

Prequestionamento

(IMPORTANTE PARA CABIMENTO DE Resp. – **NOTA DO SITE**)

Galeno Lacerda

Considerações críticas sobre o prequestionamento. O prequestionamento como construção regimental sem lei que o autorize. Confronto com o princípio iura novit curia. A missão e o controle constitucional do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, não podem ficar submetidos à condição resolutiva de eventual omissão das instâncias locais quanto ao prequestionamento. Mais grave será a inconstitucionalidade se o Tribunal a quo omitir decisão sobre matéria prequestionada pela parte. Nessa situação, em nenhuma hipótese poderão ser recusados a admissão e o conhecimento do recurso adequado.

CONSULTA

1. O ilustre advogado Geraldo de Camargo Vidigal, Consultor Geral da Federação Brasileira das Associações de Bancos, com sede em São Paulo, enviou-nos a seguinte carta:

"1. Encaminho decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul e decisões do Tribunal de São Paulo, com que não posso conformar-me, nas quais os ilustres magistrados julgaram que pontos litigiosos, objeto da litiscontestatio, não se entenderão "prequestionados" se forem omitidos em v. julgado de Tribunal, mesmo se a omissão persistir em embargos de declaração pertinentes.

2. Seguem também razões que ofereci no caso do Rio Grande do Sul e nas quais faço breve referência ao que, nesse caso, foi evidentemente "omissão de pós-questionamento" pelos julgadores do que foi prequestionado desde a inicial. Sempre que um acórdão pratique omissão - todo o possível prequestionamento anterior pereceria, segundo o v. acórdão recorrido.

3. Rogo-lhe a gentileza de informar-nos quanto à possibilidade de nos oferecer parecer esclarecendo o que é e o que não é "prequestionamento", quais os requisitos para que se entenda prequestionada pretensão, ou qualquer matéria pertinente a ela - com exclusão do referido entendimento jurisprudencial". (...)

O consulente juntou cópias de dois acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em apelação e embargos de declaração, no julgamento de ação civil pública movida pelo Ministério Público; e de várias decisões desse Tribunal, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Primeiro Tribunal de Alçada Civil deste último Estado, todas de inadmissão de recursos extraordinário ou especial, sob o fundamento de que "a jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido de que o prequestionamento deve ser explícito, ainda que se trate de questões da Lei Maior". (...)

Sustentaram assim seu modo de julgar:

"Não obstante a interposição dos embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não houve omissão do acórdão a que deva ser suprida". (...) "É indispensável, para se viabilizar o acesso, que a matéria tenha sido deduzida na oportunidade própria, e o órgão julgador se omita em debatê-lo". (...)

"O requisito do prequestionamento não pressupõe apenas que a matéria tenha sido mencionada na instância ordinária, mas que tenha sido discutida, tornando-se *res controversa*" (in DJU de 22.4.84, p. 2.208). "Os dispositivos constitucionais invocados pelo recorrente, com exceção do art. 127 da CF, não foram discutidos na decisão impugnada, e nem objeto de embargos declaratórios, o que resulta na ausência do requisito do prequestionamento (Súmulas nos 282 e 356 do STF)".

Pede o colega nossa opinião sobre o assunto.

RESPOSTA

2. O prequestionamento da matéria objeto da impugnação figura, nas aludidas Súmulas, como condição de admissibilidade do recurso extraordinário. Advirta-se, porém, que Súmula não é Lei. Trata-se, apenas, de precedentes jurisprudências em texto condensado, passíveis de revogação, reforma, reexame.

Carlos Mário da Silva Velloso, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito Constitucional na Universidade de Brasília, hoje eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, publicou em 1988 importante trabalho na *Revista dos Tribunais*, intitulado "O Supremo Tribunal de Justiça na Constituição de 1988".

No texto (item nº 4.1), o eminente jurista dedica ao "prequestionamento da questão federal" estas palavras:

"Seriam possíveis os óbices jurisprudenciais, como, p. ex., a exigência do prequestionamento, a que a jurisprudência do STJ deu especial ênfase, como se pode ver dos enunciados das Súmulas nos 282, 317 e 356?"

"Contou-me um famoso advogado que presenciara, em julgamento ocorrido no STF, uma ocorrência que demonstrou a grande importância que o alto Pretório emprestava ao prequestionamento: o Min. Baleeiro apontava uma inconstitucionalidade de lei, demonstrava que a Constituição estava sendo violada pela lei ordinária, e um seu colega, um ilustre juiz, dizia: "Ministro, não podemos conhecer dessa questão, porque não houve o prequestionamento". E o STF assim decidiu - vale dizer, não declarou a apontada ; inconstitucionalidade.

"Reconheço que a CF de 1891, art.59, § 1º, a (com as emendas de 1926, art. 60, § 1º, a), bem assim as CF de 1934, art. 76, III, e 1937, art. 76, III, exigiam o prequestionamento da questão federal, escrevendo Lúcio e Mendonça,

segundo registra Roberto Rosas, que "para o cabimento desse recurso era necessário que a questão provocada tivesse n ido efetivamente agitada no processo movido perante as Justiças estaduais e lá tivesse sido julgada, buscando as origens dessa exigência no *Judiciary Act*" (Lúcio de Mendonça, "Do recurso extraordinário", *O Direito*, 71/176, *apud* Roberto Rosas, *Processos da Competência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, ed. RT, 1971, p. 127). As Constituições de 1946 e 1967, todavia, não faziam essa exigência. Se é certo que alguns doutrinadores de porte - o registro é, ainda, de Roberto Rosas - "acham necessário o prequestionamento da matéria indicada como motivadora do recurso extraordinário", como Carlos Maximiliano (*Comentário à Constituição de 1946*, II/373) e Odilon de Andrade (*Comentários ao Código de Processo Civil*, IX/354), não é menos verdadeiro que "outros autores consideram desnecessário o prequestionamento", como José Afonso da Silva, para quem o silêncio constitucional desonera o recorrente da demonstração do prequestionamento" (*Do Recurso Extraordinário*, p. 198), Pontes de Miranda e Pedro Batista Martins (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., XII/159; Pedro Batista Martins, *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, p. 389).

"O prequestionamento, sob o pálio da Constituição de 1988, não terá vez, ao que penso. E que o constituinte de 1988 quis alargar o raio de ação do recurso especial. Ademais, de regra, o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal" (*RT*; vol. 638, pp. 25-26).

3. Alcides de Mendonça Lima condena acerbamente a exigência de prequestionamento:

"Em nenhum dispositivo de Código ou lei esparsa, aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, ainda que ambos sejam fundados. A atividade do órgão *ad quem*, em tal caso, pára na preliminar sem apreciar o mérito do próprio meio. Entretanto, apesar dessa falta de exigência legal, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, sistematicamente, não conhecem daqueles recursos se não tiver havido o prequestionamento nos graus inferiores da questão submetida àqueles venerandos tribunais.

"Tal orientação é tanto mais grave, porque afasta o julgamento final até de matéria constitucional, prevalecendo, assim, o vício grave. E dada mais importância ao aspecto formal do que à natureza relevante da questão. (...)

E mais importante a tentativa de reparar erro nas decisões inferiores do que preocupar-se com situação até certo ponto secundária.

"Os Tribunais - Supremo ou Superior - não podem ficar cerceados em suas missões relevantíssimas, deixando persistir resultado contrário

à ordem jurídica por omissão apenas imputável a uma das partes do processo, que não agiu como tinha a faculdade.

"A finalidade percípua de um recurso é a de sanar erro na decisão atacada ou então mantê-la, dando-lhe mais força para ser executada.

"Logo, o tão decantado prequestionamento não deverá ter influência decisiva na solução do processo, obstando o andamento normal com o julgamento final do tema debatido.

"Acima do eventual congestionamento dos órgãos judiciários está o fanal de fazer justiça, que não pode ser sacrificado com questões sibilinas. Aquele *desideratum* é o que fortalece a ordem jurídica e social" ("Pquestionamento", *RT*, vol. 692, pp. 197-198).

4. No mesmo diapasão manifesta-se Hubert Vernon L. Nowill:

"Ressalvando o respeito que nos merecem os mencionados pronunciamentos, entendemos, contudo, que as súmulas citadas, ao se atrelarem tão avidamente a postulados de ordem meramente processual, deixaram de considerar não só a prevalência da norma constitucional sobre a legislação ordinária, como a excelsa finalidade de atingimento do controle judiciário da inconstitucionalidade das leis. (...) Ademais, a matéria referente a constitucionalidade está sempre implícita na pretensão deduzida em juízo e é, sem dúvida, um dos postulados de formação válida do processo.

"Não colhe, portanto, o argumento, ainda que meramente de ordem processual, da eventual supressão de graus jurisdicionais, com a admissão do recurso extraordinário sem prequestionamento expresso, dado que, nas instâncias percorridas as sentenças proferidas terão sempre apreciado, de maneira implícita, a constitucionalidade da norma, que aceitaram como válida para acolher o pedido ou denegá-lo. No próprio STF isso tem sido reconhecido, e a *RTJ* 47/201 nos mostra o seguinte voto vencedor do Ministro Barros Monteiro: "Pergunta-se: pelo fato de haverem os acórdãos de apelação e dos embargos se omitido a respeito da questão federal,... tal importará na ausência de prequestionamento de que tratam as Súmulas nos 282 e 356 e, pois, que é o caso de, preliminarmente, não se conhecer do apelo extraordinário? ...Não se perca de vista que a ofensa à lei, e hoje, a negação de sua vigência, pode ser oblíqua, indireta, disfarçada e até negada. Há, mesmo, um antigo julgado desta Suprema Corte, de que foi relator o conspícuo Min. Orozimbo Nonato, citado em todas as obras de doutrina sobre o assunto e em repertórios de jurisprudência, onde se diz que a vulneração pode, até, ser virtual ou implícita, mostrando-se velada pelo silêncio do julgamento ou aninhando-se oculta nas dobras e refegos da sentença" (José Afonso da Silva, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, p. 197).

"Sob outro enfoque, há que se atentar ao princípio prevalente que confere ao Pretório Excelso o grau de supremo guardião da constitucionalidade das leis, função que estaria frustrada, pelo menos no que

respeita à integridade do seu exercício, se regra ordinária instrumental obstaculizasse o uso, sob certo condicionamento, do recurso extraordinário, a negar pleno ensejo ao Judiciário de preservar o postulado magno de controle da norma sob o prisma de sua de sua constitucionalidade.

"O princípio de ordem pública, quando informa o conceito de constitucionalidade, é muito mais ostensivo do que quando impregna, por exemplo, o de decadência e, neste caso, o mesmo STF já espancou, para conhecer do apelo extremo, a questão do prequestionamento, decidindo, à unanimidade de seus Ministros, em sessão plenária, no Recurso Extraordinário nº 66.103, que: "A decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não prequestionada" (*RTJ*, 56/642 e *RT* 430/290).

"Consola-nos que, por decisões supervenientes (cf. também a presente à *RTJ* 51/621), o Pretório Excelso venha modificando o seu entendimento, afastando a exigência do requisito do prequestionamento para conhecer do Recurso Extraordinário, restando que se disponha a reformular as Súmulas nos 282 e 356 para adequá-las ao regramento constitucional" ("Recurso Extraordinário - Prequestionamento (Súmulas nos 282 e 356 do STF) - Interpretação razoável da lei (Súmula nº 400)", *RT* 480/247-248).

5. Theotônio Negrão, em palestra proferida em 1989, assumiu também posição crítica:

"O STF, antes desta Constituição, dizia o seguinte: "Não há prequestionamento implícito, mesmo em matéria constitucional" (*RTJ* 125/1.365). Considero, com o máximo respeito, insustentável essa opinião, porque a única função indelegável do STF é a de declarar, no caso concreto, se foi ou não cumprida a Constituição. A Constituição não é uma lei ordinária. A Constituição é a Lei das Leis, e o STF não é um Tribunal comum, mas o guardião dessa Lei das Leis. Portanto, deve ele defender como ninguém a sua competência, impedindo que ela seja usurpada por outro tribunal (o que ocorre se este aprecia, em caráter conclusivo, matéria constitucional, ainda que implícita), porque das decisões do STF sobre a Constituição podem surgir conseqüências das mais relevantes: as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos são importantíssimas na vida daquele país.

"Até a instalação do STJ, o STF teve competência em matéria constitucional e infraconstitucional. Faço votos para que, de agora em diante, limitado às questões constitucionais, possa ele traçar os rumos do País, como a Corte Suprema dos Estados Unidos traça" ("O Novo Recurso Extraordinário - Perspectivas da Constituição de 1988", item 14, *RT*, vol. 656, pp. 246).

6. Antônio de Pádua Ribeiro, Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça e Professor Titular de Direito Processual Civil na Universidade de Brasília, pronunciou-se também sobre o "Prequestionamento da questão

federal". Depois de acatar os princípios consubstanciados nas Súmulas nº 282 e 356", e de salientar que o Supremo repeliu argüição de inconstitucionalidade da Súmula nº 282, em acórdão relatado pelo Ministro Alfredo Buzaid, nos ERE nº 96.802 (*RTJ*, vol. 109, pp. 299-304), e depois de assinalar que "a regra do prequestionamento ajusta-se ao princípio da eventualidade", o Ministro Pádua Ribeiro pondera o seguinte:

"Merece, porém, especial reflexão a questão do prequestionamento implícito em certos casos. A jurisprudência do Supremo, prevalente à época da promulgação da atual Constituição, era no sentido da sua inadmissibilidade (ver *RTJ* 122/863; 47/401; 83/859). Mesmo em casos que, segundo alei, pudessem ser conhecidos de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, como a coisa julgada (*RTJ* 94/743; 98/754; 116/451) e a incompetência absoluta (*RTJ* 88/710; 102/775). Outrora, aquela col. Corte admitiu a possibilidade do prequestionamento implícito em se tratando de matéria de ordem pública que possa ser reconhecida em qualquer fase processual. É o caso do decidido no RE nº 66.103, onde se lê: "A decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não prequestionada" (*RTJ* 56/642).

"E possível, ainda, divisar casos peculiares que devem escapar à exigência do prequestionamento, como o decidido pelo Supremo no RE nº 75.413, relator para o. acórdão o preclaro Ministro Xavier de Albuquerque, que assim fundamentou, no tópico, o seu douto voto (*RTJ* 65/574).

"O eminente Relator não conheceu do recurso por falta de prequestionamento dessas matérias. Sou forçado a dissentir, *data venia*, menos por contestar as razões de S. Exa. do que por verificar que, dadas as circunstâncias do caso, o exame desse requisito. técnico de admissibilidade do recurso extraordinário reclama certa tolerância, sem a qual a prevalência da decisão recorrida conduzirá a recorrente à situação esdrúxula de ter, teoricamente, o direito que persegue, mas não ter ação para persegui-lo. Na verdade, absolvição de instância não a impediria de reiterá-la, propondo .nova ação; mas não lhe seria possível, passando em julgado a decisão recorrida, propor essa nova ação, porque condicionada à prova de pagamento devido não por ela, mas por terceiro, o adquirente do imóvel. Basta a perspectiva desse impasse para convencer, a meu ver, de que a aplicação do citado dispositivo legal se fez de modo a lhe negar a vigência, isto é, sua incidência no sentido verdadeiro e limitada ao caso previsto".

"Em tal contexto - prossegue Pádua Ribeiro - parece-me que a regra, a ser admitida na grande maioria dos casos de recurso especial, é a do prequestionamento. Todavia, em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante a questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o rigor da regra.

"Sendo o assunto controvertido, penso que os advogados, antes de manifestarem o recurso especial, deverão examinar cuidadosamente se a questão federal que pretendem suscitar foi, ou não, objeto de expressa apreciação pelo Tribunal de Apelação. Se não o foi, deverão insistir na sua apreciação através de embargos declaratórios. Interpostos estes, ainda que o Tribunal persista em não apreciar a referida questão, aberta estará avia do recurso especial" ("Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça", *RF*, vol. 306, pp. 15 a 18).

7. Outros juízes e juristas opinaram sobre o assunto.

Élio Wanderley de Siqueira Filho assim caracteriza o objetivo do instituto: "Com o fito de limitar ao máximo as causas submetidas à apreciação do STF e do STJ, o juízo de prelibação implica exame do atendimento a este aspecto: o prequestionamento. (...) Eis a justificativa para a interpretação restritiva que se empresta às hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial". Em passagem anterior, referindo-se às Súmulas nos 282 e 356, comentou:

"Impõe-se ressaltar dos enunciados acima alguns aspectos. Em primeiro lugar, o texto da Súmula no 282 não é claro. Fala na questão federal ser ventilada. Qual o alcance deste termo? Em segundo lugar, há que se questionar se aplicam-se tais súmulas ao recurso especial.

"Não parece incompatível a Súmula *na* 282 com a explicitação da violação do dispositivo legal ou constitucional. Como remédio excepcional, a admissão dos recursos extraordinário e especial implica configuração de ofensa direta, manifesta, por parte do julgador, ao texto da lei, da Carta Magna. As Súmulas retrocitadas foram produzidas quando ainda vigorava a Constituição Federal de 1967. Inexistia, pois, a figura do recurso especial. Como este nada mais é do que um desdobramento do antigo recurso extraordinário, há que se interpretar como perfeitamente aplicáveis a ele as regras destes enunciados.

"Cumprir destacar um ponto que foi objeto de debate entre doutrinadores e magistrados. E que a Constituição Federal não prevê, expressamente, o prequestionamento. Qual a razão de se exigir-lo? José Afonso da Silva, renomado constitucionalista, acompanhado por Pontes de Miranda, Min. Carlos Velloso, do Pretório Excelso, defende que a omissão do constituinte importa na desobrigação de o recorrente provocar o prequestionamento.

"O Min. Paulo Roberto Costa Leite, do STJ, por sua vez, visualiza o prequestionamento como consequência da própria natureza jurídica do recurso, de caráter excepcional. De fato, só em situações fora do ordinário, além, do comum, como a análise etimológica das expressões "extraordinário" e "especial" evidencia, submeter-se-ão as causas ao STF e ao STJ.

"Alfim, instalou-se a polêmica sobre a própria noção do prequestionamento. Será imprescindível, no bojo do decisório impugnado, a menção expressa do dispositivo legal ou constitucional contrariado? Na ordem constitucional anterior a jurisprudência se inclinava pela necessidade de a afronta

ser clara, indubitosa, inequívoca. O Min. Sidney Sanches adotou ponto de vista mais moderado. A seu pensar, "é irrelevante que no acórdão não se tenha feito expressa referência ao dispositivo legal". Basta a mera cogitação da questão na decisão recorrida.

"A explicitação imanente ao prequestionamento, portanto, tem sido objeto de concepção mais amena, tendendo a jurisprudência a adotar um posicionamento liberal, dispensando a expressa indicação dos dispositivos legais e/ou constitucionais tidos como vilipendiados. A menção expressa de tais preceitos caracteriza, pois, à luz do que existe de mais atualizado na interpretação da matéria, um formalismo perfeitamente dispensável", ("Do prequestionamento", itens 3.2 e 3.3, *RT* vol. 673, pp. 38-41).

8. A *Revista dos Tribunais* publicou, ainda, outros trabalhos sobre a matéria.

Antônio Carlos Amaral Leão, entre outros, destaca alguns acórdãos do Supremo que falam em "embargos declaratórios prequestionadores", que "têm por finalidade expressa e específica suprir exigências das Súmulas nºs 282, 356 e 400 do STF, não podendo, em hipótese alguma, deixar de ser decididos item por item, sob pena de violação do art. 535, inciso II, c/c inteligência e aplicação do art. 538 e seu § 1º, ambos do C PC". Esclarece, ainda, que "a Suprema Corte entende que são cabíveis embargos de declaração em embargos de declaração sempre que o acórdão prolatado pelo Tribunal local nos primeiros embargos declaratórios continuar omissos, obscuro ou contraditório em alguma questão constitucional ou federal" ("O Prequestionamento para Admissibilidade do Recurso Especial", *RT*, vol. 650, pp. 236-239).

Carlos Renato de Azevedo Ferreira enfatiza, principalmente, pronunciamentos dos Ministros Pádua Ribeiro e Costa Leite, já referidos acima ("Embargos Declaratórios com Efeitos Modificativos", *RT*, vol. 663, pp. 249-252).

Finalmente, Roberto Mortari Cardillo, referindo-se a julgados dos Tribunais Superiores, traz à baila alguns argumentos ainda não mencionados:

"O ponto omissos da decisão, sem embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso especial. Princípio das Súmulas nºs 282 e 356 do STF, aplicável perante o STJ" (REsp. nº 2.064, rei. Min. Nilson Naves, *in DJU* de 26.03.90, p. 2.175).

"E tais debate e decisão prévios são inafastáveis porque "se a matéria é novel, não cabe ao Tribunal discuti-la no âmbito do recurso especial, pois que estaria a eliminar um dos graus de jurisdição previstos em nosso sistema jurídico-processual" (Min. Luiz V. Cernicchiaro, AI nº 30.937-4, *in DJU* de 16.12.92, pp. 24.145-6). ("Embargos de Declaração como Pré-condição Recursal", *RT*, vol. 693, pp. 290-292).

9. O prequestionamento surgiu da interpretação das primeiras Constituições da República, as quais, ao tratar do recurso extraordinário, usavam o

verbo "questionar". A de 1891 admitia-o quando "se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela" (art. 59, § 1º, *a*). A de 1934 modificou ligeiramente a redação: "quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado" (art. 76, III, *a*). A de 1937 manteve a última redação (art. 101, III, *a*). A de 1946 eliminou a palavra "tratado": "quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada" (art. 101, III, *h*).

Comentando esse dispositivo, escreveu Pontes de Miranda:

"É preciso que se haja questionado, ainda que nos últimos momentos do julgamento, sobre a validade, que se haja levantado a *questão da validade da lei federal*? Se se não questionou, não se argüiu a validade, mas, se se deixou de aplicar por não ter validade, cabe o recurso extraordinário ? Sim, porque, desde que se invocou lei e o julgamento foi contrário à sua validade *em face da Constituição*, os próprios juízes transformaram a invocação em controvérsia, em questão. Não se lhes nega a decretação de inconstitucionalidade de ofício, de modo que, decretando-a, está composto o requisito. (...) Há quem pense ter havido a discussão, a controvérsia renhida, a argumentação contra e a favor, para que se satisfaça a exigência do texto constitucional, *verbis*: "quando se questionar sobre a validade de lei federal". Ora, podem ocorrer de três espécies: (A) A parte invocou lei federal (invocação explícita ou implícita, não importa) e a outra implícita ou explicitamente a reputou por não-válida como lei, ou pela incidência que se sustenta. (B) A parte não articulou contra a validade da lei federal, mas ato judicial trouxe-a à balha e houve discussão, ou pelo menos, não-concordância da outra parte, ou da que fez o pedido, com o julgamento pela negativa de aplicação. (C) O recurso extraordinário é interposto exatamente da decisão que, sem se ter falado em não-validade, a proclamou. É o caso extremo, porque não houve oportunidade para a manifestação da disputa. A des. peito das expressões "quando se questionar sobre a validade de lei federal", *o recurso extraordinário tem de ser admitido em qualquer dos três casos*, tanto mais quanto, se comparamos os textos de 1891, 1934, 1937 e 1946, facilmente ressalta que os legisladores constituintes de todos os quatro momentos nunca exigiram o *ter-se questionado* e sim, tão-só, *questionar-se*" (*Coms. à Const. , de 1946, II/263, n° 34*).

10. As Constituições seguintes eliminaram o verbo "questionar". A de 1967, com a Emenda n° I, de 1969, admitiu o recurso extraordinário, simplesmente, quando "a decisão recorrida contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal" (art. 119, III, *a*). A atual, de 1988, quando "a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição" (art. 102, III, *a*). E, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, atribuiu-lhe competência para

julgar recurso especial, quando "a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência" (art. 105, III, a).

Pontes de Miranda, argutamente, deu-se conta da modificação do texto, com a supressão do verbo "questionar" e, ao comentá-lo, depois de reproduzir o trecho transcrito no item anterior, advertiu: "O Supremo Tribunal Federal deixou-se levar, algumas vezes, pela superficial análise de alguns juristas e juízes que não atenderam ao que acima escrevemos. Mas a Constituição de 1967 atendeu à nossa crítica e retirou qualquer alusão a controvérsia: o que se exige é apenas ter havido, na decisão recorrida, enunciado de inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Não se fala de se ter questionado, nem se questionar" (Coms. à Const. de 1967-69, IV/155, nº 35).

11. Todas as três Súmulas que exigem prequestionamento - e o fato até hoje não foi observado ou ressaltado - basearam-se na Constituição de 1946, ou em legislação e acórdãos promulgados sob sua vigência.

Assim, a Súmula nº 282 ("é inadmissível o recurso extraordinário quando não Ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada") fundamentou-se, expressamente, na referida Constituição, art. 101, III, e em oito julgados proferidos de 1961 a 1963, como se vê da obra de José Nunes Ferreira, *Súmulas do Supremo Tribunal Federal* (atualizadas e anotadas), pp. 164-165).

A Súmula de nº 317 ("são improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior em que se verificou a omissão") baseou-se no C PC de 1939 e em quatro acórdãos datados de 1961-63 (ob. cit., pp. 186-187). Enfim, a Súmula de nº 356 ("o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento") fundou-se também na Constituição de 1946, art. 101, III, *caput*, e em seis acórdãos de 1961- 1963 (ob. cit., pp. 207-208). Ocorre, porém, que o pressuposto do "prévio questionamento" foi eliminado nas Constituições posteriores. Como legitimar-se, portanto, continue ele a ser reclamado?

12. Desaparecida a base constitucional do prequestionamento, cabe, agora, indagar do assento legal e jurisprudencial das Súmulas, como preceitos normativos genéricos. O Código de Processo Civil trata do assunto no art. 479 e seu parágrafo; "Art. 479. O julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência". "Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante".

Comentando o preceito, disse José Carlos Barbosa Moreira:

"22. *REGIMENTO INTERNO E SÚMULA - A Súmula de Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal, como já se assinalou,

é criação do seu Regimento Interno, cujo texto em vigor contém a disciplina da matéria. O Código estendeu a prática 10S outros tribunais do país, cada um dos quais poderá ter a sua *própria Súmula*. Registre-se, a bem da verdade, que a invocação parece ter sido recebida com escasso entusiasmo e quase caído no vazio: até agora, os nossos tribunais pouca pressa vêm mostrando em elaborar súmulas de jurisprudência. Seja como for, cabe aos regimentos internos dispor a respeito, inclusive quanto aos efeitos que se hão de atribuir, na medida constitucionalmente viável, às proposições compendiadas, sempre com observância do requisito de *quorum* estabelecido para a inclusão na *Súmula*, pelo art. 479, *caput*" (*Coms. ao CPC*, 5. ed., V/31). O brilhante processualista modificou, em parte, o texto, na 6ª edição da obra. Manteve, porém, a severa advertência, anterior ao tópico transcrito, de que "as proposições que o tribunal assente, pelo voto da maioria de seus membros, não se convertem, com a inclusão da *Súmula*, em normas legais" (ob. cit., 5. ed., p. 30; 6ª ed., p. 25). Nem seria possível esse absurdo, sob pena de quebra do dogma constitucional da independência dos Poderes (art. 2º da CF).

13. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal cogita da Súmula nos arts. 102 e 103, sendo que o último faculta a qualquer Ministro propor a revisão da "jurisprudência assentada e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário".

Theotonio Negrão, na nota nº 2 ao art. 102, registra que já foram "canceladas ou revogadas expressamente" dez Súmulas, por ele indicadas, e acrescenta: muitas Súmulas, na realidade, estão revogadas ou superadas por legislação posterior, ou não foram acolhidas pela jurisprudência do STJ" (*CPC Anotado*, 26ª ed., p. 1.236).

A seu turno, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça dedica à Súmula toda a Seção II do Capítulo IV, com seis artigos e inúmeros parágrafos. O art. 125 e seus quatro parágrafos admitem e regulam a revisão e, até, o cancelamento da Súmula, "na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença, no mínimo, de dois terços de seus componentes" (art. 125, § 3º). (V. Theotonio Negrão, ob. cit., p. 1.174).

14. As considerações acima enunciadas, aliadas às manifestações já transcritas. partidas de eminentes Ministros, juízes e juristas. bem demonstram as reservas e cautelas de que se devem cercar as decantadas Súmulas e, bem assim. o exagero e grave equívoco de aceitá-las, sem críticas. como verdades absolutas e indiscutíveis. em especial no que concerne ao prequestionamento.

O Ministro Carlos Velloso, hoje Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, chegou a reconhecer, quando do advento da Constituição de 1988, ocasião em que ilustrava, como integrante, o Superior Tribunal de Justiça,

que "o prequestionamento, sob o pálio da Constituição de 1988, não terá vez, ao que penso" (item 2 *supra*).

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, depois de referir acórdão do Supremo, relatado pelo Ministro Xavier de Albuquerque, no qual foi afastada a exigência do prequestionamento, porque conduziria à situação absurda de reconhecer-se a existência do direito, mas de recusar-se a da ação para ampará-lo, concede que se exija o prequestionamento na maioria das vezes, mas, "em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante a questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o rigor da regra". Admite o prequestionamento porque se curva ao princípio, da eventualidade no processo (v. item 6 *supra*).

Segundo informa Elio Wanderley de Siqueira Filho, em excelente estudo publicado na *RT*, vol. 673, pp. 38-41, o Ministro Sidney Sanches, do Supremo Tribunal Federal, entende ser "irrelevante que no acórdão não se tenha feito expressa referência ao dispositivo legal". Basta a mera cogitação da questão na decisão recorrida. Conclui o referido autor por considerar o prequestionamento "um formalismo perfeitamente dispensável" (v. item 7 *supra*).

15. O renomado constitucionalista José Afonso da Silva, em obra escrita sob a Constituição de 1967, adverte que "a atual Carta Magna, contudo, eliminou a cláusula "sobre cuja aplicação se haja questionado". Por isso - prossegue - hoje, não se exige prequestionamento sobre aplicação da lei federal, para interpor-se o remédio constitucional; basta que a decisão a tenha vulnerado; Significa, pois, que não importa ser a lei malferida a invocada, mas qualquer uma existente na ordem jurídica-positiva estatal; do mesmo modo, pouco importa que a lei aplicada seja a invocada ou outra qualquer, desde que dominadora da espécie, eliminada estará a legitimidade do remédio extremo constitucional. O dispositivo não visa proteger, em princípio, o direito subjetivo das partes, mas a inteireza da ordem jurídica objetiva. Ora, a aplicação de uma norma qualquer, desde que pertinente, satisfaz aquela exigência de certeza e segurança que o remédio, no caso, postula. - Ao contrário, dará motivo ao remédio *iuris* constitucional, se qualquer norma jurídico-objetiva for vulnerada, ainda que não a invocada pela parte. Mas, nesse caso, necessário há de ser que a ofensa à lei traga prejuízo à parte, para que se legitime o seu interesse em recorrer, pois não existe entre nós, como em outras legislações, a interposição do Recurso no interesse exclusivo da Lei" ("*Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*", *Revista dos Tribunais*, 1963, nº 77, pp. 198-199).

16. Rodolfo de Camargo Mancuso, tratando do prequestionamento, assim se manifesta sobre a jurisprudência vigente:

"Esperemos que essa postura moderada, despojada de exageros formais, venha a prevalecer na jurisprudência do STF e do STJ que se vem constituindo após o advento da atual CF.

"Recentes manifestações pretorianas do STF e do STJ apontam esse caminho, como dá notícia Elísio de Assis Costa: o STF decidiu que a Súmula nº 282 (que reclama o prequestionamento) "Só exige haja sido ventilado na decisão recorrida o *tema* de direito federal, não mencionando ser indispensável a precisa indicação dos dispositivos questionados" (DJU, 09.06.89). E no STJ, o Min. Luís Vicente Cernicchiaro deu por dispensável a "indicação explícita da norma contrariada", não se mostrando necessário "mencioná-la formalmente" (DJU, 08.08.89, p.12.813).

Nessa linha *moderada* que, como dissemos, nos parece o melhor caminho a seguir, manifestaram-se, recentemente, dois eminentes Ministros do STJ: Athos Gusmão Carneiro adota orientação que nomeia *intermediária*: "Creio necessário que o aresto, explícita ou implicitamente, tenha decidido da incidência ou da aplicação da norma legal mencionada no apelo extremo. Esta, até o momento, parece-me a inclinação predominante do STJ: admitir o prequestionamento, tomado o termo em sentido o mais amplo e sem formalismos maiores, como preconizado pelo Min. Costa Leite" (art. cit., RT 654/13). A seu turno, Sálvio de Figueiredo Teixeira anota que o prequestionamento pode ser implícito, "não havendo necessidade de prequestionamento explícito e muito menos de embargos declaratórios" (art. cit., AJURIS, março/90, p. 10)" (*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 4ª ed., 1996, pp.151-152).

17. O problema do prequestionamento também surgiu na Corte de Cassação da Itália. Criticando um acórdão que afirmara "*non può essere sollevata in cassazione per la prima volta una questione, anche di mero diritto*", Carnelutti escreveu, sob o título "Sulle questioni nuove nel giudizio di cassazione";

"Ora, se è vero che curia novit iura e che perciò il giudice è affatto indipendente dalle affermazioni delle parti quanto alla interpretazione e alla applicazione della legge, per guisa che egli deve porre la norma esistente, anche se nessuna delle parti le abbia affermata e, viceversa, non deve porre la norma inesistente neanche se la abbiano affermata entrambe le parti, è altrettanto vero che la censura di violazione o di falsa applicazione della legge può essere proposta nonostante che, nel giudizio di merito, la parte non abbia messo in guardia il giudice contro l'errore cioè non abbia trattato la relativa questione; può essere proposta perché il giudice ha sbagliato anche se la parte non lo abbia aiutato a non sbagliare. Perciò quantunque la parte stessa abbia commesso nelle sue deduzioni la stessa violazione di legge, in cui è caduto il giudice di appello, essa può bene, accertasi dell'errore, denunziarlo col ricorso in cassazione. (...)

Cio posto, un processo contiene per il giudice tutte le questioni, che egli si deve proporre per l'accertamento (o la costituzione, la modificazione o

l'estinzione, quando si tratti di processo dispositivo) dei rapporto dedotto nella domanda. Nè una questione si può ritenere nuova perché una parte non la abbia proposta (o, in altri termini, non abbia fatto la affermazione relativa) se non in quanto tale affermazione sia considerata dalla legge come una condizione affinché il giudice se la debba presentare. Sono perciò questioni nuove non tanto le questioni non proposte dalle parti nel giudizio di merito, quanto le questioni che il giudice non doveva risolvere. Chè se una questione, per quanto non proposta dalle parti, dovesse dal giudice essere risolta per pronunciare la sua decisione, la sua novità è logicamente esclusa" (Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. IX/II, 1932, pp. 13-15). Traduzindo o texto:

"Ora, se é verdade que *curia novit iura* e que por isso, o juiz é, de fato, independente das afirmações das partes quanto à interpretação e à aplicação da lei, de modo que ele deve aplicar a norma existente, embora nenhuma das partes a tenha invocado e, vice-versa, não deve aplicar a norma inexistente, embora a tenha invocado as partes, é verdade, contudo, que a imputação de violação ou de falsa aplicação da lei pode ser proposta, ainda que, no juízo de mérito, a parte não tenha alertado o juiz contra o erro, isto é, não tenha tratado a respectiva questão; pode ser proposta porque o juiz erra também se aparte não o tiver ajudado a não errar. Por isso, embora a própria parte tenha cometido em suas alegações a mesma violação de lei em que incidiu o juiz da apelação, ela poderá, dando-se conta do erro, denunciá-lo com recurso de cassação. (...)

"Isto posto, um processo contém para o juiz todas as questões, que ele se deve propor para a declaração (ou a constituição, a modificação ou a extinção, quando se trate de processo dispositivo) da relação deduzida na demanda. Nenhuma questão pode considerar-se nova porque uma parte não a tenha proposto (ou, em outros termos, não tenha feito a respectiva afirmação), a não ser que tal afirmação seja considerada pela lei como condição para que o juiz a deva apreciar: São, por isso, questões novas não tanto as questões não propostas pelas partes no juízo de mérito, quanto as questões que o juiz não deva resolver. Porque, se uma questão, embora não proposta pelas partes, deve ser resolvida pelo juiz para pronunciar sua decisão, a novidade está logicamente excluída".

Em outras palavras, deve prevalecer, sempre, o princípio *iura novit curia*.

CONCLUSÃO

18. A Constituição, no art. 102, III, *a*, afirma que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, e, no art. 105, 111, *a*, que compete ao Superior

Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. Trata-se, indiscutivelmente, de normas *imperativas, cogentes*.

Uma das classificações mais importantes das leis, senão a mais importante, é aquela que as distingue em imperativas (ou cogentes) e dispositivas. Clóvis Beviláqua esclarece: "No primeiro caso, temos leis de *ordem pública*, leis rigorosamente obrigatórias, leis coativas; no segundo sentido, as leis são *supletivas* ou *permissivas*. Estas (...) apenas funcionam quando a vontade individual deixa de manifestar-se; seu campo de ação é o reservado à autonomia da vontade dos particulares" (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., p. 14).

Carlos Maximiliano é incisivo: "As normas fundamentais entram em aplicação *imediata e irrestrita* (...). Pelo simples fato do advento de novo estatuto supremo, quaisquer disposições legislativas ou regulamentares contrárias a seu espírito ou à sua letra não mais se observam; ruem automaticamente. Não mais surgem, perduram ou se renovam os seus efeitos. O poder constituinte é absoluto. Só se admitem execuções a esta regra peremptória, quando *expressas* no próprio código básico, isto é, nos casos em que a norma suprema faz depender o seu cumprimento da promulgação de um diploma ordinário. A este respeito, a jurisprudência do Pretório Excelso à pacífica" (*Coms. à Const. Bras.*, 1946, I, pp.149-150).

19. O recurso extraordinário, acima das leis processuais ou outros preceitos, encontra assento direto na Carta Magna. Até o; advento da Constituição de 1946, como se viu dos itens 9 e 10 *supra*, seria admissível o; prequestionamento, porque os textos básicos usavam o verbo "questionar", suprimido, porém, a partir da Carta de 1967.

Desaparecida a condição, sua exigência, depois da vigência da Constituição de 1967, passou a ser *inconstitucional*.

Pouco importa que o Código de Processo Civil e os Regimentos Internos admitam o poder de sumular, de editar Súmulas, dos tribunais. Esse poder pressupõe, evidentemente, que as Súmulas elaboradas obedeçam à Constituição e às leis. No momento em que isto não ocorrer, ou não mais ocorrer, cabe ao respectivo tribunal revogar ou, simplesmente, deixar de aplicar ou de exigir o cumprimento do preceito da Súmula, já então, *desatualizada*. E seu dever elementar, por imperativo constitucional.

A leitura de algumas manifestações acima transcritas, deixamos, porém, a penosa impressão de que, sempre que se apresentar o conflito entre o bom senso, de um lado, e, de outro, o "rigor da Súmula", tem prevalecido o espírito de transigência, de acomodação, tendente a manter-se, de qualquer modo,

a Súmula, abrindo-se-lhe uma exceção para o caso concreto, como se pudessem coexistir meias-verdades, ou meios-erros.

Apela-se, também, para o princípio processual da eventualidade, definido por João Bonumá como o princípio que "determina que as partes apresentem todos os meios de ataque e de defesa concomitantemente, a fim de que, desprezados alguns, possam os outros ser apreciados sem necessidades de novos termos para sua discussão e prova" (*Direito Processual Civil*, 1946, I/41)

Enfim, o poder inerente aos tribunais de julgar e aplicar a lei, como de direito, é submetido e condicionado à vontade das partes, de tal sorte que, se elas omitirem a questão de direito, ficará o tribunal tolhido e impedido de julgá-la!

20. Sobre a matéria, aliás, temos opinião firmada de longa data. Em palestra proferida em 1992 em São Paulo, sob o título "Revisão do Conceito de Federação. Sistema de Recursos e de Ações Constitucionais. Abolição do Mandado de Injunção", assim nos pronunciamos:

"A segunda tentativa de desafogo dos Tribunais Superiores, o prequestionamento, também não merece aplausos. Trata-se de, um subterfúgio para não conhecer do recurso, porque o tribunal inferior não teria julgado a questão suscitada pelo recorrente, embora fundado este nas mais evidentes razões. O pior é que, muitas vezes, o tribunal *a quo* não julga porque não quer, porque repele sumariamente embargos declaratórios dizendo que "nada há a declarar". E, mesmo assim, os Tribunais Maiores, lavando as mãos e furtando-se de sua missão constitucional, não conhecem do recurso por pretensa falta de prequestionamento.

"O assunto se torna mais grave quando se tratar de questão constitucional, que, a rigor, deveria ser conhecida e julgada até de ofício, pela Corte Suprema. Mesmo que haja omissão do advogado da parte, não é concebível que o instituto artificial do prequestionamento, não previsto na Constituição, condicione e paralise a missão indisponível do Supremo, de guardião maior da Carta Magna, às carências de um juiz de primeiro grau ou à inexperiência de um jovem advogado, que deixaram de plantar no processo, com os requintes de um formalismo exagerado, a semente da questão constitucional, e, só por isso, por mais aberrante, por mais absurda que se ostente a lesão ao Estatuto Supremo, e a eventual calamidade política, social e econômica dela advindo - a Corte Suprema nada possa fazer, simplesmente porque o juiz deficiente e o advogado inexperiente teriam, com sua inófia, poder de disposição sobre a matéria constitucional!!!"

Encerramos este parecer com a enérgica advertência de um dos maiores juízes da Corte Suprema, o sábio e saudoso Ministro Orozimbo Nonato: "A ofensa à lei, que enseja o recurso extraordinário, pode ser oblíqua, disfarçada e até negada. Ponto é que realmente ocorra e seja profunda e mortal, como no caso

de erro enorme na interpretação do direito ou ainda na hipótese de desaplicação da lei evidentemente aplicável" (RF, 124/449).

No que diz com o prequestionamento, trata-se de erro enorme, de ofensa mortal à Constituição, porque sujeita a aplicação de todas as leis, inclusive da Lei Maior, à *condição resolutive* do "princípio dispositivo" do falso poder de disposição das partes, ou ao arbítrio de juízes e tribunais inferiores. Nesta perspectiva forte e realista, que sepulta D tão decantado "ativismo judicial", não cabe cogitar sequer de embargos declaratórios inoperantes. Cabe, sim, proclamar, com desassombro e coragem, o gravíssimo e insuportável equívoco dessa postura.

Nem se afirme que pretensão primado das normas regimentais em matéria de recurso extraordinário estaria prestigiado pela Constituição Federal. Isso valeu apenas durante a vigência da Emenda Constitucional n° 7, que acrescentou um § 1° ao art. 119 da Carta de 1967, atribuindo ao Supremo Tribunal o poder de indicar, em seu Regimento, as causas suscetíveis de recurso extraordinário. Essa atribuição, porém, não foi mantida pela Constituição vigente, de 1988, de modo que não cabe, atualmente, em nenhuma hipótese, submeter o poder soberano de julgar, confiado ao Judiciário, em especial à Corte Suprema, por imperativo constitucional, ao requisito prévio do prequestionamento, de iniciativa das partes ou de juízes e tribunais de gradação inferior.

Em face do exposto, a simples exigência de prequestionamento é *inconstitucional*, por ofensa direta aos *preceitos imperativos* dos arts. 102, III, *a*, ou 105, III, *a*, *b*, e *c*, da Carta Magna *vigente*, que não subordinam a esse requisito ou condição o direito subjetivo ao uso, seja do recurso extraordinário, seja do recurso especial, conforme a hipótese.

É o nosso parecer.

Porto Alegre, 22 de junho de 1998 - *Galeno Lacerda*.

(in, Revista Forense, Abril-Maio-Junho/1999, vol. 346, Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 199/210)