

O USO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO

Rodolfo Botelho Cursino

Estudante do último ano do Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife – UFPE/
FDR

RESUMO: A exigência do prequestionamento é extraída da interpretação da Constituição Federal dada pela doutrina e pela jurisprudência. O STF e o STJ, por meio de suas súmulas, firmaram entendimentos divergentes acerca da ocorrência do prequestionamento, exigindo, em alguns casos, o uso dos embargos de declaração. Tal divergência de interpretação gera grande insegurança jurídica, que, sob a justificativa de buscar o prequestionamento, acabam por utilizar, incorretamente, os embargos, opondo-o fora de suas hipóteses de cabimento. Na tentativa de evitar o incorreto uso do recurso, devem as partes adotar um cauteloso proceder e o poder judiciário analisar clinicamente cada situação, reprimendo a sua indevida oposição, de modo a se criar um norte de orientação para o correto manejo do recurso utilizado com fim prequestionador.

1. INTRODUÇÃO

O prequestionamento não possui qualquer regulamentação legal, sendo a sua exigência derivada da interpretação constitucional dada pela doutrina e pela jurisprudência acerca dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal. Pelo caráter impreciso deste requisito, observam-se diversas controvérsias no mundo jurídico, divergindo os profissionais do Direito sobre seus conceitos e suas formas de ocorrência. Esta falta de pacificação em torno do tema, cuja divergência se encontra inserida, inclusive, no âmbito dos superiores tribunais, ocasiona grande dificuldade

às partes quando da interposição de seus recursos extraordinário e especial, constituindo, muitas vezes, um óbice no acesso aos superiores tribunais.

Com a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de definir o que se deve entender por prequestionamento, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, após reiterados julgados, editaram as súmulas 282 e 256, do STF, e 98 e 211, do STJ, por meio das quais passaram a definir alguns critérios para sua ocorrência, que diferem em cada um dos tribunais. Dentre eles, observa-se a possibilidade de utilização do recurso de embargos de declaração para fins de requerer um pronunciamento expresso do tribunal local sobre as matérias que serão objeto dos recursos excepcionais.

Em decorrência de algumas causas, como o divergente regramento dado pelas referidas súmulas, a ausência de consenso acerca do que se entende por prequestionamento da matéria na doutrina e na jurisprudência, o incorreto proceder da parte, quando da análise da decisão a ser recorrida e, ainda, a ausência de ação coercitiva por parte do Poder Judiciário, quando do incorreto uso do recurso, os embargos de declaração, de fundamental importância para garantir o direito que a parte possui de ver seus conflitos devidamente apreciados pelo Poder Judiciário, passaram a ser utilizados em demasia e, muitas vezes, fora de suas hipóteses de cabimento, com o escopo de prequestionar a matéria, trazendo grandes prejuízos para o bom andamento processual e para a concretização do princípio da razoável duração do processo.

Desta forma, o presente trabalho tem por objeto a identificação e o estudo das diversas formas com que o recurso de embargos de declaração vem sendo utilizado, em sentido amplo, para fins de prequestionamento da matéria. Tais formas englobam não só a utilização que é feita com base na orientação do STF e do STJ, e que, desta forma, entende-se como correta, como também o uso indevido do referido recurso.

2. O PREQUESTIONAMENTO

2.1. HISTÓRICO

A idéia do que se entende por prequestionamento surgiu com a Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, datada de 24 de setembro de

1789. Esta lei admitiu a interposição de recursos, para a Corte Suprema norte-americana, contra decisões da justiça estadual envolvendo questões ligadas ao direito federal (constitucional e infraconstitucional) ¹, exigindo-se, para tanto, que a questão fosse previamente suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado.²

No direito brasileiro, a origem do prequestionamento remete à própria criação do recurso extraordinário, em 1890, pelo Decreto 848.³ O constituinte de 1891, dando seqüência ao que já constava da legislação infraconstitucional, houve por recepcioná-la, inserindo na Carta Magna o requisito do prequestionamento, passando, pois, a exigir a manifestação prévia quanto à questão federal e/ou constitucional, para a interposição dos recursos excepcionais.⁴ Este conceito permaneceu durante muito tempo, sendo mantido nas Constituições de 1934 (art.76, III, a e b), 1937 (art. 101, III, a e b) e 1946 (art. 101, III, b).⁵ Tomando por base a jurisprudência formada sobre o tema, “o Supremo Tribunal Federal, em 16.12.1963, decidiu editar os enunciados das súmulas 282 e 356”,⁶ estabelecendo a necessidade de ser debatida na decisão recorrida a questão federal suscitada.

No entanto, a despeito da previsão das Constituições Federais anteriores e das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1967, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, no artigo 114, inciso III, optou por excluir a expressão “questionar”. As Constituições de 1969 e 1988 seguiram a mesma linha. Esta simples alteração ocasionou divergências doutrinárias na interpretação da Lei Maior, levando a afirmação de muitos doutrinadores sobre a inexigibilidade do prequestionamento no ordenamento brasileiro. Neste sentido, expõe

¹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “Prequestionamento implícito em recurso especial. Posição divergente no STJ”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4. p.958.

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8ªed. São Paulo: RT. 2003.p. 226/227.

³ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Op. Cit. p.958/959.

⁴ MORAIS, Fernanda Bezerra. “A (in)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?”. *Revista ESMape* nº27. Recife: ESMape. 2008. v.13. p.148.

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8ªed. São Paulo: RT. 2003. p. 226.

⁶ SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. “Prequestionamento”. *Revista Virtual da AGU* nº23. Ano III. Abr, 2003. p.109.

Rodolfo de Camargo Mancuso que, para José Afonso da Silva “o silêncio constitucional seria significativo, posto que desonera o recorrente da demonstração do prequestionamento”.⁷ Galeno Lacerda, por sua vez, em estudo denominado “Críticas ao prequestionamento”, afirmou que

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 inópia, poder de disposição sobre a matéria constitucional!⁸

Superando-se as críticas alhures mencionadas, a jurisprudência dos Tribunais pátrios⁹ e a doutrina majoritária entendem que, embora a expressão “prequestionar” não conste expressamente na Constituição Federal de 1988 e nem de qualquer legislação infraconstitucional, o requisito do prequestionamento permanece vivo no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns doutrinadores confirmam a exigência do prequestionamento, tomando por base a expressão “causas decididas”, contida nos artigos 102, III e 105, III da Lei Maior brasileira. Assim, entendem pela necessidade de manifestação do tribunal local sobre a questão que lhe fora proposta, sob pena de inadmissibilidade do recurso excepcional. Neste sentido,

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. p. 228.

⁸ LACERDA, Galeno. “Críticas ao prequestionamento”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1998. v. 758. p.68-81.

⁹Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, confirmou a constitucionalidade do enunciado da Súmula nº 282, após o advento da atual Constituição Federal, na ocasião do julgamento dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 96.802.

Fernanda Bezerra Moraes¹⁰, Alexandre Freitas Câmara¹¹, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha.¹²

Outros, no entanto, como Alexandre Moreira Tavares dos Santos¹³ e Arruda Alvim,¹⁴ entendem a exigência do prequestionamento pela própria finalidade dos recursos excepcionais. Cândido Ribeiro, por sua vez, defende a permanência da exigência em decorrência do próprio efeito devolutivo inerente aos recursos em geral, eis que deverá ser submetida ao exame da Corte Superior a questão previamente envolvida na controvérsia e objeto da decisão recorrida.¹⁵

Desta forma, presente a exigência do prequestionamento no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se por noção conceitual, à luz da Constituição de 1988, ter a causa sido decidida pelo tribunal local (“causa decidida”), tendo este analisado a questão federal ou constitucional suscitada na peça recursal, ou em suas contra-razões, ou, se omissa, em eventuais embargos de declaração. Estando a matéria decidida, poderão, assim, serem interpostos os recursos excepcionais. Por outro lado, o que não se encontrar “dentro” do acórdão que se pretende impugnar, por meio dos recursos excepcionais, não pode deles ser objeto.¹⁶

2.2. CONCEITO

Não é harmônico o entendimento doutrinário e jurisprudencial referente ao verdadeiro conceito de prequestionamento, ou seja, quando se está configurado que determinada matéria se encontra prequestionada. Em estudo sobre o tema, José Miguel Garcia Medina sintetiza bem os três

¹⁰ MORAIS, Fernanda Bezerra. “A (in)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?”. *Revista ESMAPE* nº27. Recife: ESMAPE. 2008. v.13.p.155.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. v.2 p.132.

¹² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7ªed. Salvador: Editora JusPodivm. 2009. v.3. p.262.

¹³ SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. “Pquestionamento”. *Revista Virtual da AGU* nº23. Ano III. Abr, 2003. p.109-110.

¹⁴ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v.2 p.22.

¹⁵ RIBEIRO, Cândido. “RE, RESP e REVISTA – Pquestionamento por via de embargos declaratórios”. *Revista Virtual da AGU* nº17. Ano II. Dez, 2001. p.2.

¹⁶ ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva. 2002.p.857.

grupos de posicionamentos a respeito da questão.¹⁷ Como demonstra o autor, existem aqueles que entendem a ocorrência do prequestionamento quando da manifestação do tribunal recorrido acerca de determinada questão. Ou seja, o prequestionamento seria um ato do tribunal, o qual, ao analisar a matéria e decidir sobre ela estaria a prequestionando, e, assim, possibilitando a interposição dos eventuais recursos excepcionais.

Uma segunda linha de pensamento, na qual se inclui o próprio doutrinador supracitado,¹⁸ entende o prequestionamento como um prévio debate sobre a decisão recorrida, sendo ele um ônus da parte. Neste sentido, prequestionar seria um ato exclusivo da parte, não importando a existência de eventual manifestação do tribunal a respeito da questão. Por fim, um terceiro entendimento corresponde a uma posição mista, na qual o prequestionamento é um prévio debate sobre a questão federal provocado pela parte, somado de uma expressa manifestação do tribunal em torno da questão.

No âmbito do poder judiciário, observa-se, claramente, a divergência dos conceitos aqui demonstrados, quando da análise das súmulas dos superiores tribunais. Para o Supremo Tribunal Federal, à luz do que dispõe a sua súmula nº 282¹⁹, o prequestionamento corresponderia à abordagem, na decisão recorrida, de questão federal (constitucional ou legal) suscitada. Ou seja, acolhe-se, neste sentido, o primeiro entendimento acerca do prequestionamento acima mencionado, mostrando ser prescindível a ação da parte. No entanto, este mesmo Tribunal, quando interpreta a sua Súmula nº 356²⁰ de modo a admitir o prequestionamento ficto, entende ser prequestionamento a mera suscitação da questão pela parte, não importando a manifestação posterior do tribunal a respeito da matéria.

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2ªed. São Paulo: RT, 1999, p.191/192.

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Op. Cit. p.223.

¹⁹ STF Súmula nº 282 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128. Admissibilidade - Recurso Extraordinário - Questão Federal Suscitada. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

²⁰ STF Súmula nº 356 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 154. Ponto Omisso da Decisão - Embargos Declaratórios - Objeto de Recurso Extraordinário - Requisito do Pquestionamento. “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”.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, adota, também, o segundo ponto de vista analisado.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, defende ser o prequestionamento a manifestação do tribunal acerca de determinada questão, seja suscitada ou não pela parte, adotando o primeiro e o terceiro conceito acima mencionados, conforme se observa da sua Súmula nº 211²¹, não admitindo o chamado prequestionamento ficto. Neste sentido, a título de ilustração, esclarecedora a leitura do EREsp 896528/MG, de relatoria da Ministra Eliana Calmon.²²

Como mencionado, à luz da Constituição Federal, que dispõe, apenas, sobre a necessidade da causa estar decidida, deve-se entender pela ocorrência do prequestionamento quando a matéria legal ou constitucional tiver sido alvo de pronunciamento do tribunal. Desta forma, o prequestionamento da matéria se confunde com a própria decisão²³, sendo um ato do tribunal, o qual, ao julgar, deve se manifestar a respeito das questões enraizadas na lide.

Estando o acórdão omissivo, no entanto, pode a parte requerer a sua integração, exigindo um pronunciamento do tribunal local quanto às questões lacunosas.²⁴ No entanto, a praxe jurídica mostra que, por medida de cautela, a própria parte costuma requerer um pronunciamento explícito ao tribunal, de modo a, desde o primeiro recurso, buscar a satisfação do requisito do prequestionamento, para eventual interposição de recurso excepcional cabível.

²¹ STJ Súmula nº 211 Recurso Especial - Questão Não Apreciada pelo Tribunal *A Quo* - Admissibilidade. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *“a quo”*”.

²² “1. O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios, quando a questão havia sido devolvida ao Tribunal a quo por ocasião do julgamento do apelo, mesmo que o Tribunal se recuse a suprir a omissão. Adota a Suprema Corte o “prequestionamento ficto”.
2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. (...)”. (STJ, EREsp 896528/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 28/05/2008, DJe 04/08/2008)

²³ BUENO, Cássio Scarpinella. “Quem tem medo do prequestionamento?”. *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acessado em 29/12/2009. p.10-11.

²⁴ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v.2 p.24.

2.3. AS FORMAS DE PREQUESTIONAR: OS PREQUESTIONAMENTOS EXPLÍCITO, IMPLÍCITO, NUMÉRICO E FICTO

A doutrina e a jurisprudência criaram denominações específicas para indicar a ocorrência do prequestionamento, a depender da forma como a matéria fora debatida. Utilizando-se da classificação mais comum, há quatro formas de se prequestionar a matéria, podendo o prequestionamento ser numérico, implícito, explícito e ficto. Há, também, na doutrina e na jurisprudência, ao menos duas concepções predominantes sobre os conceitos de prequestionamento implícito e explícito. Para um primeiro grupo²⁵, o prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de não mencionar o dispositivo jurídico, o acórdão enfrenta, expressamente, a tese jurídica. O prequestionamento explícito, por sua vez, se dá quando a norma jurídica violada tiver sido alvo de menção explícita pela decisão recorrida.

De acordo com a segunda visão²⁶, há o prequestionamento explícito quando o tribunal analisar toda a matéria proposta, tecendo decisão expressa sobre elas, não tendo, entretanto, mencionado, expressamente, os respectivos dispositivos. O implícito, por sua vez, teria a sua ocorrência quando a questão fosse posta à discussão no primeiro grau, não sendo mencionada no acórdão, que, não emitindo qualquer juízo expresso a respeito dela, a recusaria implicitamente.²⁷ Acrescenta-se, ainda, nesta classificação, o prequestionamento numérico, o qual consiste na

²⁵ Neste sentido: NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva. 1997; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “Prequestionamento implícito em recurso especial. Posição divergente no STJ”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4; CRISPIM, Miriam Cristina Generoso Ribeiro. *Recurso especial e recurso extraordinário – questões pontais sobre a admissibilidade e a procedibilidade no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Palmares. 2006.

²⁶ Defendem tal entendimento: SILVA, Antônio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006.p.177; SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.80; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. “Recurso Especial e prequestionamento”. *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*.Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 1997.p.169.

²⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Op. Cit., p.169.

individualização dos artigos de lei federal.²⁸ Este prequestionamento numérico equivale, portanto, ao prequestionamento explícito da primeira corrente mencionada.²⁹

No âmbito jurisprudencial, observa-se que o STF e o STJ possuem entendimentos divergentes em relação a tais formas de ocorrência do prequestionamento.³⁰ O Superior Tribunal de Justiça, apesar de algumas jurisprudências se utilizarem de classificação diversa³¹, observa-se que, majoritariamente, utiliza-se da primeira classificação acima exposta, ou seja, conceituando o prequestionamento implícito como a expressa análise da matéria, de modo a dispensar a explícita menção aos normativos. A partir da análise dos acórdãos disponibilizados no sítio eletrônico do STJ, observa-se que tal posicionamento vem sendo pacificado nos julgados dos últimos anos da referida Corte. É o que se infere, por exemplo, de trecho do REsp nº1100394/PR³², relatado pelo Ministro Luiz Fux, o qual afirma que

a jurisprudência desta Corte tem admitido o prequestionamento implícito, de forma que, apesar dos dispositivos tidos por violados não constarem do acórdão recorrido, se a matéria controvertida foi debatida e apreciada no Tribunal de origem à luz da legislação federal pertinente, tem-se como preenchido o requisito da admissibilidade.

²⁸ SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.76/81.

²⁹MORAIS, Fernanda Bezerra. “A (in)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?”. *Revista ESMape* nº27. Recife: ESMape. 2008. v.13. p.157.

³⁰ Interessante observar, ainda, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho. Esta Corte, por meio do Enunciado nº 297, com nova redação em 21.11.2003, e da OJ-SDI1-118, inserida em 20.11.1997, entende a ocorrência do prequestionamento como um misto dos conceitos adotados pelo STF e pelo STJ. Desta forma, ao passo em que aceita o prequestionamento ficto, defende, também, a ocorrência do prequestionamento implícito, nos termos da primeira classificação mencionada, dispensando a referência expressa a dispositivos legais.

³¹ Neste sentido: “considera-se explícito o questionamento, quando o tribunal a quo, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, nem declinar os números que os identificam no Ordenamento Jurídico, enfrenta as regras neles contidas”. (STJ, EREsp 155358/SP, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 17/12/1999, DJ 28/02/2000).

³² STJ, REsp nº 1100394/PR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009.

Já em relação à Corte Constitucional, há, ainda, divergência quanto à forma de prequestionamento adotada. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, extraída da consulta de seu sítio eletrônico, há julgados que exigem, para configuração do prequestionamento explícito, não só um pronunciamento acerca da questão, como a expressa menção do dispositivo tido por violado. Outros, por sua vez, entendem apenas por necessária a devida análise da matéria, não importando a menção dos normativos. Desta forma, não só diverge o Supremo Tribunal Federal, internamente, na classificação adotada sobre o conceito de prequestionamento, como na forma exigida para sua ocorrência (se necessário ser implícito ou explícito). Na análise de dois julgados contemporâneos do Supremo Tribunal Federal, observa-se que é nítida a divergência em relação à exigência de explicitação do dispositivo de lei (ou seja, se é necessário, ou não, o prequestionamento explícito - na linguagem utilizada pelo STJ - ou numérico - no termo utilizado pelo STF). No Agravo de Instrumento nº 585604³³, de relatoria do então Min. Sepúlveda Pertence, afirma-se que

o prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha.³⁴

Já no RE nº 449137³⁵, relatado pelo Min. Eros Grau,

diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o preceito constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação.³⁶

³³ STF, AI 585604 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 29/09/2006.

³⁴ Neste mesmo sentido: STF, RE 580453 AgR, julgado em 16/09/2008, DJ 16/10/2008; STF, AI 614122 AgR, julgado em 03/06/2008, DJ 26/06/2008; STF, RE 466492 AgR, julgado em 19/02/2008, DJ 30/04/2008; STF, AI 626523 AgR, julgado em 15/05/2007, DJ 28/06/2007; STF, AI 580491 AgR, julgado em 24/10/2006, DJ 02/02/2007.

³⁵ STF, RE 449137 AgR, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 26/02/2008, DJe-04/04/2008.

³⁶ Neste mesmo sentido: STF, RE 449137 AgR, julgado em 26/02/2008, DJ 03/04/08; STF, RE 288929

Assim, conclui-se que, em um eventual caso concreto, um mesmo recurso extraordinário teria destinos diferentes caso viesse a ser julgado pela primeira ou pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal. Na eventual hipótese de o acórdão não ter pronunciado o dispositivo constitucional e a parte não buscasse tal pronunciamento por meio de aclaratórios, que, em tal caso, entende-se cabível pelo eventual prejuízo quando do juízo de admissibilidade recursal, o conhecimento do recurso estaria a depender da turma julgadora.

Por fim, no que tange ao prequestionamento ficto, considera-se prequestionada a matéria com a devida oposição de embargos declaratórios, desde que preenchidas suas hipóteses de cabimento, independentemente do sucesso dos mencionados aclaratórios. Tal forma, que, no que tange ao Processo Civil, é adotada apenas pelo Supremo Tribunal Federal, será melhor estudada adiante.

3.O USO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO

A origem dos embargos declaratórios remonta às antigas raízes do direito luso-brasileiro, tendo tal recurso sido previsto nas Ordenações Alfonsinas, Manuelinas e Filipinas, e estado presente no Código de Processo Civil de 1939, no artigo 862.³⁷ No ordenamento jurídico atual, no que toca ao Processo Civil, o recurso de embargos de declaração é expressamente previsto no rol do artigo 496, do CPC, sendo regulado nos artigos 535 a 538 do mesmo Código. Inegável, também, reconhecer, no direito atual, a raiz constitucional do referido instituto, que é utilizado para garantir o direito que o jurisdicionado possui de ver seus conflitos devidamente apreciados pelo Poder Judiciário.

AgR, julgado em 26/02/2008, DJ 04/04/2008; STF, RE 372698 AgR, julgado em 21/02/2006, DJ 24/03/2006; STF, RE 333022 AgR, julgado em 06/09/2005, DJ 28/10/2005; STF, RE 217849 AgR, julgado em 22/06/2005, DJ 05/08/2005; STF, RE 361755 AgR, julgado em 27/05/2003, DJ 22/08/2003; STF RE 355847 AgR, julgado em 27/05/2003, DJ 14/11/2003.

³⁷ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. "Dos efeitos infringentes nos embargos declaratórios e algumas atualidades em assuntos afins". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4.p.408.

Nos termos do mencionado artigo 535³⁸, do CPC, os declaratórios se prestam ao saneamento de eventuais obscuridade, contradição ou omissão existentes em sentença ou acórdão, necessitando-se, pois, de integração por outro decisório. Não obstante o referido dispositivo delimitar sua incidência às sentenças ou acórdãos, admite a doutrina e jurisprudência sua oposição em face de outros atos judiciais.³⁹ No mesmo sentido, apesar de sua previsão expressa se limitar às situações de omissão, contradição e obscuridade, a jurisprudência tem aceitado a oposição de aclaratórios para fins de correção de erros materiais^{40 41}. Neste diapasão, nos termos do art. 463, I, do CPC, tal correção pode ser feita até mesmo de ofício e para fins de correção de equívocos manifestos, como erro de fato e decisão *ultra petita*. No que tange ao uso dos aclaratórios para correção de dúvidas, apesar de tal hipótese de cabimento ter sido retirada do Código de Processo Civil pela Lei 8.950/94, permanece existente no âmbito dos Juizados Especiais, sendo previsto no artigo 48 da Lei 9.099/95.⁴²

Conceitua-se obscuridade como a falta de clareza ou precisão que compromete a interpretação do ato, seja na motivação ou no dispositivo do pronunciamento, seja em decorrência de má-redação ou porque escrita à mão com letra ilegível.^{43 44 45} Por sua vez, a decisão é contraditória quando traz proposições, entre si, inconciliáveis, seja entre a fundamentação e a decisão

³⁸ “Art. 535 - Cabem embargos de declaração quando: (Alterado pela Lei 8.950/1994)

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. v.2 p.117.

⁴⁰ “ (...)II - São cabíveis embargos declaratórios quando houver na decisão embargada qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência (...)” (STJ, AI 559045/RS, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 14.02.2005).

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 13ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.514-515.

⁴² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7ªed. Salvador: Editora JusPodivm. 2009. v.3. p.184.

⁴³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2008. p. 610-611.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1980. v.3. p.154-155.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. Cit. p183.

ou até mesmo entre partes da fundamentação, por exemplo.^{46 47} No que tange ao conceito de omissão, afirma Barbosa Moreira que ela ocorre quando o tribunal ou o juiz deixar de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício.⁴⁸ De semelhante definição partilham Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha.⁴⁹

Tecidas tais considerações, afirma-se, desde já, que a expressão embargos declaratórios prequestionadores não corresponde a uma hipótese autônoma de cabimento dos embargos declaratórios, servindo, apenas, para enfatizar a necessidade de integração do decisório, que, se não o feito, ocasionará não só a negativa de prestação jurisdicional, como prejudicará o acesso aos tribunais superiores. Ainda que para fins de prequestionar a matéria, devem os embargos serem opostos com base no que estabelece o artigo 535 do CPC. Em sentido contrário, no entanto, expõe Antônio Carlos Silva que autores como Antonio Carlos Amaral Leão, ao tratarem da questão acima exposta, afirmam existirem, verdadeiramente, duas espécies de embargos declaração. Haveria, como primeiro tipo, os embargos que se propõem a esclarecer dúvidas, obscuridades ou contradição, qual sejam, os embargos declaratórios, ou esclarecedores. Já os que buscam a abordagem de questões federais ou constitucionais que o acórdão não examinou seriam os embargos prequestionadores, opostos com o fim específico de transpor o óbice do prequestionamento, viabilizando a interposição dos recursos excepcionais.⁵⁰

Como mencionado, desde que preenchidas as suas hipóteses de cabimento, servindo o recurso de embargos declaratórios à esmerada prestação jurisdicional, é dever do judiciário pronunciar-se sobre eventual vício, integrando, pois, o decisório proferido. No entanto, demonstra Teresa Arruda Alvim Wambier a grande repulsa que vem ocorrendo no Judiciário, em geral, pelos embargos de declaração, tendendo os juízes a considerá-los como um “meio de procrastinar o feito”.⁵¹ Muitas vezes, embora realmente

⁴⁶ Idem. Ibidem. p.183.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. Op. Cit. p. 155.

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p.538.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. Cit., p.183.

⁵⁰ SILVA, Antônio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006 p.174.

⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT,

omisso, obscuro ou contraditório o acórdão, os embargos opostos, ao serem julgados, são alvos de repulsão, sendo rejeitados pela simples alegação de inexistência de suas hipóteses de cabimento ou sob a alegação de que o magistrado não estaria obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, sobretudo quando já tiver decidido a questão por outros fundamentos.

No entanto, grande parte da doutrina tece críticas aos julgados que se fundamentam no sentido alhures mencionado. Cassio Scarpinella Bueno entende que, de fato, muitas vezes, as partes se utilizam de modo errôneo do referido recurso, inclusive para fins de prequestionamento, seja requerendo a reapreciação da matéria, seja inovando a questão em sede de aclaratórios. Entretanto, estando presente uma das hipóteses de cabimento do referido recurso, rejeitar os embargos é persistir na omissão, afastando a devida prestação jurisdicional.⁵²

Uma vez decidida a questão por outros fundamentos que não os suscitados pela parte, se esta objetiva o exercício do seu direito de recorrer aos superiores tribunais com os recursos excepcionais, alegando a violação aos normativos que entende aplicáveis ao caso, que alternativa teria ela senão a oposição de embargos para requerer um pronunciamento expresso da questão ali omitida pelo tribunal? Se o magistrado não está obrigado a se pronunciar acerca de relevantes questões suscitadas pela parte, o próprio recurso de embargos declaratórios perde a sua razão de existir, pelo menos quando da ocorrência de verdadeira omissão.

Joaquim Felipe Spadoni, posicionando-se sobre a presente discussão, entende que se deve considerar ser um ponto relevante o debate sobre a questão federal ou constitucional, por ser requisito fundamental para interposição dos recursos excepcionais.⁵³ Afirma o referido autor que

se o juiz inclui expressamente na decisão os fatos em que efetivamente se baseou a solução normativa encontrada e não aqueles que foram por ele desprezados, porque

2005.p.23.

⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. “Quem tem medo do prequestionamento?”. *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acessado em 29/12/2009.p.20.

⁵³ SPADONI, Joaquim Felipe. “A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8. p.251/254.

considerado irrelevantes, não tendo sido levados em conta, fica difícil, senão impossível para a parte, demonstrar, para fins de mera admissibilidade do recurso excepcional, que a decisão deveria ser outra, porque outros fatos deveriam ter sido levados em conta pelo tribunal a quo, para decidir.⁵⁴

Desta forma, não tendo o acórdão se pronunciado sobre questão relevante, a ponto de esta omissão inviabilizar a interposição de recursos aos superiores tribunais, é plenamente concebível a oposição de embargos declaratórios para o suprimento de omissões e fins prequestionadores, sendo dever do magistrado a integração do acórdão, sob pena de macular a devida prestação jurisdicional. Em sentido contrário, tratando-se, no entanto, de embargos que, a despeito da alegação de pretender o prequestionamento da matéria, não se enquadrar nas hipóteses de cabimento, devem ser prontamente repelidos, como será melhor estudado adiante.

3.1 OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E O CAMINHO DO PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como mencionado, o prequestionamento ficto é uma forma de prequestionar a matéria que decorre da simples oposição de embargos declaratórios, não importando o êxito dos aclaratórios no julgamento. Esta forma de prequestionar foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal quando da reinterpretação de sua súmula nº 356, que dispõe 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”.

Ao provocar o juízo acerca das questões necessárias à solução da lide, pugna a parte pela total análise da matéria proposta, seja para afastar, seja para aplicar a tese jurídica em questão. Deixando o tribunal de se pronunciar sobre matéria indispensável à solução do caso concreto e devidamente proposta pela parte, configurada está a omissão, motivo pelo qual se faz plenamente cabível o uso do recurso de embargos declaração. Entende o

⁵⁴ Idem. Ibidem. p.252/253.

Supremo Tribunal Federal que, uma vez opostos embargos declaratórios e estando, de fato, omissos o acórdão sobre a matéria proposta, configurada está a ocorrência do prequestionamento, inclusive se os aclaratórios não obtiverem êxito. Pode-se, assim, desde logo, ser interposto o recurso extraordinário, conhecendo o STF diretamente o seu mérito. Isto se dá pelo fato de considerar que a parte cumpriu com todas as alternativas que tinha ao seu alcance, não podendo ser prejudicada com eventual lacuna não integrada pelo tribunal. Para se admitir tal forma, deve-se entender o prequestionamento como ato da parte, dispensando-se a expressa análise da matéria pelo tribunal local.⁵⁵

Ilustrando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence, quando da relatoria do AI 173.179 AgR – SP, publicado em 01.08.2003, dispôs, em trecho de seu voto, que

o que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.

Em Recurso Especial, no entanto, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 211, inadmite o prequestionamento ficto. Para a referida Corte, uma vez opostos os embargos, estando preenchidas corretamente suas hipóteses de cabimento, a matéria só se encontrará prequestionada caso haja uma efetiva análise por parte do tribunal local. Ou seja, diferentemente do prequestionamento ficto, é de grande importância o resultado do julgamento dos embargos declaratórios opostos, privilegiando-se, assim, o debate da matéria pelo acórdão recorrido – a causa decidida.

Desta forma, em tendo sucesso os aclaratórios, tem-se por prequestionada a matéria, sendo possível, pois, a interposição de eventual recurso

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. “Quem tem medo do prequestionamento?”. *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acessado em 29/12/2009. p.4.

especial por violação ao normativo legal que regule a matéria. Por outro lado, não havendo êxito, permanecendo omissa a decisão embargada, é entendimento majoritário que deve a parte interpor o recurso especial para que seja corrigido o *error in procedendo* derivado da recusa do órgão julgador em analisar estas questões, ou seja, sob a alegação de violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil, por negativa de vigência da prestação jurisdicional.⁵⁶ Neste sentido, esclarecedor é o julgado proferido no Resp nº 71.103-RJ, onde se afirmou que

(...) Se o órgão julgador persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja o Tribunal a quo emitido juízo explícito.⁵⁷

Assim, dando prevalência à técnica processual, entende o STJ que o tribunal local, tendo permanecido omissa em sua decisão embargada, incorre em negativa de prestação jurisdicional, ofendendo não só o art. 535, do CPC, como os incisos XXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Por cometer erro de procedimento, deve ser declarado nulo o acórdão prolatado, retornando os autos ao tribunal local para que, pronunciando-se sobre a matéria, possibilite a interposição do recurso excepcional em face dos normativos referentes ao mérito da questão, agora plenamente prequestionada.

Embora a necessidade de interposição de recurso com base na violação do artigo 535, do CPC, esteja quase pacificada nos dias atuais, válida a leitura da decisão do Ministro Jorge Scartezzini, publicada no ano de 2003, que entendeu tal questão de forma diferente. Neste sentido, afirmou-se que

(...) não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, como no caso concreto juridicamente reconhecido, porém limitado. Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica. Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve

⁵⁶ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v.2 p.26-27.

⁵⁷ STJ, Resp 71.103-RJ, 1ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 26/02/1996.

ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Afasta-se, em conseqüência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. Por tais razões, conheço do recurso pela alínea “a”, do permissivo constitucional, na via da excepcionalidade.⁵⁸

Muito se discute, na doutrina, acerca de qual seria o melhor entendimento adotado quanto ao uso dos embargos declaratórios para preencher o prequestionamento da matéria, se a ocorrência do prequestionamento ficto ou a necessidade de eventual anulação do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, em caso insucesso dos aclaratórios. Por um lado, Nelson Nery Júnior critica o prequestionamento ficto, por entender que, do ponto de vista técnico, não se pode afirmar pela ocorrência do prequestionamento, uma vez que a matéria não é decidida de forma efetiva pelo tribunal de origem.⁵⁹ Neste sentido, afirma que

de nada adianta agitá-la, se o tribunal não a decidir. O prequestionamento pela parte só será eficaz se houver o conseqüente: a decisão sobre a matéria prequestionada. Do contrário, não terá sido cumprido o requisito constitucional da CF 102 III e 105 III, que exige que a causa tenha sido ‘decidida’ para admitir-se o recurso extraordinário e o recurso especial.⁶⁰

De fato, não há como se afirmar que a matéria posta para julgamento no Supremo Tribunal Federal se encontra decidida, uma vez que não consta do acórdão qualquer referência a ela, motivo pelo qual foram opostos os embargos declaratórios. Do ponto de vista técnico, adotar tal posicionamento é concluir pela inutilidade dos embargos declaratórios

⁵⁸ STJ, REsp 525718-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini. DJ 13.10.2003.

⁵⁹ NERY JR., Nelson. “Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001.v. 4. p. 862.

⁶⁰ Idem. Ibidem. p. 863.

opostos, que passam a ser vistos como mera formalidade para interposição do recurso excepcional. Isto porque, ainda que julgados improcedentes os aclaratórios, caso o tribunal superior entenda pela existência de omissão, a questão será considerada prequestionada. Sendo assim, como conceber a ocorrência do prequestionamento, ou seja, do debate do tribunal acerca da matéria, que deve estar contido no acórdão, quando este não fora alvo de qualquer integração, permanecendo omissivo? Neste sentido é o entendimento de Eduardo Ribeiro de Oliveira:

com a devida vênua, entender-se que se faz imprescindível pedido de declaração, mas que nada importa o que disso advenha, corresponde a simplesmente cumprir-se um ritual.

Costuma-se afirmar que, com os embargos, a parte teria feito tudo o que dela seria de reclamar-se. A questão, entretanto, não é essa. Não se formula, no caso, um juízo de valor sobre a atuação do recorrente, que envolvesse qualificá-lo de mais ou menos diligente. O ponto é que, como exaustivamente se colocou em relevo, não haverá recurso se não houve decisão. Se essa, a hipótese, nada interessa deva ou não ser tido como negligente o interessado.⁶¹

De outro lado, Roberto Carlos Martins Pires entende que o *iter* do STJ é uma “burocratização desnecessária, atrelada a um formalismo técnico que, em nosso entender, está dissonante com os princípios básicos das reformas processuais que nosso diploma vem sofrendo”.⁶² Frederico Koehler afirma, também, que mais ritualístico é o posicionamento adotado pelo STJ, “eis que terá que ser percorrida uma onerosa, demorada e inútil *via crucis* a fim de atingir o objetivo que poderia ter sido de logo cumprido, qual seja, a análise da questão de fundo pelo Tribunal Superior”.⁶³ Para

⁶¹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Pquestionamento”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2000.v.97. p.169.

⁶² PIRES, Roberto Carlos Martins. “O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.144. p. 125.

⁶³ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. “Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo”. *Revista ESMape* nº26. Recife: ESMape. 2007. v.12. p.75.

o mencionado autor, deveria o Superior Tribunal de Justiça, desde logo, analisar o mérito do processo. Ainda, Cassio Scarpinella Bueno, apesar de reconhecer ser impecável o tecnicismo deste procedimento, afirma que, em termos práticos, tal proceder impõe ao recorrente a necessidade de “interposição de dois recursos sucessivos o que, em termos temporais, pode levar uns bons pares de anos para ser resolvido ou, quando não, o não conhecimento do primeiro recurso”,⁶⁴ sendo, pois, um tecnicismo que ultrapassa a necessidade e a consciência da técnica.

De fato, adotando-se uma visão tecnicista, não há como negar que soa melhor o entendimento esposado pelo STJ. No entanto, por uma visão sistêmica do ordenamento brasileiro, observa-se que, como defende Frederico Koehler, o prequestionamento ficto é um meio de concretização dos princípios da instrumentalidade, celeridade e economicidade do processo. O mencionado autor sugere, inclusive, a unificação desta ideologia, para que seja adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁶⁵ No mesmo sentido, afirma Luis Guilherme Aidar Bondioli que

a parte não pode ser penalizada por faltas que não são suas. A conduta que mais simboliza a diligência da parte é a oposição de embargos declaratórios antes da interposição dos recursos especial e extraordinário, com finalidade de incitar e exaurir discussão sobre temas legais e constitucionais. Por isso, mesmo que o tribunal a quo falhe na resposta a esses embargos, a exigência do prequestionamento deve ser flexibilizada e as portas das instâncias superiores devem, desde logo, ser abertas para análise das questões legais e constitucionais.⁶⁶

Neste contexto, inclusive, o Projeto de Lei nº 166/2010, em sua redação atualizada pela Emenda nº 1 – CTRCPC, que objetiva a criação de um novo

⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. “De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8. p.79.

⁶⁵KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. “Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo”. *Revista ESMape* nº26. Recife: ESMape. 2007. v.12. p.77/79.

⁶⁶ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva, 2007.p.268/269.

código de processo civil, em seu artigo 979⁶⁷, busca a universalização do prequestionamento ficto, não só reconhecendo o referido instituto por meio legal, não mais se restringindo a definições jurisprudenciais, como o aplicando, também, ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, eliminando todo o caminho a ser percorrido com a interposição do Recurso Especial em face da ofensa ao artigo 535, II, do CPC.

4. PROBLEMÁTICA NO USO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS SOB A JUSTIFICATIVA DE PREQUESTIONAMENTO

Em meio à insegurança ocasionada pelas divergências conceituais do prequestionamento, as partes, por diversas vezes, opõem, indevidamente, os embargos declaratórios, sob a justificativa de buscar o prequestionamento. Na tentativa de identificar e sistematizar alguns destes incorretos usos do recurso de embargos, tomando-se por base a doutrina pátria e a jurisprudência dos tribunais superiores, pode-se afirmar que as partes dele se utilizam, de forma indevida para: a) buscarem uma inovação da matéria que não fora devolvida ao tribunal local – pós-questionamento; b) obterem um pronunciamento explícito do acórdão acerca dos dispositivos que regulam a matéria, não obstante, muitas vezes, já se encontre esta implicitamente prequestionada; c) ou, até mesmo, pela incompreensão do que se entende por prequestionamento, em virtude das divergências conceituais doutrinárias e jurisprudenciais, utilizando-se do recurso, de modo automático, por extrema cautela, como se fosse condição sem a qual não se pode interpor os recursos excepcionais.

4.1. A TENTATIVA DE PÓS-QUESTIONAMENTO

Utilizam-se as partes, por diversas vezes, dos embargos de declaração com a justificativa de buscar o prequestionamento da matéria, visando o pronunciamento do tribunal local sobre determinada questão, não obstante não ter sido a mesma levada ao tribunal por meio do recurso interposto ou

⁶⁷ “Art. 979 – Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade”.

por contra-razões recursais anteriormente ofertadas. Desta forma, faz-se uso do referido recurso para trazer à discussão, pela primeira vez, questão não antes mencionada, seja por esquecimento, seja pela criação de nova tese jurídica.

Não se pode, no entanto, falar em omissão do acórdão quando a questão nunca lhe fora proposta para debate, sendo inaugurada por meio dos embargos de declaração. Em situação como está, afirmam Roberto Carlos Martins Pires⁶⁸, Perseu Gentil Negrão⁶⁹ e Carreira Alvim⁷⁰ que estaria a parte buscando não o prequestionamento, mas, sim, o pós-questionamento, objetivando um pronunciamento do tribunal sobre a matéria mesmo após a prolação de acórdão não eivado pelos vícios do artigo 535, do CPC. Neste sentido, explica o primeiro doutrinador:

vale dizer que os embargos declaratórios não podem suscitar matéria nova, devem sim reiterar questão que tenha sido previamente levantada, seja em apelação ou em contra-razões, até porque se assim não fosse estaríamos pós-questionando, bem como infringindo a regra do efeito devolutivo do recurso, onde o Tribunal a quo somente irá se pronunciar acerca das matérias devolvidas nas razões do recurso.⁷¹

Nesta mesma linha, também, posiciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi⁷², decidiu que

(...) Inexiste omissão no acórdão recorrido se busca a parte, em embargos de declaração, inovar seus argumentos, trazendo questão não abordada na

⁶⁸ PIRES, Roberto Carlos Martins. “O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.144. p.118.

⁶⁹ NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva. 1997. p.57.

⁷⁰ CARREIRA ALVIM, J.E. “Diversas faces dos embargos de declaração”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005.v.130. p.14.

⁷¹ PIRES, Roberto Carlos Martins. “O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.144. p.118.

⁷² STJ, RESP 200501378668. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. DJ 26/03/2009.

peça de defesa, sentença ou apelação. - Os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição. - Os embargos de declaração interpostos após a formação do acórdão, com o escopo de prequestionar tema não veiculado anteriormente no processo, não caracterizam prequestionamento, mas pós-questionamento.⁷³

Como visto, via de regra, a doutrina e a jurisprudência repelem a utilização do recurso de embargos no sentido acima exposto. No entanto, em determinadas situações, não obstante não ter a parte levado a matéria quando da fase recursal, é admitido o uso dos embargos de declaração trazendo matéria nova, como quando se tratar de questões de ordem pública ou quando a violação aos dispositivos normativos surgir no próprio acórdão.

Nesse sentido, no que tange às matérias de ordem pública, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, proferiu julgados em diferentes sentidos, seja entendendo pela possibilidade de cobrar um pronunciamento da Corte de origem sobre a questão de ordem pública, por meio de aclaratórios que tratem da matéria pela primeira vez⁷⁴, por entender estar obrigado o Tribunal, ainda que em instância extraordinária, a se pronunciar sobre as referidas questões; seja dispensando o prequestionamento e conhecendo do recurso com base no efeito translativo⁷⁵, prescindindo-se, pois, do uso de embargos declaratórios. Desta forma, no âmbito deste Tribunal, há quem admita o pós-questionamento por meio de embargos de declaração quando se tratar de matéria de ordem pública, constituindo, assim, uma exceção à proibição do pós-questionamento.

Diferentemente, no entanto, quanto a esta questão, o Supremo Tribunal Federal, em seus recentes julgados, defende que “são inviáveis os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento quando o tema constitucional não tiver sido ventilado previamente no recurso interposto

⁷³ Com a mesma fundamentação: STJ, AGRESP 200900007492. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJ 24/05/2010.

⁷⁴ STJ, EDRESP 200703069466. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma. DJ 12/04/2010.

⁷⁵ STJ, EARESP 200800641473. Rel. Min. Francisco Falcão. Primeira Turma, DJ 03/09/2010. e STJ, RESP 201000702411. Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma. DJ 28/06/2010.

perante o Tribunal de origem”,⁷⁶ ainda que se trate de matéria de ordem pública, constituindo, assim, para esta Corte, dever das partes buscarem um pronunciamento do tribunal local sobre a questão desde a fase recursal, não sendo viável a inovação em sede de aclaratórios.

Já em relação à violação a normativo surgida no próprio acórdão, não será possível a interposição de eventuais recursos excepcionais antes da provocação do tribunal local a respeito da questão ali inaugurada, eis que exige a Constituição Federal como requisito para interposição de recursos aos superiores tribunais estar a causa decidida.⁷⁷ Isto porque, em tais casos, a questão não só não se encontra decidida, como surgiu, pela primeira vez, do julgamento do recurso, sendo, pois, dever da parte buscar uma solução para a referida violação junto à Corte local.

Em julgados recentes, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “nos casos em que a violação ao dispositivo constitucional surgir no aresto impugnado, o tema é de ser levado à apreciação da Corte de origem por meio de embargos declaratórios”,⁷⁸ “a fim de que sobre ele se pronunciasse, sob pena de não restar prequestionado”.⁷⁹ Também, no mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por entender que ainda quando a alegada ofensa à lei federal “decorra do próprio julgamento no tribunal de origem, é imprescindível, para fins de recurso especial, o seu prequestionamento, o que se fará, nas circunstâncias, mediante embargos de declaração”.⁸⁰

Desta forma, apesar de vedada a inovação da matéria por meio de embargos declaratórios, as duas situações acima destacadas constituem exceções, nas quais se permite o pós-questionamento das questões federais.

⁷⁶ STF AI 671744 AgR, Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJ 09/04/2010; No mesmo sentido: STF AI 748056 AgR, Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJ 08/10/2010.

⁷⁷ GRAZIANO, Analucia. “Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento - ficto, implícito ou explícito - nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais?”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.154. p.119.

⁷⁸ STF, RE 541485 AgR, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 23/10/2007, DJ 14/03/2008.

⁷⁹ STF, RE 275664 AgR, Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 20/08/2004.

⁸⁰ STJ, RESP 200401524365. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma. DJ 03/03/2008. No mesmo sentido: STJ, RESP 200501894701. Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, DJ 13/05/2008.

4.2. O REQUERIMENTO DE PRONUNCIAMENTO EXPRESSO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS E OS EMBARGOS INQUISITÓRIOS

Como demonstrado, enquanto a tendência do STJ é a de aceitar o prequestionamento implícito, dispensando-se a expressa menção dos dispositivos violados, o STF, por sua vez, diverge sobre tal necessidade, prevalecendo, em seus julgados, a exigência desta expressa menção. Por tal motivo, muitas vezes, observa-se a oposição de embargos declaratórios apenas com o fim de requerer um pronunciamento expresso do dispositivo violado, embora o acórdão já tenha debatido a questão federal/constitucional de que trata a norma.⁸¹ Questiona-se, pois, se os declaratórios opostos constituem ou não recurso cabível, se deve ser considerada a existência de possível omissão pelo não pronunciamento dos artigos eventualmente violados.

Como mencionado, entende-se omissos um acórdão quando deixar de apreciar questão relevante. No mesmo sentido, afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida serem cabíveis embargos declaratórios para fins de prequestionar a matéria sempre que, no acórdão, faltem elementos indispensáveis à admissibilidade e conhecimento de quaisquer dos recursos excepcionais no acesso aos tribunais superiores.⁸² Desta forma, não obstante haver a explícita apreciação, por parte do tribunal, da questão federal/constitucional, sem, no entanto, ter o tribunal mencionado, no acórdão, o dispositivo de lei violado, para aqueles que entendem pela necessidade de explicitação do dispositivo de lei, por parte do tribunal, para ocorrência do prequestionamento, certamente a sua ausência seria relevante, constituindo elemento indispensável conhecimento do recurso, ensejando, assim, os aclaratórios, com base no art. 535, II, do CPC. Por outro lado, para a corrente que se posiciona pela ocorrência do prequestionamento pelo simples pronunciamento sobre a questão em debate, não exigindo a menção aos dispositivos constitucionais

⁸¹ GRAZIANO, Analucia. “Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento - ficto, implícito ou explícito - nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais?”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.154. p.119.

⁸² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 10ªed. São Paulo: RT, 2008. v.1. p.652.

ou infraconstitucionais, os embargos declaratórios não teriam fundamento. Conhecer de tais embargos seria admitir a possibilidade de sua oposição fora das hipóteses legais.

O razoável proceder, no entanto, consiste em observar os normativos que regulam a matéria do processo. Em se tratando de matéria que envolva, também, dispositivos constitucionais, passíveis, então, de ensejar a interposição de recurso extraordinário, o não pronunciamento dos dispositivos violados pelo tribunal de origem poderá, a depender do entendimento, consistir em óbice ao acesso ao Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual é plenamente cabível a oposição de embargos de declaração para tal fim, devendo os tribunais compreender e aceitar tal uso do recurso.

Já em se tratando de matéria regulada, tão somente, por normativos infraconstitucionais, uma vez que o STJ admite o prequestionamento implícito, e estando a matéria plenamente prequestionada, não há que se admitir a oposição de aclaratórios para confirmar o prequestionamento. Como demonstra Luiz Fux, os embargos, neste caso, passam a significar uma consulta acadêmica, listando a parte todos os dispositivos que entende por violados e requerendo um posicionamento específico do tribunal de origem, o que não trará qualquer utilidade para fins de interposição de recurso especial.⁸³No mesmo contexto, denominando os referidos embargos de inquisitórios, demonstra Carreira Alvim, que “os embargos declaratórios são, muitas vezes, interpostos para que o juiz ou tribunal responda a um verdadeiro questionário sobre pretensas violações da lei, ordinária ou constitucional, o que torna inviável o exercício da jurisdição, tamanho o número desses embargos”.⁸⁴

4.3. A AUTOMÁTICA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS COMO REQUISITO PARA INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Todas as controvérsias que giram em torno do prequestionamento e o uso dos embargos declaratórios para tal fim acabaram por resultar em uma automática oposição do referido recurso, desprestigiando o seu correto

⁸³ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.p.1161/1162.

⁸⁴ CARREIRA ALVIM, J.E. “Diversas faces dos embargos de declaração”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005.v.130. p.17.

uso. Tratando da presente questão, Araken de Assis bem contextualiza o mau uso dos aclaratórios, afirmando que

costumam as partes usar os embargos de modo automático e protocolar, mostrando indiferença com as hipóteses de cabimento do recurso. Quando o objeto dos embargos é acórdão, o mau vezo explica-se, talvez, por força da exigência do prequestionamento – fora daí, e principalmente a reiterada postulação do efeito infringente, representa hábito que compromete o futuro do recurso.⁸⁵

Com efeito, as partes, muitas vezes, após tomarem ciência da decisão de um acórdão, não procedem à cautelosa análise da existência ou não do prequestionamento da matéria ali suscitada, de modo a, mesmo estando preenchido tal requisito, opor embargos declaratórios, com o escopo de buscar um pronunciamento explícito do tribunal local a respeito da questão violada, requerendo, de preferência, menção expressa aos alegados dispositivos.

Esta produção em série de aclaratórios contribui, assim, para a morosidade da justiça, criando-se uma espécie de *recurso necessário para interposição dos recursos excepcionais*, ou seja, a cada recurso excepcional, opõe a parte um embargo de declaração para fins de prequestionar. Um recurso que poderia ser, desde logo, interposto, por eventual ocorrência de pronunciamento do tribunal sobre a questão violada, passa a, com a oposição de embargos, aguardar mais um julgamento do tribunal, atrasando não só o processo em que postula a parte, mas, também, conturbando o andamento dos demais processos que tramitam naquele tribunal.

Na praxe jurídica, o próprio sentido de prequestionamento vem sendo confundido com o de oposição de embargos com fins prequestionadores. O que deveria ser exceção, oposto, apenas, em caso de omissão no pronunciamento acerca da matéria federal ou constitucional em debate, passa a ser regra. A cautela na análise da ocorrência ou não do prequestionamento está a se transformar em oposição, por cautela, de embargos de declaração. Desta forma, como afirma Cândido Ribeiro, vive-se “uma verdadeira panacéia que resultou em instituir a figura dos

⁸⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2008. p.592/593.

embargos de declaração prequestionadores, de natureza obrigatória, manejados ainda que fora do esquadro traçado pela Lei Processual”⁸⁶, o que acaba por comprometer o bom funcionamento do aparelho judiciário e a própria efetivação do princípio da razoável duração do processo.

5. A SÚMULA Nº 98/STJ E OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROTELATÓRIOS

Como forma de combater o mau uso do recurso de embargos de declaração, prevê o Código de Processo Civil, em seu artigo 538, parágrafo único,⁸⁷ a possibilidade de aplicação de multa para as situações em que o recurso interposto tiver notório caráter protelatório. Observa-se, assim, que o próprio sistema processual brasileiro previu, expressamente, a necessidade de repressão às práticas protelatórias advindas do referido recurso. No entanto, em 1994, o STJ criou o Enunciado de Súmula nº 98, dispondo que “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. Destarte, nos termos do referido enunciado, quando a parte buscar, por meio de embargos de declaração, o notório propósito de prequestionamento, não há que se falar em caráter protelatório, nem, tampouco, na consequente aplicação de multa.

Primeiramente, deve-se observar que, do ponto de vista técnico, não há que se falar que *o notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*, isto porque, como já abordado, não se pode compreender os embargos declaratórios para fins de prequestionamento como uma hipótese autônoma. Desta forma, havendo vício no acórdão e tendo os embargos sido opostos com o escopo de integrar a decisão, o recurso é plenamente cabível. Em sentido oposto, no entanto, não estando preenchidas as hipóteses de cabimento dos aclaratórios, devem eles ser repelidos, e, a depender do caso,

⁸⁶ RIBEIRO, Cândido. “RE, RESP e REVISTA – Prequestionamento por via de embargos declaratórios”. *Revista Virtual da AGU* nº17. Ano II. Dez, 2001. p.4.

⁸⁷ “Art. 538 – (...) Parágrafo único - Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

considerados protelatórios, aplicando-se a consequente multa, ainda que opostos sob a justificativa de prequestionar a matéria.⁸⁸

Em segundo lugar, do ponto de vista prático, observa-se que o enunciado em análise acabou por estimular, indiretamente, a oposição de embargos declaratórios. As partes assistiram à retirada de eventual repressão no uso de seus recursos, passando a utilizá-los indevidamente, de forma protelatória, sob a justificativa de buscar o prequestionamento. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em muitos de seus recentes julgados⁸⁹, apesar de reconhecer a inexistência de omissão no acórdão recorrido e negar provimento ao recurso interposto com base na violação ao art. 535 do CPC, vem reformando os decisórios dos tribunais locais que aplicaram, corretamente, a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC, sob a alegação do respeito à Súmula ora em destaque. Bem exemplificando tal situação, observa-se trecho da ementa do ADRESP 200802274892, relatado pelo, então, Ministro do STJ Luiz Fux:

(...) A ausência de manifestação acerca de matéria não abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, não configura violação ao art. 535, do CPC. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no Ag 691.757/SC, DJ de 6.3.2006 e EDcl no REsp 446.889/SC, DJ de 22.8.2005. 2. In casu, o Tribunal de origem decidiu, de maneira fundamentada, as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, apresentados nas razões dos Embargos Infringentes, inexistindo ponto omissivo sobre o qual se devesse pronunciar em sede de embargos declaratórios. (...) 7. A exclusão da multa, imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, é medida que se impõe quando opostos os embargos para fins de prequestionamento, ante a ratio essendi da Súmula 98 do STJ.⁹⁰

⁸⁸ Neste sentido, RAMOS, André Luiz Santa Cruz. “Embargos de Declaração”. *Revista Virtual da AGU* nº57. Ano VI. Out, 2006. p.19.

⁸⁹ STJ, ADRESP 200802274892. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma. DJ 02/03/2010; STJ, RESP 200802334018. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 15/10/2009; STJ, RESP 200601234068. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção. DJ 19/11/2009; STJ, RESP 200801286007. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ 31/08/2009; e STJ, RESP 200702015450. Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12/12/2007.

⁹⁰ STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1099034/ES. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em

Analisando as origens e consequências da Súmula 98/STJ afirma Cândido Ribeiro⁹¹ que

a Súmula 98 do STJ terminou por cristalizar a possibilidade de embargar-se desnecessariamente, sem o risco de ver a conduta classificada posteriormente como expediente protelatório. A consequência prática dessa orientação terminou por instituir o viés de justificar a interposição sistemática de Embargos Declaratórios, que pela ausência de sanção passaram a se constituir em verdadeiro instrumento de protelação.

Não se deve compreender o referido enunciado de modo absoluto, sendo dever do tribunal a devida análise do cabimento do recurso, ainda que mencione a parte a oposição com a justificativa de prequestionamento. Caso entenda o tribunal ser a oposição dos aclaratórios desnecessária, deverá o tribunal, como defende André Luiz Santa Cruz, “em decisão devidamente fundamentada, declarar os embargos de declaração manifestamente protelatórios, aplicando a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC”⁹². Neste sentido, estabelecendo a correta interpretação da referida súmula, aplicando a multa prevista para os embargos protelatórios, há alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.⁹³ No AGA 200801803823, também de relatoria do então Ministro do STJ, Luiz Fux, decidiu-se que

(...)2. Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro. 3. Não há violação ao artigo 535, II do CPC, quando a matéria não analisada pelo aresto recorrido não foi objeto de recurso de apelação. 4. Buscando a agravante o rejuízo da causa sob a alegação de que o acórdão atacado incorreu em

09/02/2010, DJ 02/03/2010.

⁹¹ RIBEIRO, Cândido. “RE, RESP e REVISTA – Prequestionamento por via de embargos declaratórios”. *Revista Virtual da AGU* nº17. Ano II. Dez, 2001. p.3.

⁹² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. “Embargos de declaração”. *Revista Virtual da AGU* nº57. Ano VI. Out, 2006. p.19.

⁹³ STJ, RESP 200901626556. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma. DJ 17/03/2010; STJ, RESP 200802207520. Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ 16/12/2008; STJ, AGA 200801803823. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma. DJ 21/05/2009.

omissão, afiguram-se completamente procrastinatórios os embargos de declaração opostos, atraindo à hipótese a incidência do disposto no parágrafo único do art. 538 do CPC.

Na mesma linha de raciocínio, mas apontando diferente solução, Ricardo de Oliveira Paes Barreto, entende que, quando usados para fins protelatórios, os embargos não deveriam ser conhecidos, retirando-se do recurso o efeito interruptivo, abrindo-se, desde logo, o prazo para interposição do recurso superveniente, o que, de fato, inibiria fortemente a indevida oposição de aclaratórios.⁹⁴ Frise-se, no entanto, que este entendimento não vem preponderando nos tribunais pátrios, que apenas admitem a retirada do efeito interruptivo quando do não conhecimento do recurso de embargos por intempestividade.

A oposição de embargos declaratórios sob a justificativa de prequestionamento merece ser freada, não podendo ser admitida a sua oposição fora das hipóteses legais, sobretudo por ser um recurso dotado de efeito interruptivo, suscetível, assim, de protelar o feito, conturbando, em demasia, a celeridade do andamento processual. Seja a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, seja utilizando-se os tribunais da solução proposta pelo desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto, com o não conhecimento do recurso, de certo é que devem ser aplicadas penalidades em face da indevida utilização dos embargos declaratórios, não só reprimindo as partes, no caso concreto, pelo incorreto uso do recurso, como servindo de parâmetro para as futuras oposições do mesmo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo deste estudo, é dever do tribunal se pronunciar devidamente acerca da matéria, de forma a realizar um debate prévio e decidir a causa, possibilitando, assim, que faça a parte o uso de seus recursos especiais e extraordinários, quando cabíveis, ultrapassando o óbice do prequestionamento. No entanto, observou-se que os conceitos

⁹⁴ BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. “Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação”. *Revista ESMape* nº23. v.11. Recife: ESMape.2006. p. 301.

que giram em torno do prequestionamento não são pacíficos, adotando a doutrina e a jurisprudência diferentes concepções a respeito do referido requisito e critérios para sua ocorrência. Desta forma, muitas vezes, não obstante se encontrar a matéria corretamente prequestionada na visão do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não se encontra nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual buscam as partes, sob a alegação de omissão, o devido prequestionamento da matéria por meio do recurso de embargos de declaração, sem o qual não teriam o seu recurso extraordinário conhecido.

Assim, vive-se em uma constante e desnecessária insegurança jurídica, na qual opõem as partes, via de regra, e por medida de cautela, os embargos declaratórios com o escopo de prequestionamento, sem uma correta análise da decisão recorrida e dos critérios utilizados pelo tribunal que julgará o seu recurso excepcional. Na mesma linha, esclarece Analucia Graziano que a divergência jurisprudencial entre o STJ e o STF significa “insegurança jurídica tanto em relação à necessidade de interposição de embargos de declaração quanto ao entendimento do requisito específico de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*: o prequestionamento”.⁹⁵ Também preocupado com esta insegurança, afirma Cassio Scarpinella Bueno que

enquanto não houver um consenso a respeito do que é prequestionamento, como ele se manifesta perante os jurisdicionados e qual o papel dos embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça resta seriamente comprometido. Enquanto for difícil responder à questão “o que é e como se dá o prequestionamento?”, enquanto não houver uma segura uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles dois Tribunais é mais ilusório do que real. É mais declaração de direito do que uma efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se, inegavelmente, de um caso em que a forma parece estar suplantando — e em muito — o conteúdo.⁹⁶

⁹⁵ GRAZIANO, Analucia. “Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento - ficto, implícito ou explícito - nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais?”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.154. p.119-120.

⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. “Quem tem medo do prequestionamento?”. *Instituto Brasileiro de*

É inegável a necessidade de superar esta insegurança jurídica, sendo formas de solução a unificação de entendimentos e dos critérios acerca de quando ocorre o prequestionamento da matéria ou a aceitação de todas as formas de prequestionamento pelos tribunais quando de sua admissibilidade. Esta última solução é a defendida por Fábio de Oliveira Camillo, que entende que, enquanto não se chegar a um consenso sobre a matéria, deveriam os tribunais superiores, com base no princípio da fungibilidade, ter como prequestionada a questão por qualquer das formas.⁹⁷ De fato, a adoção de todos os critérios como correto traria grandes valias ao ordenamento jurídico brasileiro, eliminando a mencionada insegurança jurídica que paira sobre o tema, diminuindo, por via de consequência, o uso indevido do recurso de embargos.

No que tange à unificação dos critérios, entende-se que, como órgão constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal definir o que se deve entender por prequestionamento, inclusive aplicando tal interpretação ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a exigência do mencionado requisito dos recursos excepcionais é extraída da Constituição Federal. Como afirma Cassio Scarpinella Bueno, “o STJ pode (e no sistema brasileiro, indiscutivelmente, deve) interpretar a Constituição, mas é ao STF a quem compete contrastar esta sua interpretação em sede recursal”.⁹⁸ Ressalta-se que a tentativa desta unificação vem sendo posta em prática pelo Poder Legislativo, que, por meio do Projeto de Lei nº 166/2010, que objetiva a criação de um novo código de processo civil, determina a adoção do prequestionamento ficto para os recursos a serem interpostos no STF e STJ. Com efeito, a unificação dos entendimentos reduzirá, ou até eliminará, as divergências acerca do prequestionamento, trazendo um norte não só para as partes, que terão um referencial de como proceder para prequestionar a matéria, mas também para os tribunais brasileiros, possibilitando a melhor identificação e consequente punição do mau uso do recurso de embargos.

Processo Civil, Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acessado em 29/12/2009. p.22-23.

⁹⁷ CAMILLO, Fábio de Oliveira. “Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e do STJ e o princípio da razoável duração do processo”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.v.159. p.257.

⁹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. “De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8. p.83.

De todo modo, de forma mais imediata, no atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro, visando amenizar a mencionada problemática, evitando o indevido uso dos declaratórios, devem as partes praticar um cauteloso proceder⁹⁹ quando da interposição de seus recursos. Deve-se ter todo o cuidado para verificar se o acórdão por impugnar tratou das matérias com a intensidade necessária, confrontando-o com as alegações e teses trazidas pelas partes em seus recursos, verificando-se a existência de algum vício a ser sanado antes de se esgotar as vias recursais ordinárias, de forma a, somente quando necessário, opor os cabíveis aclaratórios.¹⁰⁰ Ademais, com uma análise minuciosa de cada caso concreto, devem as partes observar o entendimento sobre o prequestionamento adotado pelo tribunal superior a que se pretende recorrer, de modo a evitar a indevida oposição de aclaratórios quando já se encontrar preenchido o referido requisito.

Este correto proceder, no entanto, deve ser estimulado por ações do próprio Poder Judiciário, que, utilizando-se de um olhar clínico em cada caso concreto, deve observar as intenções das partes e o porquê da oposição dos aludidos aclaratórios, analisando o cabimento dos embargos em face do entendimento sobre o prequestionamento adotado pelo tribunal destinatário e aplicando, quando necessário, as medidas coercitivas cabíveis quando verificado o indevido uso do recurso, visando-se não só um escopo punitivo, mas, também, educativo, para servir como um norte para as condutas a serem adotadas na interposição de futuros recursos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “Dos efeitos infringentes nos embargos declaratórios e algumas atualidades em assuntos afins”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4.
- ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: RT. 2002. v.2.

⁹⁹ Neste mesmo sentido: BONDIOLO, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva, 2007.p.262.

¹⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. “Quem tem medo do prequestionamento?”. *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acessado em 29/12/2009.p.17.

- ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. “Recurso especial e prequestionamento”. *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*.Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 1997.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2008
- BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. “Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação”. *Revista ESMAPE* nº23. v.11. Recife: ESMAPE.2006.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. “De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8.
- _____. “Súmula 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re) interpretação pelos tribunais superiores”. *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*.Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 1997.
- _____. “Quem tem medo do prequestionamento?”. *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acessado em 29/12/2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. v.2.
- CAMILLO, Fábio de Oliveira. “Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e do STJ e o princípio da razoável duração do processo”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.v.159.
- CARREIRA ALVIM, J.E.“Diversas faces dos embargos de declaração”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005.v.130.

- CRISPIM, Miriam Cristina Generoso Ribeiro. *Recurso especial e recurso extraordinário – questões pontais sobre a admissibilidade e a procedibilidade no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Palmares. 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ªed. Salvador: Jus Podivm. 2008. v.1.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7ªed. Salvador: Editora JusPodivm. 2009. v.3
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “Prequestionamento implícito em recurso especial. Posição divergente no STJ”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.
- GRAZIANO, Analucia. “Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento - ficto, implícito ou explícito - nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais?”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.154.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. “Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo”. *Revista ESMAPE* nº26. Recife: ESMAPE. 2007. v.12
- LACERDA, Galeno. “Críticas ao prequestionamento”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1998. v. 758.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8ªed. São Paulo: RT. 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1980. v.3

- MEDINA, José Miguel Garcia. “Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8.
- _____. “O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 1997.
- _____. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2ªed. São Paulo: RT, 1999.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ. posições contrárias”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.v.141.
- MORAIS, Fernanda Bezerra. “A (in)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?”. *Revista ESMAPE* nº27. Recife: ESMAPE. 2008. v.13.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5.
- NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva. 1997.
- NERY JR, Nelson. “Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001.v. 4.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Prequestionamento”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2000.v.97.
- ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva. 2002.

- PIRES, Roberto Carlos Martins. “O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica”. *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.144.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. “Embargos de declaração”. *Revista Virtual da AGU* nº57. Ano VI. Out, 2006.
- RIBEIRO, Cândido. “RE, RESP e REVISTA – Prequestionamento por via de embargos declaratórios”. *Revista Virtual da AGU* nº17. Ano II. Dez, 2001.
- SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. “Prequestionamento”. *Revista Virtual da AGU* nº23. Ano III. Abr, 2003.
- SILVA, Antônio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006.
- SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.
- SPADONI, Joaquim Felipe. “A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 13ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 10ªed. São Paulo: RT, 2008.v.1
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.