

Os impactos do CPC/2015 no prequestionamento nos recursos excepcionais

Vinicius Silva Lemos

Advogado em Rondônia

Doutorando em Processo Civil pela UNICAP/PE

Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ

Especialista em Processo Civil pela FARO

Professor de Processo Civil da FARO e na UNIRON

Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP

Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia – IDPR

Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP

Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO

Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC

Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO.

RESUMO

Este estudo versa sobre a positivação do instituto do prequestionamento na sistemática recursal dos Tribunais Superiores no novo Código de Processo Civil recém-sancionado, analisando o instituto, suas divergências doutrinárias, sua conjuntura atual, sua modificação legislativa e as perspectivas para o futuro, bem como a escolha do legislador no tocante ao assunto prequestionamento.

Palavra-chave: Recurso. Decisão. Prequestionamento. Ficto.

ABSTRACT

This study focuses on the affirmations of the institute of Prequestionamento in the systematics of Superior Courts in the new code of civil procedure newly-sanctioned, analyzing the institute, their doctrinal differences, their current situation, its

legislative modification and the prospects for the future, as well as the choice of the legislator in relation to the subject prequestionamento.

Keywords: Appeal. Decision. Prequestionamento. Fiction.

Introdução

Os Tribunais Superiores brasileiros por muitas vezes são encarados pela sociedade, principalmente a leiga, como terceira ou quarta instâncias processuais, como um direito de qualquer cidadão em qualquer ação, independente de temática. Uma aparência de que todo e qualquer processo deva passar por todo o trâmite recursal superior.

Entretanto, a sistemática recursal no processo civil brasileiro somente concede direito pleno ao jurisdicionado quando do duplo grau de jurisdição, sendo ampla a devolutividade e seus requisitos. No tocante às formalidades recursais para os Tribunais Superiores, os recursos não se fixam mais somente nas causas em questão, nos processos e seus objetos, há a necessidade de uma infração de lei infraconstitucional (Superior Tribunal de Justiça) ou de norma constitucional (Supremo Tribunal Federal).

Apesar da possibilidade recursal a esses Tribunais, os requisitos são mais complexos, causando um nítido filtro processual para que somente os processos importantes para a sociedade ou que realmente tenham amplitude maior do que a causa, dentro da ofensa mencionada, sejam julgados.

Um dos principais, senão o principal, dos filtros processuais recursais de admissibilidade está na necessidade de prequestionamento da matéria no juízo recorrido, de forma a somente admitir-se recursos superiores para causas/matérias realmente decididas, questionadas e enfrentadas, de acordo com o texto constitucional disposto nos arts. 102, III e no 105, III.

Com o advento do CPC/2015, o legislador, diante de vários entendimentos sobre o instituto, teve de optar por adotar critérios de prequestionamento, positivando norma sobre o assunto e esclarecendo as divergências jurisprudenciais existentes na matéria.

Este presente estudo tem como recorte o aprofundamento sobre as escolhas do legislador sobre o prequestionamento, a sua relação com o aspecto constitucional da causa decidida e os impactos que proporcionam no pensamento dos Tribunais Superiores.

1 Prequestionamento

A Constituição Federal, na matéria específica aos recursos excepcionais (art. 102, III/art. 105, III), impõe que estes somente serão possíveis sobre causas decididas, o que leva à interpretação de que as partes somente poderão recorrer de matérias que foram discutidas pelos Tribunais anteriores, constando materialmente no teor da decisão judicial recorrida. Desse modo, contendo decisão sobre a matéria, caberá recurso excepcional sobre essa parte decisória e, por outro lado, sem a decisão no tocante àquele ponto, não pode recorrer para os Tribunais Superiores.

Entretanto, em diversas situações, mesmo havendo um ato decisório na demanda, não houve, no acórdão, o enfrentamento de matéria constante no contraditório/fundamentos/pedidos, incorrendo em uma evidente omissão, remetendo a situação para a possibilidade de interposição dos embargos de declaração para saneamento da omissão, com base no art. 1.022.

A súmula 282 do STF debruça-se sobre a matéria de forma conclusiva, a entender como pertinente, existente e essencial o prequestionamento, como vemos, nesse ponto, que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Dessa forma, o prequestionamento “é ato do órgão julgador, isto é, ele, órgão julgador, tem que emitir juízo de valor, ou seja, apreciar e decidir sobre as questões constitucionais ou legais aplicadas ao caso concreto” (GUIMARÃES, 2010, p. 19).

Pode-se constatar que, com a falta de decisão na matéria em questão, haveria falta de cabimento no recurso a ser manejado, por não preencher uma condição inicial para a própria existência recursal, a decisão em si. Tendo os Tribunais Superiores a função revisional – federal ou constitucional, somente haverá revisão quando houver, de igual maneira, uma manifestação sobre a matéria. Sem o enfrentamento pelo Tribunal recorrido, no acórdão, sobre tal ponto ou matéria, evidentemente, não caberá tal recurso excepcional. Portanto, necessário conter, materialmente, a decisão nos autos, de modo que, com “razão o STF quando exige o prequestionamento da questão constitucional, para que possa conhecer do RE (STF 282 e 356)” (NERY JR.; NERY, 2002, p. 541).

A matéria, por construção meramente doutrinária e falta de regulamentação específica, tem diferentes conceitos, diversas formas de aceitação, questionamentos sobre a sua nomenclatura, bem como sua função na fase recursal, quais possibilidades,

em quais recursos, entre outras hipóteses. Num sentido amplo, “para o sistema constitucional brasileiro, prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se efetivamente sobre a questão legal, previamente à interposição do REsp” (NERY JR.; NERY, 2002, p. 924/925).

1.1 Formas de prequestionamento

Medina (2005, p. 287), ao analisar a questão do prequestionamento, não alcança definir a conceituação em uma única e básica maneira, mas a explica como uma multiplicidade de posicionamentos jurisprudenciais para entender a existência de grupos diferentes de prequestionamento, o que até contribui no intuito de entender as suas diferentes variáveis, que infelizmente existem e “prejudica-se, com isto, a realização de tão relevante função desempenhada no sistema jurídico pelos recursos extraordinário e especial e, conseqüentemente, a razão de ser das Cortes Superiores”.

Não há dúvidas¹ sobre a sua função e necessidade, mas, diante de tantos posicionamentos, o próprio instituto tem visão precária, no sentido de não ter a sua positivação de modo correto e bem delineado. Quando se imagina a primeira hipótese sobre a necessidade de manifestação expressa, se busca um ritual processual minimalista, uma questão complexa que nunca poderia ser tergiversada.

¹ Nery Jr. em recente entrevista dispõe que não haveria um prequestionamento como requisito à interposição do recurso excepcional, mas somente a necessidade de enfrentamento material. O posicionamento não é incomum, esbarrando somente na espécie de conceituação que se faz do instituto. Se entender como a necessidade de suscitação da parte, talvez seria um prisma interessante. No entanto, se entender que o prequestionamento seria, de certa maneira, o enfrentamento da questão ou, em último caso, o recurso para forçar tal desiderato, a divergência seria somente de conceituação e nomenclatura. “Segundo Nery Jr., “não existe isso de pré-questionamento”, pois os artigos 102, III (RE), e 105, III (REsp), da Constituição não estabelecem esse requisito para a interposição de tais recursos. O que os dispositivos exigem é que a matéria tenha sido decidida em única ou última instância. Para facilitar a compreensão, o processualista citou uma lição do ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves. O magistrado dizia, de acordo com Nery Jr., que, “se a questão está dentro do retângulo [acórdão], cabe RE ou REsp”. “Porém, o professor da PUC-SP alertou que, se o tribunal silenciar sobre a matéria, não há como interpor esses recursos. Por isso, quem atua na causa precisa forçar os magistrados a se pronunciarem sobre o tópico.” <http://www.conjur.com.br/2017-mai-03/prequestionamento-nao-requisito-re-ou-resp-nery-jr>.

Ribeiro (1999, p. 245) explica bem sobre os diferentes posicionamentos quanto às possibilidades de prequestionamento:

Dificuldade que se coloca, quando se trata do prequestionamento como condição para viabilizar os recursos extraordinário e especial, além da própria grafia, está no sentido em que é empregada a expressão. É utilizada na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. Para outros, entretanto, considera-se presente quando a questão não apenas é objeto de arguição pela parte, mas decidida pelo acórdão a ser impugnado. Por fim, uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão só a essa última hipótese, ou seja, haver decisão, ainda que não se tenha verificado anterior debate.

No *primeiro posicionamento*, o prequestionamento seria ato da parte, o ônus de ventilar a matéria, expor a matéria ao juízo, em sua via recursal, seja no recurso principal ou posteriormente, indagando aos julgadores de eventual omissão sobre ponto não enfrentado. Nesse posicionamento inicial elencado na citação anterior, a semântica da palavra *prequestionar* é levada em consideração, simplesmente como uma indagação ou uma proposição, tendo como uma vez proposto, prequestionado estaria, não guardando relação com o resultado judicial da proposição, se enfrentado ou não pelo colegiado na decisão.

Em uma *segunda interpretação*, o prequestionamento seria dividido em duas partes, o ato de suscitar e o outro de decidir. As partes ventilam a matéria – federal ou constitucional – e o Tribunal decide sobre a questão material. A junção dos dois atos que perfaz o prequestionamento em si, a alegação de determinada matéria realizada anteriormente em qualquer recurso seria tão essencial quanto a sua devida resposta judicial, consignando que “essa decisão expressa sobre a matéria prequestionada é o que se chama de ventilar a questão federal” (LEÃO, 1989, p. 237).

No *posicionamento posterior e derradeiro*, o que importa, de modo essencial, para a existência do prequestionamento como requisito de admissibilidade é a resposta judicial sobre a matéria, independente da manifestação pelas partes. Com isso, se o acórdão enfrentar tal matéria, prequestionada estaria. Alvim (2005, p. 285) discorre sobre a mutabilidade que sofreu o instituto, com a necessidade não da alegação em si, ônus da parte, tornando, por vezes, até irrelevante, mas com o simples

enfrentamento judicial: “a expressão prequestionamento que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que ‘questionam’, passou a significar a exigência de que da decisão conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão federal”.

1.2 A interposição dos embargos de declaração para fins de prequestionamento

Os embargos de declaração servem, de acordo com o art. 1.022, para sanar omissão, uma de suas hipóteses de enquadramento, e, desse modo, têm total pertinência de cabimento recursal quando o órgão colegiado julgar acórdão não enfrentando ou fundamentando sobre parte das alegações da recorrida ou recorrente, incorrendo, portanto, em uma omissão a ser sanada e compatível com os embargos de declaração.

Entretanto, caso o próximo recurso seja para um Tribunal Superior, pertinente, ainda mais, a interposição para sanar o vício, com o intuito de forçar o colegiado recorrido a manifestar-se sobre aquela determinada questão suscitada e não enfrentada, para, desse modo, possibilitar a arguição da matéria para o Tribunal Superior, o chamado *prequestionamento*. Os embargos de declaração, com base no art. 1.025, servem para fins de prequestionar eventual matéria omissa.

O prequestionamento não depende da interposição dos embargos de declaração. Isso é fato. Se uma apelação for completa, no sentido de todas as argumentações legais, fáticas e jurídicas, com o Tribunal respondendo por completo ao que se apelou, com o enfrentamento de todas as matérias, as chamadas questões federais ou constitucionais, todo o conteúdo aventado restou-se como decidido, com um prequestionamento realizado no julgamento da apelação.

Por outro lado, se houver omissão no julgamento, com algum fundamento, tese ou pedido sem a manifestação pelo colegiado, a parte sucumbente, se pretender recorrer ao Tribunal Superior, deve interpor embargos de declaração para requerer o julgamento do ponto omissos.

Esse pedido pelo enfrentamento do ponto omissos não é a manifestação única do prequestionamento, pelo fato de este ser possível diretamente no julgamento do recurso principal, o que leva aos embargos de declaração funcionarem como uma missão de salvamento ao julgamento que tem omissão e que, assim, está não prequestionado, com o intuito de sanar tal situação para possibilitar o recurso de toda a matéria – inclusive essa an-

teriormente omissa – para o Tribunal Superior, com a impugnação sobre aquela questão de direito agora prequestionada.

1.2.1 Os embargos de declaração, a violação ao art. 1.022 como questão federal e o prequestionamento ficto

Como vimos, se houver a omissão, os embargos de declaração, pelo teor do art. 1.025, têm o condão de possibilitar a sanabilidade de omissão. O prequestionamento, na sua modalidade ficta, foi positivado por tal dispositivo, com a mudança conceitual, nesse momento processual. Nunca houve dúvidas de que o meio correto para a sanabilidade de omissão no acórdão, para fins de alegação em recurso excepcional, deve ocorrer via embargos de declaração. O complexo, no entanto, ocorre quando há a persistência de omissão, quando o colegiado não vislumbra a necessidade de sanar tal ausência de enfrentamento, com a continuidade de tal vício.

O art. 1.025 veio como tábua de salvação para tal situação, uma vez que impõe aos embargos de declaração um prequestionamento automático, caso em seu bojo tenha a suscitação de toda a matéria omissa, independentemente do provimento ou da manifestação judicial, possibilitando, portanto, a interposição de tal recurso excepcional – especial ou extraordinário.

A mudança é pertinente, clara e objetiva no CPC/2015.

No entanto, na aplicabilidade do ordenamento, há um julgado sobre o tema, do STJ, que dispõe sobre tal situação, com a interposição dos embargos, a continuidade da omissão, o entendimento de que o prequestionamento foi realizado pela simples suscitação e a análise, agora em grau superior, do recurso especial. Vejamos o resultado:

A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que, uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. [...] (STJ, 3ª t., REsp 1639314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, DJe 10/04/2017)

Por tal visão do STJ, nesse julgado da Ministra Andrighi, mesmo diante do art. 1.025, com o prequestionamento ficto ou por mera suscitação, o recorrente, para completá-lo, deve suscitar ofensa ao art. 1.022, pela persistência da omissão, com a possibilidade, a partir de tal indicação dispositiva, de entender que

o prequestionamento foi realizado. A interpretação passa, equivocadamente, pela visão de que o recorrente deve ter o ônus de dizer que tal artigo foi maculado pelo julgamento e, com isso, pertinente o recurso especial, no caso.

Nessa interpretação, a omissão seria uma questão federal a ser analisada, como meio de validar o prequestionamento ficto, aquele preconizado no art. 1.025.

Tais argumentos não merecem prosperar, uma interpretação equivocada do dispositivo, numa clara tendência a barrar recursos, independentemente da intenção contrária a tal ato. O primeiro equívoco do Tribunal Superior passa pela interpretação imaginativa do que não está escrito. O art. 1.025 coloca as alegações do embargante como parte do acórdão e, em nenhum momento, interliga isso como qualquer questão federal ou ofensa ao art. 1.022, importando num exagero formalista do STJ, numa criatividade processual.

Um segundo ponto a ser analisado, como uma demonstração de tal equívoco interpretativo, está na viabilidade do art. 1.025 para o recurso extraordinário, ou seja, quando ocorrer a mesma situação omissiva, mas a questão for constitucional, sem nenhum ponto de questão federal, como intentar o recurso para o STF, se a interpretação do STJ seria de que houve uma ofensa ao art. 1.022? A resposta deve passar pela inviabilidade de tal posicionamento, por tamanho equívoco.

Evidente que tal posicionamento não proporciona, ao recorrente para o STJ, grandes digressões, com a necessidade pequena de incluir tal questão sobre a ofensa ao art. 1.022. No entanto, é uma má-fé interpretativa contra o próprio ordenamento e, ainda, contra o jurisdicionado, uma vez que não há explicação legal para tal posicionamento. Assim, até haver consolidação nesse sentido, muitos recursos especiais devem ser inadmitidos para “ensinar” a nova obrigação formalista do STJ.

Um claro equívoco de aplicabilidade do CPC/2015, no caso, do art. 1.025.

2 A evolução da aplicação do prequestionamento nos tribunais superiores

No histórico da utilização do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos Tribunais Superiores em seus recursos correspondentes, cada um desses órgãos viabilizou posicionamentos diferentes e antagônicos, conceituando e admitindo formas distintas de prequestionamento, causando na

jurisprudência, na doutrina e ao jurisdicionado situações processuais complexas.

2.1 A Súmula 211 do STJ e o seu entendimento sobre prequestionamento

No tocante ao prequestionamento, o STJ tem a importante súmula 211, que declara “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal ‘a quo’.”

Essa súmula delimitava – ao menos na égide do CPC/73 – que mesmo se a parte manejar os chamados “embargos de declaração com fins de prequestionamento” e, em detrimento destes, o colegiado *a quo* insistir em não apreciar a matéria, persistindo a omissão da questão suscitada, sem o devido prequestionamento real, não caberia recurso especial para se tratar da matéria não enfrentada, mediante a falta de pressupostos de admissibilidade para seu conhecimento.

Nesse prisma, para o STJ, acórdão que não ventila a matéria federal específica, não se tem como impugnar, pelo fato de que “não há prequestionamento quando a questão federal não é solucionada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais” (SOUZA, 2009, p. 816).

Dessa forma, quando a parte encontrava-se, no CPC/73, numa situação processual recursal idêntica a essa, deveria o recurso basear-se na súmula 211, para, primeiramente, cassar o acórdão em que o juízo impugnado não enfrenta a omissão, interpondo, nesse momento, recurso especial alegando o não cumprimento do antigo inciso II do art. 535 do CPC/73, uma vez que restou inexistente a resposta sobre possível omissão, por total *erro in procedendo*. Com eventual êxito desse recurso no STJ, o acórdão que deixou novamente a questão em omissão é cassado, com a volta ao Tribunal recorrido para novo julgamento e, a partir daí, caberia outro recurso especial, agora sobre a matéria meritória da demanda. Bueno (2000), na seguinte forma, explicava a questão:

deverá o sucumbente interpor recurso especial, com fundamento no art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, por violação ao art. 535, incisos I ou II, do Código de Processo Civil. Somente com o eventual acolhimento deste recurso e cassado o acórdão a quo é que terá cabimento novo recurso especial para levar ao Superior Tribunal de Justiça a questão legal/federal em que se funda a causa.

No primeiro momento, não se podia atacar o mérito recursal do recurso anterior aos embargos, deixando este como matéria de fundo, tendo a necessidade do manejo do recurso especial para almejar a cassação do acórdão que não enfrentou a matéria dos embargos de declaração opostos, criando, desse modo, um recurso especial somente para a resolução da questão sobre o prequestionamento, para, depois, se providas estas alegações, o processo retornar ao Tribunal de segundo grau, o qual será obrigado a responder as questões prequestionadoras dos embargos e, posteriormente, caberá o recurso especial sobre a matéria de fundo, do acórdão da apelação/agravo.

Se a parte intentar seu recurso, sem levar em consideração tal formalidade, contendo matéria tão somente de fundo, o recurso especial terá como resultado, infelizmente, o não conhecimento, por falta de admissibilidade no tocante a prequestionamento.

Sobre esta matéria, os seguintes julgados antigos da década de 1990², bem como outros da jurisprudência final do CPC/73³, demonstravam uma linha de coerência do STJ sobre o entendimento da matéria e da utilização efetiva da súmula 211.

² “Processo Civil. Recurso Especial. Ausência de prequestionamento. Embargos declaratórios rejeitados pelo Tribunal ‘a quo’. Impossível o acesso de recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na Corte de origem. Tal ausência não é suprida pela mera oposição de embargos declaratórios. Faz-se imprescindível que os embargos sejam acolhidos pela Corte de origem para que seja sanada a possível omissão constante do v. acórdão embargado. Se o órgão julgador persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja no Tribunal ‘a quo’ emitido juízo explícito. Recurso Especial não conhecido (REsp. 43.622-SP), 1ª Turma, Rel. Min. César Rocha, DJU 2/6/94, RSTJ 108/394) (535, CPC. Recurso Conhecido e provido.) I – Havendo a Câmara Julgadora, ao decidir agravo de instrumento, deixado de pronunciar-se sobre questão de inegável relevância que havia sido suscitada pelo agravante, impõe-se, uma vez não sanada a omissão em sede de declaratórios, reconhecer afrontado o artigo 535, CPC. II – Tal reconhecimento, tendo em vista a especial disciplina a que sujeito o recurso especial, prejudica a análise da matéria de fundo em relação à qual se verificou a omissão, isto porque, diante da certeza de que o Colegiado de segundo grau se omitiu em apreciá-la, não se há como conhecê-la prequestionada. III – Recurso Especial provido para que retornando aos autos ao Tribunal de origem seja emitido pronunciamento específico acerca do aspecto omitido (REsp. 30.167-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 14/3/94, p. 4365-RSTJ 108/388)

³ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 100.003 - RS (2011/0219888-9) RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO - Em suas razões recursais, a recor-

A posição do STJ tornava claro em seu rigor processual, defendendo o rito minucioso de um prequestionamento exclusivamente técnico, levando às últimas consequências processuais, a necessidade de somente se julgar causas decididas. Se o eventual recurso especial versar sobre matéria em que houve a omissão, de fato, não há uma decisão, não possibilitando ao Tribunal Superior debruçar-se sobre questão não enfrentada pelo Tribunal recorrido, ao menos na legislação anterior, já revogada.

Se partirmos do princípio essencial das “causas decididas” impostas na seara constitucional, de fato, o STJ tinha razão nes-

rente alega ofensa aos arts. 267, 269, 467, 621, e 744, 745, IV, do Código de Processo Civil, sustentando que houve cerceamento de defesa quando, à interposição dos embargos de declaração foram rejeitados os argumentos alegados pelo ora agravante. É o relatório. Observa-se que eg. Tribunal de origem, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não analisou a questão sob o enfoque dos referidos artigos. Ressalte-se que esta eg. Corte de Justiça consagra orientação no sentido da necessidade de prequestionamento dos temas ventilados no recurso especial, não sendo suficiente a simples invocação da matéria na petição de embargos de declaração. Caberia à recorrente, na hipótese, alegar violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, providência, todavia, da qual não se desincumbiu. Incide, pois, na espécie, a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356, DO STF E N. 211 DO STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283 DO STF. I. As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal estadual, a despeito da oposição do embargos de declaração, recebem o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF e n. 211 do STJ, não podendo, por falta de prequestionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial. II. ‘É inadmissível recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles’ (Súmula 283/STF). III. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 1.113.439/DF, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 4/5/2010, DJe 24/5/2010) “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 211/STJ - AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC - DESPROVIMENTO. I - Não enseja interposição de Recurso Especial matéria que não tenha sido ventilada no v. aresto atacado e sobre a qual, embora tenham sido opostos os embargos declaratórios competentes, o órgão julgador não se pronunciou e a parte interessada não alegou ofensa ao art. 535 do CPC, incidindo, na hipótese, o verbete sumular n. 211 do STJ. II - Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no REsp 881.416/RS, Relator o Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ de 5/3/2007) Diante do exposto, conheço o Agravo e nego seguimento ao Recurso Especial. Publique-se. Brasília, 03 de novembro de 2014. MINISTRO RAUL ARAÚJO Relator (STJ - AREsp: 100003 RS 2011/0219888-9, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 07/11/2014).

se posicionamento, numa visão eminentemente processual, numa análise micro, de forma a pensar na excelência processual almejada, não importando a sua consequência de atraso na resolução da demanda, necessidade de ida e vinda do processo ao STJ, volta ao tribunal e, posteriormente, nova ida ao STJ para uma solução final ao recurso e à demanda como um todo.

A pergunta pertinente passa pela visão de manutenção, ou não, de tal súmula pelo STJ, uma vez que o art. 1.025 praticamente encerra a necessidade de tal cuidado do recorrente, pelo fato de o acórdão conter as suscitações do recorrente? A resposta inicial é que a súmula não merece guarida diante da realidade proposta no CPC/2015, uma vez que o prequestionamento passou a ser considerado como o ficto, diante da alegação realizada pela parte, no caso de omissão no acórdão do recurso principal, nos embargos de declaração.

De certo modo, o art. 1.025 foi concebido de modo antagônico à súmula 211.

Por tal concepção, a súmula, tal qual interpretada no CPC/73, deve ser extinta. No entanto, julgado recente do STJ menciona a súmula para a negativa de recurso especial.⁴ A dúvida persiste: a sistemática de prequestionamento continua a mes-

⁴ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.024.696 - RS (2016/0314935-4) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI AGRAVANTE : JURACI TEREZINHA MARTINS DOS SANTOS ADVOGADOS : GABRIEL DINIZ DA COSTA - RS063407 NÁDIA MARIA KOCH ABDO - RS025983 ANA PAULA RUSCHEL DA CUNHA - RS055405 ANDRESSA SILVEIRA DE LIMA E OUTRO (S) - RS083029 AGRAVADO : EVA MARGARETE RIBEIRO DOS SANTOS ADVOGADOS : DANIELE SANDRI SOLIGO E OUTRO (S) - RS072181 TIAGO DOS SANTOS CASTRO - RS087501 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C/C PEDIDO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. 1. Ausentes os vícios do art. 1022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. A ausência de decisão acerca do tema impugnado, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 4. A falta da similitude fática requisito indispensável à demonstração da divergência inviabiliza a análise do dissídio. 5. Agravo conhecido. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. DECISÃO Cuida-se de agravo interposto por JURACI TEREZINHA MARTINS DOS SANTOS, contra decisão que negou seguimento a recurso especial fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional. Agravo em Recurso Especial interposto em: 17/10/2016. Concluso ao gabinete em: 07/12/2016. Ação: de indenização por danos

ma? Ao analisar o acórdão recente sobre tal utilização, houve no recurso especial a suscitação de matérias que não foram mencionadas no bojo dos embargos e, assim, também não foram respondidas na decisão embargada, o que leva a não poder inovar em sede de recurso especial.

Ao pé da letra, a súmula impossibilita o recurso especial de questão não enfrentada, ainda que interpostos embargos de declaração. Nessa hipótese, o recurso suscitou matéria que o recurso corretivo não suscitou, ou seja, não se utilizou, o embargante, do art. 1.025, sem desincumbir-se de sua obrigação recorrente. A adequação da súmula 211 nessa situação tem enquadramento totalmente diferente de sua concepção e, de modo fático, diverso do art. 1.025. Uma sobrevida desnecessária de tal súmula, numa interpretação inadequada.

materiais c/c pedido de compensação por danos morais, ajuizada pela agravante, em face de EVA MARGARETE RIBEIRO DOS SANTOS, na qual busca a restituição de valores indevidamente recebidos pela agravada através de procuração fornecida pela agravante. Sentença: julgou improcedentes os pedidos da agravante e a condenou por litigância de má-fé, por ter alterado a verdade dos fatos e deduzido pretensão contra fato incontroverso. Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela agravante. Embargos de declaração: opostos pela agravante, foram rejeitados. Recurso especial: alega violação dos arts. 371, 373 e 1022 do CPC/15, bem como dissídio jurisprudencial. Além da negativa de prestação jurisdicional, sustenta que não praticou qualquer conduta que justifique a condenação por litigância de má-fé. RELATADO O PROCESSO, DECIDE-SE. - Da violação do art. 1022 do CPC No acórdão recorrido não há omissão, contradição ou obscuridade. Isso porque o Tribunal de origem enfrentou todas as questões levadas à sua apreciação por ocasião da interposição da apelação. Dessa maneira, o art. 1022 do CPC não foi violado. - Da ausência de prequestionamento O acórdão recorrido não decidiu acerca de suposta violação dos artigos 371 e 373 do CPC/15, apesar da interposição de embargos de declaração. Por isso, o julgamento do recurso especial é inadmissível. Note-se, ainda, que tais dispositivos sequer foram citados no recurso integrativo oposto. Aplica-se, nesse caso, a Súmula 211/STJ. - Do reexame de fatos e provas Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere à caracterização da litigância de má-fé (por ter alterado a verdade dos fatos), exige o reexame de provas e fatos, procedimento que é vedado pela Súmula 7/STJ. - Da divergência jurisprudencial Quanto à interposição pela alínea c, cumpre asseverar que a falta da similitude fática requisito indispensável à demonstração da divergência inviabiliza a análise do dissídio. Forte nessas razões, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa parte, NEGAR-LHE PROVIMENTO, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ. Publique-se. Intime-se. Brasília, 07 de março de 2017. Ministra NANCY ANDRIGHI Relatora (STJ - AREsp: 1024696 RS 2016/0314935-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJ 15/03/2017)

2.2 Da súmula 356 do STF e o reconhecimento do prequestionamento ficto

Em total contraponto ao entendimento do STJ e, até mesmo, anterior a este, existe a súmula 356 do STF, declarando que em relação ao “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”.

Para o STF, por muito tempo, com essa súmula, o necessário, no tocante da interposição do recurso extraordinário sobre o requisito de admissibilidade do prequestionamento, não seria a resposta do Tribunal recorrido sobre os eventuais embargos de declaração prequestionadores interpostos para sanar omissão, e sim a simples interposição destes, independentemente do resultado, ainda que sejam julgados desprovidos.

Esse entendimento, a nosso ver equivocado, surgiu em decorrência de errônea interpretação da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor: ‘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’. Aludindo ao referido enunciado, Alfredo Buzaid, em decisão exarada em 1983, expôs que ‘através dos embargos declaratórios se prequestiona no Tribunal de origem a questão federal, a qual fica, portanto, ventilada, independentemente da solução dada’ (MEDINA, 2009, p. 246).

Essa visão fez com que o STF adotasse o chamado “prequestionamento ficto”, o que Bueno (2000) coloca, de forma explicativa, como a “suficiência da oposição dos declaratórios para configuração do prequestionamento e, pois, cabimento do extraordinário, sendo indiferente, ao menos como regra, a resposta dada a estes declaratórios pelo Tribunal *a quo*”.

O nome corretamente dado de “ficto” recai exatamente em seu significado morfológico, uma ficção entre a interposição de embargos de declaração com intuito de prequestionamento e a sua conseqüente possibilidade de ausência de resposta jurisdicional sobre a referida omissão.

De certo modo, a própria conceituação do prequestionamento ficto envereda-se por admitir sua ficção, ou seja, a existência de um “não prequestionamento” para, a partir daí, considerar esta situação como um prequestionamento válido por ser um erro dos julgadores a manutenção da omissão, não prejudicando o jurisdicionado.

O STF em entendimento diametralmente oposto, originariamente no julgado do RE 210.638/SP, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, por sua primeira Turma (vide Informativo nº 107 do STF), e depois, por seu Pleno (vendido o Min. Marco Aurélio), no RE 219.934-2/SP, Rel. Min. Octávio Gallott, julgado em 14.6.2000 (vide Informativo nº 193), decidiu reinterpretar a sua Súmula 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'), de modo a entender que, oposto embargos de declaração, já se encontra prequestionada a matéria, incumbindo ao Tribunal Superior, de logo, examinar a questão de fundo (KOEHLER, 2007, p. 68).

Ou, ainda, atribuir à conceituação do prequestionamento como um mero ato, ao menos nos embargos, da mera suscitação, um verdadeiro "questionamento".

De todo modo, o STF entende o prequestionamento como a simples interposição dos embargos de declaração com tais fins, com a parte, ao ter cumprido o ônus que lhe incumbia, para tal desiderato, não podendo ser prejudicada pela insistência tergiversante do Judiciário. Alegada matéria omissa dentro do recurso reparatório de omissão, prequestionada a matéria está, concedendo à parte o direito de ingressar com o seu recurso extraordinário, valendo-se de um prequestionamento válido.

Havia, então, uma evidente divergência de entendimentos sobre o conceito do instituto e sua aplicabilidade prática pelo STJ e STF, ao menos sob a égide do CPC/73. Prova disso é que em diversos julgados, no próprio teor do fundamento, há o enfrentamento da matéria, elencando as diferenças de posicionamentos entre os dois tribunais superiores. O STJ, por diversas vezes, cita a divergência de entendimentos, arrazoando que não há ofensa a garantias constitucionais, tampouco não causa espanto para esse Tribunal, reconhecendo as diferenças, citando-as até para defender em seus julgamentos o constante na linha de pensamento do Tribunal.⁵

⁵ Processo Civil. Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Prequestionamento. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para identificação do prequestionamento no recurso extraordinário (STF – Súmula 356) e no recurso especial (STJ – Súmula 211). A orientação consolidada na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, nos termos do que foi decidido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 198.63-1, Relator Min. Sepúlveda Pertence (DJU, 19/12/97, p. 48). Embargos de Declaração

Sempre houve, sobre tal matéria, um aparente conformismo sobre a discrepância jurídica adotada, argumentando-se que cada Tribunal tem autonomia para defender seus posicionamentos, mantendo, ao menos o STJ, seu posicionamento, seja em julgados antigos ou recentes.

Dessa forma, existiam duas visões diferentes e antagônicas de Tribunais Superiores, de maneira que, apesar de finalidades diferentes, muitas vezes um mesmo processo passará por ambos os Tribunais, tendo que lidar com ambas as orientações, numa dúvida total de qual caminho seguir, ou “aceitando” o que seria prequestionamento para o momento processual que lhe couber. Essa situação demonstra que o jurisdicionado em geral, mas a parte em determinada demanda, fica à mercê de entendimentos contrários internos do próprio Judiciário, adaptando-se em cada recurso à regra diferente, numa total ausência de coerência jurisprudencial. Desde a edição da súmula 211, não há preocupação sobre essa diferença pelos Tribunais.

E, muito mais espantoso, é a referência feita nos acórdãos estudados que demonstram que a diferença existe, com total ciência, de longa data e com aplicabilidade ampla até a vigência do CPC/73, com cada Tribunal seguindo a sua própria lógica, deixando a aplicabilidade do Direito e sua vertente processual com posições desarmoniosas.

O complexo de tal situação sempre foi a falta de positivação do prequestionamento, deixando somente à mercê do brocardo

rejeitados. (STJ, 2ª Turma, Embargos de Declaração em Resposta Especial nº 158.140/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 23/11/98, P.166). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. SÚMULA Nº 211/STJ. 1. A matéria versada no artigo apontado como violado no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente, não foi indicada a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente desta Corte Superior, adota o chamado prequestionamento ficto, ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios, ainda que sejam rejeitados, sem nenhum exame da tese constitucional, bastando que esta tenha sido devolvida por ocasião do julgamento. 3. A mera alegação do dispositivo extraído do relatório desenvolvido pelo relator configura narração, não sendo considerada efetiva manifestação valorativa sobre o tema tratado, não preenchendo, assim, o requisito do prequestionamento. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1462068 MG 2013/0311951-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015)

“causas decididas”, como forma de interpretar a necessidade do prequestionamento, possibilitando contradições como essas na jurisprudência pátria.

Espanto causava a irredutibilidade do STJ, mesmo que, processualmente, num prisma eminentemente técnico, esteja correto, confronta-se com entendimento longo do STF, com fixação e manutenção de entendimento por esse Tribunal.

2.3 A instabilidade da aplicação da súmula 356 no Supremo Tribunal Federal e a aderência ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O complexo da necessidade de estabilização conceitual do prequestionamento recai não somente na diferença de entendimentos na jurisprudência de ambos os Tribunais Superiores e na doutrina, mas na mudança de posicionamento anteriormente pacificado. O STF, aplicador por muito tempo do prequestionamento ficto, vinha relativizando, há algum tempo, a utilização da súmula 356, adotando por diversas vezes posicionamento idêntico ao da súmula 211 do STJ.

Quando o anteprojeto do CPC/2015 foi criado, entre 2009 e 2010, o STF tinha pacificação sobre a utilização na íntegra de sua própria súmula 356, com a simples utilização dos embargos de declaração para fins de prequestionamento, com a independência, para esse fim, do pronunciamento judicante. Essa pacificação influenciou a comissão de elaboração do anteprojeto a optar pelo prequestionamento ficto.

Como o trâmite legislativo de uma codificação tem um tempo próprio, durante esse período, a Suprema Corte em diversos julgamentos utilizou-se de posicionamentos contrários à sua própria súmula, com uma tendência a utilizar mais o entendimento do STJ, aquele pertinente à súmula 211. Medina (2014), ao versar sobre o assunto em questão, ainda durante a tramitação legislativa, defendia que “tal redação foi formulada no início do ano de 2010, época em que ainda não se esperava que a jurisprudência do STF viesse a mudar, a respeito. Hoje, contudo, à luz da viragem jurisprudencial referida, considero que a Câmara dos Deputados deveria rever a redação do dispositivo que trata do tema, no projeto do novo CPC”.

Mesmo diante de tal situação, essa questão não foi alterada como a opção pela positivação do prequestionamento, mantendo o posicionamento do anteprojeto, mesmo diante da sensível alteração jurisprudencial do STF, optando pela forma mais benéfica ao processo, não a visão mais completa processual. Diver-

sos julgados demonstram a mudança de posicionamento das turmas do STF sobre a sua própria súmula, tergiversando sobre a utilização desta, desde julgamentos de certa data até julgamentos recentes.⁶ O rigor da técnica processual, da necessidade do enfrentamento jurisdicional sobre a questão, legal ou constitucional, cativou não somente a ponto da preferência processual pela súmula 211, mas da tendência clara de mudança de entendimento no STF.

No meio de uma jurisprudência instável, na trilha pela pacificação entre os Tribunais, o CPC/2015 optou pelo prequestionamento ficto, entendimento totalmente diverso do que tendia a ser pacificado por ambos os Tribunais Superiores, mas com o intuito de possibilitar aos cidadãos uma prestação jurisdicional mais célere, com maior ênfase na resolução das demandas em caráter meritório. Numa intenção paulatina de adoção do STF à jurisprudência pacificada do STJ, altera-se tudo com a nova codificação, optando pelo prequestionamento ficto como meio correto, diante da inserção do art. 1.025.

3 O prequestionamento no CPC/2015

O CPC/2015, desde a sua visualização como anteprojeto, teve o intuito de buscar a minoração da jurisprudência defensiva pelos

6 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”. O reconhecimento da acenada violação do princípio da legalidade pressuporia a revisão da exegese de normas infraconstitucionais acolhida pelo Tribunal regional, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula STF 636. [...] 3. Por fim, como o Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso especial interposto apenas para afastar a multa aplicada (art. 538, parágrafo único, do CPC), mantendo os fundamentos legais por si sós suficientes para manter o aresto atacado na parte referente à incidência tributária, o extraordinário mostra-se completamente inábil para, isoladamente, reverter o julgado, de modo que se aplica o óbice da Súmula 283/STF. 4. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Intime-se. Brasília, 9 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator (STF - RE: 862496 SP - SÃO PAULO 0170784-06.2006.8.26.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 09/02/2015)

Tribunais, principalmente os Superiores, bem como, ao máximo, tentar positivar dúvidas jurisprudenciais processuais, com a tendência a proporcionar um procedimento mais efetivo, mais meritório. A questão do prequestionamento mereceu atenção por esse ponto de melhoria, com o intuito de proceder pela retirada de dúvidas pertinentes.

Conforme já levantado, o prequestionamento, mesmo com a inserção em dois momentos no CPC/2015, não tem uma especificação legal, uma conceituação definitiva, de modo a parecer correto afirmar que o “prequestionamento não é objeto de qualquer norma jurídica no ordenamento brasileiro” (BUENO, 2000), sendo, então, qualquer conceito uma construção totalmente jurisprudencial, com interlocução doutrinária, até por sua importância, “permanece necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais conter o termo acima apontado, ausente também das leis processuais” (RIBEIRO, 1999, p. 245).

Diante das inovações processuais oriundas da sanção do CPC/2015, positivar institutos doutrinários sempre se torna salutar, o que, de igual modo, se vê nesta situação. Dessa maneira, o texto final sancionado incluiu, claramente, o prequestionamento como um dispositivo legal, de forma clara, seguindo como entendimento a súmula 356 do STF, apesar de não o conceituar nitidamente.

Conforme o art. 1.025 do texto consolidado do CPC/2015: “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Salutar esse posicionamento, primeiro de se positivar o instituto, tirando-o da seara das construções e digressões jurisprudenciais/doutrinárias e colocando-o na letra da lei, claro, conciso e determinando o seu entendimento, mesmo que sem uma conceituação primorosa ou detalhada.

3.1 A escolha pelo prequestionamento ficto

No momento de se positivar o prequestionamento, levou-se em consideração a necessidade de se inserir, no texto legal, um entendimento claro do que seria o instituto, para seguir uma das tendências conceituais preexistentes, não o deixando à mercê novamente da jurisprudência e da doutrina, mas optando, claramente, por qual espécie de prequestionamento legalmente seguir.

A delimitação do tema realizou-se de modo a não justificar mais discussões, e sim inserir o prequestionamento como um instituto consolidado, como uma definição legal, não somente sobre sua existência e pertinência, mas sobre o entendimento de qual postura adotar diante de tanta divergência jurisprudencial e doutrinária.

Do CPC/2015 pode-se extrair a conceituação do *prequestionamento* como um ato da parte, cominado com o juízo, quando realizado no recurso principal, e, posteriormente, quando no momento da correção, realizada via embargos de declaração, como um ato somente da parte, independente da manifestação judicial sobre o tema, incluindo as alegações realizadas destes embargos como inerentes ao acórdão em si, à decisão judicial.

De certo modo, o prequestionamento tem dois momentos e sentidos, um quando ocorre o julgamento principal e outro, se pertinente, quando deve corrigir o colegiado, de modo a fazê-lo versar sobre tal ponto ou matéria. Nesse segundo momento de prequestionamento, a acepção da palavra prequestionar foi utilizada de maneira que a parte questione o Judiciário, a simples exposição da matéria, com o requerimento de enfrentamento da matéria pelo Tribunal recorrido, já cumpre a medida do prequestionamento, independentemente da análise judicial.

Quando ocorre a omissão no acórdão do recurso principal, não há que se esperar, no julgamento de eventuais embargos, que o Judiciário, via aquele colegiado, responda aos questionamentos ventilados, impossibilitando, por vezes, a interposição de um recurso por uma manutenção indevida de uma omissão no acórdão. O fato de a parte alegar, em embargos de declaração, que há omissão, delimitando, fundamentadamente, quais os pontos omissos, possibilita, pela dicção do art. 1.025, a rediscussão da matéria em grau superior, restando tal ponto como prequestionado.

Um avanço processual, um olhar para o futuro e pela celeridade processual.

Dessa forma, o legislador seguiu o entendimento do STF, com a base da súmula 356, no sentido de bastar à oposição dos embargos declaratórios questionadores da questão, para esta restar totalmente prequestionada, podendo, desde já, ser analisada pelo Tribunal Superior, em eventual recurso excepcional – especial ou extraordinário.

Com a interposição dos embargos de declaração da parte, ao ventilar matéria que incorra em erro, omissão, contradição ou obscuridade, caso o Tribunal Superior opine pela existência

destes, a matéria estará prequestionada, ainda que o recurso aclaratório tenha sido inadmitido ou rejeitado, havendo a mera alegação do recorrente sobre tais pontos, possibilita-se o conhecimento da matéria pelo Tribunal Superior, pela fundamentação contida nos embargos da parte.

Importante salientar que mesmo com a rejeição ou inadmissão dos embargos de declaração, a postulação do embargante funciona como prequestionamento, não a decisão judicial do Tribunal recorrido. Somente barra essa visão prequestionadora se os embargos forem não conhecidos por intempestividade, o que importaria em trânsito em julgado e, a princípio, até na impossibilidade de interposição de recurso excepcional.

3.1.1 Pontos processuais favoráveis ao prequestionamento ficto

O CPC/2015, ao realizar a escolha pelo prequestionamento em sua maneira ficta, orienta-se por razões processuais, uma busca pela efetividade da prestação jurisdicional, almejando uma entrega processual meritória mais célere, afinal “o que importa acima de tudo, como ficou dito, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado ‘processualismo’ (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental)” (DINAMARCO, 2001, p. 309/310).

O processo, em sua concepção, deve incentivar uma duração razoável, um deslinde normal diante das situações fáticas colocadas ao Judiciário. Criação de meios de minorar a demora na prestação jurisdicional, estimular meios de instrumentalizar o processo, retirando amarras processuais, relativizando possibilidades processuais, escolhendo caminhos legislativos para uma efetividade maior do processo. São muitos pontos favoráveis à escolha do prequestionamento ficto, a definição desse instituto primou pela economia processual, um avanço na aplicabilidade da lei e no concernente a um processo justo.

O princípio da instrumentalidade das formas deve ser considerado como ponto positivo para a opção legislativa do prequestionamento. O processo nada mais é do que um instrumento para chegarmos ao deslinde material do direito, à resolução do mérito, tanto da ação quanto do recurso. Não deve o processo e sua tecnicidade serem mais importantes no direito do que a matéria, a solução ao conflito de interesse ali disposto.

O prequestionamento, enquanto requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, deve auxiliar os Tribunais Su-

periores para uma melhor prestação jurisdicional, com serventia para uma resposta judicial mais completa do Tribunal recorrido, bem como uma impugnação mais completa e pertinente do acórdão. Não deve servir como um simples óbice ao trâmite recursal, travando a possibilidade de análise do mérito do recurso.

Há muito tempo, a doutrina, diante desse tema, especificava a necessidade de unificação de posicionamentos entre os Tribunais Superiores:

Essa instabilidade no entendimento jurisprudencial é muito prejudicial à configuração dos institutos jurídicos, sobretudo quando diz respeito ao cabimento de recursos extraordinários. Que o STF defina, efetivamente, seu entendimento: admite-se ou não o prequestionamento ficto? Pelo que se vê desses precedentes da sua 1ª Turma, não se admite mais o prequestionamento ficto (CUNHA; DIDIER JR., 2014).

Com a dicotomia anteriormente existente sobre a interpretação que cada Tribunal Superior concedia ao instituto do prequestionamento, o jurisdicionado não tinha uma noção exata do direito ali interpretado, alterando de acordo com o Tribunal e o recurso interposto o aspecto processual ali existente.

Ao dispor sobre o prequestionamento no art. 1.025, o CPC/2015 pacifica legalmente a matéria, optando pela forma ficta, dirimindo dúvidas na letra da lei, estabelecendo um parâmetro único ao instituto, com o intuito de pacificação de entendimentos, utilizando-o, portanto, uniformemente.

3.2 O impacto da escolha do CPC/2015 de processo na jurisprudência dos Tribunais Superiores

Ao dispor sobre o prequestionamento ficto, o art. 1.025 revoluciona a admissibilidade dos recursos excepcionais, promovendo uma mudança enorme no cotidiano jurídico dos Tribunais Superiores, principalmente do STJ, com consequências processuais evidentes e impactantes, com fundamento claro na escolha de maior importância aos princípios da celeridade e economia processual.

Os Tribunais, cada qual a sua maneira e tempo, serão impactados pelo novo entendimento legal de conceituação sobre o prequestionamento, de modo diverso do que o outrora utilizado, ensejando uma necessária revisão no dia a dia dos julgamentos desses Tribunais para adaptação ao novo texto legal.

3.2.1 O impacto no Superior Tribunal de Justiça

A direção tomada pela nova concepção legal do instituto do prequestionamento, dada pelo art. 1.025, conflita com a jurisprudência praticada no STJ durante a vigência do CPC/73, como já explicitado anteriormente, o que importa na necessidade de revisão do posicionamento para o enquadramento à nova lei.

O CPC/2015, de modo geral, inutiliza a súmula 211 do STJ e sua aplicabilidade, contendo caráter contraposto ao definido como posicionamento desse Tribunal Superior, inclusive com jurisprudência sobre o tema⁷, ainda no final da égide do CPC/73. Com a alteração na letra legal, o natural será que esses Tribunais Superiores trilhem novo entendimento em volta da técnica processual recursal definida no CPC/2015, mesmo que isso represente impacto na concepção dos membros da Corte, bem como de posicionamento do Tribunal como um todo.

Especificamente no STJ, não há mais necessidade da interposição do recurso especial, como era anteriormente, com mérito somente sobre a omissão contida no acórdão recorrido, com o intuito de saná-la, diante de uma violação ao art. 535, II, do CPC/73, e alegando ausência de resposta jurisdicional sobre ponto ou pedido suscitado pelas partes, ensejando nulidade do acórdão, por omissão, almejando a declaração dessa situação e o retorno dos autos, ao Tribunal *a quo*, para uma decisão que enfrente a matéria.

Essa é uma realidade não mais existente no CPC/2015.

⁷ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. SÚMULA Nº 211/STJ. 1. A matéria versada no artigo apontado como violado no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente, não foi indicada a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente desta Corte Superior, adota o chamado prequestionamento ficto, ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios, ainda que sejam rejeitados, sem nenhum exame da tese constitucional, bastando que esta tenha sido devolvida por ocasião do julgamento. 3. A mera alegação do dispositivo extraído do relatório desenvolvido pelo relator configura narração, não sendo considerada efetiva manifestação valorativa sobre o tema tratado, não preenchendo, assim, o requisito do prequestionamento. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1462068 MG 2013/0311951-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015).

Agora, opostos os embargos de declaração suscitando os pontos omissos da decisão colegiada, mesmo que não sejam enfrentados ou rejeitados, a matéria estará prequestionada, possibilitando à parte, desde logo, interpor o recurso excepcional pertinente àquela situação, ainda que seja o recurso especial para o STJ.

Uma alteração no *modus operandi* do STJ, uma alteração drástica de um posicionamento pacificado e sumulado. Há, depois do CPC/2015 e sua positivação, uma necessidade de adaptação dessa Corte Superior ao novo prequestionamento, um recondicionamento no julgamento dos recursos especiais, possibilitando o julgamento de mérito ampliado (numa clara manifestação do princípio da primazia ao julgamento de mérito), proporcionando mais conhecimento aos recursos.

No entanto, o impacto deve demorar mais sobre os recursos especiais, uma vez que aqueles interpostos com base no CPC/73 e que ainda estão em trâmite no STJ, impugnados ainda na forma e égide da súmula 211, não devem ter a interlocução do art. 1.025 e o novo prequestionando, tornando a adaptação à nova lei mais demorada, somente para os novos recursos posteriores ao CPC/2015.

3.2.2 O impacto no Supremo Tribunal Federal

No caso do STF, havia uma divergência jurisprudencial, um pouco antes da vigência do CPC/2015, após muito tempo com entendimento pacificado. Anteriormente à nova codificação entrar em vigor, havia uma tendência de alteração para uma adesão pelo entendimento exposto pelo STJ e a súmula 211, muito pela absorção de ministros daquela Corte para o STF, o que explicitava uma mudança para uma técnica processual mais apurada, com observância maior ao procedimento do que à resposta ao jurisdicionado.

Essa era a tendência antes do CPC/2015.

Historicamente, o STF tinha posicionamento pelo prequestionamento ficto, porém ao instabilizar/relativizar sua jurisprudência com julgados recentes, nos últimos anos do CPC/73, admitindo o predisposto na súmula 211 do STJ, o STF caminhava na contramão do que o novo ordenamento queria, seja para o processo, como um todo, e suas diretrizes para o prequestionamento.

O art. 1.025 somente impacta o STF a manter o que já realizava anteriormente, se aceitavam o prequestionamento ficto, com o CPC/2015 devem fazê-lo mais ainda, com embasamento

legal, uma vez opostos os embargos de declaração prequestionadores, e, ainda assim, o acórdão prolatado persistir em sua omissão, a questão é considerada prequestionada, não importando o teor da prestação jurisdicional, somente com relevância ao suscitado nos referidos embargos.

Na decisão de como trilhar o instituto processual, a legislação primou pela maior celeridade alcançada pelo prequestionamento ficto, adotando essa técnica, mesmo quando o STF tendia a superar esse entendimento. Essa opção do CPC/2015, para o STF, significa uma volta ao passado, uma readaptação a essa técnica de prequestionamento, priorizando as partes, considerando o equívoco de eventual erro pelo Tribunal *a quo*, não recaindo para o recorrente o ônus de algo que realizou a sua contenda, ou seja, a sua obrigação, a sua interposição do prequestionamento via embargos. Se o Tribunal recorrido não conseguiu prestar uma jurisdição completa, com a manutenção de omissão na decisão, não se pode culpar o jurisdicionado, a parte daquela demanda.

3.3 O aproveitamento processual do art. 1.029, § 3º e o prequestionamento

O CPC/2015 almeja o julgamento da demanda e, conseqüentemente, também o julgamento do recurso, em seu direito material, a resposta concreta ao jurisdicionado sobre a questão posta em juízo. Para tanto, diversos pontos do novel ordenamento relativizam os erros processuais de admissibilidade recursal, possibilitando a correção do vício ou o próprio julgamento do recurso, podendo exemplificar alguns, como o art. 932, parágrafo único, com especificação na teoria geral dos recursos ou, ainda, de forma mais específica, no art. 1.029, § 3º ao dispor somente sobre os Tribunais Superiores.

Há uma notória preocupação, no CPC/2015, em possibilitar o julgamento do recurso, pormenorizando sua admissibilidade, transformando-o em importância menor do que a atribuída pelo CPC/73. Diante da nova realidade, dependendo do vício recursal, não será mais o caso de inadmissibilidade direta, possibilitando à parte o prazo para correção do vício, imaginando que, dessa forma, com alguns dias a mais para o dever de prevenção, com a possibilidade de sanabilidade, não atrasa demasiadamente o processo, pelo contrário, salva o recurso e o direito ali vindicado.

O intuito é julgar a demanda.

Mas analisando detalhadamente o art. 1.029, § 3º, no tocante exclusivo aos Tribunais Superiores, há a ressalva do “des-

de que não o repute grave” ao dispor sobre o vício formal do recurso. O que seria, no entanto, vício grave? O prequestionamento pode ser enquadrado como um requisito a ser corrigido?

Ao longo das subseções sobre o prequestionamento, discutiremos que na junção macro de suas concepções conceituais, é a manifestação ou a busca pela manifestação do Tribunal recorrido sobre determinada matéria ventilada no recurso principal ou em recurso aclaratório, quando a decisão do primeiro recursal for omissa. Quando um acórdão enfrenta todas as questões recursais, fundamentos, teses e pedidos, a resposta jurisdicional é completa, possibilitando à parte a impugnação de qualquer desses pontos para os Tribunais Superiores. O complexo do prequestionamento recai na omissão, quando esse acórdão deixa de enfrentar um ponto arguido no recurso e a conseqüente necessidade de interposição dos embargos de declaração para sanar aquela omissão.

Nesse ínterim, na existência de um vício de omissão no acórdão do Tribunal recorrido, mesmo diante do recurso especial interposto, sem a interposição de um recurso aclaratório, existem meios para o Tribunal Superior, com a análise do ministro-relator, se este verificar a falta de prequestionamento, pode determinar a sanabilidade de tal vício? Na visão que defendemos, a correção desse vício da ausência de prequestionamento seria questionar o Tribunal recorrido, remetendo-lhe os autos para manifestação, hipótese impossível e descabida. Não há como se corrigir um recurso sem prequestionamento, não há como sanar esse vício, estando o recurso já no Tribunal Superior.

E, ainda, se o recorrente excepcional não interpôs os embargos de declaração, sem argumentar sobre a omissão para o próprio Tribunal recorrido, há meio de sanar esse vício? O entendimento mais correto é a impossibilidade da utilização do disposto no art. 1.029, § 3º para os recursos aos Tribunais Superiores, quando o vício for sobre a ausência de prequestionamento, diante da impossibilidade de sanabilidade do vício.

Entretanto, o referido parágrafo, além da correção, possibilita aos Tribunais Superiores, mesmo sem a correção do vício, julgar o recurso, mediante a desconsideração de tal incorreção, com a visão de que em nada atrapalha tal julgamento, com a possibilidade de conhecimento da matéria meritória, contudo com a ressalva de não ser grave o vício.

Partindo do posicionamento de ser impossível o saneamento do prequestionamento, o Tribunal Superior poderia afastá-lo de sua necessidade para julgar diretamente o recurso? Não vis-

lumbro a relativização do prequestionamento e o conhecimento do recurso que detenha o vício de sua ausência, reputando-o como *grave*, o que emperra ultrapassá-lo para adentrar-se no mérito recursal. Apesar do precedente do próprio STF, em viés de exceção, sobre a relativização do prequestionamento quando a matéria for passível de reconhecimento de repercussão geral, não é um caminho processual pertinente, inclusive a legislação evoluiu para dar mais força para o prequestionamento, para, a meu ver, inclusive ultrapassar este precedente.

Como o resultado no CPC/2015 foi pela inclusão na letra da lei desse requisito de admissibilidade recursal, não há possibilidade de relativização de sua ausência.

3.4 O prequestionamento mesmo quando ventilado somente no voto vencido

O prequestionamento, na sua essência jurisprudencial até o CPC/2015, não admitia que a questão suscitada pela parte, ao ser ventilada somente pelo voto vencido, sem menção nos votos vencedores, constasse como matéria prequestionada.

Dessa maneira, o voto vencido, por mais que fizesse parte literalmente do acórdão, não dispunha de influência sobre a decisão, não servindo para suprir a omissão do Tribunal. Cunha (2004, p. 40) definia a questão que “o prequestionamento somente se configura, quando a matéria foi efetivamente abordada no acórdão ou na decisão que julgou a causa em última ou única instância, e considerando que o voto vencido não integra o acórdão, é evidente que a matéria que for apenas abordada no voto vencido não está prequestionada”.

Esse entendimento não somente correspondia à doutrina como também à jurisprudência sumulada, dispondo que a questão ventilada somente no voto vencido não tinha serventia para o prequestionamento.⁸ Acórdão, no ordenamento anterior, correspondia somente à parte em que os votos convergiam, no sentido de concordar com determinada tese ou caminho jurídico, o voto divergente vencido estava ali exposto formalmente, mas não integrava o acórdão como matéria, por não ser impactante no resultado do julgamento.

O art. 941, § 3º altera a concepção adotada e explicada acima, para dispor que o voto vencido integra o acórdão como um todo, para qualquer fim legal, expandido também para os fins

⁸ Súmula 320 do STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

de *prequestionamento*. Ou seja, o enfrentamento da matéria recursal pelo voto vencido cumpre o prequestionamento. Essa inovação fortalece, ainda mais, o instituto, ampliando o leque de sua incidência, aproveitando o voto vencido e sua argumentação jurídica, seja no julgamento do recurso principal ou nos próprios embargos.

Essa alteração almeja uma maior celeridade processual, aumentando a possibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores, bem como diminuindo os requisitos defensivos.

3.5 O prequestionamento e a questão de ordem pública ou cognoscível de ofício

As matérias de ordem pública, por mais que vinculem o juízo de primeiro e segundo grau a manifestarem sobre estas de forma oficiosa, não se tem essa mesma possibilidade para os recursos para Tribunais Superiores - especial e extraordinário - não sendo contemplados estes com o efeito translativo. Desse modo, os Ministros, seja do STJ ou STF, não podem, oficiosamente, no julgamento dos recursos de suas respectivas competências, enfrentar, sem requerimento e prequestionamento, matéria de ordem pública, ainda que verificada pelo relator ou qualquer outro membro do colegiado, restando impossibilitado de tal feito.

A matéria de ordem pública não tem impossibilidade de ser arguida, somente sendo cabível quando houver a impugnação pela parte recorrente, necessitando do prequestionamento, devolvendo a matéria via efeito devolutivo, não translativo. Sobre a matéria, Câmara (2004, p. 132-133) expunha, ainda na égide do CPC/73, claramente:

A impossibilidade de conhecer questões que não tenham sido objeto de decisão expressa pelo órgão a quo impede, até mesmo, que o STJ e o STF, quando do julgamento dos recursos aqui considerados, apreciem questões de ordem pública que poderiam ser examinadas de ofício (como as condições da ação e os pressupostos processuais), mas que não tenham sido alvo de prequestionamento.

As matérias de ordem pública, por maior e ampla nulidade que causem no processo de conhecimento, são oriundas do direito processual, hierarquicamente menor do que as normas de cabimento dos recursos excepcionais, por nestes os pressupostos serem constitucionais, prevalecendo o entendimento de admissibilidade da necessidade do prequestionamento. De acordo com Medina (2009, p. 140), ao discorrer sobre o tema, ainda

sob a égide do CPC/73, “conclui-se que o comando previsto nos artigos 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º do Código de Processo Civil não prevalece sobre o disposto nos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988”.

O mesmo entendimento deve ser realizado mediante o CPC/2015, ainda que isso impossibilite os Tribunais Superiores de alcançar algumas matérias e, num primeiro momento, pareça uma manutenção complexa de jurisprudência defensiva.

As questões de ordem pública podem ser apreciadas pelos Tribunais Superiores, somente não em caráter *ex officio*, necessitando a matéria ser ventilada no acórdão impugnado, ou estar prequestionada via embargos de declaração, nos moldes do atual art. 1.025, e com impugnação específica, com pedidos expressos de devolução da matéria nos seus recursos, sejam eles especiais ou extraordinários.

3.6 A opção pelo jurisdicionado

Sobre o tema, antes mesmo do CPC/2015, Cunha e Didier Jr. já manifestavam como correta a postura do STF e sua súmula 356 pela aceitação do prequestionamento ficto, considerando já inserido o instituto pela simples interposição dos embargos. A opinião era fundada pelo fato de que “não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito de se valer das vias extraordinárias” (CUNHA; DIDIER JR., 2012, p. 277/278).

Não se pode admitir que o cidadão, o jurisdicionado que busca o Estado para a resolução de seu conflito de interesses, possa, por uma inabilidade/insistência equivocada do Tribunal *a quo*, ter a interposição do seu recurso excepcional tergiversada, impossibilitada por uma continuidade de omissão no ato judicial.

Com o Judiciário brasileiro cada vez mais afogado por processos múltiplos e a necessidade de priorizar a duração razoável do processo, pertinente se impor que eventuais equívocos dos Tribunais recorridos – estaduais ou regionais – em não enfrentar pedidos ou matérias, não pode ser motivo para não julgar, quando a parte cumpre seu mister de prequestionar. O *modus operandi* da súmula 211, apesar da tecnicidade processual apurada, entrava em conflito com a busca da celeridade na prestação jurisdicional. A devolução da matéria ao Tribunal Superior, quando a parte questiona o Tribunal *a quo*, possibilita a rediscussão, não causando, de todo modo, prejuízo ao processo

ou supressão de instância, alcançando, nessa sistemática, a qualidade possível almejada para enfrentar-se o mérito recursal.

O prequestionamento ficto tem como ator principal a parte, aquela que cumpriu seu mister de alegar, de pleitear a complementação da prestação jurisdicional, levando em consideração o possível *erro in procedendo*.

Afinal, decisão omissa é uma decisão com erro.

Não se pode punir o cidadão que busca no Judiciário a resolução prática de seus anseios, não se pode querer que “as partes assumam falhas do Poder Judiciário” (GRAZIANO, 2007, p. 133).

Entre a maior tecnicidade do prequestionamento adotado pelo STJ e a celeridade do ficto, importante a opção legislativa pela última, “a parte não pode ser penalizada por faltas que não são suas. A conduta que mais simboliza a diligência da parte é a oposição de embargos declaratórios antes da interposição dos recursos especial e extraordinário, com finalidade de incitar e exaurir discussão sobre temas legais e constitucionais” (BONDIOLI, 2007, p. 268/269).

O CPC/2015 preza pelo aproveitamento processual ao extremo da legalidade, almejando a resolução meritória do processo, passando pelo julgamento material do recurso, relativizando formalismos desnecessários para se conseguir julgar o recurso em sua plenitude, e, conseqüentemente, entregar ao jurisdicionado uma resposta judicial muito mais completa, conseguindo adentrar no cerne das questões.

Frustrante sempre é um acórdão que não conhece do recurso especial baseado na súmula 211, apesar de sua técnica processual apurada, dilapida anseios da parte recorrente, por um erro que, por mais que possa recair também sobre a própria parte, começa na prestação jurisdicional viciada/omissa do Tribunal *a quo*.

Inobstante teorias profundas e pertinentes sobre a criação e manutenção da súmula 211, acertada a decisão legislativa por optar pelo cidadão, por considerar prequestionada a matéria com a simples oposição de embargos declaratórios de tal fim.

Uma vitória processual. Um predomínio importante da súmula 356 do STF, mesmo quando o próprio já a abandonava, e da prestação jurisdicional como um todo.

3.7 A necessidade de ressignificação conceitual de causa decidida para compatibilidade com o art. 1.025

Diante de novas concepções processuais propostas pela novel legislação, o próprio processo civil deve ser visto diante de novo

prisma, com a adaptação do que conhecemos anteriormente a uma realidade diferente, justamente para conceder ao novo ordenamento aplicabilidade de uma legislação que almeja avanços. Em síntese, o processo civil deve ser analisado diante de novos ares, e não mais com olhos dos institutos e bases anteriormente visualizáveis.

Desse modo, verdades incontestas do ordenamento anterior podem e devem ser revistas para uma ressignificação de todos os institutos, moldando-se à nova processualística imaginada pelo ordenamento. Não há como entender as novas proposições com as concepções antigas inadequadamente.

A dúvida em questão, para tais concepções, é a seguinte: o art. 1.025 altera o conceito de “causa decidida”? E qual a relação desse dispositivo com a Constituição? São dois pontos de necessária reflexão para que entendamos a novidade trazida pelo novel ordenamento.

Sobre a primeira questão, entendemos que o termo “causa decidida” é um tanto abstrato, com a possibilidade de ressignificação pelo legislador infraconstitucional, uma vez que o próprio texto constitucional não soluciona sua conceituação. O que seria causa decidida? A princípio é a necessidade de que a questão a ser ventilada no recurso excepcional tenha sido enfrentada pelo Tribunal recorrido, com efetiva discussão sobre tal ponto.

No entanto, pelo teor do art. 1.025, persistindo omissão quanto a ponto ou questão não enfrentada efetivamente pelo colegiado, se o recorrente interpuser – independentemente do conteúdo da resposta judicial –, os embargos de declaração suprirão tal omissão, perfazendo as alegações ali inseridas, como parte do acórdão. Ou seja, o que se alega faz parte da decisão, uma vez que o Judiciário teria ali, insistindo no erro na prestação jurisdicional. De certo modo, o dispositivo citado redefine a conceituação de acórdão e, não tanto, de causa decidida, ao incluir o teor das alegações dos embargos na formação material daquele ato decisório.

Diante disso, excepcionalmente, nesse acórdão que julgou os embargos de declaração, as razões recursais fazem parte de seu conteúdo, entrando na visão de causa decidida, sem ter, desse modo, uma contrariedade ao termo disposto no texto constitucional.

E a dúvida sobre a possível inconstitucionalidade do art. 1.025 e a escolha pelo prequestionamento ficto? Não vislumbrando afronta à norma constitucional – nem quanto ao art. 102, III ou ao art. 105, III – pela visão complementar acima

explicada, não há um caráter estático no termo “causa decidida” que importe em não adaptá-lo ao caso em concreto, uma vez que não há uma conceituação específica sobre o tema. Ou seja, podemos ressignificar o conceito do brocardo de “causa decidida”, justamente por não ser tão inflexível, a ponto de impossibilitar esse novo prequestionamento, ou a positivação de modo ficto.

Opto por uma visão de constitucionalismo, de recepção do art. 1.025 como uma nova maneira de conceituação de “causa decidida”, incorporando o *modus operandi* ficto como uma das maneiras existentes de decisão. Essa escolha não impacta a norma processual como algo inconstitucional, importando que se ressignificará “causa decidida”, incorporando o dispositivo em sua nova concepção.

Conclusão

A chegada a um texto final do novo Código de Processo Civil acarreta novos estudos, alterações no cotidiano processual brasileiro, adaptações necessárias à nova realidade que está por vir. Verificar o que foi importante continuar, como os institutos se mantiveram inertes, como alguns evoluíram e como os legisladores inseriram novos institutos ou positivaram alguns que estavam na realidade processual diária, mas careciam de atenção legal.

O prequestionamento se enquadra nessa última vertente, um tema abrangente, importante, controverso desde sua concepção conceitual, percorrendo por sua utilização, bem como sua possibilidade de relativização. Necessária realmente era a sua regulamentação e, ainda, a escolha de qual entendimento o instituto processual em questão adotará na nova legislação.

Por mais tentadora que a argumentação da Súmula 211 seja na seara processual, diante tanto da necessidade de se respeitar que se julguem em esfera superior somente causas decididas, pensar que realmente para um processo civil perfeito necessária seria a manifestação completa do tribunal *a quo*, não importando sobre quais os caminhos se levem para isso, ou ainda no prisma das palavras de Ribeiro, que acredita que a posição do STJ serviria como forma de os tribunais passarem a enfrentar as matérias de maneira mais correta, com resultado a longo prazo de uma prestação jurisdicional mais célere, num caráter didático da súmula de forma a revolucionar os próprios tribunais a aceitarem a necessidade de enfrentamento total da matéria, o novo texto legal acertou.

Assim, diante de inúmeras inovações do novo Código de Processo Civil, a regulamentação do prequestionamento com a escolha da sua forma ficta, seguindo a inteligência da interpretação da Súmula 365 do STF, é um ponto positivo, inclusa esta medida dentro do conjunto de regulamentações realizadas para combater a jurisprudência defensiva e, de uma forma contundente, forçar os tribunais a entregarem ao jurisdicionado o que este merece, o julgamento de mérito do seu recurso, com o máximo aproveitamento processual, para se focar nas questões materiais.

Entre o tecnicismo processual apurado e a celeridade processual para o cidadão, o novo Código de Processo Civil preferiu esta segunda possibilidade no ponto sobre o prequestionamento.

Referências

- ALVIM, Teresa Arruda. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Embargos de declaração**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento - Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20%20S%C3%BAmula%20211.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Prequestionamento e voto vencido. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 17, p. 39-48, 2004.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11. ed. Salvador: Podivm, 2012.
- _____. **Prequestionamento ficto em recurso extraordinário**. Entendimento instável do STF. 2013. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-171/>>. Acesso em: 18 out. 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- 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 excepcionais? **Revista de Processo**: RePro, v. 32, n. 154, p. 115-134, São Paulo, 2007.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forguiri. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**: a dificuldade do acesso à justiça nos tribunais brasileiros (STF/STJ). São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Revista ESMAPE**, Recife, n. 26, v. 12, p. 67-82, 2007.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, vol. 650, p. 236-239, 1989.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, p. 279-287, 2005.

_____. **Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Câmara deve rever 'prequestionamento ficto' no CPC**. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-04/processocamara-rever-prequestionamento-ficto-cpc>>. Acesso em: 18 out. 2018.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Eduardo. **Prequestionamento**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: RT, 1999.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2009.