



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Prequestionamento nos Recursos Cíveis

Bruna Pereira Bastos

Rio de Janeiro
2010

BRUNA PEREIRA BASTOS

O Prequestionamento nos Recursos Cíveis

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

O PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS CÍVEIS

Bruna Pereira Bastos

Graduada pela Universidade Cândido Mendes –
Centro, Faculdade de Direito. Advogada.

Resumo: utilização do prequestionamento como pressuposto exigido para admissibilidade e posterior conhecimento dos Recursos Cíveis Extraordinários. Com o passar do tempo e o maior contingente de processos tais pressupostos tornaram-se essenciais para apreciação dos recursos. Cada vez mais se percebe que sua exigibilidade passou a filtrar os processos que chegam aos Tribunais Superiores. A essência do trabalho é aclarar a funcionalidade do prequestionamento, além de questionar a constitucionalidade do emprego desse requisito para apreciação dos recursos.

Palavras-chaves: Processo Civil. Recursos Extraordinários. Requisitos de admissibilidade e conhecimento. Prequestionamento.

Sumário: Introdução. 1. Evolução Histórica do Prequestionamento e Conceituação. 2. Espécies e Hipóteses de Cabimento. 3. Finalidade e Realidade Atual. 4. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do Prequestionamento nos Recursos Cíveis, vale dizer ao requisito essencial exigido para análise da questão suscitada nos Tribunais Superiores. Para tal, estabelece como premissa a origem do instituto e evolução histórica do prequestionamento nas Constituições Brasileiras anteriores e a falta de previsão expressa na Constituição atual. Diante desse panorama, intenta-se aclarar sobre o prequestionamento, instituto criado há mais de cem anos e ainda tão pouco esclarecido na prática entre os operadores do Direito.

Busca-se despertar a atenção para a necessidade real do prequestionamento ser expressamente realizado quando da interposição do recurso. Questiona-se também qual o momento ideal para realização do prequestionamento, para que seja possível a sua apreciação regular nos Tribunais. Com o prequestionamento pretende-se enxugar as ações que chegam aos Tribunais Superiores, sob o fundamento que ações fadadas ao insucesso não chegariam a ser neles derramadas se verificado tal requisito.

Objetiva-se trazer à tona a relevância real do instituto do prequestionamento e demonstrar que não apenas às partes cabe suscitar o prequestionamento, mas também os Tribunais devem sobre ele se manifestar, sob pena de gerarem para as partes a impossibilidade de recorrerem às instâncias Superiores. Além de discutir sua natureza e hipóteses de incidência nos Recursos Extraordinários Cíveis e nos Embargos de Declaração com finalidade prequestionadora.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: Origem, Evolução Histórica e Conceito do Prequestionamento no ordenamento jurídico brasileiro; suas hipóteses de cabimento na esfera cível, em Recurso Extraordinário, Recurso Especial e Embargos de Declaração; discorrer sobre a realidade atual do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e esclarecer sua natureza jurídica. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber se o prequestionamento é a forma ideal para solução do problema de excesso de processos que chegam aos Tribunais Superiores para julgamento e, se a finalidade do prequestionamento está sendo alcançada.

1. ORIGEM

Pode-se afirmar que o prequestionamento teve origem no direito norte-americano, com o Judiciary Act, datado de setembro de 1789, onde dispunha que o prequestionamento era requisito necessário e deveria ser prévio ao exame do tribunal local contra decisão de juiz monocrático ou singular.

Importante ressaltar que os Estados Federados norte-americanos possuem autonomia e, apesar de o Poder Judiciário ser nacional, cada Estado organiza seu sistema de justiça, o que dificulta a uniformidade da interpretação do direito federal perante os tribunais locais. De fato, nos Estados Unidos da América a competência legislativa federal é reduzida, diferentemente do que ocorre no Brasil. Foi por essa razão que se fez necessária a criação de um instrumento que permitisse a uniformização do entendimento pelas Cortes dos Estados relativas à Constituição e às leis.

Pode-se afirmar que foi esse sistema que deu origem à instituição desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, o primeiro diploma a prever o instituto foi o Decreto 848/1890. Em seguida foi previsto pela Constituição de 1891, que exigia o prequestionamento como requisito essencial para interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. A previsão se repetiu também nas Constituições de 1934 e 1937, igualmente considerando o instituto como essencial a interposição de recurso extraordinário. Imperioso ressaltar que, até então, somente havia um Tribunal Superior, com competência para apreciar as questões federais ou constitucionais ditas como violadas.

Com a Constituição de 1988 houve a criação do Superior Tribunal de Justiça, com competência para apreciar recurso (especial) com fundamento de contrariedade de lei federal, conseqüentemente, dividindo a competência que, até então, era somente do STF, que o fazia mediante recurso extraordinário. Na atual Carta Magna, não há previsão expressa da exigência do prequestionamento.

Todavia, há doutrinadores, como Moreira (2008) que admitem a previsão dos artigos 102 III e 105 III da Constituição da República de 1988, o fundamento de validade e de exigência do instituto do prequestionamento nas questões julgadas em única ou última instância pelos Tribunais Superiores.

2 . CONCEITO

Vislumbra-se que doutrina e jurisprudência se dividem e não são uníssonas ao conceituar o instituto. Pode-se afirmar que há três posicionamentos acerca da definição do prequestionamento.

O primeiro foi definido pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 104.899-9. Relator: Min. Néri da Silveira. Publicado no DOU de 30.06.1992), como a manifestação do tribunal recorrido de matéria veiculada no recurso sobre questão jurídica federal ou constitucional.

O segundo, pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2336/MG. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado no DOU de 09.05.1990), entende o prequestionamento como a simples exigência de que a questão tenha sido suscitada na instância ordinária. Bastando, assim, o prequestionamento implícito. Assim, para esse entendimento o prequestionamento é ônus da parte e independe de manifestação do tribunal.

O terceiro entendimento é no sentido de que o instituto é uma mescla das duas anteriores, considerando como o debate prévio da questão e, necessariamente, a manifestação expressa do tribunal.

Assim, nota-se que, apesar de não haver previsão constitucional expressa do requisito do prequestionamento, somente será apreciado recurso, seja especial ou extraordinário, se suscitada pela parte e, posteriormente, houver a manifestação do Tribunal acerca da questão.

Pode-se, portanto, afirmar que o prequestionamento, ou melhor, o ato de prequestionar, é suscitar a matéria que pretende ver analisada pelos Tribunais Superiores, indicando os dispositivos violados, seja eventual violação a matéria federal ou constitucional, o que deverá ser feito nos autos, no primeiro momento em que tiver oportunidade, seja na petição inicial ou na contestação, e também quando surgirem questões a serem prequestionadas no curso do processo.

3 . NATUREZA JURÍDICA

Entende-se que o instituto do prequestionamento, nos Recursos Extraordinários, tem natureza jurídica de requisito de admissibilidade para tais Recursos. Ou seja, o Recurso interposto para o Tribunal Superior somente será admitido se houver no seu corpo o prequestionamento da questão que pretende a parte ver solucionada pela Instância Superior, caso contrário, em regra, não será admitido o recurso.

Contudo, Didier Jr (2009) sustenta que a natureza jurídica do instituto do prequestionamento não é de requisito de admissibilidade, mas sim de decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo que provoca a manifestação do Tribunal *a quo* acerca da questão federal ou constitucional.

Entretanto, vislumbra-se das decisões dos Tribunais Superiores que versam sobre o instituto do prequestionamento, que ele é indispensável para a apreciação, conseqüentemente, reconhecendo sua natureza como requisito de admissibilidade recursal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.030.543/PR. Relator: Min. Luiz Fux Publicado no DOU de 23.4.2010). Assim, mesmo sem previsão constitucional ou legal, sedimentou-se o entendimento de que o prequestionamento é requisito de admissibilidade de tais recursos.

4 . ESPÉCIES

Há três espécies de prequestionamento: o explícito, o implícito e o ficto. O explícito se dá quando houver enfrentamento expresso da matéria na decisão recorrida, dos artigos de lei ou da Constituição Federal de 1988, tidos por violados pelo recorrente. Observa-se que, nessa hipótese, quem prequestiona é o acórdão ou a sentença recorridos, e o ato é provocado pelo recorrente ou pelo recorrido.

Já o implícito, ocorre quando a questão constitucional ou federal de fundo é enfrentada expressamente, mas sem que haja a expressa menção aos artigos de norma tidos como afrontados. Tanto o prequestionamento na modalidade explícita quanto na implícita são admitidos pelos Tribunais Superiores. Há, todavia, casos em que o Tribunal rejeita o recurso que tenha prequestionado de forma implícita, entendendo estar ausente o requisito de admissibilidade.

É, contudo, o prequestionamento ficto que gera dúvidas. Ocorrerá essa espécie, segundo Didier Jr (2009) sustenta, quando a parte tentar formar decisão do Tribunal, mediante interposição de embargos de declaração com finalidade de prequestionamento, e o Tribunal se negar a enfrentar o tema.

Assim, como admite o Supremo Tribunal Federal, teria ocorrido o prequestionamento ficto quando interposto embargos de declaração para tanto e o Tribunal não se manifestasse sobre o suscitado. Entende o Supremo Tribunal Federal que o cidadão não pode ficar a mercê do prequestionamento expresso dos Tribunais, pois a omissão deles impediria o exercício do direito de recorrer às Instâncias Superiores, o que contraria a garantia constitucional do acesso ao Judiciário, expresso no artigo 5º XXXV e do devido processo legal expresso no mesmo artigo 5º LIV da Constituição da República de 1988.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter se manifestado pela admissibilidade do prequestionamento ficto, o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, não o admite para

Recurso Especial. Além disso, o Supremo Tribunal Federal entende como prequestionamento implícito o que os doutrinadores conceituam como prequestionamento ficto.

Há, ainda, doutrinadores como Assis (2008), que defendem a existência de um prequestionamento numérico, no qual devem ser expressamente individualizados, pela parte, os artigos de lei federal ou da Constituição da República que foram violados. Contudo, este tipo de prequestionamento vem sendo rejeitado pelos Tribunais Superiores, pois não seria suficiente a mera alegação de violação, sem que houvesse o Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal), mediante acórdão, se manifestado efetivamente sobre a questão.

5 . HIPÓTESES DE CABIMENTO

Antes de adentrar às hipóteses de cabimento do prequestionamento, faz-se necessário discorrer sobre a admissibilidade recursal e seus elementos essenciais, visto ser esta a natureza jurídica do instituto em análise.

Pode-se afirmar que o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do processo, que ensejará se regular, a análise do mérito recursal. Quando o juízo de admissibilidade é positivo, diz-se que o órgão judiciário o conheceu.

Para que o juízo de admissibilidade gere o conhecimento do recurso, ele deverá, necessariamente, conter requisitos essenciais, que poderão ser intrínsecos ou extrínsecos. Os requisitos intrínsecos são os relativos à existência do direito de recorrer, já os extrínsecos referem-se ao modo de exercício do direito de recorrer.

São considerados pela doutrina clássica, Moreira (2008) e Câmara (2009), como requisitos intrínsecos, o cabimento, a legitimidade e o interesse. Consideram-se requisitos extrínsecos, a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

Cabimento do recurso é a existência de uma decisão recorrível e a existência de um recurso adequado a ela, previsto em lei. Deve-se, para tanto, observar a taxatividade recursal do artigo 496 do Código de Processo Civil. Ademais, de cada decisão é cabível somente uma espécie recursal. A exceção fica apenas com os Recursos Especial e Extraordinário, que poderão ser interpostos simultaneamente sem a violação a esta regra, pois tem o mesmo prazo e objetos diferentes, já que para cabimento do Recurso Especial é necessária a violação à lei federal e, para cabimento do Recurso Extraordinário, é a violação a dispositivo da Carta Magna.

Legitimidade recursal é simples e vem tratada no artigo 499 do Código de Processo Civil, que dispõe que serão titulares deste requisito a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público.

Além da legitimidade, deverá demonstrar também o interesse em recorrer, o que pode ocorrer mesmo que a parte tenha vencido a demanda, pois algum ponto ainda não a satisfaz. Então, para caracterização deste requisito é necessário que haja utilidade, que ocorrerá quando o julgamento do recurso possa advir situação mais vantajosa para a parte e, que haja a necessidade, ou seja, que aquele meio seja preciso para alcançar o resultado pretendido.

O primeiro requisito extrínseco é a tempestividade que define que qualquer recurso deverá ser interposto dentro do prazo fixado em lei. Este prazo é peremptório, ou seja, se recorrer fora dele o recurso não será admitido. O artigo 508 do Código de Processo Civil trata dos prazos de forma genérica, em regra será de quinze dias o prazo recursal, mas dependerá no caso concreto, de qual o recurso cabível daquela decisão, pois tem prazos diferentes. Para a interposição dos Recursos Especial e Extraordinário o prazo será comum e de quinze dias; para a interposição dos Embargos Declaratórios, o prazo será de cinco dias. Importante ressaltar que a tempestividade do recurso é aferida pela data do protocolo.

O preparo está previsto no artigo 511 do Código de Processo Civil e consiste no pagamento das despesas exigidas para o processamento do recurso. Caso não ocorra o preparo, haverá uma espécie de sanção, conhecida como deserção, o que impedirá a admissibilidade do recurso.

O último requisito extrínseco é a regularidade formal, que é a imposição da observância de requisitos formais expressamente exigidos em lei. Não há apenas um artigo tratando desse requisito, mas muitos outros, que dispõem a peculiaridade formal de cada espécie recursal.

Assim, para que o recurso seja admitido será necessária a constatação da presença de todos esses requisitos. Para os Recursos Especiais e Extraordinários deve-se observar também a presença do prequestionamento, que, como dito anteriormente, apesar de não estar previsto em lei, é requisito para admissibilidade desses recursos.

É nesse sentido que Medina (2009) entende que o prequestionamento não poderia ser um requisito de admissibilidade, pois não há previsão no ordenamento jurídico sobre sua necessidade ou qualificação expressa de que o instituto seria mais um requisito essencial para admissibilidade recursal.

Conforme explicitado, o prequestionamento é requisito essencial para admissibilidade de Recursos Extraordinários. Logo, serão necessários à admissão do Recurso Extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal e o Recurso Especial, perante o Superior Tribunal de Justiça. Além de também ser possível a interposição de Embargos de Declaração com propósito de prequestionamento, como dita o Enunciado nº 98 de Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A doutrina atual, Assis (2008), ensina e a prática forense mostra que o prequestionamento da violação de dispositivos legais ou constitucionais, deverá ser feito no primeiro momento em que a parte se manifestar, seja na petição inicial ou na contestação, seja em qualquer outro momento processual em que surgir violação a dispositivos legais ou

constitucionais. O que constitui a maneira mais segura de demonstrar ao Tribunal *a quo* a necessidade de ter aquela matéria central discutida no acórdão que poderá, no futuro, caso violador de dispositivos legais ou constitucionais, levar aos Tribunais Superiores a questão suscitada.

Consideram-se Recursos Extraordinários o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial e suas hipóteses de cabimento são previstas na Constituição da República, a qual, juntamente com o Código de Processo Civil (CPC) em seus artigos 541 e seguintes, disciplinam a matéria.

Para interposição do Recurso Especial, será necessário que haja o prequestionamento de violação de matéria constante de lei federal. Pode-se concluir nesse sentido, pela previsão constitucional do artigo 105 inciso III, pois será apreciada em última instância e, para sua admissão, deverão estar presentes todos os requisitos essenciais para tanto. O mesmo ocorrerá com o Recurso Extraordinário, com previsão constitucional no artigo 102 inciso III, porém o prequestionamento deverá versar, nesse caso, sobre questão constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça editou Enunciado de Súmula n° 320, que dispõe não atender ao requisito do prequestionamento questão federal somente ventilada em voto vencido. De onde podemos concluir que somente estará presente o prequestionamento quando houver discussão da matéria por todo Órgão Colegiado.

Há, ainda, uma peculiaridade quanto à interposição do Recurso Extraordinário. Deverá estar presente no recurso, além do prequestionamento, a repercussão geral. Esta sim, com previsão constitucional, no artigo 102 § 3° e também no artigo 543-A do Código de Processo Civil, é entendida como questão relevante sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico que atinjam não só as partes envolvidas no processo, mas também outras pessoas em situações semelhantes. Sua inexistência no recurso interposto também levará a inadmissibilidade do recurso, como também ocorre pela falta do prequestionamento. Quanto a repercussão geral, somente o Supremo Tribunal Federal terá competência para se manifestar

sobre a existência ou não de matéria relevante que atinja a um sem número de pessoas. Atualmente, pode-se consultar as matérias que já tiveram a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, pelo seu sítio na Internet.

Tanto nos Recursos Especiais quanto nos Recursos Extraordinários, o prequestionamento ocorrerá na sentença ou acórdão recorrido oriundo do Tribunal *a quo*. Sua manifestação será necessária, em determinados casos, dependendo da modalidade de prequestionamento, para que a parte possa interpor os Recursos Extraordinário e Especial aos Tribunais Superiores. Caso inexistir manifestação do Tribunal *a quo* sobre a questão federal ou constitucional suscitada, não será cabível a interposição dos Recursos Extraordinários, o que dará ensejo a interposição de Embargos Declaratórios com efeitos prequestionadores.

Quanto aos Embargos Declaratórios para fins de prequestionamento, sua admissão no sistema jurídico brasileiro já foi bastante discutida, como se pode perceber dos precedentes que originaram o Enunciado nº 98 de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece não ter caráter protelatório os embargos declaratórios com finalidade prequestionadora.

A oportunidade de utilização dos Embargos Declaratórios para esse fim terá lugar quando o Tribunal *a quo* não se manifestar expressamente sobre matéria prequestionada pela parte, fundamental para possibilitar o exercício do manejo dos Recursos Extraordinários da parte interessada.

O relevante na interposição desses Embargos Declaratórios é que ele não será interposto pela violação daquele dispositivo constitucional ou legal dito pela parte interessada, mas sim pela violação do artigo 535 inciso II do Código de Processo Civil por não ter, o Tribunal, se manifestado sobre o prequestionamento, questão crucial para interposição dos recursos, sem o qual impede o acesso ao Judiciário e viola o devido processo legal.

Caso o Tribunal entenda que não deverá conhecer ou conhecendo decidir não dar provimento aos Embargos Declaratórios Prequestionadores, dessa decisão caberá Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, pois o dispositivo violado será o artigo 535 inciso II

do Código de Processo Civil, lei federal. Ou seja, o Tribunal terá violado tal artigo, pois não se manifestou quanto à omissão pela qual foi provocado a se posicionar. O Superior Tribunal de Justiça, ao constatar que realmente houve violação ao supramencionado artigo e que, conseqüentemente, não houve análise do prequestionamento da questão suscitada pela parte, mandará o Tribunal dar cumprimento ao artigo violado e se manifestar sobre a questão a ser prequestionada.

Deve-se atentar para a diferenciação quanto ao prequestionamento ficto, feita pelos Tribunais Superiores. No Supremo Tribunal Federal, como dito, considera-se a questão prequestionada com a simples interposição dos embargos de declaração. Diferentemente do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que é no sentido de ser o requisito do prequestionamento satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no Recurso Especial. Essa distinção de entendimentos foi amplamente esclarecida pela Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial nº 866.299, julgado em 23/06/2009, de procedência do Estado de Santa Catarina e, posteriormente, foi objeto do Informativo 400 do Superior Tribunal de Justiça.

Complementando o entendimento relativo aos embargos de declaração com finalidade prequestionadora, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado de Súmula nº 356, que dispõe que a não interposição dos embargos declaratórios com esse fim sobre ponto omissis da decisão, impede que aquela decisão seja objeto de Recurso Extraordinário, pois faltaria o requisito do prequestionamento.

No mesmo sentido é o Enunciado de Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal, editada à época em que o Supremo detinha competência para apreciação de questões federais e constitucionais violadas, que impõe a inadmissibilidade do Recurso Extraordinário quando a questão federal não for ventilada na decisão recorrida.

Tanto o Enunciado de Súmula nº 282 quanto o 356 são aplicáveis pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal para inadmitir os Recursos Especial e Extraordinário interpostos quando não estiver presente o requisito do prequestionamento.

A ausência do prequestionamento, considerado requisito de admissibilidade de recursos, levará a um juízo negativo de admissibilidade, o que impedirá a realização de juízo de mérito do recurso interposto.

Para melhor compreensão de casos práticos, é imperioso fazer uma análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Em Recurso Extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 415454. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 26.10.2007) objetivando o reconhecimento de violação dos artigos 5º inciso XXXVI e 195 § 5º da Constituição Federal de 1988, violação a ato jurídico perfeito e ausência de fonte de custeio total, respectivamente. O Recurso Extraordinário foi admitido por ter havido o devido prequestionamento dos artigos ditos violados e, conseqüentemente, conhecido.

Todavia, não teve a mesma sorte o Recurso Extraordinário interposto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 559904 QO. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 26.08.2005), que não foi admitido pela Primeira Turma do Supremo pela ausência do requisito do prequestionamento de matéria constitucional. O Ministro sustentou houve a incidência dos Enunciados de Súmula nº 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 191454. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 08.06.1999), tratando de interposição simultânea de Recurso Especial e Extraordinário, foi decidido que não há prejudicialidade quanto ao Recurso Extraordinário quando o Especial não for admitido por falta de prequestionamento, mas deverá ser interposto os Embargos de Declaração com finalidade prequestionadora, mesmo que a omissão veiculada não seja suprida pelo Tribunal a quo.

Contudo, não foi admitido o Recurso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 682458 AgR. Relator: Min. Ellen Gracie. Publicado no DOU de 21.05.2010) interposto pelo Estado de Goiás, que objetivava o reconhecimento da violação do artigo 5º incisos LIV e LVII da Constituição Federal de 1988, sob o argumento de que tais violações não foram prequestionadas, de que não houve apreciação pelo Tribunal a quo dessa questão. Nesse caso, foi reconhecido no julgamento que a modalidade de prequestionamento implícito, em regra, não é admitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, nessa última hipótese, em decorrência da omissão do Tribunal *a quo* na apreciação da questão dita como violada, e a inércia do procurador da parte na interposição dos Embargos Declaratórios com fins prequestionadores, impediu a apreciação da questão pela Suprema Corte e, conseqüentemente, frustrou o devido processo legal, pois não houve a utilização das instâncias disponíveis para solucionar o litígio.

Em outro Recurso, ainda no Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 748068 AgR. Relator: Min. Ellen Gracie. Publicado no DOU de 21.05.2010), a negativa de admissibilidade do recurso se deu com base nos Enunciados de Súmula nº 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal e ao argumento de que houve o prequestionamento implícito, modalidade não admitida no Supremo Tribunal Federal.

Vislumbra-se com a jurisprudência colacionada e comentada que, na verdade, não importa a matéria que está sendo tratada no processo e questionada no Recurso. Se não houver o prequestionamento, o recurso é inadmitido e, dessa forma, não há como apreciar o mérito dele.

Quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pode-se considerá-la diferente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em alguns aspectos.

Como pode ser visto no julgado do Recurso Especial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1107991. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Publicado no DOU de 24.05.2010), o Ministro entendeu pela possibilidade do prequestionamento implícito,

indicando, inclusive precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. Sustenta que havendo debate da matéria ventilada no Tribunal de origem, não se faz necessária a indicação de dispositivos violados.

Contudo, deixou de admitir os Embargos Declaratórios (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no AgRg 998579. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Publicado no DOU de 24.05.2010), sob o argumento de que seria inadmissível tal recurso suscitando violação de matéria constitucional se tal violação não foi ventilada em momento anterior do processo.

Pode-se perceber que, mesmo tendo havido a apreciação da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, nada poderá fazer o recorrente, no que tange à violação de lei federal, para ver resolvida a matéria constitucional dita violada, pois não foi prequestionada em momento posterior oportuno. Por isso, reafirma-se que o melhor momento para realização do prequestionamento é o da propositura da ação ou em sua resposta, pois tanto o juiz monocrático, quanto o Tribunal de origem deverão apreciar a matéria colocada como violada.

No julgamento do Recurso Especial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 975097. Relator: Min. Humberto Martins. Publicado no DOU de 14.05.2010) houve a admissão do recurso e seu conhecimento e, posteriormente, reconheceu-se que o artigo prequestionado pela parte recorrente havia, de fato, sido violado no julgamento do Tribunal *a quo*. Conseqüentemente, foi dado provimento ao recurso, em decorrência do reconhecimento do prequestionamento.

Em outro julgamento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1266387. Relator: Min. Laurita Vaz. Publicado no DOU de 10.05.2010), a relatora pugnou pela desnecessidade de prequestionamento explícito para apreciação da questão pelo Tribunal Superior, com o fundamento acertado de que, todos os requisitos devem viabilizar o acesso ao Judiciário. Entendeu necessário, somente a discussão da matéria pelo Tribunal *a quo* e não a manifestação sobre cada ponto específico violado.

É de se alegrar perceber que as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de possibilitar a árdua caminhada do recorrente ao Tribunal Superior quando a matéria violada for lei federal, garantindo o acesso ao Judiciário, como antes dito, garantia constitucional expressa.

Deve-se analisar também a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca do tema.

Registre-se que, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em alguns julgados, não reconhece os Embargos Declaratórios com fins prequestionadores. A Décima Quarta Câmara Cível (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.43188. Relator: Des. Nascimento Povoas Vaz. Publicado no DO de 26.05.2010), decidiu no sentido de rejeitar os Embargos por entender inexistentes as irregularidades apontadas pelo recorrente e por entender que os Embargos interpostos tinham apenas finalidade prequestionadora.

É nesse sentido que se critica o posicionamento de alguns Tribunais de Justiça, não só o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pois essa decisão é manifestamente contrária àquelas proferidas pelos Tribunais Superiores. É uma forma de impedir que seus próprios julgados sejam revistos pelos Tribunais Superiores e também de impedir o pleno acesso ao Judiciário, garantia expressamente prevista no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, na medida em que o recorrente precisa da manifestação do Tribunal sobre as matérias ditas violadas, para que os Recursos Extraordinários sejam admitidos nos Tribunais Superiores e eventual violação, seja realmente sanada.

Em sentido diverso é o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.57287. Relator: Des. Leila Mariano. Publicado no DO de 19.03.2010), em que a relatora deu parcial provimento ao recurso de Embargos de Declaração para corrigir erro suscitado pela parte, prequestionando a matéria.

Deve-se tratar também do Recurso Extraordinário em sede de Juizados Especiais Cíveis. Sabe-se que a sistemática recursal dos Juizados Especiais é bastante diferente da existente no juízo cível. Há diversas peculiaridades, e a que interessa neste trabalho é a do recurso admitido para reapreciação das decisões monocráticas proferidas.

Em sede de Juizados Especiais será admitido recurso quando houver inconformismo da parte, seja autora ou ré, com a sentença proferida. Tal recurso tem previsão expressa no artigo 41 da Lei 9.099/95 e, inexplicavelmente não foi chamado de apelação, pois cabível contra sentença. Na verdade não foi atribuído nenhum nome a esse recurso, o que convencionou-se chamá-lo de Recurso Inominado.

O Recurso Inominado será julgado não por um Tribunal, como ocorre no sistema regular, mas por uma Turma Recursal composta por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição. Tais juízes exercerão o segundo grau de jurisdição.

Quanto às decisões proferidas pelas Turmas Recursais, apesar de a Lei Especial nada dispor a respeito, será plenamente viável a interposição de Recurso Extraordinário quando houver violação de dispositivo constitucional. Podemos concluir nesse sentido, considerando a disposição do artigo 102 inciso III da Carta Magna de 1988, pois não há exigência de que a decisão tenha sido proferida por Tribunal.

Nos Recursos Extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal, que tenha como decisão guerreada a proferida por Turmas Recursais, também se faz necessária a presença dos requisitos da repercussão geral e do prequestionamento. O que leva a uma situação anômala, pois mesmo que tenha havido o prequestionamento, se o Supremo Tribunal entender que não há repercussão geral, a decisão não será revista. É anômala porque não teria o recorrente como se insurgir contra violação do dispositivo e, por isso seria impedido o exercício pleno do devido processo legal. Poucos são os processos de competência dos Juizados Especiais Cíveis que chegam até o Supremo Tribunal Federal e têm a questão apreciada e julgada.

Questão atual em que foi reconhecida a repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, e gerou a suspensão de todos os processos relativos a esta matéria até que o Supremo Tribunal decida, de forma definitiva, foi a do Plano Bresser, que gerou inúmeros recursos repetitivos.

O mesmo pode ser dito sobre a interposição dos Embargos de Declaração em sede de Turmas Recursais, para efeito de prequestionamento e para possibilitar que a questão chegue ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há ementa 237 do Conselho Recursal Cível que dispõe que os embargos de declaração não se destinam a provocar a reexame da matéria já decidida ou provocar apenas o prequestionamento. Percebe-se, deste Enunciado que o entendimento vai contra o entendimento do Enunciado n° 98 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

6. FINALIDADE

A finalidade do instituto do prequestionamento é impedir que a parte inove a ação, intentando atrasar ou impedir a prestação jurisdicional adequada, restringindo seu objeto à análise da questão que foi suscitada em instância inferior no acórdão recorrido. É, por essa razão, que somente são admitidos recursos de questões apreciadas e decididas pelo órgão *a quo*.

A falta do prequestionamento impossibilita também que questões de ordem pública, que poderiam ser examinadas de ofício por qualquer Tribunal, como condições da ação e pressupostos processuais, não o sejam pelos Tribunais Superiores, que somente poderão adentrar ao mérito com a admissibilidade do recurso, o qual, para tanto, se faz necessário a realização do prequestionamento.

Sustenta-se que a finalidade do prequestionamento seria, na verdade, uma forma de reduzir o volume de processos que chegam aos Tribunais Superiores, já que a quantidade de Recursos Extraordinários interpostos é infinitamente maior do que a que os Tribunais Superiores conseguiriam julgar em prazo razoável, o que, de certa forma, acaba violando a garantia constitucional da razoável duração do processo, na forma do artigo 5º inciso LXXVIII da Carta Magna de 1988.

Entretanto, o que se vislumbra, na realidade atual, é que, de fato, o prequestionamento tem diminuído o número de recursos que chegam até os Tribunais Superiores, mas muitas vezes por excesso de rigorismo e exigências que, para serem cumpridas, não dependem somente das partes, mas principalmente dos membros dos colegiados dos Tribunais.

Por vezes, os Tribunais não mencionam expressamente sobre as questões constitucionais e legais versadas como violadas naqueles casos, por considerarem não violadas. Essa não manifestação acaba por impedir, de certa forma, a prestação jurisdicional justa desejada pela parte, violando a artigo 5º inciso LIV da Carta Magna de 1988, pois ela fica impossibilitada de manejar os Recursos Extraordinários, de um exame pelas Cortes Superiores do país.

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, outras formas de controlar os processos e recursos que chegam aos Tribunais Superiores, como a Repercussão Geral e as Súmulas Vinculantes.

CONCLUSÃO

Portanto, pode-se concluir que, devido à sua natureza jurídica de requisito de admissibilidade, o prequestionamento deverá estar presente para possibilitar a apreciação dos

Tribunais Superiores e que o melhor momento para a realização do prequestionamento é, sem dúvidas, o primeiro momento em que a parte se manifestar nos autos. Ou seja, na petição inicial ou na contestação, desde que tenha havido dispositivos de leis federais ou constitucionais violados.

Percebe-se que o instituto do prequestionamento tem uma importância ímpar no sistema jurídico brasileiro, porque além de servir como uma espécie de peneira, separando quais os recursos são aptos a julgamentos pelos Tribunais Superiores e, por consequência, desafogá-los, ele exige que o advogado esteja atento para o seu cumprimento, pois caso contrário, o representado será prejudicado, já que seu recurso não poderá ser apreciado e, conseqüentemente, não verá satisfeita sua pretensão inicial esgotar todas as instâncias possíveis para solucionar a lide.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Rodrigo Chavari. *Embargos Declaratórios Prequestionadores em Matéria de Ordem Pública*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1826/Embargos-declaratorios-prequestionadores-em-materias-de-ordem-publica>> Acesso em 29 abr. 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 5869 de 17 de janeiro de 1973.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil: Volume II*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma abordagem crítica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. 7. ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Ignocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Exigência de Prequestionamento e Preceitos de Ordem Pública: aspectos da admissibilidade do Recurso Especial*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=859>> Acesso em 29 abr. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NÓBREGA, Gilson Roberto. *Prequestionamento: aspectos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1743/Prequestionamento-Aspectos-fundamentais>> Acesso em 29 abr. 2010.

TEIXEIRA, Virgílio Porto Linhares. *Do Prequestionamento*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2461>> Ace