

PREQUESTIONAMENTO: técnica, prática e perspectivas processuais

Por Ulisses Schwarz Viana¹

Resumo: o presente texto tem por escopo produzir breve estudo sobre o prequestionamento. Nele se busca identificar as modalidades de prequestionamento e seu tratamento na jurisprudência do STJ e do STF. Cuida-se também dos problemas e das dificuldades que o prequestionamento coloca diante do advogado na interposição dos recursos excepcionais (especial e extraordinário). Produz-se uma análise do prequestionamento à luz da regra do artigo 1.025 do CPC de 2015. Em tratamento voltado à prática da interposição do recurso especial e do recurso extraordinário apontam-se os modos e os momentos adequados à provocação do prequestionamento. São apresentadas as conclusões propositivas de cuidados que devem ser tomados pelo advogado para evitar o não conhecimento de seu recurso especial ou extraordinário por alegação de “ausência de prequestionamento”.

Palavras-chave: Prequestionamento. Recurso Especial. Recurso Extraordinário. STJ. STF. Novo Código de Processo Civil.

I – INTRODUÇÃO

Este breve estudo tem por escopo a análise da técnica e das perspectivas da prática processual em torno do prequestionamento, incluindo aí os possíveis efeitos da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC).

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pela Escola de Direito de Brasília/IDP. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: ulisses.schwarz@terra.com.br

Dentro desta perspectiva, são analisados por prisma prático os elementos conceituais relacionados ao prequestionamento e suas modalidades, bem como os aspectos estruturais de sua realização pelo advogado na condução do processo desde a petição inicial ou de sua primeira intervenção processual, conforme o caso.

Não ficará fora do estudo o problema que a configuração do prequestionamento tem representado aos operadores do sistema processual civil. Problema tormentoso porque surge como pressuposto de admissibilidade e de conhecimento dos recursos especial e extraordinário, como um dos pilares da denominada “jurisprudência defensiva”².

Por seu viés de prática processual, são tratadas as técnicas necessárias a evitar o não seguimento de recursos extraordinários e recursos especiais, bem como as cautelas que devem ser tomadas pelo advogado na preparação e na conformação adequada do prequestionamento como pressuposto de admissibilidade recursal, na óptica do STJ e do STF.

São, ao final, apresentadas as devidas conclusões na forma de roteiros preventivos que viabilizem, dentro de um quadro de jurisprudência sempre mutante, o conhecimento do mérito dos recursos dirigidos ao STF e ao STJ, visando a contribuir com a eficiência da atividade advocatícia no complexo labirinto dos Tribunais Superiores.

II – DO PREQUESTIONAMENTO: definição e modalidades

² Buscamos definir a jurisprudência defensiva nos seguintes termos (VIANA, 2011: 25): “A jurisprudência defensiva deve ser identificada como instrumentos que foram desenvolvidos originariamente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para diminuir a quantidade de recursos e tornar mais célere seu julgamento. Foi um mecanismo de reação da Suprema Corte ao horizonte de inviabilização absoluta de suas atividades jurisdicionais. Instrumentos que acabaram sendo incorporados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho.”

O prequestionamento³ deve ser definido como a necessária presença no acórdão recorrido de *efetivo*⁴ debate e manifestação sobre os *pontos* pertinentes ao texto constitucional, no caso do recurso extraordinário, ou do direito federal, quando cuidar-se de recurso especial.

Deve ser dada *ênfase* no termo *efetivo*, visto que há de ser encontrável e demonstrável no acórdão recorrido a presença de análise e fundamentação dos temas ou das questões controvertidas que constituirão *pontos de argumentação* que se ligam à necessidade discursiva de descrição de ofensas e violações a elementos normativos da Constituição ou da legislação federal, inclusive com a indicação específica dos dispositivos diretamente afrontados pela decisão combatida.

Por outro lado, dentre as modalidades de prequestionamento encontram-se o *numérico*, o *explícito* e o *implícito*.

No primeiro (prequestionamento numérico), verifica-se que houve a indicação explícita do número do artigo, dos incisos, e de outros elementos indicativos, como as alíneas, que compõem a estrutura do texto normativo em dispositivos da Constituição ou de lei federal.

Contudo, deve ser observado que a *simples* menção numérica a qualquer dispositivo federal ou constitucional *não implica necessariamente* na efetivação do *prequestionamento*.

Reforça-se que a indicação *en passant* de artigo, etc, de lei federal ou da Constituição *não configura ipso facto o prequestionamento*, o qual sempre pressupõe e exige o debate e apreciação *analítico-argumentativa* de seu conteúdo normativo e de sua aplicação no caso concreto, dentro do acórdão recorrido.

³ Por seu propósito mais prático que teórico, o presente texto não versa sobre parte da doutrina processual que defende a inconstitucionalidade do instituto do *prequestionamento*, como se vê nas lições de Karpov Gomes Silva, citado por José Aldizio Pereira Jr (PEREIRA JR, 2014), bem como na lição de Galeno Lacerda (LACERDA, 199: 199-210).

⁴ Neste sentido, veja-se a lição de Luís Eduardo Simardi Fernandes (in *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n° 13.105/2015*. ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. 2016. São Paulo: Editora Saraiva, p. 1189.

Por outro lado, no que diz respeito à compreensão do que se entende por *prequestionamento explícito* e *implícito* há de ser enfrentada a divergência de compreensão destas duas modalidades no STJ e no STF.

Cuida-se de uma questão com reflexos práticos relevantes, visto que não se deve alegar “*prequestionamento implícito*” no recurso extraordinário, isto porque o STF não o entende como o STJ, que o admite.

O fato é que o STF *não admite o prequestionamento implícito*, no qual a questão constitucional, segundo seu entendimento, surge como elemento não expressamente registrado nos fundamentos da decisão, ou que foi desta decorrente, devendo ser reproduzidas as seguintes ementas exemplificativas:

EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: alegada violação do art. 37, § 6º, da Constituição - fundamento do RE - não discutida pelo acórdão recorrido, nem objeto de embargos de declaração, **não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado "prequestionamento implícito" (Súmulas 282 e 356).**

(AI nº 180996 AgR / SP - SÃO PAULO
AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria 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. 2. Se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem, são ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido.**

(RE nº 412633 AgR / SP - SÃO PAULO
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. EROS GRAU)

É digno de observação que o STF exige, como se depreende das ementas colacionadas, a configuração do prequestionamento *explícito* que

pressupõe a *menção* na decisão recorrida do dispositivo constitucional que a parte apresenta como violado nas razões de seu recurso extraordinário.

Já no STJ, entende-se por prequestionamento implícito a circunstância de não ser exigível a menção explícita (numérica)⁵ no acórdão do *dispositivo legal tido por contrariado*, sendo suficiente que haja sido discutida a questão jurídica⁶.

No campo doutrinário esta mesma celeuma conceitual se reproduz.

Fredie Didier Jr (DIDIER Jr, 2013: 260) apresenta a seguinte compreensão sobre o prequestionamento implícito:

(...) há prequestionamento implícito quando o Tribunal de origem, apesar de se pronunciar explicitamente sobre a questão federal controvertida, não menciona explicitamente o texto ou o número do dispositivo legal tido como afrontado. Exatamente neste sentido o prequestionamento vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça. O que importa é a efetiva manifestação judicial – causa decidida. Não há aqui qualquer problema: se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria ‘questionada’ e isso é o quanto basta”.

Já na doutrina professada por Bernardo Pimentel Souza (SOUZA, 2009: 868), há a compreensão de que existe prequestionamento *explícito* quando se verificar que a questão federal ou constitucional tenha sido objeto de decisão no acórdão recorrido, ainda que sem a menção ao respectivo preceito legal ou constitucional de regência.

⁵ No mesmo sentido, Alexandre Reis Siqueira Freire (FREIRE, 2011: 21-22).

⁶ Veja-se o acórdão proferido nos Embargos de Divergência no Recurso Especial (EREsp) nº 181.682/PE, relator Min. Eduardo Ribeiro, Corte Especial, pub. no DJ de 16-08-1999, p. 37, ementado nestes termos: “**RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. Desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida.**”

Mas neste texto a partir de sua perspectiva *prática*, adotamos a posição esposada por Néelson Nery Jr ao apontar a irrelevância operacional dessa distinção, quando ele registra (Nery Jr, 2001: 856) que:

A visão dicotômica do prequestionamento, em implícito e explícito é irrelevante para caracterização do cabimento do recurso excepcional. O problema não existe, haja ou não o prequestionamento, implícito ou explícito, pouco importa o recurso extraordinário ou recurso especial só será admissível se a matéria tiver sido efetivamente “decidida”, vale dizer, se estiver contida “dentro” do Acórdão que se pretende impugnar.

Assim, o prequestionamento, de modo prático, exige o explícito debate do tema constitucional com amplitude suficiente para a exposição dos motivos na fundamentação decisória, ainda que não haja citação *numérica* de dispositivos federais ou constitucionais. Poder-se-ia afirmar que o prequestionamento *por excelência* é aquele *facilmente aferível e demonstrável*⁷.

Sendo necessário o registro de uma observação importante: quando se cuidar de recurso extraordinário deve se buscar a *menção numérica* do dispositivo constitucional, aspecto que será objeto de análise mais detida na sequência do texto quando for estudado o problema do *prequestionamento ficto*.

Ainda neste tópico do texto temos outra figura, a do *prequestionamento tardio*.

Na verdade, por respeito à coerência lógica, não cuida de forma alguma de prequestionamento, mas sim de deficiência processual quanto às fases de provocação e de promoção do prequestionamento.

⁷ Utilizamos o vocábulo *demonstrável* exatamente porque se necessária a interposição de agravo interno contra decisão do relator no STF ou STJ, em caso de negativa de seguimento recursal, a demonstração da presença do prequestionamento, quando *explícito*, não gerará dificuldades argumentativas, bastando colacionar os trechos do acórdão onde os temas recursais foram debatidos.

No prequestionamento *tardio*, as matérias federais ou constitucionais que não foram suscitadas em fases processuais próprias, quais sejam, aquelas que antecedem à prolação do acórdão recorrido, são *inovadoramente* levantados pela parte em fase de oposição de embargos de declaração.

Ora, se se cuidam de pontos não suscitados antes do acórdão recorrido, resta infrutífera qualquer tentativa de alegar a existência de omissão ou contradição na decisão, sendo, como se pode concluir, um verdadeiro contrassenso.

Veja-se, neste sentido, a seguinte ementa exemplificativa:

EMENTA DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REAJUSTES SALARIAIS. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. SÚMULAS Nº 282 E Nº 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. A matéria constitucional versada no recurso extraordinário não foi analisada pelas instâncias ordinárias. Ressalto que os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento inovaram ao suscitar a suposta ofensa à Constituição Federal. Aplicável, na hipótese, o entendimento jurisprudencial vertido nas Súmulas nº 282 e nº 356/STF. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. 3. Majoração em 10% (dez por cento) dos honorários advocatícios anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015, ressalvada eventual concessão do benefício da gratuidade da Justiça. 4. Agravo interno conhecido e não provido.

(ARE 1001357 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2017 PUBLIC 04-04-2017)

A exposição até aqui, de forma sintética, permite a compreensão do que pode ser considerado *prequestionamento*, devendo ser ressaltado que *simples menções a artigos de lei federal ou da Constituição, desacompanhados de argumentação analítica sobre o tema recursal não*

configuram a presença do requisito de admissibilidade examinado neste texto.

Neste momento, já podemos avançar para delinear, ainda que de forma não exaustiva, os principais momentos de *provocação* do prequestionamento.

III – MOMENTOS PROCESSUAIS PARA A PROVOCAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO

Em estudo anteriormente publicado⁸, procuramos elencar de modo prático os momentos processuais adequados, de modo geral, para provocar a assim obter o prequestionamento explícito sobre os temas federais e constitucionais relevantes na propositura da ação ou na defesa levada a efeito pelo advogado no processo, o que servirá de balizamento para a exposição subsequente.

Como regra de boa atuação no processo, o prequestionamento deve ser provocado desde a primeira intervenção do advogado nos autos do processo. É dizer, o prequestionamento deve ser perseguido já na confecção da petição inicial ou na peça de defesa (contestação, informações em Mandado de Segurança, por ex.).

Grave inobservância desta *golden rule*, está em deixar para *innovar* a tese jurídica (federal e constitucional) nos recursos internos (agravo interno ou embargos de declaração) no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional

⁸ Refiro-me a *Roteiros Preventivos na interposição dos recursos extraordinários e especial* (VIANA, 2005).

Federal, o que significa a perda do momento oportuno para provocar o prequestionamento devidamente.

A partir do prisma da prática processual, os temas jurídicos que demandam efetiva decisão sobre a matéria federal ou constitucional devem ser provocados:

1. na petição inicial, ao dar-se destaque aos aspectos federais e constitucionais da controvérsia⁹;
2. quando da apresentação da resposta processual (contestação, exceções, informações, etc) ou impugnação (no caso de embargos à execução);
3. se a parte tiver sido vitoriosa (mormente nos feitos de competência originária do Tribunal de Justiça), nas **contrarrazões**¹⁰, pois se a decisão (favorável à parte) não for mantida na Corte *ad quem*, não haverá como interpor os recursos cabíveis (especialmente o extraordinário contra decisões do STJ ou do TST) por falta de oportuno prequestionamento. Parece não ser relevante, mas em matéria de prequestionamento recursal as **contrarrazões** são de **suma importância**.
4. se omissis o acórdão a respeito de questão federal ou constitucional **já arguida no momento oportuno**, com a oposição de embargos de declaração, nos moldes da **Súmula 356 do STF**.

Providência inócua e que conspira contra a eficiência da atuação processual consiste em **innovar** a matéria (que **não** houver sido provocada na apelação, agravo, contestação etc) em sede de embargos de declaração, com o fito de provocar um **prequestionamento tardio**, que como visto acima é **ineficaz**.

Constando-se que os temas federais e constitucionais não foram suscitados nos momentos próprios, o mais coerente é não interpor o especial ou o extraordinário e não esperar que a falha recursal seja **superada** pelo STJ e pelo STF, sendo que a insistência na presença do

⁹ Problema comum e que atrai outro óbice, o da Súmula nº 280/STF, é dar enfoque destacado e central a normas de **direito local**, deixando o direito federal ou a Constituição como *pano de fundo* na argumentação processual.

¹⁰ Leia-se a observação a esse propósito de Tereza Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, 2011: 257).

prequestionamento nestas situações servirá somente para atrair aplicação de *multas processuais* em recursos internos, as quais atualmente são severas no regime do novo CPC.

Aspecto que merece o devido reforço neste estudo é a falha processual de deixar de provocar o prequestionamento nas *contrarrazões* ao recurso interposto pela parte vencida, por ser este talvez este **o único momento** em que a parte poderá fazê-lo, isto ante a possibilidade da reforma da decisão em desfavor do Estado no STJ, gerando dificuldades nos recursos internos, como o agravo do art. 1.021 do NCPC.

IV – DO PREQUESTIONAMENTO *FICTO* NO ART. 1.025 DO NCPC E DE SEUS ESPERADOS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA

Dentre as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, temos a inserção do termo “pré-questionamento” pela primeira vez na legislação processual brasileira.

Neste sentido, digno de reprodução é o texto do artigo 1.025 do NCPC:

Art. 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.

Este dispositivo do CPC de 2015 (NCPC) traz importante impulso de modificação nas estruturas criadas e consolidadas na jurisprudência defensiva dos STF e do STJ.

Dentro deste panorama de *possível* reestruturação da jurisprudência formada em torno do prequestionamento à luz do art. 1.025 do NCPC, merece atenção o contido no enunciado da Súmula nº 356 do STF.

A Súmula nº 356/STF quando aplicada *a contrario sensu* trazia o indicativo da possibilidade de concluir-se que a oposição de embargos de declaração, quando previamente suscitada a questão constitucional ou federal a Corte *a quo*, supriria a ausência ou negativa de pronunciamento no acórdão sobre os pontos (constitucionais ou legais federais) suscitado pela parte no curso do processo.

Reza o enunciado da Súmula nº 356/STF:

O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário por falta do requisito do prequestionamento.

Novamente, em uma interpretação *invertida*, caso a decisão recorrida não se manifeste sobre a questão constitucional ou federal, cabe à parte opor embargos de declaração¹¹, para que o órgão julgador *a quo* enfrente de forma direta os temas constitucionais e federais postos *previamente* em suas peças processuais.

Note-se que estamos a falar de questões *previamente* suscitadas¹² porque os embargos de declaração só se prestam a suprir aspectos *omissos*,

¹¹ No âmbito do STF, leia-se neste sentido o RE 334279 / PA (Min. Sepúlveda Pertence), o AI nº 434.530 AgR/RJ (Min. Sepúlveda Pertence), o RE 198.631 AgR/PA (Min. Sepúlveda Pertence), dentre outros.

¹² Advirta-se que a parte, por precaução, deve, nos embargos de declaração, deixar expresso seu nítido propósito de prequestionamento, para evitar a imposição de multa pela possibilidade de serem eles

ou seja, desculpando-se a insistente repetição, de questão já suscitadas na em momentos processuais anteriores, não se admitindo *inovações* temáticas nesta fase.

Recentemente, para agravar ainda mais a jurisprudência defensiva em torno do prequestionamento, o STF passou a não admitir a interpretação *a contrario sensu* da Súmula nº 356/STF, como se extrai da seguinte ementa:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.11.2010. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a discussão referente à prorrogação de licença maternidade de servidora pública estadual é de natureza infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Precedentes. O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. *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 expresso, 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. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Agravo regimental conhecido e não provido.

(ARE 707221 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)

considerados protelatórios pelo Tribunal. Não é sem sentido tal advertência, pois caso venha a ser aplicada a multa processual, com muito mais facilidade se pode interpor recurso especial contra a mesma, por divergência com a Súmula 98/STJ, a qual prescreve: “**Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.**”

Quadro mais problemático ainda temos no entendimento do STJ quanto à oposição de embargos de declaração para provocação do prequestionamento.

No STJ a jurisprudência defensiva avançou a tal ponto no tema do prequestionamento que veio a ser editado enunciado sumular que representa seu *state-of-art*, qual seja a Súmula nº 211.

Vejamos o teor do enunciado na Súmula nº 211/STJ:

Inadmissível recurso especial quanto questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Este verbete sumular exige do recorrente, no caso do órgão julgador se negar a apreciar as matérias objeto dos embargos, que este interponha recurso especial que veicule ofensa aos preceitos de admissibilidade dos embargos de declaração (art. 1.022 do NCPC), postulando a anulação da decisão recorrida para que, devolvendo-se o processo ao órgão jurisdicional *a quo*, seja efetivamente suprida a omissão.

Este cenário coloca ainda outra dificuldade técnica, a providência salutar e preventiva formular pedido recursal *alternativo* ou *subsidiário*, no sentido de que se o STJ considerar prequestionada a questão, que a referida Corte Superior julgue o mérito do Recurso Especial, no qual já devem constar as alegações de violações a lei federal ou a de divergência jurisprudencial.

O ataque simultâneo decorre do preconizado pelo *princípio da eventualidade*, isto porque, caso o STJ entender não existir qualquer omissão no acórdão recorrido, não poderá mais a parte interpor o recurso especial em face do mérito pelo exaurimento do prazo recursal.

A exposição feita até aqui nos coloca diante da questão: **em que medida o art. 1.025 do NCPC alterou a técnica processual do prequestionamento?**

Como se trata de um regramento relativamente recente, ainda pairam dúvidas aplicativas do que de significação do que foi expresso no texto do dispositivo aqui em apreciação.

De uma leitura do texto normativo extraem-se algumas conclusões, as quais a nosso ver são seus corolários aplicativos.

Primeiro, o art. 1.025 do NCPC¹³ consagra legislativamente o que se vinha identificando como prequestionamento *ficto*, que é aquele em que se considera prequestionada a questão constitucional ou federal *ipso facto* da oposição de embargos de declaração, sem que o órgão jurisdicional de origem tenha se manifestado sobre o tema objeto do recurso especial ou extraordinário.

Aparentemente, o artigo 1.025 traz reforço à aplicação *a contrario sensu* do enunciado da Súmula nº 356/STF, colocando na legislação processual brasileira – por vez primeira - a referência expressa ao “prequestionamento” e dos embargos de declaração como meio processual para sua provocação, em caso de negativa do órgão jurisdicional originária de apreciar as questões federais e constitucionais levantadas no decorrer das fases processuais próprias.

Por outro ângulo, porém, o dispositivo do CPC de 2015 apresenta uma problemática, visto que o STF não vinha admitindo o prequestionamento *ficto*, negando seguimento aos recursos extraordinários mesmo quando opostos embargos de declaração. Vejamos novamente o seguinte precedente:

¹³ No mesmo sentido observa Luiz Henrique Volpe Camargo (CAMARGO, 2011: 328).

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.11.2010. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a discussão referente à prorrogação de licença maternidade de servidora pública estadual é de natureza infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Precedentes. O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. 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.* Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 707221 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)

Também problemática a regra do art. 1.025 em face do enunciado da Súmula nº 211/STJ, cujo texto assim se apresenta:

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

O texto da mencionada súmula de forma bem clara representa o rechaço do prequestionamento *ficto* na interposição do recurso especial, o que o coloca em confronto com o art. 1.025 do NCPC.

Na verdade, o referido enunciado sumular, de forma explícita e rigorosa, afasta o prequestionamento *ficto*, o que, com todo respeito, não é

razoável ao exigir o expresse enfrentamento da questão pelo órgão julgador na origem sobre o tema federal, fechando as portas ao recurso especial mesmo quando diligentemente opostos embargos de declaração para suprir omissões que, no fim de contas, implicam em negativa ou recalcitrância das instâncias ordinárias em manifestar-se sobre questões federais trazidas oportunamente ao processo pelas partes.

O importante é registrar que não sabemos ainda de forma clara qual o impacto que o art. 1.025 do NCPC terá sobre a *jurisprudência defensiva* no STJ e no STF no que tange ao tema tormentoso do prequestionamento *ficto*.

Digno de observação é que a parte final do referido artigo do NCPC traz uma ressalva que, no mínimo, causa profunda dúvida: “caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Fica a indagação, caso o tribunal superior não considere existente erro, omissão, contradição ou obscuridade, poderá ele negar seguimento/conhecimento ao recurso especial ou extraordinário?

De uma interpretação da parte final do art. 1.025 poderíamos concluir que o tribunal superior não poderá considerar, por ex., *incluído* no acórdão pontos que não tenham sido suscitados pela parte embargante em momentos processuais anteriores à prolação da decisão recorrida.

Para nós, a parte final desse dispositivo cuida da questão do *prequestionamento tardio*, o qual *inova* em temas federais e constitucionais não submetidos oportunamente ao crivo decisório das instâncias ordinárias da jurisdição civil.

Em suma, pontos não submetidos de modo prévio ao órgão julgador originário pela simples oposição de embargos de declaração não podem ser considerados *incluídos* no acórdão recorrido.

Dessa leitura, a nosso ver clara e razoável, o art. 1.025 do NCPC não deixa muito espaço para a jurisprudência defensiva criar obstáculos aos recursos especial e extraordinário.

Mais ainda, na esfera do STJ o artigo 1.025 do NCPC implica em uma espécie de *overruling* da Súmula nº 211/STJ, a qual deve ceder ao espaço normativo do CPC de 2015, bem como representa uma necessidade de o STF revisitar sua jurisprudência para admitir o prequestionamento *ficto* consagrado legislativamente no CPC de 2015.

Por óbvio, mesmo os tribunais superiores devem observância ao devido processo legal e ao dever institucional de preservar e dar eficácia à ordem jurídica, aqui, no caso, ao processo civil codificado. Neste sentido, devem o STJ e o STF rever suas estratégias jurisprudenciais no campo da jurisprudência defensiva a ponto de garantir a efetiva aplicação do regramento do art. 1.025, do NCPC, em sua explicitude textual.

Mas por necessidade de ater-se também ao propósito prático deste texto, passamos a analisar as implicações do art. 1.025 do NCPC nas atividades diárias do advogado que interpõe os recursos especial e extraordinário.

O referido dispositivo processual civil implica no domínio da técnica dos embargos de declaração como meio processual agora expressamente inserido na legislação processual codificada.

Neste diapasão, deve ser ressaltada a imprescindibilidade da oposição dos embargos de declaração para o fim de promover o prequestionamento, como forma de promover tanto a aplicação da regra do artigo 1.025 do NCPC, como também tornar mais claros pontos obscuros e imprecisos do acórdão recorrido que, em tese, podem gerar dúvidas quanto à conformação do devido prequestionamento.

Dentro desse viés prático, deve ser anotada a observação de que no caso do recurso extraordinário deverá ser buscada a indicação *numérica* do dispositivo constitucional afrontado pelo acórdão recorrido.

Em outros termos, quando da oposição dos embargos de declaração deverá ser demonstrado o *link* entre o tema constitucional suscitado e a

disposição constitucional que se alega violada. Claro que dentro de uma *ampla argumentação jurídica, suficiente* para, *minimamente*, demonstrar a correlação entre a questão controvertida e o texto constitucional, com a indicação do “dispositivo violado”¹⁴.

Na vigência do NCPC, os embargos de declaração assumem um papel central na promoção e na configuração do prequestionamento, o que demanda do advogado, como já dito, a adoção de todas as cautelas necessárias para viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário e do recurso especial, sendo que no plano prático se abre hipótese que impõe o *munus* processual de apresentar argumentação jurídica suficientemente bem deduzida, além de, sempre, demonstrar de modo específico a violação ao direito federal e à Constituição ao, de modo *numérico*, direcioná-la de modo explícito e preciso a dispositivo da legislação federal e do texto constitucional.

Deve ser enfatizado que, como já alinhavado em tópico anterior, não satisfaz ao requisito do prequestionamento, de outro ângulo, a simples existência na decisão recorrida por meio dos recursos excepcionais de menção numérica a preceito da Constituição ou de lei federal, deverá ser sempre buscado o efetivo debate e a apreciação argumentativa da questão ou ponto controvertido pela corte originária para, em qualquer

¹⁴ Confira-se o seguinte julgado: EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS. SÚMULA Nº 284 DO STF. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CONTRAMINUTA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Ausente a indicação de dispositivo constitucional a amparar a insurgência do recorrente. Incidência da Súmula nº 284/STF. 2. Majoração em 10% (dez por cento) dos honorários anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015, ressalvada eventual concessão do benefício da gratuidade da Justiça. Precedentes: ARE 964.347-AgR, Redator p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 25.10.2016, ARE 971774 AgR, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe 19.10.2016. 3. Agravo regimental conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. (ARE 972999 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 24-04-2017 PUBLIC 25-04-2017)

circunstância, atrair a regra do art. 1.025 do NCPC, promovendo o prequestionamento no mínimo *facto*, agora positivado no CPC de 2015.

V – CONCLUSÕES

De todo o apresentado neste texto, podemos extrair as seguintes conclusões na forma de proposições práticas:

1. o prequestionamento se apresenta como um dos pilares da jurisprudência defensiva, como instrumento utilizado pelos tribunais superiores para controlar e evitar o irrestrito acesso das partes a sua jurisdição por meio dos recursos excepcionais, especial e extraordinário e, também, no plano da prática processual, como um dos mais problemáticos pressupostos de admissibilidade recursal;

2. para prevenir dificuldades com o prequestionamento, cabe ao advogado a efetiva análise do acórdão a ser eventualmente recorrido em sede de recurso especial ou extraordinário, perscrutando toda a fundamentação decisória para identificar se houve efetivo debate e decisão sobre pontos relativos ao direito federal ou à Constituição, com o cuidado de localizar os argumentos utilizados e que permitam a identificação do dispositivo violado (lei federal ou Constituição).

3. a simples menção **numérica** de artigo, inciso ou alínea (neste último caso, apesar de não se cuidar propriamente de “números”), que integram a estrutura de texto normativo federal ou constitucional, quando **desacompanhada** da imprescindível análise argumentativo-aplicativa do dispositivo, não preenche os requisitos necessários para a interposição segura do recurso extraordinário ou especial.

4. sempre aconselhável promover nos momentos processuais próprios a indicação “*numérica*” do dispositivo violado no conjunto da efetiva análise e decisão da questão federal ou constitucional, para ser obtido o prequestionamento expresso ou *explícito*;

5. o prequestionamento deve ser promovido e provocado pela parte desde sua primeira intervenção no processo, com o intuito de evitar-se cair no beco sem saída processual dos embargos de declaração *inovadores* de temas não suscitados adequadamente em momento anterior à prolação da decisão recorrida, no caso da tentativa do denominado *prequestionamento tardio*, rechaçado de forma inflexível na jurisprudência do STJ e do STF.

6. os embargos de declaração *prequestionadores* se constituem em elemento indispensável para a interposição minimamente eficaz dos recursos excepcionais;

7. os embargos de declaração *prequestionadores* exigem esforço argumentativo do advogado, o qual deve sempre correlacionar de modo *preciso* suas razões e seus argumentos com um específico dispositivo de lei federal ou constitucional, conforme o caso;

8. o advogado deve sempre buscar dar uma aplicação efetiva e pragmática à regra contida no art. 1.025 do NCPC, como forma de reverter a jurisprudência defensiva para que o STJ e o STF passem a admitir o prequestionamento *facto*, consagrado na legislação processual codificada de 2015, o que, por sua vez, demanda o cuidado de, como mencionado no item anterior, produzir uma *argumentação jurídica robusta* no sentido de provocar ou suprir o debate sobre a controvérsia federal ou constitucional no acórdão recorrido;

9. por fim, o prequestionamento nunca deve ser *implicitamente* presumido, cabendo ao advogado exercer adequadamente seu *munus* processual, sendo de bom alvedrio, quando paire mínima dúvida

sobre a presença e efetividade do prequestionamento, lançar mão dos meios processuais à sua disposição, dentre deles, de modo destacado, dos embargos de declaração.

REFERÊNCIAS

- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (2011). *Cem novidades do novo Código de Processo Civil*. In Revista de Informação Legislativa do Senado nº. 190 abr./jun 2011. Senado Federal: Brasília.
- DIDIER, Fredie (2013). *Curso de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Vol. III. Salvador: Editora Juspodium.
- FERNANDES, Luís Eduardo Simardi Fernandes (2016). in *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015*. ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. São Paulo: Editora Saraiva.
- FREIRE, Alexandre Reis Siqueira (2011). *O recurso especial no novo Código de Processo Civil*. In Revista de Informação Legislativa do Senado nº. 190 abr./jun 2011. Senado Federal: Brasília.
- LACERDA, Galeno. Prequestionamento. Forense. Vol. 346, abr/jun. 1999.
- NERY Jr (2001). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis e de outra forma de impugnação as decisões judiciais. Vol 4. São Paulo: Editora RT.
- PEREIRA Jr, José Aldizio (2014). Legitimidade do prequestionamento na nova ordem jurídica. Acessível em << <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,legitimidade-do-prequestionamento-na-nova-ordem-juridica,49046.html>>> (acesso em 05 de maio de 2017).

SOUZA, Bernardo Pimentel (2009). *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva.

VIANA, Ulisses Schwarz (2005). *Roteiros preventivos na interposição dos recursos extraordinário e especial*. Campo Grande: Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

_____ (2011). *Repercussão geral sob a ótica da teoria geral dos sistemas de Niklas Luhmann*.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (2011). *Recursos e rendimento do processo*. In Revista de Informação Legislativa do Senado nº. 190 abr./jun 2011. Senado Federal: Brasília.