

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A CAIXA-PRETA DO PREQUESTIONAMENTO

ISABEL GODOY SEIDL

Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Sumário: I – Histórico. II – Conceitos e definições. III – Classificações: i) prequestionamento numérico, ii) prequestionamento explícito, iii) prequestionamento implícito, iv) prequestionamento ficto. IV – Análises Casuísticas: i) prequestionamento e matéria de ordem pública, ii) prequestionamento e terceiros interessados. V – Vícios embargados, ou prequestionamento viciado? VI – Conclusão. VII - Referências

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar de forma crítica o instituto do prequestionamento no Brasil, apresentando as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais dos tribunais superiores sobre o tema. Apresenta, ainda, um estudo individualizado de situações polêmicas, tais como a intervenção de terceiros e matérias de ordem pública diante do requisito do prequestionamento e o mau uso que é feito dos embargos de declaração, em razão da falta de uniformidade quanto ao conceito e configuração do instituto, gerando profunda insegurança jurídica.

Abstract: The purpose of this present work to analyze in a critical manner the institute of preliminary allegation in Brazil¹, revealing the different stances of legal writing and high courts' precedents. This present work shall also reveal an individualized study on controversial situations, such as interested person interventions and public policy matters in face of the condition precedent of the preliminary allegation and also the malpractice in the use of motion for resettlement of judgment due to the lack of uniformity concerning the concept and aspects of this institute, creating an enormous legal insecurity.

Palavras-chave: Prequestionamento – Supremo Tribunal Federal – Superior Tribunal de Justiça – jurisprudência - intervenção de terceiros – matéria de ordem pública - embargos de declaração – insegurança jurídica.

Key-words: Preliminary allegation – Federal Supreme Court – Superior Court of Justice – court precedents – interested person intervention – public policy matters - motion for resettlement of judgment – legal insecurity.

¹ The issue that is being raised by a party must have been ruled by the singular judge and or the appellate court as a pre condition to a special appeal to the Superior Court of Justice and or an extraordinary appeal to the Brazilian Supreme Court.

HISTÓRICO

O prequestionamento é questão bastante controversa no direito processual civil brasileiro, não encontrando uniformidade quanto ao seu conceito, suas classificações e tão pouco quanto a sua configuração.

No entanto, tais divergências doutrinárias e jurisprudenciais não bastam para que o mesmo perca sua importância, como se verá a seguir.

Muito embora a previsão constitucional do prequestionamento seja uma questão pouco questionada e, para alguns autores, até mesmo superada, fato é que tal pressuposto de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, atualmente identificável nos artigos 102, III e 105, III, da Constituição Federal/1988, não é novidade no sistema jurídico brasileiro.

A primeira Constituição republicana, datada de 24.02.1891, em seu artigo 59, III, § 1º, a, já previa o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso direcionado ao Supremo Tribunal Federal:

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 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.*

Tal requisito de admissibilidade surgiu no Brasil por influência do *writ of error* norte-americano, no qual “a admissibilidade do recurso é taxativamente condicionada a ter sido suscitada, discutida e julgada, questão cuja solução contrarie norma da Constituição, de Lei federal ou tratados da União”².

A Constituição de 1934, embora se utilizando de linguagem ligeiramente diversa, em seu artigo 76, III, b, manteve a referência expressa ao prequestionamento:

Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

² Aragão, E. D. Moniz de. Pré-questionamento. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 328, p. 38, out/dez. 1994

(...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada

O texto foi reproduzido no artigo 101, III da Constituição de 1937. Dessa forma, o requisito esteve expresso no ordenamento, de 1891 até a entrada em vigor da Constituição de 1946, quando o constituinte eliminou o verbo “questionar”, permitindo o surgimento das mais variadas correntes sobre o tema, inclusive sustentando que o requisito havia sido extinto pela nova Constituição.

No entanto, deve-se notar que doutrina e jurisprudência jamais alcançaram um posicionamento uniforme quanto à inexigibilidade, ou sua exigência implícita pela Constituição.

O silêncio quanto ao “questionamento” foi reproduzido na Constituição de 1967 que, contudo, conservou o verbo “contestar”:

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida:(...)

c) julgar válida lei ou ato do Governo local, **contestado** em face da Constituição ou de lei federal. (grifou-se)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 46.882, precedente da Súmula 282, sobre a modificação implementada pela Constituição de 1967, destacou que “essa mudança de redação é irrelevante..., conforme tem decidido, reiteradamente, o Supremo Tribunal”.

Com a edição das Súmulas 282³ e 386⁴ do Supremo Tribunal Federal, em 1963, ou seja, durante a vigência da Constituição de 1946, que não previa expressamente tal requisito, consolidou-se o entendimento jurisprudencial de que o prequestionamento é um requisito de exigência implícita na Constituição.

Em 1988, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, com competência para processar e julgar os recursos que versem sobre tratados e leis federais e suas eventuais violações em razão das decisões proferidas pelos Tribunais inferiores, foi editada, em 1998, a Súmula 211 desse Tribunal, segundo a qual é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

³ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”

⁴ “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”

Dessa forma, não mais se questiona a exigência, seja ela implícita, ou explícita do prequestionamento, que apesar de longo vem ganhando importância e complexidade com o passar do tempo.

CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Haja vista a relevância do tema e o entendimento pacificado quanto à imprescindibilidade do requisito à admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, se afigura fundamental o estudo cauteloso do tema, uma vez que o mesmo influencia diretamente o acesso à justiça de todos aqueles que se socorrem aos tribunais superiores objetivando o justo julgamento da lide que o aflige.

Como exposto inicialmente, o prequestionamento é um requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, não há consenso entre estes Tribunais quanto ao conceito e a forma de configuração do mesmo.

Nesse contexto, destaca-se a existência de três principais correntes quanto à verificação do prequestionamento.

A primeira delas, defendida por José Miguel Garcia Medina⁵, entende que o prequestionamento se configura quando a matéria é argüida previamente por qualquer das partes, ou seja, está intimamente relacionado com a iniciativa das partes.

No entanto, entendimento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça⁶ e reafirmado por Eduardo Ribeiro de Oliveira, Athos Gusmão Carneiro, Nelson Nery Jr, Angélica Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, afirma que o prequestionamento só se configura quando a questão que será objeto de recurso excepcional houver sido efetivamente decidida nos autos do processo.

Nessas hipóteses a iniciativa das partes é indiferente ao prequestionamento, ou seja, ainda que as partes tenham provocado, oportunamente, a manifestação do tribunal sobre determinada matéria, se este não se pronunciou, a matéria não será tida por prequestionada.

⁵ Segundo o referido autor, “Prequestionamento só pode ser entendido como a iniciativa das partes que não vinculam, necessariamente, a decisão da qual se pretende recorrer. Elas, as partes, prequestionam, o Tribunal decide. É da decisão do Tribunal que se recorre e não da iniciativa das partes. Prequestionamento, em suma, não se confunde com a questão constitucional ou legal, que autoriza a interposição do recurso extraordinário ou especial, respectivamente.” Cit. Bueno, Cássio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. texto extraído do Jus Navigandi – <http://jus2.UOL.com.BR/doutrina/texto.asp?id=3024>

⁶ “Prequestionamento explícito. Caracterização. Para ser atendido o requisito de admissibilidade do prequestionamento, o Tribunal a quo tem que examinar e decidir a questão posta, não sendo necessária, no acórdão, a expressa menção ao dispositivo legal em que se fundamenta a decisão.” Eresp 165.212/MS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, julg. 10.10.1999

“Processo Civil. Recurso especial. Prequestionamento implícito. Embargos acolhidos. – O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a existência de sua expressa referência no acórdão impugnado.” EmD no Resp 162.608/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 16.06.1999

Deve-se notar, ainda, a existência de uma terceira teoria, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal⁷, segundo a qual o prequestionamento tão somente se verifica nas hipóteses em que houver a coincidência das duas primeiras correntes, isto é, quando as partes tiverem discutido prévia e tempestivamente a questão e existir manifestação expressa do tribunal sobre a matéria.

A despeito da divergência doutrinária, destaca-se a falta de uniformidade também na jurisprudência dos tribunais superiores quanto aos critérios de configuração do prequestionamento, o que reforça a importância de se conhecer o entendimento de cada um dos tribunais, de modo que eventuais confusões provocadas pela falta de consenso possam ser evitadas, impedindo a ocorrência de graves danos aos litigantes que pretenderem submeter suas respectivas lides ao julgamento dos tribunais superiores.

CLASSIFICAÇÕES

A falta de uniformidade da jurisprudência quanto à definição de prequestionamento fez surgir diversas classificações para o mesmo, dentre as quais se destacam as alusões ao prequestionamento como sendo explícito, implícito, ficto e numérico.

Embora se reconheça que o surgimento dessa classificação tenha se dado em grande parte com o objetivo de facilitar a compreensão do instituto e permitir uma relativa flexibilização de conceitos, haja vista a falta de consenso quanto aos mesmos, fato é que nem mesmo quanto a esta classificação foi possível se alcançar uma uniformidade de entendimentos em sede doutrinária e jurisprudencial.

PREQUESTIONAMENTO NUMÉRICO

Tal espécie de prequestionamento corresponde às situações em que há expressa menção ao dispositivo legal com vigência negada ou interpretação divergente.

⁷ “Não ventilada no acórdão recorrido a matéria constitucional suscitada pelo recorrente, deixa de configurar-se, tecnicamente, o prequestionamento do tema, necessário ao conhecimento do recurso extraordinário. A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação em momento procedimentalmente adequado. Não basta, no entanto, 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 constitucional questionada tenha sido efetivamente apreciada na decisão recorrida (RTJ 98/754 - RTJ 116/451).” AgIn 251.813-0/SP, 2 Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 09.06.2000, p. 42

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO - SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INOCORRÊNCIA - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL - RECURSO IMPROVIDO. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. - A configuração jurídica do prequestionamento - que traduz elemento indispensável ao conhecimento do recurso extraordinário - decorre da oportuna formulação, em momento procedimentalmente adequado, do tema de direito constitucional positivo. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido explicitamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária. - Omissa a decisão judicial na resolução de tema efetivamente suscitado pela parte, impõe-se, a esta, para efeito de cognoscibilidade do recurso extraordinário, o necessário oferecimento dos embargos de declaração, destinados a ensejar a explícita análise da quaestio juris pelo Tribunal a quo.” AgIn 179.378 AgR/DF, 1 Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 29.08.2003.

PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO

Quanto ao prequestionamento explícito, vale notar os comentários feitos por Theotônio Negrão, segundo o qual, a matéria federal ou constitucional deve ser objeto de manifestação expressa, de modo que cumpra o requisito a eventual propositura de recurso, não havendo necessidade, contudo, “que o artigo da Constituição Federal tenha sido expressamente referido no acórdão recorrido”⁸.

Para Luis Guilherme Aidar Bondioli, o prequestionamento explícito se configura tão somente nas hipóteses em que no acórdão recorrido conste referência expressa ao dispositivo legal ou constitucional, cuja violação se pretende sustentar em recurso excepcional, não bastando manifestação clara quanto à matéria nele abordada.

O STF exige o prequestionamento explícito, nos termos expostos por Theotônio Negrão.

O Superior Tribunal de Justiça entende por prequestionamento explícito o que foi colocado inicialmente como prequestionamento numérico, isto é, ainda que a matéria discutida esteja suficientemente clara no acórdão, se o artigo supostamente violado não tiver sido referido, o mesmo não se configurará.

No entanto, vale destacar que o STJ não exige o prequestionamento explícito, da forma que o entende.

PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO

O tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência a essa espécie de prequestionamento não difere muito daquele dado às demais.

Para Cássio Scarpinella Bueno, prequestionamento implícito é “a forma menos clara de ver aquilo que foi decidido e qual a tese jurídica a ele correspondente.”

Nos dizeres do ilustre ministro Athos Gusmão Carneiro, o prequestionamento implícito passou a ser admitido por força da necessidade de se mitigar formalismos excessivos. Assim, para ele, prequestionamento implícito dispensa “a indicação expressa do artigo de lei violado e dispensando, ainda, a necessidade de interposição de embargos declaratórios “para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido.”⁹

A definição do que é prequestionamento implícito é uma das mais árduas tarefas relativas ao tema.

⁸ Negrão, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 39 edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.088.

⁹ Carneiro, Athos Gusmão. Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno. 5 edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2008, p. 49.

Para Cândido Rangel Dinamarco, há prequestionamento implícito quando não houver dúvida quanto à intenção das partes de discutir determinada matéria. De tal modo que ainda que as partes e ou o acórdão não hajam feito referência expressa aos artigos supostamente violados, considerar-se-á prequestionada a matéria.

Para o STF o prequestionamento implícito ocorre quando o acórdão recorrido não debateu ou emitiu juízo de valor, mas o teor da decisão viola dispositivo constitucional.

O STJ entende por prequestionamento implícito, majoritariamente, aquilo que o STF sustenta por prequestionamento explícito, ou seja, o mesmo se verifica quando o tema tiver sido debatido sem fazer referência expressa ao dispositivo tido por violado.

Vale notar que os embargos prequestionadores, manifestamente admitidos pela jurisprudência, não se prestam a promover o prequestionamento numérico, quando a matéria houver sido decidida, havendo, portanto, prequestionamento implícito, ou explícito, dependendo do tribunal que irá apreciá-la.

PREQUESTIONAMENTO FICTO

Por fim, diz-se que há prequestionamento ficto, quando as partes, no decorrer do processo, se manifestaram sobre a matéria, sem que a mesma tenha sido enfrentada.

O STF, em regra, se filia ao prequestionamento explícito, havendo precedentes em que o prequestionamento ficto também foi admitido.

ANÁLISES CASUÍSTICAS

A falta de uniformidade quanto aos critérios de configuração do prequestionamento gera um grau de insegurança jurídica sem precedentes e cria situações próprias em que o prequestionamento precisa ser analisado de forma isolada.

PREQUESTIONAMENTO E MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

Dentre as questões mais debatidas envolvendo o tema está a necessidade de prequestionamento das matérias de ordem pública.

Como demonstrado anteriormente, não há uma verdadeira uniformidade quanto aos critérios de configuração do prequestionamento. No entanto, não resta dúvida de que, em regra, para que se considere preenchido o requisito do prequestionamento, a matéria tem que ter, no mínimo, sido ventilada no processo, quer por iniciativa das partes, que por decisão de ofício do juiz.

Em contraposição a este entendimento, é colocado o disposto no artigo 267, § 3º do Código de Processo Civil, segundo o qual as matérias de ordem pública devem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição até mesmo *ex officio*.

Dessa forma, surge então a dúvida quanto à possibilidade de apreciação de matéria de ordem pública pelos tribunais superiores, independentemente de prequestionamento, uma vez que o dispositivo processual permitiria que se conhecesse a qualquer tempo, de ofício, de tais matérias.

Ainda que em uma primeira análise possa parecer clara a possibilidade e até mesmo o dever de se conhecer de ofício das matérias de ordem pública pelos tribunais superiores, a verdade é que a questão não é simples como parece.

O requisito do prequestionamento tem origem constitucional, como inicialmente abordado, havendo, portanto, um conflito hierárquico de normas.

Mesmo que se possa argumentar que o Código de Processo Civil deve se sobrepor ao requisito constitucional por sua especificidade, fato é que a ordem hierárquica prevalece sobre a especificidade.

Sendo assim, tendo em conta a prevalência da norma constitucional, tal requisito se afigura intransponível, conforme jurisprudência dos tribunais superiores:

*“Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento, exigível, segundo a jurisprudência da Corte, ainda que a matéria seja de ordem pública, cuja declaração deva se dar de ofício: incidência das Súmulas 282 e 356: precedentes.”*¹⁰

Visando evitar a propositura de eventuais ações rescisórias e até mesmo de perpetuar nulidades absolutas, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a apreciação das matérias de ordem pública, desde que o recurso tenha sido admitido por outro fundamento, devidamente prequestionado:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. MENOR CARENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO POR OUTRO FUNDAMENTO. SÚMULA 456/STF. ECA. PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS. APELAÇÃO. PRAZO. 15 DIAS. ART. 212, § 1º, DA LEI N.º 8.069/90.

¹⁰ RE 254.921 AgR-ED/SP, 1 turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 13.08.2004, p. 275.

1. *É possível analisar de ofício matéria de ordem pública se, após ser o recurso especial conhecido por outro fundamento, defrontar-se o julgador com nulidade absoluta ou matéria de ordem pública que possa implicar anular ou tornar rescindível o julgamento. Súmula 456/STF. Precedentes.*”¹¹

Ainda que este seja o entendimento exposto pela maioria dos doutrinadores, também não é pacífico.

Nelson Luiz Pinto sustenta que “relativamente às questões de ordem pública, que, por disposição legal, devem ser conhecidas e decretadas até mesmo *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º), que são, essencialmente, os vícios positivos de existência e de validade do processo, bem como a presença de pressupostos processuais negativos, deve ser dispensado o requisito do prequestionamento, devendo o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecer dessas questões, evitando-se, assim, o trânsito em julgado da decisão viciada, que poderá ensejar a propositura de ação rescisória (art. 485, V, do CPC)”¹².

Não há dúvida de que ambas as correntes têm fortes argumentos e que o tratamento dispensado às matérias de ordem pública deve ser diferenciado.

Tendo em vista o contexto atual do Judiciário brasileiro, e o conseqüente perfil das decisões proferidas pelos tribunais estaduais e federais, não se pode presumir que os pressupostos processuais e as condições da ação sejam, sempre, apreciadas de ofício.

Lamentavelmente, a realidade não nos permite, ainda que com fundamento legal, pressupor que as matérias de ordem pública estão implicitamente prequestionadas.

Embora não haja dúvida de que os juízes deveriam cumprir à risca determinados “rituais”, tal falha não pode ser atribuída exclusivamente a eles, que atualmente se vêem assoberbadíssimos pela grande quantidade de processos em trâmite.

Sendo assim, mesmo não me filiando à corrente que sustenta a ditadura do prequestionamento, não concordo com elasticidade tamanha do instituto de modo a se admitir a presunção de prequestionamento das matérias de ordem pública.

Sinto-me mais confortável, portanto, com a corrente que admite a apreciação das matérias de ordem pública, uma vez conhecido o recurso por outro fundamento.

Distanciando-se brevemente do processo civil, vale notar que as restrições enfrentadas pelas matérias de ordem pública no processo civil, não se aplicam ao processo penal, no qual tais matérias

¹¹ Resp 610.438/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, 2 Turma, DJ 30.03.2005, p. 195.

¹² Pinto, Nelson Luiz. Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça – teoria geral e admissibilidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 182-183.

podem ser reconhecidas de ofício, independentemente do conhecimento do recurso por outro fundamento devidamente questionado.¹³

PREQUESTIONAMENTO E TERCEIROS INTERESSADOS

Outro tema que dá margem a debate é a necessidade de prequestionamento por terceiros interessados que ingressam no processo após a prolação do acórdão.

Nas hipóteses em que o terceiro interessado é litisconsorte necessário, o requisito vem sendo flexibilizado de modo a se admitir, sem qualquer restrição, o cabimento de recursos excepcionais, independentemente de prequestionamento.

Tal entendimento já foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. JUÍZO RESCINDENDO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE TODOS QUE PARTICIPARAM DA AÇÃO ORIGINÁRIA. LEGITIMIDADE PARA MANIFESTAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE.

1. A rigidez da observância do prequestionamento deve ser flexibilizada nos casos em que o terceiro interessado busca, via recurso especial, insurgir-se contra ausência da sua citação como litisconsorte necessário. Precedentes do STJ e do STF.

2. Em se tratando de ação rescisória, a demanda deve ser proposta contra todos que participaram da ação originária, uma vez que a decisão a ser proferida atingirá a todos indistintamente.

3. Ausente a citação de todos os que compunham o litisconsórcio no pólo ativo da ação de conhecimento, imperiosa é a decretação da nulidade de toda marcha processual no bojo da ação rescisória.

4. Recurso especial conhecido e provido.”¹⁴

O entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça é compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal, e tem por fundamento a impossibilidade lógica de se exigir o prequestionamento anterior ao ingresso do terceiro no processo:

¹³ RE 505.369-5 BA, Relator: Min. Menezes Direito, 1 Turma, DJ 21.11.2008.

¹⁴ Resp 676.159/MT, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, 6 Turma, DJe 17.03.2008.

“Mandado de segurança. Litisconsórcio passivo necessário. Impossibilidade de prequestionamento, uma vez que os recorrentes só ingressaram nos autos depois de prolatado o acórdão, e o fizeram para insurgir-se contra a ausência de sua citação como litisconsortes necessários. Ocorrência, no caso, de litisconsórcio passivo necessário. Recursos extraordinários, conhecidos e providos em parte.”¹⁵

Essa é uma das raras hipóteses em que os tribunais superiores admitem a relativização da rigidez do prequestionamento, que mesmo diante de situações excepcionais, não costuma ser prescindido.

VÍCIOS EMBARGADOS, OU PREQUESTIONAMENTO VICIADO?

Como dito anteriormente, a falta de uniformidade doutrinária sobre o conceito e a configuração do prequestionamento geram uma inquestionável insegurança em todos aqueles que precisam fazer uso de recursos excepcionais.

Dessa forma, o que se verifica atualmente é o milagre da multiplicação dos embargos prequestionadores.

A diversidade de entendimentos quanto ao prequestionamento e a sua configuração na forma explícita, implícita, numérica, ou ficta, vêm gerando a oposição reiterada de embargos de declaração com o objetivo de se adequar às diversas correntes existentes sobre o tema, visando evitar a “surpresa recorrente” de ter o seu recurso inadmitido por ausência de prequestionamento, confirmando a clara tendência de se restringir o acesso aos tribunais superiores.

Nesse contexto, não se pode duvidar de que o uso que vem sendo feito dos embargos de declaração é deturpado.

O uso descontrolado e irracional dos embargos de declaração além de comprometer a celeridade da prestação jurisdicional, ou a negativa da mesma, sob o argumento de que o referido recurso deveria ter sido apresentado oportunamente, para sanar os vícios do acórdão, vem gerando a banalização do recurso.

Como dito anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça exige que a matéria tenha sido decidida de forma clara pelo Tribunal *a quo*, para que se configure o prequestionamento, viabilizando, então, o recurso especial.

No entanto, deve-se notar que, não raro os tribunais sejam reiteradamente provocados, não se manifestam sobre determinadas questões, sob o argumento de que não são obrigados a se pronunciar sobre todas as questões postas no processo.

¹⁵ RE 91.405/RJ, Rel. Ministro Moreira Alves, 2 Turma

Nesse contexto, não resta às partes outra alternativa a não ser a oposição reiterada de embargos de declaração.

O entendimento que vem se solidificando na jurisprudência daquele tribunal é de que, inobstante a oposição de embargos, permanecendo omissa a matéria, deve ser interposto recurso especial sob fundamento exclusivo de violação ao artigo 535, II, do CPC.

Deve-se notar que a orientação é no sentido de que o recurso especial seja interposto apenas sob tal fundamento, não se devendo persistir na alegação de violação aos demais dispositivos.

Nessas hipóteses, havendo reconhecimento de que de fato o tribunal *a quo* deveria ter se manifestado sobre determinada matéria e não o fez, o acórdão deverá ser anulado, e proferido novo acórdão, abrangendo a matéria omissa.

A prática não tem legitimado tal entendimento!

O que se vê, em verdade, é a interposição de recursos especiais sustentando além das razões naturais do recurso, a violação ao artigo 535, II, do CPC.

Deve-se notar que para que o STJ reconheça como prequestionada a matéria, não basta a oposição de embargos e a alegação de violação do respectivo artigo do Código de Processo Civil, é necessário, ainda, que ele de fato entenda ter havido omissão no acórdão recorrido, ou seja, que o artigo 535 do CPC tenha sido violado, sem o quê não conhecerá do recurso.

O Supremo Tribunal Federal diverge, sustentando que basta a oposição de embargos de declaração para que se configure o prequestionamento, independentemente do seu provimento.

CONCLUSÃO

Lamentavelmente, o que se constata após um breve estudo do tema é que o prequestionamento vem sendo utilizado, tanto quanto outros artifícios, para dificultar, quando não, impedir o acesso aos tribunais superiores dos inúmeros recursos que emperram o regular funcionamento do Judiciário.

Ainda que jamais se admita e, que relute em aceitar, o meu sentimento pessoal é de que havendo interesse em se debater o mérito da causa, muitas vezes tal requisito tão rigoroso é flexibilizado em detrimento da segurança jurídica.

Eis a caixa-preta do Judiciário, travestida de prequestionamento!

REFERÊNCIAS

Aragão, E. D. Moniz de. Pré-questionamento – Revista Forense, Rio de Janeiro, vol 328, out/dez 1994.

Bueno, Cássio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. texto extraído do Jus Navigandi – <http://jus2.UOL.com.BR/doutrina/texto.asp?id=3024>

Carneiro, Athos Gusmão – Recurso Especial, agravos e agravo interno – 5ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2008.

Graziano, Analucia. Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento – ficto, implícito ou explícito – nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos extraordinários? – Revista de Processo vol. 154, São Paulo, dez 2007.

Melo, Andréa Cherem Fabrício de. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial” – Revista de Processo, São Paulo, vol. 132, fev 2006.

Negrão, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

Olivera, Pedro Miranda de. Ainda sobre o prequestionamento, os embargos de declaração e a súmula 211 do STJ – Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, ago 2008.

Pinto, Nelson Luiz. Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça – teoria geral e admissibilidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996

Pires, Roberto Carlos Martins. O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica – Revista de Processo, São Paulo, vol. 144, fev2007.

Souza, Roberto Carvalho de – Recurso Especial – 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.