunciados correspondentes ao tema. Vai-se estudar a origem e a evolução histórica, bem como a presença do prequestionamento nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 até a de 1988. E também o momento em que ele ocorre, que é um dos pontos polêmicos.

O trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tem por objetivo traçar breve panorama do recurso extraordinário nas Constituições antigas. O segundo capítulo trata sobre a etimologia e natureza jurídica do termo e o prequestionamento no recurso extraordinário. O terceiro capítulo traz as perspectivas atuais que começam a surgir na doutrina.

Serão analisados enunciados imprescindíveis para o entendimento do tema como os de números 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, serão expostas as conclusões e a bibliografia.

CAPÍTULO 1: RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1.1 O recurso extraordinário nas Constituições antigas

A Constituição de 1824, outorgada em março daquele ano, por D. Pedro I, foi inspirada no constitucionalismo inglês, segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais. Era “liberal em matéria de direitos individuais, mas centralizadora e autoritária na soma dos poderes que concedia ao monarca constitucional”.¹

O artigo 166 da Constituição de 1824 determinou a criação, na capital do Império, de um Superior Tribunal de Justiça, que foi criado em 18 de setembro de 1828.

Após a vitória da revolução de 15 de novembro de 1889, o Governo Provisório providenciou a expedição de seu primeiro decreto, “-estabelecendo como forma de governo da Nação Brasileira a república federativa-” e tomando como base a organização política da União Norte-Americana, com intenção de atribuir igual competência aos Estados brasileiros.²

No Brasil, o recurso extraordinário surgiu com a República, inspirado no Judiciary Act, de 1789, através do Decreto nº 848, de 24 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal.³ Pelo Decreto nº 848 era cabível o recurso, para o Supremo Tribunal Federal, das decisões de última instância da justiça local, também quando elas contrariassem título, direito, privilégio ou isenção previstos em dispositivo constitucional, de lei federal, tratado ou convenção.⁴

A Constituição de 1891 manteve o recurso para o STF, nos moldes do citado decreto, com algumas alterações no seu cabimento.⁵

Sem comparar essas disposições com as que temos atualmente, podemos afirmar que os pressupostos constitucionais do recurso extraordinário já eram encontrados na Constituição de 1891. Porém, esta Constituição não chamou extraordinário tal recurso. A denominação de recurso extraordinário surgiu no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Regimento de 08 de fevereiro de 1891, art. 33, parágrafo 4º e art. 99).⁶

O art. 24 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, aceitou essa denominação, passando a outras leis e decretos e também a outros diplomas.⁷ As Constituições que se seguiram, todas elas se referiam ao recurso extraordinário.⁸

¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*, p. 190.

² PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso extraordinário*, p. 107.

³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*, p. 250.

⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*, p. 195.

⁵ Idem, p. 199.

⁶ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso extraordinário*, p. 107.

⁷ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso extraordinário*, p. 112.

⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*, p. 250.

Os pressupostos constitucionais do recurso extraordinário vieram da necessidade de sustentar a validade das leis federais como também a uniformidade de sua interpretação, pois o Direito nacional tinha “como fonte normativa órgãos da União e sendo aplicado por justiças diversas em Estados-membros distintos, bem poderia ter a sua positividade e certeza enfraquecidas por violação ou interpretação divergentes”. O recurso extraordinário surgiu, então, justamente dessa possibilidade de condutas jurisdicionais serem mitigadas quando confrontadas com os valores jurídicos tutelados pelas normas da Constituição em vigor.⁹

A reforma constitucional de 1926 retirou da competência da justiça federal as questões de direito internacional privado ou penal e facultou recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal, das decisões da justiça local sobre essas questões.¹⁰

A excepcionalidade do recurso e seu cabimento mais restrito foram ressaltados, pois não foi mantida a disposição de que cabível o recurso das decisões da Justiça Federal, sem o preenchimento de requisitos específicos, típicos da natureza do recurso, como o prequestionamento de vigência de lei federal. Esse traço de excepcionalidade, assecuratório da verdadeira e ideal função do Supremo Tribunal Federal, que era e é primar pela supremacia da Constituição e pela integridade da legislação, foi mantido por todas as Constituições posteriores.¹¹

A Constituição de 1934 foi elaborada de acordo com o pensamento jurídico hegemônico da época, ou seja, buscava a racionalização do poder. Havia a preocupação política com questões sociais, acompanhando uma tendência européia pós-guerra. Havia uma maior interferência do Estado na sociedade e na economia. Notava-se clara influência da Constituição de Weimar, da Alemanha, bem diversa da Constituição de 1891, que tem suas raízes na Constituição americana.¹²

A Constituição de 1934 foi a primeira a utilizar a expressão “recurso extraordinário”. Destaca Pontes de Miranda que:

O texto de 1934 empregou a expressão *recurso extraordinário*, que se discutirá nos primeiros tempos da República, e que a Lei nº 221, de 1894, art. 24, acolhera. Na doutrina e na prática, não se lhe podia, por certo, negar o uso pacífico, para substituir a expressão inglesa *writ of error*. Posto que se lhe pudesse argüir ser mais nome de classe de recursos que de determinado recurso. Temos, ainda, que foi firmado chamar ‘recurso extraordinário’.¹³

A Constituição de 1937 foi desprezada por juristas e cientistas políticos por causa da tentativa de transplantar, para nosso país, o modelo fascista europeu.¹⁴ Mas a Constituição nada tinha de fascista tendo

⁹ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p 22.

¹⁰ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso extraordinário*, p. 166.

¹¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*, p. 205 e 206.

¹² Idem. p. 209 e 210.

¹³ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*, p. 210.

¹⁴ PORTO, Walter Costa. *Coleção Constituições Brasileiras*. Volume IV(1937), p. 63.

como característica a proeminência do poder executivo.¹⁵ Foi outorgada no contexto da imposição do Estado Novo, sob a justificativa de que, para a salvação nacional, era necessária a centralização e o aumento dos poderes do Executivo, com Getúlio Vargas dando início a período de autoritarismo.¹⁶

A Constituição de 1946, no artigo 101, III, que se caracterizava pela tendência restauradora das linhas de 1891, dispunha competir ao Supremo Tribunal “*julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou juízes*”.¹⁷

A estrutura formal do Estado social brasileiro, apesar de a Constituição de 1946 em alguns aspectos ser mais conservadora, permaneceu intacta. Ficou clara a tentativa de conciliar princípios de um Estado liberal com os de um Estado social.¹⁸ Havia disposições de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação, à família.¹⁹

O fortalecimento do Poder Executivo na Constituição de 1967 foi característica marcante e proveio da ampliação de seu poder de iniciativa das leis, da limitação de tempo para aprovação, pelo Congresso, dos projetos do Governo, na delegação legislativa, na restrição a emendas aos projetos governamentais, e na faculdade, dada ao Presidente, de expedir decretos-leis.²⁰ O recurso extraordinário estava previsto no art. 114, inciso III.²¹

Desse breve histórico constitucional, extrai-se que o recurso extraordinário serve para garantir a validade do direito federal.²² Tem por finalidade manter a autoridade e a unidade da Constituição.²³

José Afonso da Silva, em seu livro clássico relata:

o recurso extraordinário tem por fim imediato à tutela dos valores certeza e segurança como também assegurar a validade do Direito federal. Seria inútil sustentar a inteireza positiva do Direito senão se lhe assegurasse também a validade. Portanto, se não se atribuisse ao recurso extraordinário à missão de assegurar a uniformidade de interpretação das normas jurídicas positivas surgida sobre o assunto, ao conhecimento do órgão jurisdicional competente, não se estaria velando pelo Direito federal.²⁴

Já num contexto mais atual, do exame dos pressupostos do recurso extraordinário, e mui especialmente do referente à questão constitucional controversa, ressalta que sua função é tutelar a

¹⁵ Para Pontes de Miranda, autor do melhor texto de interpretação da Constituição de 1937, as características principais da Carta eram a coordenação, entregue ao Presidente, da atividade dos órgãos representativos, a possibilidade de indicação, pelo Chefe do Poder Executivo, de um dos candidatos ao cargo, a eleição indireta dos representantes dos Estados-Membros na Câmara Federal e a eliminação do princípio da separação e independência dos poderes.

¹⁶ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*, p. 218.

¹⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*, p. 252.

¹⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*, p. 221.

¹⁹ BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Coleção Constituições Brasileiras*. Volume V(1946), p. 57.

²⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições Brasileiras*. Volume VI(1967), p. 86.

²¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário. Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*, p. 221.

²² SILVA, José Afonso da Silva. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 24.

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 151.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 23, 24 e 25.

autoridade e a unidade da Lei Maior. E exerce essa função, assegurando a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição.²⁵

1.2 O Recurso Extraordinário na Constituição de 1988

Consoante visto, o recurso extraordinário teve como objetivo a preservação da inteireza e da uniformidade da interpretação da Constituição e da lei federal. O Supremo Tribunal Federal foi sofrendo um aumento gradativo do número de recursos, que culminou na denominada “crise do Supremo”.²⁶

Em virtude dessa “crise” do STF, o constituinte resolveu diminuir a sobrecarga de recursos para o Tribunal, criando o Superior Tribunal de Justiça com a competência principal de julgar os recursos envolvendo questões de direito federal infraconstitucional, atribuindo-lhe, assim, o julgamento do Recurso Especial.²⁷

São características comuns aos recursos especial e extraordinário: a) exigem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias; b) não são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido; c) não servem para a mera revisão da matéria de fato; d) apresentam sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, com uma fase perante o Tribunal *a quo* e outra perante o *ad quem*; e) os fundamentos específicos de sua admissibilidade estão na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil; f) a execução que se faça na sua pendência é provisória.²⁸

Vale ressaltar o papel do recurso ordinário que também é recurso constitucional.²⁹

A Constituição Federal traz garantias fundamentais para o indivíduo com a possibilidade de utilização de recursos inerentes à ampla defesa. Determina, ainda, categoria de recursos como necessários a integrar a moldura constitucional, como é o caso dos recursos ordinário e especial para o Superior Tribunal de Justiça e o extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.³⁰

O recurso extraordinário é cabível contra decisão jurisdicional de única ou última instância, quando, ao solucionar questão federal de direito constitucional, o órgão judiciário prolator do julgado

²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 163.

²⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 361.

²⁷ O recurso especial e o recurso extraordinário são qualificados como excepcionais, pois segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, há um núcleo comum que aproxima e harmoniza esses recursos, permitindo neles surpreender certas características. Compreende-se que se apresentem vários pontos em comum, já que o recurso especial é uma variante do extraordinário, deste extraído...como a costela de Adão.

²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 102 e 103.

²⁹ O recurso ordinário é previsto no processo comum para a correção de alguma situação de sucumbência nos quais é possível a discussão de fato e de direito. Atualmente, este recurso está previsto nos artigos 102, inciso II, e 105, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Com o advento da Lei 8.950, de 13 de dezembro de 1994, o recurso ordinário voltou a ser tratado no Código de Processo Civil, conforme revelam o artigo 496, inciso V, e artigos 539 e 540. É espécie recursal cabível em hipóteses excepcionais taxativamente previstas na Constituição Federal, e que provoca a prestação jurisdicional dos tribunais superiores como cortes de segundo grau.

³⁰ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recursos especial e extraordinário*, p. 37.

recorrido: a) *contrariar dispositivo da Constituição Federal*; b) *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*; e c) *considerar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal*. É o que se infere do artigo 102, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição de 1988, permissivos que podem ser evocados em conjunto ou separadamente. Ou seja, o recurso extraordinário pode ser interposto com esteio em apenas uma letra, bem assim com cumulação.³¹ Há nova hipótese de cabimento para o recurso extraordinário. A Emenda Constitucional nº 45³² acrescentou no art. 102, III, da Constituição Federal:

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O Recurso Extraordinário, do artigo 102, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal é recurso de fundamentação vinculada³³, onde o recorrente precisa invocar o erro indicado como relevante (ou algum deles, se há mais de um), para que o recurso caiba, e precisa demonstrar-lhe a efetiva ocorrência na espécie, para que o recurso proceda. A tipicidade do erro é, pois, pressuposto do cabimento do recurso.³⁴

Quanto ao conceito do vocábulo “causa” previsto no inciso III do art. 102, da Constituição Federal, a doutrina diverge, prevalecendo interpretação ampla.

Segundo Moacyr Amaral Santos causa é qualquer questão sujeita à decisão judiciária, tanto em processos de jurisdição contenciosa como em processos de jurisdição voluntária. O cabimento do recurso extraordinário exige que a decisão tenha sido proferida em única ou última instância e que tenha ofendido preceito da Constituição.³⁵

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, a locução “causa decidida” significa uma ação julgada extinta, com ou sem julgamento de mérito, ordinariamente revista por Tribunal.³⁶

Para Mantovanni Colares Cavalcante a melhor interpretação para o vocábulo “causa” é a da Constituição, quando ao se referir ao termo, na verdade está afastando do âmbito do controle dos recursos excepcionais as decisões de cunho não jurisdicional, de modo que qualquer decisão judicial, ainda que de índole interlocutória, desde que represente a última ou única instância em relação ao que ali se decide, pode ser atacada por recurso excepcional.³⁷

³¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 390.

³² Emenda Constitucional de 8 de dezembro de 2004 publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004.

³³ Nos recursos de fundamentação vinculada, também pode a lei exigir a concorrência de outro(s) pressupostos(s) de cabimento: a tipicidade do erro será apenas um deles; assim, para que seja cabível o recurso extraordinário da letra “a”, é igualmente necessário, por exemplo, que se trate de decisão proferida “em única ou última instância”.

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao código de processo civil*, p. 253.

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 163.

³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 112.

³⁷ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recursos especial e extraordinário*, p. 104.

Portanto, com relação ao recurso extraordinário e ao recurso especial, o que se quer, com a expressão “causa decidida” é que a decisão atacada seja final, isto é, que tenham sido exercitados os recursos ordinários cabíveis.³⁸

Temos o conceito de causa decidida no voto do Ministro Celso de Mello:

a expressão causa designa, na realidade, qualquer procedimento em que o Poder Judiciário, desempenhando a sua função institucional típica, resolve ou previne controvérsias mediante atos estatais providos de final enforcing power. É-lhe ínsita – enquanto estrutura formal em cujo âmbito se dirimem, **com carga de definitividade**, os conflitos suscitados – a presença de um ato decisório proferido em sede jurisdicional.³⁹

Atualmente, em se tratando de recurso extraordinário, não há que se falar em *questão federal*, mas, sim, em *questão constitucional*; o termo *questão federal*, a partir da Constituição Federal de 1988, deve ser aplicado, tão somente, ao recurso especial.⁴⁰

Do exame dos dispositivos constitucionais, podemos concluir que a denominação recurso extraordinário surgiu primeiramente no regimento do Supremo Tribunal Federal, sendo que seus pressupostos constitucionais já eram encontrados na Constituição de 1891.

Atualmente, a finalidade do recurso extraordinário é eminentemente política, o que mais se evidencia ao considerar-se que o recurso tem assento na Constituição, que disciplina a sua incidência e o torna insuscetível de extensão ou restrição por lei ordinária.⁴¹ É recurso processual à disposição do sucumbente, em relação ao qual exerce a função de provocar o reexame de decisões em que se controverte uma questão constitucional.⁴² Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal não só resolve a *quaestio iuris* veiculada no recurso extraordinário, como também aplica imediatamente o direito constitucional ao caso concreto, com a reforma do julgado.⁴³

³⁸ Idem, p. 114.

³⁹ Voto proferido no acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 164.458-4/Distrito Federal, relator Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário de Justiça de 02 de junho de 1995.

⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade ao seu processamento*, p. 201.

⁴¹ BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições Brasileiras*. Volume II(1891), p. 71.

⁴² Idem. p. 71.

⁴³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 390.

2 PREQUESTIONAMENTO

2.1 Etimologia e natureza jurídica

Para termos o sentido da palavra prequestionamento é preciso decompô-la, pois o vocábulo não é encontrado nos dicionários. Segundo o dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira o prefixo “pré” vem do latim “*prae*” e significa “anterioridade”.⁴⁴ O vocábulo “questionar” significa “fazer ou levantar questão acerca de”; “discutir”.⁴⁵ O vocábulo questionamento é “ato ou efeito de questionar, de por em dúvida a correção de algo ou alguém”.⁴⁶

Passando para a doutrina pátria, nota-se a ausência de uniformidade de pensamento.

Segundo Bruno Mattos e Silva, a palavra prequestionamento parece dizer que algo foi previamente questionado. Parece ser formada pela partícula “pré” mais a expressão “questionamento”, derivada da palavra questão. É verdade. Há autores, inclusive, que escrevem a palavra prequestionamento de forma diferente: pré-questionamento.⁴⁷

Para o Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira, do Superior Tribunal de Justiça, a expressão é utilizada na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que a matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. Segundo Alfredo Buzaid, “[...] o prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário”.⁴⁸ Para outros, considera-se presente quando a questão, não apenas é objeto de argüição pela parte, mas decidida pelo acórdão a ser impugnado. Uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão-só a essa última hipótese, ou seja, haver decisão, ainda que não se tenha verificado anterior debate.⁴⁹

Portanto, concluímos que há três correntes sobre o conceito de prequestionamento:

- A primeira sustenta ser o prequestionamento requisito de admissibilidade do recurso extraordinário;
- A segunda sustenta que o prequestionamento é requisito jurisprudencial;
- A terceira afirma ser o prequestionamento decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo.

⁴⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 1622.

⁴⁵ Idem, p. 1684.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário. Roteiro para a advocacia no STJ e no STF*, p. 3.

⁴⁸ In Revista trimestral de Jurisprudência, v. 109, p. 302, atente-se que, para o autor citado, o prequestionamento não ocorre na decisão recorrida, mas sim antes, em decorrência da atividade das partes.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98* sob coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr., p. 249.

Bruno Mattos e Silva defende ser o prequestionamento a apreciação da questão por parte do órgão julgador e não sua mera suscitação prévia pela parte.⁵⁰ Está na Constituição Federal o fundamento para a exigência do prequestionamento: apenas *questões decididas* podem ser objeto de recurso especial e extraordinário.

Também neste sentido, tem-se o conceito de Vicente Greco Filho que defende: “trata-se de exigência para ambos os recursos (especial e extraordinário), consistentes na necessidade de que, na decisão recorrida, a questão que serve de fundamento para o recurso tenha sido enfrentada e seja suficiente para alterar a conclusão, porque o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça somente reexaminam o que foi *decidido* nos demais graus”.⁵¹ Não se exige o requisito do prequestionamento para a interposição do recurso especial ou extraordinário se a ilegalidade em face da lei federal ou a inconstitucionalidade surgiram na própria decisão recorrida (exemplo: julgamento *extra petita* em segundo grau imprevisto até então), ou se o órgão recorrido se recusa a enfrentar a questão mesmo após a interposição de embargos de declaração.⁵²

Atualmente prevalece o entendimento de que o prequestionamento é um dos requisitos necessários à interposição do recurso extraordinário e recurso especial.

O entendimento acerca do prequestionamento evoluiu, tendo sido exaradas manifestações jurisprudenciais no sentido de que há prequestionamento quando a decisão recorrida tiver adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal.⁵³

Portanto, o requisito do prequestionamento para interposição do recurso extraordinário é exigência antiga. Além de antiga, é constitucional, porque não vai contra as normas constitucionais, servindo para instrumentalizar o conhecimento da questão constitucional ou federal pela decisão recorrida, decorrendo, assim, de manifestação do princípio dispositivo⁵⁴ e do efeito devolutivo⁵⁵, perante a instância inferior.⁵⁶ Como ensina Alfredo Buzaid⁵⁷ “tal como foi consagrado nos cânones constitucionais acima citados, tem sua origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana, de 24 de setembro de 1789.

⁵⁰ SILVA, Bruno Mattos e. *Pquestionamento, recurso especial e recurso extraordinário. Roteiro para a advocacia no STJ e no STF*, p. 6.

⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. *Questões de direito processual civil (para provas e concursos): Processo de Conhecimento*, p. 287.

⁵² Idem, p. 287.

⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*, p. 201.

⁵⁴ De acordo com Vinícius Daniel Petry, princípio dispositivo “significa que as partes devem ter a iniciativa de levar ao processo as alegações e o material probatório que serão utilizados pelo julgador para a formação do seu convencimento”. Segundo Cássio Scarpinella Bueno “princípio dispositivo é aquele que garante a inércia da jurisdição”.

⁵⁵ Segundo José Miguel Garcia Medina, efeito devolutivo “é aquele em virtude do qual o conhecimento da matéria é devolvido ao órgão judicante, seja superior àquele do qual emanou a decisão, seja ao próprio órgão prolator da decisão”.

⁵⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*, p. 407 e 408.

⁵⁷ Voto proferido nos embargos no Recurso Extraordinário nº 96.802 – RTJ 109/299.

Esta lei admitiu, das decisões da Justiça Estadual, recurso para a Corte Suprema, que recebeu o nome de *writ of error*".⁵⁸

Para Bernardo Pimentel Souza, a expressão "causas decididas em única ou última instância", inserta no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal é onde reside a exigência do prequestionamento.⁵⁹

A maior parte da doutrina e da jurisprudência entendem que o prequestionamento é requisito de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário. Com a mesma opinião, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. É certo que questão que não tiver sido prequestionada não deverá ser apreciada pelo STJ ou pelo STF.⁶⁰

Fazendo uma análise doutrinária e jurisprudencial do prequestionamento, encontramos uma classificação que o divide em ficto, implícito e explícito.⁶¹

A distinção entre o prequestionamento ficto e implícito foi feita de maneira clara por Cássio Scarpinella Bueno:

*(...) Ora, a expressão "prequestionamento implícito" foi cunhada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para designar outra espécie de fenômeno, a saber: a presunção de que, para decidir desta ou daquela maneira, o acórdão recorrido, embora omissivo quanto à sua fundamentação, teve de adotar implicitamente esta ou aquela interpretação de lei. Tal presunção jamais foi aceita pelo STF, mesmo em se tratando de matéria constitucional.*⁶²

Já o prequestionamento ficto – que se reconhece mesmo quando a omissão apontada pela parte não é suprida no julgamento dos Embargos – não só é aceito pelo STF, como é também tacitamente indicado pelo enunciado nº 356⁶³ da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Para José Miguel Garcia Medina, no que tange à configuração do prequestionamento, há que se determinar o que se deva entender por prequestionamento implícito, e qual a diferença deste com o chamado prequestionamento explícito. Temos duas concepções: o implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada, e o explícito ocorre quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida.⁶⁴ Em outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 226 e 227.

⁵⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 390.

⁶⁰ SILVA, Bruno Mattos. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário. Roteiro para a advocacia no STJ e no STF*, p. 6.

⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis com a Lei 9.756/98*, p. 447.

⁶² Idem.

⁶³ Enunciado 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*, p. 319.

mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão.⁶⁵

Na opinião de Vicente Greco Filho: admite-se o prequestionamento implícito, ou seja, mesmo que não haja expressa menção na decisão recorrida do dispositivo legal ou constitucional considerado como violado, é admissível o recurso se foi ele o fundamento da conclusão.⁶⁶ O Ministro Carlos Velloso sustenta: “a questão federal haja sido posta, podendo ocorrer a figura do pré-questionamento implícito. Questão nova, evidentemente, não pode ser suscitada no recurso especial, porque representaria inovação, que a teoria geral dos recursos repele. O pré-questionamento implícito, porém, parece-me perfeitamente cabível. Ele resulta do fato de a questão ter sido posta, por exemplo, na apelação ou nas contra-razões desta, recusando-a o Tribunal, implicitamente.⁶⁷ A jurisprudência do STF, entretanto, é contrária ao pré-questionamento implícito.”⁶⁸

Exagero seria a indicação expressa do artigo da lei, para aperfeiçoar o prequestionamento, e a necessidade de oposição de embargos declaratórios, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido.⁶⁹

O prequestionamento implícito prescinde da interposição de embargos, o que não ocorre com o ficto.⁷⁰

Conclui-se que há prequestionamento explícito quando “a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação”.⁷¹ O prequestionamento implícito ocorre, quando, apesar de não haver manifestação do recorrente a respeito, o Tribunal tiver o dever de se manifestar acerca de determinada matéria.⁷²

O entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal é de que o prequestionamento deve ser explícito.⁷³ O prequestionamento implícito não é admitido: ...é atualmente pacífico o entendimento desta Corte de que não se admite como tal o denominado prequestionamento implícito.⁷⁴

⁶⁵ Idem, p. 320.

⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Questões de direito processual civil (para provas e concursos): Processo de Conhecimento*, p. 288.

⁶⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*, p. 260 e 261.

⁶⁸ Idem, p. 261.

⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis com a Lei 9.756/98*, p. 447.

⁷⁰ Idem, p. 448.

⁷¹ Acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 412.633-8/São Paulo, relator Ministro Eros Grau. Publicado no Diário de Justiça de 15 de outubro de 2004.

⁷² MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*, p. 408.

⁷³ Voto do acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 517.015-1/Rio Grande do Sul, relator Ministro Eros Grau. Publicado no Diário de Justiça de 17 de dezembro de 2004.

2.2 Roteiro Normativo

O histórico sobre recurso extraordinário foi exposto no começo deste trabalho juntamente com a história das Constituições brasileiras. O ponto mais embaraçoso do instigante estudo dos recursos excepcionais diz respeito ao prequestionamento. A busca de uma exata definição do instituto, seus contornos e finalidade têm sido um constante desafio na doutrina e na jurisprudência. Contudo, neste item vamos enfatizar especificamente o prequestionamento no recurso extraordinário.

Como vimos, o recurso extraordinário surgiu da possibilidade das condutas jurisdicionais atritantes contra os valores jurídicos tutelados pelas normas do Direito, ou seja, da Constituição em vigor (1891). A inteireza positiva do Direito nacional, fundamento do recurso extraordinário, é pressuposto da segurança e da certeza jurídicas, condição da paz social.⁷⁵

O recurso extraordinário sempre foi tema interessante no âmbito do direito processual, e daí proporcionar tantas discussões na doutrina e jurisprudência. E parece que esse fascínio decorre da própria origem do instituto, inspirado no direito norte-americano, mais especificamente o *writ of error*.⁷⁶

Para o Ministro Ilmar Galvão, “também é de tradição do Direito brasileiro que o RE se limita às questões apreciadas na decisão recorrida (v. Constituições de 1891 a 1946), donde se espera que a nova Corte manterá o princípio do pré-questionamento, preconizado no enunciado nº 282⁷⁷ da Súmula do STF.”⁷⁸

É difícil elaborar um conceito acerca do que seja prequestionamento já que existem correntes divergentes tratando do mesmo assunto. Para Medina, o prequestionamento não ocorre na decisão recorrida, já que no julgamento impugnado deverá estar presente a questão constitucional ou federal apta a ensejar a interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial. Por isso, o prequestionamento é justamente a atividade anterior realizada pelas partes no sentido de ensejar a manifestação do órgão judicante a respeito do tema.⁷⁹

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 102, inciso III, e no artigo 105, inciso III, que serão objeto de recurso extraordinário e de recurso especial “*causas decididas*”. A interpretação que vem sendo dada à expressão *causa* é no sentido de significação idêntica à expressão *questão*. Assim, está na

⁷⁴ Ementa do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 306.307-2/São Paulo, relator Ministro Moreira Alves. Publicado no Diário de Justiça de 02 de maio de 2003.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 22.

⁷⁶ Idem, p. 75.

⁷⁷ Enunciado 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*”.

⁷⁸ GALVÃO, Ilmar. Poder Judiciário – Reforma de 1988 – O recurso especial. *Revista Jurídica*, p. 143.

⁷⁹ MEDINA, José Miguel García. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*, p. 327.

Constituição Federal o fundamento para a exigência do prequestionamento: apenas *questões decididas* podem ser objeto de recurso especial e extraordinário.⁸⁰

A Constituição Federal de 1988 não prevê explicitamente o prequestionamento. Entende-se estar ele subentendido nos artigos 102, III e 105, III, onde se diz que serão objeto de recurso extraordinário e especial as “causas decididas”. Tem-se, então, o prequestionamento como a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal veiculada nas respectivas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.⁸¹

Em suma, o prequestionamento, propriamente dito, não ocorre, a rigor, na decisão recorrida, já que na decisão recorrida deverá estar presente a questão constitucional ou federal apta a ensejar a interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial⁸², independentemente de provocação das partes. Sob outro enfoque, tem-se que o prequestionamento ocorre na decisão recorrida, podendo, assim, ser objeto da interposição de recurso constitucional.

A exigência do prequestionamento é constitucional porque não vai contra as normas constitucionais, servindo para instrumentalizar o conhecimento da questão constitucional ou federal pela decisão decorrida, decorrendo, assim, de manifestação do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, perante a instância inferior.⁸³

Entretanto, há corrente que prega que o prequestionamento não é umas das condições de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, seja porque a Constituição não prevê, seja porque a jurisprudência não pode impor, sem previsão legal, tal requisito. Para José Miguel Garcia Medina: ... o prequestionamento é na verdade, mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo.... Autores como José Afonso da Silva chegam a dizer que o silêncio constitucional é significativo, pois desonera o recorrente da demonstração do prequestionamento.⁸⁴

O Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira (ele defendia a possibilidade de prequestionamento implícito) sustenta a tese da necessidade do instituto:

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

⁸⁰ SILVA, Bruno Mattos e. *Pquestionamento, recurso especial e recurso extraordinário. Roteiro para a advocacia no STJ e no STF*, p. 6.

⁸¹ MEDINA, op. cit., p. 329.

⁸² Idem, op. cit., p. 327.

⁸³ MEDINA, op. cit., p. 407.

⁸⁴ MANCUSO, op. cit., p. 224.

*constitucional, entretanto, para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule a provocação da parte, antes do julgamento.*⁸⁵

Expressa a mesma opinião, Bruno Mattos e Silva: prequestionamento é a apreciação da questão por parte do órgão julgador e não sua mera suscitação prévia pela parte.⁸⁶

Ratificando a tendência verificada nas Constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988, não mencionou o termo “questionar”. Mesmo assim, a necessidade da presença da questão federal ou constitucional sempre existiu, independentemente da presença do termo “questionar” ou “ter-se questionado” nas Constituições brasileiras.⁸⁷

⁸⁵ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento*. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr., p. 249.

⁸⁶ SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário. Roteiro para a advocacia no STJ e no STF*, p. 6.

⁸⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*, p. 207.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MIGRAÇÃO CONCEITUAL NO PREQUESTIONAMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

3.1 Modelo consolidado

Por força da própria natureza histórica do recurso extraordinário, estendendo-se ao especial, ante o teor do enunciado nº 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o prequestionamento é obrigatório como requisito de admissibilidade dos mencionados recursos. Este será dispensável quando a questão for levantada no próprio acórdão recorrido.⁸⁸ A expressão constitucional “causas decididas em única ou última instância” revela que não cabe recurso extraordinário enquanto não esgotadas as vias recursais pretéritas.⁸⁹ Ratificando esse entendimento, podemos mencionar o enunciado nº 281 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.⁹⁰

A Constituição Federal de 1988 dispõe ser cabível o recurso extraordinário “quando a decisão for contrária a disposição desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal” (alínea “a”) e “quando se questionar sobre a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada” (alínea “b”). Percebe-se, assim, a menção a dois fenômenos distintos: o questionamento pelas partes acerca do tema constitucional ou federal e a manifestação da decisão recorrida acerca do tema questionado.⁹¹

O Supremo Tribunal Federal editou o enunciado nº 356: “*O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*” O referido enunciado dispõe que o ponto que foi omitido pela decisão não pode ser objeto de recurso extraordinário, não obstante a interposição de embargos de declaração. Diante disto, não se pode admitir a interposição de recurso extraordinário ou especial com base em questão ventilada nos embargos, mas não analisada no acórdão.⁹²

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige para o cabimento do recurso extraordinário que a ofensa à Constituição tenha sido direta e frontal, não o admitindo nas hipóteses de ofensa reflexa, ou seja, quando para comprovar a contrariedade à Constituição, houver necessidade de, antes, demonstrar a ofensa à lei ordinária.⁹³

⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis com a Lei 9.756/98*. p. 453.

⁸⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 391.

⁹⁰ Enunciado 281 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada*”.

⁹¹ MEDINA, op. cit., p. 366.

⁹² Idem, p. 374.

⁹³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 1410.

O prequestionamento justifica-se pela necessidade de verificar-se o enquadramento do recurso em um dos permissivos constitucionais, havendo, pois, necessidade do órgão recorrido ter-se manifestado sobre a questão constitucional, emitindo juízo de valor sobre o tema.⁹⁴

O Supremo Tribunal Federal tem vários julgados prestigiando o entendimento de que o prequestionamento é requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário. Podemos citar:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. COFINS. ART. 8º, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. ALÍQUOTA MAJORADA DE 2% PARA 3%. COMPENSAÇÃO DE ATÉ UM TERÇO COM A CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL, QUANDO O CONTRIBUINTE REGISTRAR LUCRO NO EXERCÍCIO. DECISÃO PLENÁRIA QUE ENTENDEU INEXISTIR OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, considerou não ofensivo ao princípio da isonomia o tratamento diferenciado instituído pelo art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Inexistência, no acórdão embargado, de omissão, contradição ou obscuridade.

Impossibilidade de rediscussão do mérito da causa, faltando-lhe, ainda, o requisito do prequestionamento. Súmula 282 desta colenda Corte.

Embargos rejeitados.

No referido acórdão, tem-se no voto do relator ministro Carlos Ayres Britto: “8. Por outro, não houve sequer oposição de embargos declaratórios no Tribunal Regional Federal da 4ª Região para suprir eventual omissão do julgado. Nesse contexto, impossível, nesta via, expandir a análise do feito às questões levantadas somente agora, por faltar-lhe o requisito do prequestionamento, previsto no enunciado nº 282 da Súmula desta colenda Corte.”⁹⁵

Num outro acórdão, do ministro Marco Aurélio, tem-se o seguinte teor:

EMENTA: Prequestionamento. Afastado o óbice da Súmula 282. Tema constitucional debatido (art. 155, § 2º, IX, “a”). ICMS sobre mercadoria importada. Fato gerador: desembaraço aduaneiro. Recurso conhecido e provido.

O voto do relator dispõe:

“Tenho presente que se diz prequestionada certa matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito dela. Qual é a razão de ser do prequestionamento... senão a de viabilizar o cotejo para chegar-se à conclusão do enquadramento do recurso em um dos permissivos que lhe são próprios. Esta Corte não admite o prequestionamento implícito sequer no caso em que versada a competência de um certo órgão para julgar a controvérsia, ou seja, não configura o prequestionamento o fato de órgão, quanto à competência, ter julgado a causa. Pois bem, o Estado do Rio Grande do Sul, atento à dinâmica do Direito, ao instituto do prequestionamento, e esse deve ser explícito, já que o conhecimento de um recurso não pode ficar ao sabor da capacidade intuitiva do julgador, protocolizou embargos declaratórios nos quais veiculou o fundamento da nossa decisão plenária”.⁹⁶

Em vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal, observa-se a prevalência do prequestionamento explícito:

⁹⁴ Idem, p. 1414.

⁹⁵ Acórdão dos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 336.134-1 do RIO GRANDE DO SUL, relator ministro Carlos Britto, publicado em 06.02.2004 no Diário de Justiça.

⁹⁶ Acórdão do Recurso Extraordinário nº 208.639-8 do RIO GRANDE DO SUL, relator ministro Marco Aurélio, publicado em 04.02.2000 no Diário de Justiça.

*EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PROCESSO ELEITORAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL – OFENSA À CONSTITUIÇÃO QUE, SE OCORRIDA, TER-SE-IA CONFIGURADO, ORIGINARIAMENTE, NO PRÓPRIO ACÓRDÃO RECORRIDO – IMPRESCINDIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS – AUSÊNCIA, CONTUDO, DE UTILIZAÇÃO DESSA ESPÉCIE RECURSAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E IMPRESCINDIBILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL.*⁹⁷

3.2 Perspectivas atuais

O tema prequestionamento sofreu uma evolução no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal nos anos que se seguiram à criação do STJ (feita pela Constituição Federal de 1988). Os enunciados tratam de modo diverso a questão da necessidade de apresentação de embargos declaratórios contra a decisão proferida no tribunal local, para que seja possível a interposição de recurso às cortes superiores. Para o STF a simples manifestação dos embargos já configura prequestionamento, mas para o STJ só há prequestionamento se os embargos declaratórios forem providos com a solução da omissão acerca da questão federal.

O entendimento do STF simplifica assunto complexo, aceitando como prequestionamento a matéria argüida em embargos declaratórios, evitando prolongamento da discussão, pela exigência de novos recursos para tentar obrigar o tribunal de origem a manifestar-se sobre o ponto.

Em vários julgados verificamos que o prequestionamento é requisito necessário à admissão do recurso extraordinário. Podemos citar como exemplo o agravo regimental no agravo de instrumento nº 410.307-1⁹⁸, onde encontramos:

“É certo que tem entendido este Tribunal que não é necessário, para fins de prequestionamento, a menção expressa do dispositivo constitucional na decisão recorrida, desde que o tema a ele relativo seja objeto de consideração.”

Temos no voto do ministro Eros Grau:

*“Em consonância com o entendimento consolidado por este Tribunal, o prequestionamento deve ser explícito.”*⁹⁹

Percebe-se, então que, quando se trata de recurso extraordinário da defesa em processo penal, o requisito do prequestionamento perde seu relevo.

Vale ressaltar os julgados que ratificam o prequestionamento ficto:

⁹⁷ Ementa do acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 258.889-0 do MARANHÃO, relator ministro Celso de Mello, publicado em 08.10.2004 no Diário de Justiça.

⁹⁸ Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 410.307-1 da BAHIA, relatora ministra Ellen Gracie, publicado em 04.03.2005 no Diário de Justiça.

⁹⁹ Voto do acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 517.015-1 do RIO GRANDE DO SUL, relator ministro Eros Grau, publicado em 17.12.2004 no Diário de Justiça.

EMENTA: Recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração. A oposição de embargos declaratórios visando à solução de matéria antes suscitada basta ao presquestionamento, ainda quando o Tribunal a quo persista na omissão a respeito.

(...) o Supremo Tribunal voltou a reafirmar a tese da Súm. 356, para a qual a oposição de embargos declaratórios visando à solução de matéria antes suscitada basta ao prequestionamento, ainda quando o Tribunal a quo persista na omissão a respeito.¹⁰⁰

Em outro julgado:

EMENTA: I. RE: prequestionamento: Súmula 356. O que, a teor da Súm. 356, se reputa 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 entendê-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.¹⁰¹

Em outro julgado mais recente (2006) do Ministro Marco Aurélio:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. . O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido argüida pela parte recorrente. A configuração do institutopressupõe 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.¹⁰²

Em outro julgado (2007) do Ministro Eros Grau:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À REMUNERAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. *O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.*
2.
3. *Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.¹⁰³*

¹⁰⁰ Voto do acórdão do Recurso Extraordinário nº 418.876-7 do MATO GROSSO, relator ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 04.06.2004 no Diário de Justiça.

¹⁰¹ Ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 210.638-1 de SÃO PAULO, relator ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 19.06.1998 no Diário de Justiça.

¹⁰² Ementa do acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 498.951-8 do DISTRITO FEDERAL, relator ministro Marco Aurélio, publicado em 27.10.2006 no Diário de Justiça.

¹⁰³ Ementa do acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 623.260-6 de MINAS GERAIS, relator ministro Eros Grau, publicado em 13.04.2007 no Diário de Justiça.

CONCLUSÕES

O presente trabalho analisou o recurso extraordinário com foco no prequestionamento.

1) Percebeu-se que o assunto pode ser entendido de várias formas. Assim, como demonstrado, há várias correntes que tocam no assunto.

2) Para conceituar prequestionamento foi preciso decompô-lo, pois o termo não é encontrado nos dicionários de equivalência da língua portuguesa.

3) A natureza jurídica do prequestionamento pode ser identificada como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

4) Os enunciados n^{os} 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal têm grande importância no momento da interposição do recurso extraordinário. Concluímos que para o Supremo Tribunal Federal a simples manifestação dos embargos declaratórios configuram prequestionamento.

5) Vale ressaltar que o posicionamento de a interposição dos embargos declaratórios para configuração do prequestionamento não é unânime. Segundo o Ministro Marco Aurélio “não se julga pela vez primeira nada em sede extraordinária. É ínsito a recorribilidade extraordinária.”

6) O Supremo Tribunal Federal simplifica assunto complexo, aceitando como prequestionada a matéria argüida em embargos declaratórios. Para este tribunal há uma ficção em que é suficiente a interposição deste embargos, mesmo que o órgão *a quo* tenha se mantido omissos: é o prequestionamento ficto. O Superior Tribunal de Justiça diverge desse entendimento, pois não aceita o prequestionamento ficto.

7) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem como entendimento prevalente a exigência da necessidade do prequestionamento explícito como pressuposto necessário à adequada interposição do recurso extraordinário. Não se deve presumir decisão, deve ser algo que se percebe num primeiro exame.

8) Enfim, não se pretendeu esgotar o tema, mas sim contribuir para uma exposição geral, demonstrando os vários aspectos polêmicos e divergentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Dialética, 2003.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recurso extraordinário. Origem e desenvolvimento no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. **Questões de direito processual civil (para provas e concursos): processo de conhecimento**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 8 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3 ed. Ver., atual. e ampl., de acordo com as leis 10.352, 10358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: RT, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NOGUEIRA, Octaciano et al. **Coleção Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Recurso extraordinário**. Livraria Editora Freitas Bastos, 1935.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 3. 19 ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SILVA, Bruno Mattos e. **Pquestionamento, recurso especial e recurso extraordinário. Roteiro para a advocacia no STJ e no STF** (De acordo com as alterações efetuadas pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001, ao Código de Processo Civil). 1 ed. RJ: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 3 ed. ampliada e atualizada. Brasília: Saraiva, 2004.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. 1 ed./2 tiragem. BH: Del Rey, 1997.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis com a Lei 9.756/98**. 1 ed./2 tiragem. São Paulo: RT, 1999.