

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Gustavo de Araújo Garcia

O INSTITUTO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO SOB A PERSPECTIVA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES

Juiz de Fora

2022

Gustavo de Araújo Garcia

**O INSTITUTO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO SOB A PERSPECTIVA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Juiz de Fora, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Aline Araújo Passos

Juiz de Fora

2022

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Garcia, Gustavo de Araújo.

O instituto do prequestionamento ficto sob a perspectiva dos tribunais superiores / Gustavo de Araújo Garcia. -- 2022.
40 p.

Orientadora: Aline Araújo Passos

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2022.

1. Pquestionamento. 2. Processual Civil. 3. Admissibilidade recursal. I. Passos, Aline Araújo, orient. II. Título.

Gustavo de Araújo Garcia

**O INSTITUTO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO SOB A PERSPECTIVA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Juiz de Fora, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof.^ª Dra. Aline Araújo Passos - Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Rodrigo Costa Yehia Castro
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho à minha família, que sempre esteve ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Em primeiríssimo lugar devo agradecer a Deus, que sempre me guiou nos tempos mais difíceis. Devo meus agradecimentos também à minha mãe e à minha namorada, que sempre me apoiaram e sem as quais nada disso seria possível. No mais, agradeço ainda a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo averiguar os fundamentos e os efeitos jurídicos do prequestionamento ficto, perpassando pela maneira como os órgãos judiciais vêm enfrentando o tema. A partir do método de revisão bibliográfica, buscar-se-á, com espeque em uma intensa investigação jurisprudencial, analisar a razão pela qual o assunto é circundado por tamanha divergência, bem como perquirir a respeito da reviravolta operada pelo novo diploma processual brasileiro no sistema de admissibilidade recursal das Cortes Superiores. Ao final, almeja-se confirmar como a solução adotada pelo CPC/2015 soluciona uma grave crise de insegurança jurídica que por muito tempo afligiu os recorrentes ao aventurarem-se pelos meandros das instâncias superiores, bem como constatar como a nova solução vai ao encontro dos postulados da celeridade processual e do acesso à justiça.

Palavras-chave: Prequestionamento ficto. Processual civil. Sistema de admissibilidade recursal. Acesso à justiça.

ABSTRACT

The present work aims to investigate the foundations and legal effects of fictional pre-questioning, covering the way in which judicial bodies have been dealing with the issue. From the method of bibliographic review, it will be sought, based on an intense jurisprudential investigation, to analyze the reason why the subject is surrounded by such divergence, as well as to inquire about the turnaround operated by the new Brazilian procedural diploma in the system of admissibility of appeals of the Superior Courts. In the end, we aim to confirm how the solution adopted by the CPC/2015 solves a serious crisis of legal uncertainty that for a long time afflicted the appellants when they ventured into the intricacies of the higher courts, as well as to verify how the new solution meets the postulates of procedural celerity and access to justice.

Keywords: Fictitious pre-questioning. Civil procedure. Appeal admissibility system. Access to justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONTEXTO HISTÓRICO	10
3 O QUE SE ENTENDE POR PREQUESTIONAMENTO	13
4 ESPÉCIES DE PREQUESTIONAMENTO	17
4.1 EXPRESSO E IMPLÍCITO	17
4.2 PREQUESTIONAMENTO FICTO	20
4.2.1 O embate jurisprudencial: como o STF e STJ enfrentam a questão	22
4.2.2 O Legislativo bate o martelo – a posição adotada pelo novo Código de Processo Civil	28
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS	35

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o acesso aos tribunais superiores no Brasil rodeia-se de pontos controvertidos. Na maioria das vezes, a subida do recurso para essas instâncias ocorre de maneira custosa, ricocheteando por entre vários dos numerosos obstáculos formais ao longo do caminho, não raro erigidos sobre um frágil e duvidoso método interpretativo sobre alguns dispositivos legais ou constitucionais.

A exigência do prequestionamento adiciona mais uma camada na já saturada rota pela qual devem passar os apelos extraordinários. Trata-se, a bem da verdade, de um filtro engendrado para justamente diminuir a carga de processos a serem julgados no âmbito das cortes superiores, já sobrecarregadas pelo crescente aumento do volume de casos aguardando julgamento.

Não obstante, o assunto do prequestionamento, de um modo geral, sempre despertou intensos debates entre os operadores do direito, seja por não estar claramente previsto na atual Constituição, seja por ser um termo de difícil assimilação, em razão das diversas correntes que se firmaram sobre suas acepções.

A ausência de congruência entre os entendimentos contaminou as manifestações dos órgãos judiciais superiores, as quais ora tendem para um lado, ora tendem para outro. Por conseguinte, isso ocasionou uma grave crise de insegurança jurídica, sendo o jurisdicionado o maior prejudicado por esse vaivém jurisprudencial.

Espelhando essa situação, observa-se a polêmica em torno do prequestionamento implícito, ordinariamente afastado pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados, mas de certa forma acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça. Em pior arranjo ainda se situa o prequestionamento ficto, cuja aplicação sempre enfrentou enorme resistência por parte do STJ, tanto que culminou na edição de sua Súmula n.º 211, não obstante já houvesse entendimento em contrário sumulado pelo STF, mais especificamente a Súmula n.º 356.

Deve ser mencionado ainda que a postura do STJ representava um grande entrave à duração razoável do processo, uma vez que implicava na anulação do feito para a remessa dos autos ao órgão inferior a fim de que fosse prolatado novo acórdão. Tratava-se indubitavelmente de um claro exemplo de jurisprudência defensiva, quando o formalismo do processo é utilizado para barrar o acesso à justiça.

Tudo isso gera um caos no sistema de admissibilidade dos recursos, sobretudo porque, muitas vezes, como mencionado, há oscilações até mesmo dentre os pronunciamentos do mesmo órgão. Além disso, veja-se que ainda hoje, mais de meia década após a edição do

CPC/2015 – o qual trouxe novos ares a toda essa problemática – continuam coexistindo, ao menos em tese, ambas as orientações jurisprudenciais antes referidas.

Dessa forma, cabe averiguar como os órgãos jurisdicionais estão lidando com a questão, mormente após a edição do novo CPC. Para isso, foi utilizado o método de revisão bibliográfica, imbricado de intensa investigação acerca dos posicionamentos jurisprudenciais emitidos pelas cortes excelsas, notadamente o STF e STJ.

Em suma, foi realizada uma sucinta análise da conjuntura histórica dos recursos extraordinários *lato sensu*, passando pelas definições de prequestionamento e suas espécies até se chegar à solução final adotada pelo moderno *codex processualis*, tudo sempre em cotejo com os precedentes ordenadores dos tribunais superiores.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Antes de adentrar propriamente na análise do tema acerca da aceitação ou rejeição do prequestionamento ficto como uma forma de requisito dos apelos excepcionais, mister estabelecer as premissas históricas sobre as quais se fundam o instituto, perpassando, mesmo que sucintamente, pela origem dos recursos extraordinário e especial.

Ainda que a expressão exata “recurso extraordinário” só tenha aparecido pela primeira vez no Regimento Interno do STF e alçado voo em grau constitucional propriamente na Carta Política de 1934 (SILVA, 2007, p. 5), desde a Constituição Imperial de 1824 já havia a previsão do recurso de revista, instrumento “[...] que era adotado para reparar prejuízos decorrentes dos tribunais judiciários cíveis, após esgotados os recursos ordinários [...]” (VIANNA, 2011, p. 11).

Na época, inclusive, a Constituição de 1824 incumbiu ao antigo Supremo Tribunal de Justiça a função de julgamento de tal espécie recursal, dispondo que:

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

Art. 164. A este Tribunal Compete:
I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

Conforme salienta Mitidiero (2018, p. 1), o recurso de revista brasileiro teria surgido da “moderna revista” portuguesa, a qual, por sua vez, teria suplantado, com relevantes modificações, a “antiga revista”, instrumento recursal que “[...] compunha o quadro de impugnação contra as decisões judiciais junto com a apelação e a suplicação no direito medieval português.”

Com certa similitude ao *writ of error* estadunidense, o recurso ao STF (órgão instituído como tal pelo Decreto 848, de 11/10/1.890, organizador da Justiça Federal) apareceu na primeira constituição republicana brasileira com o escopo de uniformizar decisões judiciais sobre a aplicação das leis e da própria norma constitucional (CARVALHO, 2000, p. 64).

Não obstante o recurso de revista já fosse um meio de controlar retrospectivamente a legalidade das decisões judiciais, e nisso muito se parece com as versões iniciais do recurso extraordinário (MITIDIERO, 2018, p. 2), nos idos da Constituição Brasileira de 1891

começou a ganhar relevância o tema do questionamento da vigência ou da constitucionalidade da lei federal para falar-se em admissibilidade do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal (PEIXOTO apud SANTOS, 2005, p. 350).

Posteriormente, a alusão ao prequestionamento, posto que sem tal nomenclatura expressa, continuou a lampejar nas demais constituições como uma hipótese para interposição do recurso extraordinário até a Carta de 1967, quando se desvaneceu a sua enunciação.

Segundo as lições de Santos (2005, p. 352), foi com a jurisprudência do STF que se começou a cunhar o termo prequestionamento, tendo o vocábulo seu primeiro precedente, pelo que se soube, em um julgamento da Corte em 1958.

A partir daí, ainda em consonância com o excelente trabalho de pesquisa do referido autor, o STF passou a utilizar-se do termo em diferentes ocasiões, quando foram editadas as súmulas de enunciado n. 282 e 356 em 1963, sobre as quais se debruçaram diversos juristas nos anos que seguiram. Com o acórdão do STF no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no RE n. 96.802 de 1983, relator Min. Alfredo Buzaid, cita o referido processualista (2005, p. 354), elucidou-se que a exigência do prequestionamento não se encontrava mais em âmbito constitucional porque a Magna Carta de 1967, com suas EC n. 01/1969 e 07/1977, atribuiu a competência ao Regimento Interno da Corte para dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

A Constituição Cidadã de 1988 seguiu a linha anterior e não se pronunciou acerca da necessidade do questionamento da validade ou vigência da lei, mas a importância do prequestionamento como um requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu* permaneceu com esteio em um resquício conceitual denominado de “causa decidida”, como adiante veremos.

Após a criação do Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, do recurso especial, inserido no âmbito da competência recursal excepcional desse tribunal, houve repartição de competências entre o Supremo Tribunal Federal e a nova corte superior. Desse modo, ao STJ ficou assegurada, dentre outras coisas, a incumbência de solucionar as controvérsias acerca da legislação federal e ao STF, primordialmente, a guarda da Constituição. Subsistiu, todavia, a necessidade do prequestionamento como um requisito de admissibilidade de ambos os recursos.

Observa-se desse breve apanhado histórico que até chegar-se a um conceito minimamente palpável de prequestionamento – malgrado, depois de todos esses anos, ainda seja de uma ousadia insensata dizer que suas premissas estejam de algum modo sedimentadas – o processualismo teve de passar por uma estrada sinuosa e escorregadia. O fato é que o

instituto existe há mais de século no Brasil e os tribunais superiores, notadamente o STJ e o STF, continuam a exigi-lo como um pressuposto de admissibilidade tanto do REsp quanto do RE.

Ocorre que, contrariamente do que havia de se esperar, o sistema do prequestionamento não amadureceu de maneira uniforme na jurisprudência; aliás, sequer, nos textos acadêmicos. Isso, porque o pouco consenso que há entre os juristas restringe-se à regra de que a matéria deveria ser prequestionada a fim de que pudesse subir à instância extraordinária – e nem isso é livre de opiniões divergentes. A partir daí, bifurcam-se teorias dos mais variados tipos, desde as mais flexíveis até às mais rígidas, acerca não só do próprio conceito de prequestionamento, mas também da forma mais adequada para reputar cumprida a admissibilidade recursal.

3 O QUE SE ENTENDE POR PREQUESTIONAMENTO

Visto isso, antes de adentrar nos meandros das controvérsias jurisprudenciais, cumpre tentar traçar um esboço daquilo que se conhece hodiernamente como prequestionamento. Na verdade, as diversas construções hermenêuticas sobre o vocábulo influenciam diretamente a discussão, uma vez que o sentido a ele atribuído comumente é o ponto crucial da incidência ou não da norma, do que resulta o recebimento ou não do recurso. Veja-se que o debate, apesar de partir de preceitos puramente teóricos, apresenta um potencial prático importantíssimo, visto que atinge frontalmente o direito de recorrer às instâncias extraordinárias, interferindo, conseqüentemente, no resultado do embate processual.

Não se incorrerá aqui nas tormentas que rondam a etimologia da palavra prequestionamento, nem se discutirá sua grafia, se prequestionamento ou pré-questionamento – assunto para os gramáticos e dicionaristas, mas que é objeto de intensa celeuma entre aqueles que cuidam da ciência jurídica¹. A pedra de toque dessa temática, *data venia*, consiste muito mais na perquirição dos efeitos práticos do instituto e sua incidência para a admissão ou rejeição dos recursos extraordinários *lato sensu*.

Pois bem. Nas lições dos professores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 310), o prequestionamento ou pré-questionamento, como se referem, seria “[...] o enfrentamento, pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado, da questão de direito que é objeto do recurso excepcional.”

Os referidos autores, ao que parece, entendem que o tribunal, via de regra, deve efetivamente se manifestar sobre o ponto controvertido para que ele possa ser considerado prequestionado, muito embora admitam a ficção jurídica criada pela jurisprudência e incorporada ao ordenamento pelo art. 1.025 do CPC/2015 – da qual falaremos em breve – como uma forma de se privilegiar o princípio da primazia do julgamento de mérito.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery em obra destinada a comentar o novo Código de Processo Civil (2018, p. 2269) assinalam que o prequestionamento tem sua esca normativa advinda da própria Constituição Federal quando ela utiliza o termo “causa decidida” nos art. 102, III, e 105, III.

Perscrutando um pouco mais sobre o assunto, Ranña e Diniz (2019, p. [5]) asseveram que atualmente é possível conceber pelo menos três concepções principais acerca do que seria prequestionamento:

¹ Alexandre Freitas Câmara (2021, p. [546]), por exemplo, aponta que a grafia estampada no CPC/2015 estaria equivocada, pois o correto seria “prequestionamento”.

(1) o prequestionamento ocorre com a manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; (2) o prequestionamento configura-se com o debate anterior à decisão recorrida acerca do tema de direito federal ou constitucional, hipótese em que é, muitas vezes, considerado um ônus atribuído à parte; e (3) a soma dos dois entendimentos, considerando, então, prequestionamento como o prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito do tema.

Como os próprios autores reconhecem, as duas últimas concepções, embora minoritárias, ainda são encontradas em alguns julgados. Alexandre Freitas Câmara (2021, p. [552]), por exemplo, parece compartilhar do terceiro entendimento, segundo o qual não se pode considerar prequestionada a matéria se ela não foi anteriormente levantada pelo recorrente e combatida pelo órgão jurisdicional:

Prequestionamento é a exigência de que o recurso especial ou extraordinário verse sobre matéria que tenha sido expressamente enfrentada na decisão recorrida. É que só se admite o recurso extraordinário (ou o recurso especial) a respeito de causas decididas (para usar-se aqui a terminologia empregada no texto constitucional). Significa isto dizer que o RE e o REsp só podem versar sobre o que tenha sido decidido, **não sendo possível, nestas duas espécies recursais, inovar suscitando-se matéria (ou fundamento) que não tenha sido suscitado e apreciado na decisão recorrida**. Pense-se, por exemplo, em um processo em que não tenha sido suscitada, nas instâncias ordinárias, a prescrição. Não obstante a existência de dispositivo legal a estabelecer que a prescrição pode ser deduzida em qualquer grau de jurisdição (art. 193 do CC), deve-se compreender tal disposição no sentido de que essa matéria pode ser deduzida originariamente a qualquer tempo nas instâncias ordinárias. Não tendo sido a matéria submetida ao debate em contraditório nas instâncias ordinárias, porém, não será possível deduzi-la originariamente em grau de recurso extraordinário ou especial, por não se tratar de matéria “decidida”, ou seja, por faltar prequestionamento. (grifo nosso).

A primeira visão, todavia, prevalece amplamente na jurisprudência, derivando, como já mencionado, do termo “causa decidida”. Vale dizer, predomina a noção de que o acórdão recorrido deve enfrentar efetivamente a matéria para que haja o chamado prequestionamento. Não seria suficiente, assim, a mera menção nos autos pela parte acerca de determinado assunto sem que ele esteja verdadeiramente contido na decisão judicial. Aliás, segundo essa tese, seria até mesmo desnecessária a atuação da parte em determinadas situações, desde que respeitado o princípio da congruência.

Compartilha desse entendimento Rafael Pellenz Scandolaro (2011, p. [9]) quando aduz que o prequestionamento se configura somente quando há manifestação expressa do tribunal a respeito de questão constitucional ou federal, “[...] o que pode ou não ser proveniente de

anterior provocação das partes, conforme se trate ou não de questões de ordem pública ou reconhecíveis de ofício.”

Nessa senda, vislumbra-se que grande parte dos autores, conquanto tenham predileção pela noção de causa decidida, tende a entender que a omissão pelo tribunal acerca de matéria sobre a qual deveria se pronunciar de ofício também é apta e bastante a alicerçar esse tão controverso requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*.^{2,3}

Interessante notar também que, desde a Constituição de 1934, já se falava em causa decidida em única ou última instância como um requisito para o recurso extraordinário (art. 76, n.º 2, III). A compreensão da noção de causa decidida, portanto, mostra-se relevante na medida em que os tribunais superiores estão inclinados a tratá-la como um sinônimo do instituto do prequestionamento, rejeitando, por conseguinte, o recurso quando não houve o efetivo enfrentamento pelo tribunal de origem acerca da matéria ventilada (RANÑA; DINIZ, 2019, p. [7]). Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Na hipótese, o acórdão recorrido concluiu que a recorrida não praticou ato capaz de ensejar indenização à parte autora. A revisão do entendimento do acórdão recorrido demanda o revolvimento fático dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. In casu, não é possível acolher a alegada divergência jurisprudencial, pois a recorrente limitou-se a transcrever as ementas e trechos dos julgados paradigmas, não atendendo aos requisitos estabelecidos pelos dispositivos legais supramencionados, restando ausente o cotejo analítico e a similitude fática entre os julgados mencionados. 4. Agravo interno não provido. (BRASIL. STJ. AgInt no AREsp: 1157820 SE 2017/0211212-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 16/11/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2017, grifo nosso).

Em notável trabalho sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno (2019, recurso online) explica como o termo causa decidida é, em sua opinião, mais adequado do que prequestionamento:

²Vide: RANÑA e DINIZ (2019).

³Veja também: BUENO (2019).

É correto observar que inexistiu na ordem constitucional de 1988 - e foi ela que criou o STJ a partir do desdobramento de competências até então titularizadas pelo STF - referência ao que, em termos de admissibilidade de recurso especial, é designado por "prequestionamento". Aquela palavra, ao que tudo indica, foi cunhada a partir das previsões constantes das Constituições Federais de 1891 a 1946. Não terá sido coincidência observar que foi sob a égide da Constituição de 1946 que duas importantes súmulas do STF sobre o assunto, a 282 e, em especial, a 356, ambas se referindo ao cabimento do então recurso extraordinário, dentre outras hipóteses, quando se questionasse sobre a validade de lei federal em face da Constituição.

E continua o renomado autor:

Não se trata de ter direito de se ter um caso reexaminado pelo STJ em recurso especial em função do que se "prequestionou" no sentido mais literal da palavra, de o recorrente tomar a iniciativa de arguir determinadas questões por o tribunal de segundo grau. Trata-se, em perspectiva totalmente diversa, de se recorrer especialmente do que foi efetivamente decidido. Ainda que - este ponto é fundamental - o que foi decidido incorra em *error in procedendo* por **não ter decidido o que deveria ter sido decidido**. (grifos do autor)

Ainda, vale a pena fazer menção a um último apontamento sobre o tópico, na medida em que não basta a causa ter sido decidida para o desembaraço da via recursal excepcional: é necessário que ela tenha sido decidida em única ou última instância judicial. Tal conclusão decorre de previsão constitucional expressa (art. 102, III, e 105, III).

Isso quer dizer que deve haver o prévio esgotamento das vias ordinárias para a discussão da matéria antes que ela possa subir às extraordinárias. Como bem exemplifica Alexandre Freitas Câmara (2021, p. [552]), não pode a parte interpor recurso especial se o relator do tribunal *a quo*, monocraticamente, rejeitou a apelação por intempestividade, uma vez que dessa decisão ainda cabe agravo interno ao próprio tribunal.

Como observado ainda pelo referido jurista acerca dos dispositivos constitucionais retromencionados, há uma pequena diferença entre o cabimento do recurso extraordinário e do especial, pois a Constituição Federal na parte em que trata do apelo especial (art. 105, III), diz que compete ao STJ "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 [...]". Por essa razão, não há como submeter à apreciação do STJ, diferentemente do STF, recurso de decisão de turma recursal de juizado especial, do que se extrai o enunciado de sua Súmula 203: "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais."

4 ESPÉCIES DE PREQUESTIONAMENTO

4.1 Expresso e implícito

A partir da compreensão do prequestionamento como causa decidida, termo cunhado na Constituição da República brasileira, exsurge uma nova indagação no que concerne à necessidade ou não de que a legislação federal ou constitucional violada conste expressamente da decisão recorrida.

Isso é, cumpre-nos investigar se o fato de o dispositivo legal não ser mencionado no *decisum* seria capaz de levar à falta de um pressuposto de admissibilidade – o que, conseqüentemente, resultaria na rejeição do apelo – ou, pelo contrário, constituiria esteio suficiente para sustentar o prequestionamento, em sua variante conhecida como implícita.

Desse modo, trocando em miúdos, implícito é o prequestionamento em que não se exige a aparição no acórdão *a quo* do dispositivo de lei discutido, bastando apenas que se tangencie a matéria por ele regulada. Diferentemente, o prequestionamento expresso caracteriza-se por ser justamente o contrário: quando se evidencia, no bojo da decisão recorrida, a menção ao preceito legal testilhado.

Parte dos teóricos ainda faz alusão a uma outra classificação, trazendo à discussão a figura do prequestionamento numérico como um critério diferenciador adicional. Essa espécie tomaria o lugar do prequestionamento explícito, isso é, representaria os casos nos quais há na decisão recorrida a enunciação do preceito legal com vigência negada ou interpretação divergente (SEIDL, 2009, p. 201). De outro lado, para que ficasse caracterizado o prequestionamento explícito bastaria que a questão ficasse devidamente aclarada no *decisum* atacado, dispensando-se a referência ao artigo de lei; o prequestionamento implícito, por derradeiro, restaria configurado se a matéria, apesar de resvalar no acórdão impugnado, não o fizesse de modo claro e suficiente (SEIDL, 2009, p. 202).

As distinções têm sua relevância, uma vez que o STF, historicamente, ao menos em tese, não admite o recurso extraordinário caso se depare com o prequestionamento implícito:

- PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. - E FIRME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE NÃO ADMITIR O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO, AINDA QUANDO SE TRATE DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL. STF - AI: 118412 MS, Relator: Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 11/09/1987, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16-10-1987)

PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. SÚMULA STF 282. 1. Os dispositivos constitucionais aos quais se apontou violação não foram debatidos na instância de origem, e são inviáveis os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento quando a questão constitucional não tiver sido ventilada no recurso interposto perante o Tribunal a quo. Incidência da Súmula STF 282. 2. O Supremo Tribunal Federal, em princípio, não admite o "prequestionamento implícito" da questão constitucional. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL. STF - AI: 767613 RS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 14/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG. 07-10-2010 PUBLIC. 08-10-2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ELEITORAL. PARTIDO POLÍTICO. APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INADMISSIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É inviável o recurso extraordinário cuja questão constitucional nele arguida não tiver sido prequestionada. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. II – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. STF - ARE: 1351390 DF 0000254-42.2015.6.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 14/12/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 07/01/2022)

Pode-se dizer que o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tolera o prequestionamento implícito, não exigindo que o dispositivo legal esteja posto de maneira expressa na decisão impugnada. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. OCORRÊNCIA. 1. Há prequestionamento implícito quando a Corte de origem, mesmo sem a menção expressa ao dispositivo de lei federal tido por violado, manifesta-se, no acórdão impugnado, acerca da tese jurídica apontada pelo recorrente, situação verificada na hipótese. 2. In casu, o prazo prescricional a ser aplicado na presente ação regressiva acidentária, previsto no art. 120 da Lei 8.213/1991, foi devidamente prequestionado no aresto recorrido, porém em sentido contrário à jurisprudência desta Corte, de modo que houve violação ao art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. 3. Agravo interno desprovido. (BRASIL. STJ. AgInt no REsp: 1767869 ES 2018/0243151-7, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 18/05/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2020)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. OCORRÊNCIA. ABONO DE PERMANÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. 1. Aos recursos interpostos com fundamento

no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado 3 do Plenário do STJ). 2. Há prequestionamento implícito quando a Corte de origem, mesmo sem a menção expressa ao dispositivo de lei federal tido por violado, manifesta-se, no acórdão impugnado, acerca da tese jurídica apontada pelo recorrente. 3. [...]. (BRASIL. STJ - AgInt no REsp: 1728612 DF 2018/0052778-9, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 08/09/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/09/2020)

Necessário, contudo, apontar o entendimento segundo o qual há uma ampliação conceitual sobre o que a Corte Suprema compreende como prequestionamento implícito. Assim observa Rafael Pellenz Scandolaro (2011, p. [11]), quando afirma:

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal não exige expressa menção dos dispositivos constitucionais violados. O que ocorre, no caso, é um alargamento da concepção de prequestionamento explícito, considerando-o presente quando há exposição da questão constitucional pelo juízo de origem, ainda que não sejam referidos os dispositivos que se alegam infringidos. Ao mesmo tempo, o prequestionamento implícito é concebido diversamente, estando caracterizado quando a questão federal não é enfrentada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais.

Debruçando-se sobre a temática, sustenta Isabel Godoy Seidl (2009, p. 203) que:

Para o STF o prequestionamento implícito ocorre quando o acórdão recorrido não debateu ou emitiu juízo de valor, mas o teor da decisão viola dispositivo constitucional. O STJ entende por prequestionamento implícito, majoritariamente, aquilo que o STF sustenta por prequestionamento explícito, ou seja, o mesmo se verifica quando o tema tiver sido debatido sem fazer referência expressa ao dispositivo tido por violado.

Assim, ao que parece, a posição da Corte Superior vem há mais tempo caminhando em consonância com os princípios constitucionais e processuais da segurança jurídica, da eficiência, e da primazia da decisão de mérito. O STF, por sua vez, ao menos neste ponto, falta com a devida clareza e coerência interna, ora tendendo para um lado, ora para outro. É o que se verifica dos seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO - SVA. INCLUSÃO NA CONTA TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais apontados como violados. Incidência da Súmula 282/STF. Ademais, se os

embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir a omissão, é inviável o recurso, nos termos da Súmula 356/STF. II - E inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. STF. ARE: 1334742 ES 0030178-80.2008.8.08.0024, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 14/12/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 07/01/2022).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Processual Civil. Prequestionamento explícito. Requisitos. Embargos de declaração. Inovação recursal. Impossibilidade. Prequestionamento ficto. Art. 1.025, do CPC/15. Requisitos. 1. O Supremo Tribunal Federal sempre exigiu o prequestionamento explícito da matéria constitucional ventilada no recurso. Por outro lado, não admite o chamado “prequestionamento implícito”. 2. Não há necessidade de a decisão recorrida mencionar expressamente o artigo da Constituição Federal para se estar caracterizado o prequestionamento explícito. Basta que o ato judicial tenha decidido a questão constitucional. 3. [...]. (BRASIL. STF - ARE: 1271070 SP 0025355-84.2004.4.03.6100, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 08/09/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 21/10/2020).

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 282 E 356 DA SÚMULA DO SUPREMO ANTE A AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ACORDO ADMINISTRATIVO. VERBETE N. 279 DA SÚMULA DO SUPREMO. MAJORAÇÃO, EM 1%, (UM POR CENTO), DA VERBA HONORÁRIA ANTERIORMENTE FIXADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM (CPC, ART. 85, § 11). 1. Não debatido previamente o dispositivo alegadamente contrariado, tem-se a ausência do necessário prequestionamento, de modo que incide os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do Supremo. Precedentes. [...]. (BRASIL. STF - RE: 1331277 RS 5038870-56.2019.4.04.7100, Relator: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 20/09/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 28/10/2021)

4.2 Prequestionamento ficto

Indo um pouco mais a fundo no tema, deparamo-nos com a figura do prequestionamento ficto, cujas implicações, sem qualquer sombra de dúvida, são as maiores culpadas pela polêmica entre os juristas. Não bastassem as discussões acerca de suas outras facetas, o que já denota certa irresignação dos causídicos em razão da rigidez dos tribunais, a forma ficta eleva o debate à última potência.

O prequestionamento ficto ocorre quando o tribunal recorrido não enfrenta determinada matéria, levantada pela parte ou passível de decisão *ex officio*, e rejeita os embargos de declaração opostos. A partir disso, a matéria considera-se prequestionada para todos os fins, abrindo-se a via recursal extraordinária para o sujeito processual. Trata-se,

evidentemente, de uma ficção jurídica criada para impedir que o jurisdicionado se veja em um beco sem saída, visto que, pelo menos em princípio, seria tarefa demasiadamente contraproducente perpassar pela árdua peregrinação recursal de modo a compelir o órgão jurisdicional a emitir uma nova decisão na qual se inserisse o pronunciamento completo.

Não obstante, como veremos à frente, há quem diga inexistir em nosso sistema legal tal figura, apontando outras soluções para o caso de algum órgão judicial negar-se a tomar uma posição concreta em determinado julgamento.

Segundo os ensinamentos de Renato Bastos Abreu (2020, p. [8]), a forma ficta do prequestionamento relaciona-se diretamente com a oposição de embargos de declaração, hipótese em que o assunto dar-se-ia por prequestionado de plano, sem maiores formalidades, independentemente do acolhimento ou não dos aclaratórios. Em suas palavras:

O modelo ficto de prequestionamento também possui relação direta com a oposição de embargos de declaração por parte do recorrente que julga ter sido prejudicado por omissão do acórdão. A acepção adotada, assim como delineado anteriormente, é a de que a mera oposição dos aclaratórios já teria o condão de caracterizar o requisito de admissibilidade em voga. Ou seja, pouco importaria o provimento ou denegação dos embargos, bastando que houvesse a alegação de omissão, perante o Tribunal a quo, quanto à matéria constitucional ou federal ventilada para que o requisito do prequestionamento estivesse satisfeito.

Há de se mencionar, todavia, conforme lembram RANÑA e DINIZ (2019, p. [11]), que a mera oposição de embargos não justifica *ipso facto* a configuração do prequestionamento ficto. Isso, porquanto a decisão vergastada deve verdadeiramente ter se omitido sobre o ponto. Isso decorre da interpretação do verbete sumular n.º 282 do STF, cujo enunciado diz: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

De outra banda, Scandolaro (2011, p. [18]) acredita que não há fundamento constitucional para o agasalhamento da modalidade ficta, pois

O prequestionamento é ato do julgador, que pode ou não ser precedido de prévia suscitação das partes em juízo. Porém, é indispensável que a questão constitucional ou federal esteja expressa, ainda que implicitamente, na decisão recorrida. Os recursos extraordinários *lato sensu* possuem pressupostos específicos que justificam sua própria existência, entre os quais está a obrigatoriedade da presença de questão constitucional ou federal na decisão recorrida. Tal exigência, de caráter constitucional, é imprescindível para o cabimento dos recursos extraordinário e especial, não podendo ser suprimida em prol de pretensas economia e celeridade processuais.

4.2.1 O embate jurisprudencial: como o STF e STJ enfrentam a questão

Entre os tribunais superiores, inexistiu consenso quando o assunto é a viabilidade do prequestionamento ficto. Enquanto o STF tradicionalmente entendeu cabível o uso do regime, o STJ partilhava de opinião diametralmente oposta, rechaçando o instituto e inadmitindo o recurso especial.

A divergência amparava-se primordialmente na interpretação de um verbete sumular emitido pelo STF em 1963, no qual se firmou que “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” (Súmula n.º 356, grifo nosso). Com efeito, segundo observa Leonardo Fernandes Ranña (2016, p. [5]), “[...] se o ponto omissivo sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios não se considera prequestionado, o ponto omissivo sobre o qual se interpôs embargos deve ser considerado prequestionado”.

Assim, a partir da exegese do enunciado, ficou estabelecido que os embargos de declaração seriam suficientes para suprir a exigência do prequestionamento, sendo desnecessário que o tribunal *a quo* os acolha, mas imprescindível, deve-se recordar, que exista omissão, passível de ser sanada pelo próprio órgão judiciário *ad quem*.

Nessa senda, passou o RE a ser acolhido sem a necessidade de que a matéria estivesse incluída no acórdão recorrido, desde que fossem interpostos os embargos e que de fato houvesse omissão a ser sanada quanto ao ponto. Veja-se, por exemplo, os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO-OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULAS STF 282 E 356. 1. Não tendo sido apreciadas pela instância a quo as questões constitucionais em que se apóia o extraordinário, é imprescindível a oposição de embargos de declaração para suprir o prequestionamento. Súmulas STF 282 e 356. 2. Agravo regimental improvido. (BRASIL. STF. RE: 573835 PA, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 14/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-185 DIVULG 30-09-2010 PUBLIC 01-10-2010 EMENT VOL-02417-06 PP-01164)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 256 DO STF. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – É inviável o recurso extraordinário cuja questão constitucional nele arguida não tiver sido prequestionada. Incidência da Súmula 282/STF. Ademais, não foram interpostos embargos de declaração para suprir a omissão, o que atrai a

aplicação da Súmula 386/STF. II – Conforme a Súmula 279/STF, é inviável, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do novo CPC. (BRASIL. STF. RE: 1302507 PR 5043621-71.2014.4.04.7000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 08/03/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 12/03/2021)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual. Prequestionamento. Demonstração. Artigos 5º, inciso XXIV, e 100, § 2º, da Constituição Federal. Matérias prequestionadas. Oposição dos necessários embargos de declaração, com o fito de trazer matéria constitucional à baila. Respeito aos princípios do devido processo legal e da razoabilidade. Agravo regimental provido. 1. Surgida a questão constitucional no momento em que proferido o julgado recorrido, a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência do prequestionamento, ainda que não seja devidamente suprida pelo Tribunal de origem a omissão apontada. 2. O prequestionamento foi efetivado, conforme exigências do art. 541, inciso II, do CPC; do art. 102, inciso III, da CF e do art. 321 do RISTF, inclusive com a indicação do dispositivo que o autoriza e dos preceitos da Carta da Republica infringidos na prolação do acórdão impugnado, não podendo exigir do recorrente que obrigue o Tribunal a quo a se manifestar sobre sua tese. 3. Provido o agravo regimental para - nos exatos termos em que atacou a monocrática, ou seja, pelo conhecimento do recurso extraordinário, por ter sido a matéria prequestionada - devolverem-se ao Ministro Relator as demais questões pertinentes ao extraordinário. (BRASIL. STF. AgR RE: 612458 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/05/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-151 03-08-2015, grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. COLAÇÃO DE BENS RECEBIDOS POR DOAÇÃO. CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO E DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo. II – É inviável o recurso extraordinário cuja questão constitucional nele arguida não tiver sido prequestionada. Incidência da Súmula 282/STF. Ademais, a tardia alegação de ofensa à Constituição, apenas deduzida em embargos de declaração, não supre o prequestionamento. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. STF. ARE: 1304330 SC 0029354-42.2014.8.24.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 04/11/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 09/11/2021, grifo nosso)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Processual Civil. Prequestionamento explícito. Requisitos. Embargos de declaração. Inovação recursal. Impossibilidade. Prequestionamento ficto. Art. 1.025, do CPC/15. Requisitos. 1. O Supremo Tribunal Federal sempre exigiu o

prequestionamento explícito da matéria constitucional ventilada no recurso. Por outro lado, não admite o chamado “prequestionamento implícito”. 2. Não há necessidade de a decisão recorrida mencionar expressamente o artigo da Constituição Federal para se estar caracterizado o prequestionamento explícito. Basta que o ato judicial tenha decidido a questão constitucional. 3. Mesmo com a interposição de embargos de declaração, é necessário que o Tribunal de origem efetivamente esteja obrigado a se manifestar sobre determinada questão constitucional. Não raro, há inovação recursal, como ocorreu no caso concreto. 4. O entendimento dominante no STF sempre foi no sentido de que o ponto omitido pelo acórdão recorrido, desde que opostos embargos de declaração e diante da recusa da instância de origem em se manifestar sobre ele, é passível de apreciação no recurso extraordinário, sem a necessidade de arguição de nulidade do acórdão. Ou seja, o STF sempre admitiu o prequestionamento ficto, suavizando, claramente, a austeridade literal do enunciado constante de sua Súmula nº 356/STF. 5. O art. 1.025, do CPC/2015, apenas agasalhou o entendimento dominante no STF, cristalizado na Súmula nº 356/STF, consagrando o prequestionamento ficto. 6. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 7. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita. (BRASIL. STF. ARE: 1271070 SP 0025355-84.2004.4.03.6100, Relator: DIAS TOFFOLI (Presidente), Data de Julgamento: 08/09/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 21/10/2020, grifo nosso)

Em contrapartida, consoante já aludido, o Superior Tribunal de Justiça não vê com bons olhos o sistema do prequestionamento fictício. Sua jurisprudência sempre foi sólida ao repeli-lo veemente. Tamanha a resistência da Corte em adotar a figura que publicou o enunciado de sua 211ª Súmula para rechaçá-la por completo, cujo texto afirma que é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

Veja-se que, com todas as letras, o STJ deixou claro sua repulsa pelo instituto em questão, levando a ferro e fogo a expressão “causa decidida”. Mas se a oposição dos embargos para o esclarecimento da questão não é suficiente, como poderia o recorrente obrigar o tribunal *a quo* a pronunciar-se sobre o ponto omitido? A solução adotada não só se desvia do entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal, mas também se empobrece de proporcionalidade, desprezando por completo os princípios da celeridade e da duração razoável do processo.

A saída para o problema adotada pelo STJ não se revolve de complexidade. Pelo contrário, conquanto criativa, é bem simples, mas nem um pouco prática. Explico. Na hipótese de uma decisão omissa, querendo o recorrente se valer da via especial para

solucionar a lide, poderia não bastar a oposição dos aclaratórios, pois, caso não acolhidos pelo tribunal de origem, seria necessária a interposição de um primeiro REsp a fim de que fosse indicado *error in procedendo* no julgamento do órgão *a quo*. O dispositivo legal a ter sua violação suscitada seria o art. 535 do CPC/73, relativo ao cabimento dos embargos. Caso identificada a nulidade, o acórdão seria cassado para que os autos baixassem e a omissão pudesse ser sanada. Assim era o pronunciamento, *in verbis*:

PROCESSIONAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MULTA FIXADA NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PROFERIDA NA DEMANDA PRETÉRITA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC (ART. 1.022 DO CPC/2015). PREQUESTIONAMENTO FICTO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESSE DE AGIR. CONDIÇÃO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. DECISÃO MANTIDA. 1. O conteúdo normativo dos arts. 333, I e II, do CPC/1973, 6º, IV, VI e VIII, e 14 da Lei n. 8.078/1990, 186, 422 e 927 do CC/2002 não foi apreciado pelo Tribunal a quo, apesar da oposição de embargos declaratórios. Caberia à parte alegar violação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.022 do CPC2015). Dessa forma, à falta do indispensável prequestionamento, incide a Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça. 2. A admissão do prequestionamento ficto previsto no art. 1.025 do CPC/2015 exige que se aduza, no recurso especial, violação do art. 1.022 do Diploma Processual (art. 535 do CPC/1973), o que não ocorreu. 3. A Corte de origem manteve a extinção do feito, por ausência de interesse processual da parte autora para a propositura da demanda. Rever a conclusão do acórdão, quanto à impossibilidade de obter indenização pela falta de provocação da parte ao Juízo a quo, para dar efetividade à medida coercitiva, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, conforme a orientação da Súmula n. 7 do STJ. 4. A análise do recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional exige a comprovação do dissídio, por meio da apresentação de julgados que evidenciem a similitude fática das situações às quais foram dadas soluções distintas, na aplicação do direito à espécie. Tal providência não foi adotada pelo recorrente, motivo por que a fundamentação do recurso encontra-se deficiente. Dessa forma, correta a aplicação da Súmula n. 284 do STF. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. STJ. AgInt no REsp: 1562190 RS 2015/0261446-7, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 15/12/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020, grifo nosso).

Tudo isso gerava um novo problema, pois, ainda que fosse sanada a omissão, caso não houvesse alteração no resultado do julgamento, caberia ao interessado interpor novo REsp, agora para a discussão meritória. Ora, não é nenhum segredo que o acesso às vias excepcionais já é suficientemente demorado e custoso pela primeira vez, quanto mais da segunda. O tempo para a solução do conflito praticamente dobra, o que certamente é, para muitos clientes do Judiciário, motivo bastante para levantar a bandeira branca.

Esse é um claro demonstrativo daquilo que ficou conhecido como jurisprudência defensiva, isto é, hipótese em que o tribunal afunila os já estreitos filtros de admissibilidade dos processos de sua competência de modo a não sobrecarregar sua capacidade operacional.

Segundo e nos ensina Gustavo Fávero Vaughn (2016, p. 1), o STJ, nos tempos atuais, enfrenta um dilema, pois de um lado estaria abarrotado de recursos e outras tarefas de sua competência e de outro precisaria prestar a jurisdição de maneira célere e efetiva, conforme exigem os cidadãos. A demanda de tanto trabalho estaria atrelada ao amplo acesso à justiça garantido pela Constituição, aliado à crescente litigiosidade na sociedade moderna. Nessa esteira, continua o autor:

Para mitigar os efeitos desta situação, o STJ adotou a prática da jurisprudência defensiva (*rectius*, ofensiva), que consiste na criação de entraves e pretextos excessivamente formais e burocráticos para impedir o conhecimento dos recursos especiais que lhe são dirigidos, obstando a análise do mérito. Ocorre que a aplicação da jurisprudência defensiva, em grande parte das vezes, ignora a legislação vigente, adotando formalismos exacerbados, carentes de fundamentação legítima e tolhendo, com isso, o efetivo acesso à justiça em prol de uma ilusória celeridade.

Relativamente à celeridade, é de fácil percepção que não é um de seus corolários a recusa ao julgamento de mérito, porquanto a matéria não se resolve e o caso retorna ainda mais sedento por uma solução definitiva, isto é, se ainda houver tração e interesse financeiros para tanto. Aliás, de nada adiantam os discursos de promoção do acesso à justiça, sobretudo a partir da Constituição Cidadã, se eles podem ser tão facilmente sacrificados por meio de mecanismos burocráticos e formalismos exagerados, tudo em prol de uma pretensa diminuição da carga de trabalho.

Malgrado seja de conhecimento notório o congestionamento de processos no Judiciário, isso não pode servir como justificativa para negar ou retardar a justiça em prejuízo do contribuinte, mormente mediante a invenção de artifícios que estão fora do campo de atuação e da esfera de responsabilidade da parte.

Vale mencionar que a Suprema Corte nos últimos tempos, anteriormente à edição do CPC/2015, por diversas vezes vinha atribuindo interpretação mais dura à sua Súmula n.º 356, alinhando-se ao entendimento do STJ:

EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JULGAMENTO CONTRÁRIO AOS INTERESSES DA PARTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ESTORNO DE CRÉDITO APROVEITADO QUANDO DA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. SUSPENSÃO DO ART. 33 DO CONVÊNIO 66/1988 PELA LIMINAR NA ADI 715, POSTERIORMENTE

REVOGADA. VIOLAÇÃO DO ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL DO ICMS. QUESTÃO NÃO PREQUESTIONADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356. SOBERANIA DESTA CORTE PARA EXERCER O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DIRIGIDOS A TRIBUNAIS SUPERIORES. O texto constitucional exige que o órgão jurisdicional explicita, ainda que sucintamente, as razões do seu convencimento, sendo prescindível o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes. A simples contrariedade da parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 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. A conclusão, firmada em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de que determinada questão jurídica tem caráter constitucional não vincula esta Suprema Corte, soberana para exercer o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a discussão sobre a admissibilidade de recurso de competência de Tribunal diverso se restringe à interpretação de legislação infraconstitucional (RE 598.365-RG). Inexiste autorização, na legislação processual vigente, para que se remetam os autos ao Superior Tribunal de Justiça a fim de que este, partindo da premissa firmada pelo Supremo Tribunal Federal no juízo de admissibilidade de apelo extremo, aprecie a questão jurídica à luz da legislação infraconstitucional. Agravo regimental conhecido e não provido. (BRASIL. STF. RE: 629943 RJ, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 25-02-2013 PUBLIC 26-02-2013)

Ainda que escape do objeto do presente estudo, é imperioso assinalar que o TST há algum tempo já possui orientação no sentido de admitir o prequestionamento ficto. É o que se extrai de sua Súmula 297, *in verbis*:

PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração. (grifo nosso)

4.2.2 O Legislativo bate o martelo – a posição adotada pelo novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil entrou em vigor em março de 2016, trazendo novos ventos ao processamento dos embargos de declaração. Oportunamente, o legislador procurou resolver de uma vez por todas a antiga querela sobre o prequestionamento ficto. Percebe-se de uma simples leitura do art. 1.025 do CPC/2015 que a postura selecionada privilegia o instituto, seguindo a linha inicial já elaborada pelo STF:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Dessarte, o novel diploma processual promove – ou pelo menos pretende promover – uma reviravolta na admissibilidade dos recursos excepcionais, de maneira a adequar o posicionamento do STJ ao que já foi decidido pelo STF. Com efeito, não há mais que se falar em interposição de REsp com esteio na violação do dispositivo concernente ao cabimento dos aclaratórios (atual 1.022 do CPC) para anular o acórdão recorrido. Assim, se ficar evidenciado que a parte opôs embargos para sanar a omissão do tribunal *a quo*, deverá a Corte Superior julgar desde logo o recurso especial, reconhecendo o prequestionamento ficto.

No mesmo sentido, assevera Humberto Theodoro Júnior (2019, p. [1605]) que:

Nos termos da lei nova, o que ocorre é o reconhecimento de estar superado o requisito do prequestionamento, na espécie, malgrado a omissão indevida cometida pelo tribunal *a quo*. Caberá, assim, ao tribunal superior (STF ou STJ) julgar o recurso extraordinário ou especial e não devolver o processo à inferior instância para novo julgamento dos embargos.

Entretanto deve-se salientar que, ao arrepio do texto legal, o STJ continua exigindo a demonstração de desrespeito ao art. 1.022 do CPC/2015 (art. 535 do antigo CPC) para o recebimento do apelo especial, inovando o ordenamento jurídico ao criar novo requisito não previsto em lei ou na Constituição Federal.

Conforme salienta Hanneli Aresi Rasia (2021, p. 43) em excepcional trabalho dedicado ao tema:

O entendimento exarado pelo STJ mantém a imperatividade da indicação do *error in procedendo*, que era exigido antes do advento do CPC de 2015, conforme mencionado no capítulo anterior, todavia o faz como preliminar do recurso especial, porém, não há qualquer respaldo legal para tal exigência, conforme se observará das ponderações adiante expostas. O entendimento

foi consolidado por meio do REsp 1.639.314 de 2017, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa é: '[...] 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. [...]'

A partir desse entendimento, vem decidido reiteradamente o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVO LEGAL NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. É insuficiente, para fins de prequestionamento, a simples afirmação da Corte de origem no sentido de que se consideram prequestionados os dispositivos legais ventilados nos Aclaratórios. 3. Necessário interpor Recurso Especial por afronta ao art. 1.022 do CPC/2015 (antigo art. 535 do CPC/1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento. 4. Recurso Especial não conhecido. (BRASIL. STJ. REsp: 1720980 PR 2018/0021223-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 20/03/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO FICTO. INOCORRÊNCIA. CONTRATO. DIREITO AO REAJUSTE DE PREÇOS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3). 2. O acolhimento do prequestionamento ficto de que trata o art. 1.025 do CPC/2015 exige do recorrente a indicação de violação do disposto no art. 1.022 do mesmo diploma, "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" (AgInt no AREsp 1067275/RS, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 13/10/2017), providência desatendida, in casu. 3. A Corte distrital rejeitou o pedido de reajuste formulado pela ora recorrente mediante o compulsar das cláusulas contratuais e a constatação de que a preclusão ocorrera quando a contratante "assinou o segundo aditivo e anuiu com os valores ali expostos", de modo que dissentir de tais conclusões no âmbito do apelo nobre constitui providência vedada nos verbetes das Súmulas 5 e 7 desta Corte. 4. Agravo interno desprovido. (BRASIL. STJ. AgInt no AREsp: 1192225 DF 2017/0274158-2. Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 21/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2018)

Embora a nova orientação da Corte seja a de muito relutantemente aceitar a figura do prequestionamento ficto – pois do contrário estaria julgando em contrariedade a preceito

normativo cogente –, ainda emprega expediente interpretativo duvidoso para rejeitar o recurso, apegando-se mais uma vez a técnicas de jurisprudência defensiva.

Também continua aplicando a sua Súmula n.º 211, cujo enunciado já deveria ter sido cancelado, já que em evidente antagonismo com dispositivo em comento. Após a edição do CPC/2015 mudou-se substancialmente a disposição normativa, devendo ser admitido o prequestionamento ficto independentemente do acolhimento ou não dos embargos pelo tribunal de origem (DURÃES, 2020, recurso online).

Consoante assinalam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 2269), caso interpostos os embargos de declaração e não sanado o defeito, o texto legal considera inseridos na decisão hostilizada os fundamentos sobre os quais não se pronunciou o tribunal. Vale dizer, por *fictio iuris*, a questão torna-se decidida, cumprindo-se os requisitos da CF/88, art. 102, III, ou 105, III (NERY JR; NERY, 2018, p. 2269). Preenchido o pressuposto da “causa decidida” nada há mais para se exigir da parte, quanto menos que se invoque eventual vulneração do art. 1.022 do CPC. Nesse sentido, concordam os renomados autores que houve a superação da Súmula n.º 211 do STJ, porquanto “a parte pode, sim, atacar diretamente, por REsp, a questão federal não decidida, a despeito de haverem sido opostos EmbDcl para que o tribunal a decidisse” (NERY JR; NERY, 2018, p. 2269). Isso decorre, como visto, do fato de a própria norma reputar decidida a causa, criando-se uma presunção jurídica em favor do recorrente.

Não é outra a posição de Durães (2020, recurso online), para quem

[...] com o novo códex sendo aplicado aos recursos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento ficto passará a ser amplamente acolhido, mudando-se completamente a jurisprudência daquele órgão com o tempo e quiçá, em breve o Pleno se manifesta pela revogação da já superada Súmula 211.

Para complementar, Didier Jr. e Cunha (2016, p. 312) também compartilham da opinião segundo a qual não há mais espaço para a Súmula de n.º 211 do STJ após a edição do novo códex:

A opção do CPC-2015 é coerente com um sistema que prestigia o julgamento do mérito - primazia da decisão de mérito (art. 4º, art. 932, par. ún. e, especificamente em relação aos recursos extraordinários, o art. 1.029, §3º, CPC). O n. 211 da súmula do STJ deve ser cancelado.

Insta ressaltar que os ministros do STJ já tiveram a oportunidade de cancelar o referido enunciado jurisprudencial na ocasião em que julgaram uma questão de ordem relativa

ao REsp n.º 968.378/RS, uma vez que sua linha de entendimento contrastava com a do STF – estampada na já comentada Súmula n.º 356 –, mas a decisão que prevaleceu foi por mantê-lo incólume.

O fato é que, independentemente da revogação ou não da súmula, seu teor resta superado pelo preceito determinante do novo CPC. Verifica-se que, na época que ainda tramitava o projeto legislativo, já se esperava a mudança de opinião da e. Corte Cidadã:

Pela inteligência do artigo supracitado, sendo o Novo Código aprovado, na forma proposta, o STJ, ainda que contrariando sua jurisprudência majoritária e conservadora, terá de se adequar à posição já sedimentada na jurisprudência da Corte Suprema: aceitar o prequestionamento ficto, configurado pela simples interposição dos embargos de declaração. (PAULA, 2011, p. 50)

Verifica-se, assim, que a presente prescrição legal é mais consentânea com os princípios processuais do acesso à justiça, da segurança jurídica e eficiência, bem como mais ciente da realidade do jurisdicionado nacional e do próprio sistema judiciário brasileiro.

A dificuldade em lidar harmoniosamente com o prequestionamento gera uma crise de insegurança jurídica, na medida em que os critérios para ter o recurso conhecido são muitas vezes enevoados pelos inúmeros pronunciamentos incertos, por vezes até contraditórios, emitidos pelos tribunais superiores; isso quando não há uma abrupta transfiguração dos institutos na metade do jogo processual. Tudo em nome de uma pretensa promoção da celeridade de julgamento.

Nessa ordem, mostra-se importante que as cortes tomem consciência de seu papel como promotoras da uniformização do direito a fim de que toda essa celeuma possa ser enfim dissipada. Por oportuno, deve ser lembrada a importância do princípio da primazia do julgamento de mérito, consagrado no art. 4º do CPC/2015 como um vetor orientador dos posicionamentos jurisprudenciais, de modo a evitar o que vem sendo chamado de jurisprudência defensiva.

Somente desse modo poderão ser prestigiados os princípios da duração razoável do processo e segurança jurídica, contrário do que vem ocorrendo com as sucessivas investidas jurisprudenciais contra a admissão dos recursos. As paredes edificadas pelo Judiciário para barrar o cidadão nada mais fazem do que contribuir para o seu descrédito perante a população. É exatamente como diz Gustavo Fávero Vaughn (2016, p. 4):

Chega a ser irônico dizer que, buscando uma solução à crise enfrentada, o Poder Judiciário tenha encontrado uma escusa que dificultou ainda mais a busca ao direito material tutelado pelos jurisdicionados. A inadmissão de

recursos sob pretextos excessivamente formais, não previstos em lei, gera um sentimento de indignidade e insegurança jurídica na população que busca na instituição judiciária a solução de seus conflitos e, por conseguinte, a proteção de seus direitos. [...] É evidente que os tribunais devem filtrar os recursos que lhe são direcionados como forma de impedir a desnecessária movimentação da máquina judiciária, mas essa seleção não pode - e nem sequer deve - se basear em invencionices ilegítimas para dificultar o acesso - formal e material - ao Poder Judiciário.

Prosseguindo, o referido autor apregoa que:

Ocorre que a motivação utilitarista dos óbices criados para admissibilidade de recursos em nada colabora para a "felicidade geral" dos jurisdicionados. Se há, na comunidade jurídica, alguém que acredite que a filtragem negativa de recursos, atrelada a formalismos hiperbólicos, prestigia a duração razoável dos processos esta pessoa está, *data venia*, enganada. A celeridade processual, embora desejável, não pode se sobrepor à lei e ao efetivo acesso à justiça.

Por fim, não há como suscitar a inconstitucionalidade do art. 1025 do CPC, já que ele não só deriva do próprio pensamento consolidado do STF, utilizado por muitos anos nos julgamentos da Corte, mas também se compatibiliza perfeitamente com os princípios constitucionais supramencionados. Aliás, faz parte justamente da competência legislativa infraconstitucional a criação de ficções jurídicas para dar cumprimento aos comandos constitucionais; sendo “causa decidida” um requisito constitucional, coube à legislação processual definir o seu sentido e abrangência (NERY JR.; NERY, 2018, p. 2271).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo fez uma abordagem analítica sobre os principais elementos que circundam o instituto do prequestionamento ficto, transcorrendo, ainda que brevemente, sobre os recursos extraordinário e especial, adentrando em suas origens constitucionais e legislativas. A partir desse contexto histórico, foi possível traçar um arcabouço teórico acerca daquilo que se entende por prequestionamento, muito embora ainda se trate de um campo repleto de incertezas.

Posteriormente, foi realizado um levantamento bibliográfico concernente às espécies de prequestionamento, desde a modalidade expressa e implícita até, finalmente, chegar-se à ficta. Foram estabelecidos ainda nesta obra os pormenores relativos aos contornos do prequestionamento ficto, compreendido a partir da rejeição pelo tribunal *a quo* dos embargos prequestionadores, os quais, por seu turno, foram opostos em razão da defeituosa apreciação judicial de determinada matéria e com o intuito de desobstruir as vias extraordinárias.

Empreendendo uma minuciosa investigação a respeito dos posicionamentos jurisprudenciais do STF e do STJ sobre a questão, foi possível perceber como ainda há uma certa resistência na aceitação do prequestionamento ficto, sobretudo por parte da Corte Superior.

O STJ continua não só exigindo a violação ao art. 1.022 do CPC como um requisito adicional, mas também mantém em pleno vigor o verbete de sua Súmula n.º 211, cujo enunciado, ao repelir o prequestionamento ficto, representa um resquício ilegal de sua jurisprudência defensiva, indo de encontro tanto ao enunciado da Súmula n.º 356 do STF quanto às disposições do próprio CPC/2015.

Observou-se também que o novo CPC trouxe à baila uma perspectiva difícil de ser ignorada, já que seu art. 1.025 ostenta com todas as letras a sua predileção pela variante ficta da figura. A determinação legal contida no novo diploma processual caminha de mãos dadas com a Constituição Federal, privilegiando diversos princípios norteadores do processualismo moderno, como a segurança jurídica, a duração razoável do processo, a celeridade e o acesso à justiça.

Conclui-se, portanto, que, conquanto ainda haja alguma relutância, os tribunais muito em breve terão de abrandar sua rigidez acerca do prequestionamento ficto. Com a vigência do recente alicerce normativo, houve uma mitigação severa da amplitude da antiga esfera interpretativa de que dispunham os órgãos judiciais. Cabe agora aos jurisdicionados, legalmente amparados, exigirem das instâncias superiores um posicionamento mais afinado

com os já longevos anseios democráticos por uma prestação jurisdicional que seja não só justa, mas também eficiente e acessível.

REFERÊNCIAS

ABREU, Renato Bastos. O PREQUESTIONAMENTO FICTO NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO: DESAFIOS PARA A PADRONIZAÇÃO DO INSTITUTO NAS CORTES SUPERIORES. Brasília: **Caderno Virtual**, v. 1, n. 46, 2020, [21] p. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4170>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 05 fev. 2022.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 03 fev. 2022.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 05 fev. 2022.

_____. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 05 fev. 2022.

Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de Janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 05 fev. 2022.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 fev. 2022.

_____. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/impresao.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. Lei nº 13.115, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp: 1192225 DF 2017/0274158-2. Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 21/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp: 1157820 SE 2017/0211212-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 16/11/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp: 1562190 RS 2015/0261446-7, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 15/12/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp: 1728612 DF 2018/0052778-9, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 08/09/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/09/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp: 1767869 ES 2018/0243151-7, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 18/05/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag: 1021162 SP 2008/0044663-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 11/12/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1066647 SP 2008/0128354-4, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 22/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 747.370/SE. Rel: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Publicação em 01/08/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 968.378/RS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Data de Julgamento: 19/11/2009. Data de Publicação: 15/12/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1720980 PR 2018/0021223-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 20/03/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 203. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 211. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 05 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgR RE: 612458 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/05/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-151 03-08-2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI: 602249 PR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 05/03/2013, Primeira Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI: 118412 MS, Relator: Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 11/09/1987, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16-10-1987.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI: 767613 RS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 14/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG. 07-10-2010 PUBLIC. 08-10-2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE: 1271070 SP 0025355-84.2004.4.03.6100, Relator: DIAS TOFFOLI (Presidente), Data de Julgamento: 08/09/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 21/10/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE: 1304330 SC 0029354-42.2014.8.24.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 04/11/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 09/11/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE: 1334742 ES 0030178-80.2008.8.08.0024, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 14/12/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 07/01/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE: 1351390 DF 0000254-42.2015.6.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 14/12/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 07/01/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 282. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula282/false>. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 356. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula356/false>. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE: 99948 MG, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 26/04/1984, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06-09-1985.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE: 1302507 PR 5043621-71.2014.4.04.7000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 08/03/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 12/03/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE: 1331277 RS 5038870-56.2019.4.04.7100, Relator: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 20/09/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 28/10/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE: 573835 PA, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 14/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-185 DIVULG 30-09-2010 PUBLIC 01-10-2010 EMENT VOL-02417-06 PP-01164.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE: 629943 RJ, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 25-02-2013 PUBLIC 26-02-2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 297. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. 30 anos do STJ e prequestionamento: uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC. **Migalhas**, maio 2019, recurso online. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/301346/30-anos-do-stj-e-prequestionamento--uma-analise-critica-do-prequestionamento-ficto-diante-do-art--1-025-do-cpc>. Acesso em 08 set. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2021, [574] p.

CARVALHO, Rolff Milani de. Recurso Extraordinário. Jundiaí: **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA**, v. 1, n. 2, p. 61-79, 2000. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireito/article/view/52>. Acesso em: 06 fev. 2022.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. Dos recursos excepcionais na constituição brasileira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 175-196, 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/16074>. Acesso em: 05 jan. 2022.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, v. 3, 2016, 720 p.

DURÃES, Cintya Nishimura. O prequestionamento ficto e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz do novo Código de Processo Civil brasileiro. **JUS.com.br**, [s. l.], mai. 2020, recurso online. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82665/o-prequestionamento-ficto-e-a-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro> Acesso em: 05 fev. 2022.

GONDIM, Marcelo Abdon. **O prequestionamento: o direito processual em transformação à luz da matéria de recurso especial e extraordinário, considerando o prequestionamento ficto**. Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles. 2017. 126 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/24259>. Acesso em: 05 jan. 2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1613 p.

MITIDIERO, Daniel. Dos recursos de revista ao recurso extraordinário e ao recurso especial. [S. l.]: **Revista de Processo Comparado**, v. 8, p. 331-340, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5523603/mod_resource/content/1/Daniel%20Mitidiero%20-

[%20Dos%20recursos%20de%20revista%20ao%20recurso%20extraordinA%CC%83%C2%A1rio%20e%20ao%20recurso%20especial.pdf](#). Acesso em: 6 fev. 2022.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2018. 972 p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 2976 p.

PAULA, Iranilda Bastos de. **Prequestionamento**: análise crítica da decisão do Superior Tribunal de Justiça que dá provimento ao recurso especial por violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho. 2011. 63 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/502/3/20742085.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2022.

RANÑA, Leonardo Fernandes; DINIZ, Eduardo de Alencar Araripe. O PREQUESTIONAMENTO NO STJ: Uma breve abordagem sobre a evolução desse fenômeno e sobre a dinâmica de julgamento do Recurso Especial diante das mudanças trazidas pelo CPC/2015. Brasília: **Caderno Virtual**, v. 3, n. 45, 2019, [24] p. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3938/1715>. Acesso em: 08 set. 2021.

RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: Uma breve abordagem da visão atual da corte e das mudanças trazidas pelo Novo CPC. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 253, mar. 2016, [13] p.

RASIA, Hanneli Aresi. **O prequestionamento nos tribunais superiores**: uma análise de sua classificação e da jurisprudência das cortes sobre o prequestionamento ficto após o Código de Processo Civil de 2015. 2021. Monografia (Especialista em Direito e Prática Processual nos Tribunais) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2021.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O PREQUESTIONAMENTO NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. **Doutrina**: edição comemorativa 15 anos. 1. ed. [S. l.]: Brasília Jurídica, p. 347-365, 2005. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout15anos/issue/view/328/showToc>. Acesso em: 05 jan. 2022.

SCANDOLARA, Rafael Pellenz. **A impossibilidade do prequestionamento ficto como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários lato sensu**. 2011. [20] p. Artigo científico (Especialização em Jurisdição Federal) - Escola Superior da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Rafael-Pellenz-Scandolara.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2022.

SEIDL, Isabel Godoy. A Jurisprudência dos tribunais superiores e a caixa-preta do prequestionamento. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, [s. l.], ano 2009, v. III, n. 3, p. 197-209. 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22174>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SILVA, Cláudia Beatriz Lage da. **O Supremo Tribunal Federal e o prequestionamento no recurso extraordinário: UMA MIGRAÇÃO CONCEITUAL**. Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco. 2007. 22 p. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1148>. Acesso em: 05 jan. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2019, [1872] p.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. **Revista de Processo**, [s. l.] , v. 254, p. 339-373, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.17.PDF. Acesso em: 06 jan. 2022.

VIANNA, Felipe Fernandes. **Recurso extraordinário e sua repercussão geral**. Orientador: Prof. Ivan Garcia. 2011. 48 p. Monografia (Especialização em Direito Empresarial) - Instituto a Vez do Mestre, Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k218427.pdf. Acesso em: 05 jan. 2022.