

**QUESTIONAMENTO, PREQUESTIONAMENTO, CAUSAS DECIDIDAS**  
**QUESTIONING, PREVENTION, CAUSES DECIDED**

Enilto Rusch Braga<sup>1</sup>

**RESUMO**

Questionar se concebe por levar ao poder judiciário pedido para prover ordem em favor de um e em desfavor de outro, eis que é o poder legitimado a prestar jurisdição ao interessado no tempo e no espaço brasileiros. É nesse espaço que se persiste com o prequestionamento, mas pode não ser nesse tempo que vige o Pré e possivelmente também não o questionamento. É o que nos cabe perquirir, via trilha da inquietação de o Direito justo se obter para além do Eu ou mesmo do Nós, quiçá, para os que virão.

**Palavras-chave:** Constituição - direito - irresignações - lei - prequestionar - recorrer - recursos.

**Key-words:** Constitution - right - irresignations - law - prequestionar - recourse – appeals.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Prequestionamento é o quê? 3. Origem do que se diz prequestionamento. 4. Fins e destinatários do prequestionamento. 5. Prequestionamento e causas decididas. 6. Prequestionamento explícito, implícito e ficto. 7. Conclusão. 8. Abstract. 9. Referências Bibliográficas.

## **1 INTRODUÇÃO**

O direito brasileiro reserva ao Estado o monopólio da jurisdição, razão porque ao prestá-la veda a autotutela ao cidadão, no entanto, reserva ao interessado o poder e a faculdade da iniciativa de provocar o Estado a lhe prestar o Direito reclamado, eis que o Estado-Juiz age somente mediante provocação, quando chamado a intervir em contenda particular e dizer o Direito, sistema esse que se denominou como o princípio da inércia, na prestação jurisdicional.

---

<sup>1</sup> Discente do último semestre do curso de Direito da Universidade Lasalle, disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II. E-mail: Enilto@terra.com.br, sob a orientação do Professor Ms. Miguel do Nascimento Costa, E-mail: miguel.costa@unilasalle.edu.br. Data de entrega: 10 de julho de 2019.

O percurso na busca da prestação jurisdicional, visando a obtenção de direito material, via de regra, se inicia na instância de primeiro grau, o juízo *a quo*, a mais próxima dos fatos e do cidadão. Decidido o direito pelo juiz de primeiro grau, em havendo inconformismo da parte, mediante recurso segue a causa ao segundo grau de jurisdição, e, ainda, pela inconformidade, há os tribunais superiores para julgar os recursos impetrados pelas partes interessadas em ver modificadas as decisões imediatamente anteriores, observando, para tanto, as formalidades no exercício do Direito de irresignação e é nesse ponto, qual seja, as formalidades legais, que uma vez não seguidas pode o direito material buscado ser afetado pela imperfeição no trato do direito formal, podendo-se apontar como o mais evidente o que se denominou de “*ausência de prequestionamento*”, desígnio que nos desafia ver melhor a fim de se evitar contágio maior no direito material buscado via Recursos Especial e Extraordinário.

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5º, LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Posto o desafio, ciente estamos do sensível tema que nos propusemos perquirir, no entanto energia encontraremos na motivada ideia de bem servir e útil ser para além do singular Eu, o Nós.

## **2 PREQUESTIONAMENTO É O QUÊ?**

O direito material, de interesse do cidadão, é prestado pelo Estado-Juiz em observação ao direito positivo material e o formal, sendo que neste formal é que fica assegurado o poder de irresignação e daí recorrer da decisão proferida pelo juiz, ao que se denominou de a faculdade de interpor recurso no sentido de ver a decisão que não lhe é favorável modificada pela mesma instância ou em hierarquicamente superior, eis que vige em nosso ordenamento jurídico o sistema do duplo grau de jurisdição, constituído pelas instâncias de primeiro grau, segundo grau e os tribunais superiores.

Prequestionar, em sua literalidade, ao ser pronunciado, é termo que se volta para um tempo no passado, ato que se devia ter praticado ou não, por isso pré, mas pré de quê ou em relação ao quê? Com precisão só há uma resposta, qual seja, a de que se está a tratar de

questionar, e não do equivocado pré-questionar, nos tempos presentes e futuro. Então o substantivo radical de prequestionar é “questionar” e o prefixo pré se agrega ao radical somente quando se está tratando de questionamento que devia ou não devia ser praticado, arguido, em relação a uma época já vencida, porque no presente seria “questionar” e no futuro seria “questionável”. Emerge dessa conclusão que o cerne é “questionar”, e assim sendo convém precisar a cargo de quem está o dever de praticar o ato “questionar”, quem deve exercer, executar o verbo questionar? Ora, o Estado-Juiz adota o princípio da inércia do juiz, ou seja, só se pronuncia mediante a iniciativa de cidadão interessado, então cabe às partes interessadas na contenda praticar, executar, o verbo “questionar”, na época positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Questionar o Direito balizador do benefício, objeto, bem, na posse de outrem e que se busca o retorno ao patrimônio do legitimado proprietário mediante a força do poder do Estado-Juiz. O retorno do bem ao patrimônio do legitimado proprietário é o objeto em questionamento, mas questionamento de quê, do Direito alegado como o garantidor, direito positivo, no ordenamento jurídico brasileiro. É neste ponto que claro fica a necessidade de se ver a eficácia do direito no espaço e no tempo. O requisito de questionamento no direito constitucional brasileiro não existe mais desde a Constituição de 1967, menos ainda, o pré, podendo se afirmar que inexistem desde 1934, eis que escrito foi somente na Constituição de 1891.

É evidente que o verbo questionar não está atrelado a número ou nomenclatura de lei, questiona-se o direito, não se questiona a grafia de letra ou de dígito identificador de ordem cronológica, como são numeradas as leis em função de sua organização em elenco e época de edição, e jamais grafias denotadoras de direito, pois direito resulta da intenção do legislador expressa em um conjunto de palavras e não a nome ou número dado a esse conjunto de escritos que se denomina lei. Certo é que julgadores tem dado expressiva força de direito a número e a denominação de leis, como se esses dois fossem o direito, esquecendo-se do corpo textual que é o denotador do direito e, não raro, dos fatos. Provam nosso dizer algumas das decisões escritas nos acórdãos nos autos que culminaram no processo número 1400151 - Superior Tribunal de Justiça.

Da República dos Estados Unidos do Brazil, merece registro a certidão de nascimento do Supremo Tribunal Federal, com a transcrição da competência de origem, verbis:

*“DECRETO Nº 848, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890<sup>2</sup>. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991 (...)*

<sup>2</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848..](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848..), consulta em 16/06/2019, às 4:15 horas.

*DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

*Art. 5º O Supremo Tribunal Federal terá a sua sede na capital da Republica e compor-se-ha de quinze juizes, que poderão ser tirados dentre os juizes seccionaes ou dentre os cidadãos de notavel saber e reputação, que possuam as condições de elegibilidade para o Senado.*

*(...)*

*Art. 8º O Tribunal decidirá as questões affectas á sua competencia, ora em primeira e unica instancia, ora em segunda e ultima, conforme a natureza ou o valor da causa.*

*Art. 9º Compete ao Tribunal:*

*I. Instruir os processos e julgar em primeira e unica instancia:*

- a) o Presidente da Republica nos crimes communs;*
- b) os juizes de secção nos crimes de responsabilidade;*
- c) os ministros diplomaticos nos crimes communs e nos de responsabilidade;*
- d) os pleitos entre a União e os Estados, ou destes entre si;*
- e) os litígios e as reclamações entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados;*
- f) a suspeição opposta a qualquer dos seus membros;*
- g) os conflictos de jurisdicção entre os juizes federaes, ou entre estes e os dos Estados.*

*II. Julgar em gráo de recurso e em ultima instancia:*

- a) as questões decididas pelos juizes de secção e de valor superior a 2:000\$000;*
- b) as questões relativas á successão de estrangeiros, quando o caso não for previsto por tratado ou convenção;*
- c) as causas criminaes julgadas pelos juizes de secção ou pelo jury federal;*
- d) as suspeições oppostas aos juizes de secção.*

*Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:*

- a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;*
- b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;*
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.*

*III. Proceder á revisão dos processos criminaes em que houver sentença condemnatoria definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou tribunal julgador.*

*§ 1º Este recurso é facultado exclusivamente aos condemnados, que o interporão por si ou por seus representantes legaes nos crimes de todo genero, exceptuadas as contravenções.*

*§ 2º A pena poderá ser relevada ou atenuada quando a sentença revista for contraria a direito expresso ou á evidencia dos autos, mas em nenhum caso poderá ser aggravada.*

*§ 3º No caso de nullidade absoluta ou de pleno direito, o réo poderá ser submettido a novo julgamento.*

*§ 4º Em acto de revisão é permittido conhecer de factos e circumstancias que, não constando do processo, sejam entretanto allegados e provados perante o Supremo Tribunal.*

*§ 5º A revisão será provocada por petição instruida com a certidão authentica das peças do processo e mais documentos que o interessado queira juntar, independentemente de outra qualquer formalidade.*

*§ 6º O Supremo Tribunal poderá exigir do juiz ou tribunal recorrido os documentos ou informações e mais diligencias que julgar necessarias para o descobrimento da verdade.*

*IV. Conceder ordem de habeas-corpor em recurso voluntario, quando tenha sido denegada pelos juizes federaes ou por juizes e tribunaes locaes.*

*V. Apresentar annualmente ao Presidente da Republica a estatística circumstanciada dos trabalhos e relatorio dos julgados.*

*Art. 10. Os membros do Supremo Tribunal Federal serão julgados pelo Senado nos crimes de responsabilidade."*

Por interessante consideramos oportuna a transcrição, que acima se fez, da íntegra dos artigos 5 e de 8 a 10 do Decreto Presidencial nº 848, de 11 de outubro de 1890, com a redação de origem da competência para julgar do Supremo Tribunal Federal, a qual cremos merecer estudo mais acurado. Há registros de que nesse Decreto foi instituído o “prequestionamento”, nós não o vimos na *Cártula* histórica do Supremo Tribunal Federal, em leis não se encontra precisado, nos regimentos do Superior Tribunal Justiça e Supremo Tribunal Federal ausente permanece nos tempos de até 2019.

Em se verificar a legalidade do instituto em comento outro caminho estreito se passa a percorrer, eis que pouco há em termos de leis pertinentes. O estreito elenco que há se transcreve, *in verbis*:

CPC 2015, Lei nº 13.105, de 16.03.2015<sup>3</sup>:

“Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.

§ 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

(...)

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.”

O comando que se infere dos artigos 941 e 1025, do CPC/2015, é no sentido de proteção à parte irresignada com decisão havida em acórdão de tribunal *a quo*, e que mediante os recursos especial e extraordinário busca o Direito justo no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Não se infere dos artigos escritos o sentido de vedar o conhecimento do pertinente recurso. No CPC/2015, prequestionamento limitado está nos artigos 941 e 1025, mas o direito de impetrar recursos alcança 1072 artigos na Lei 13105/2015.

### 3 ORIGEM DO QUE SE DIZ PREQUESTIONAMENTO

Revelam-nos pesquisas que o requisito “*prequestionamento*” historicamente tem sua origem no constitucionalismo norte-americano<sup>4</sup>, conforme se infere do voto do Min. Alfredo Buzaid, do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar:

“5-A idéia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu das decisões da Justiça estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de writ of error. COOLEY observa que “é essencial, para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflito entre Estado e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com referência a ela fique com os tribunais da União; e como tais questões devem surgir frequentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pela Judiciary Act deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a equidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde se questiona sobre a validade de uma lei ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado segundo a Constituição, tratado, lei federal ou ato feito ou autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade reclamado por qualquer das partes com base na Constituição, tratado, lei, ato ou autoridade”

<sup>3</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019.

<sup>4</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Código de Processo Civil no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, estudos sobre os impactos e interpretações*. Salvador, BA: JusPodivm Editora, ed. 2018, p. 357-369.

(cf. COOLEY, *A treatise of constitutional limitatioons*, 6<sup>a</sup>. Ed., Boston, 1890, páginas 18 e 19).  
ERE nº 96.802-4, (AgRg) – RJ, fls. 403/404, (AgRg) – RJ.”<sup>5</sup>

No Brasil o Decreto número 848, de 11 de outubro de 1890<sup>6</sup> foi o primeiro diploma a prever o denominado “*prequestionamento*”, sendo em seguida incorporado à Constituição de 1891, como requisito à interposição de recurso perante o Supremo Tribunal Federal.

Os artigos 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988<sup>7</sup>, *a cidadã, do saudoso Dr. Ulisses Guimarães*, dispõe que ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça cabe o julgamento, respectivamente, mediante os recursos extraordinários e especial das “*causas decididas em única ou última instância...*”, verbis:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
(...)  
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:  
a) contrariar dispositivo desta Constituição;  
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;  
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.  
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.  
(...)”

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:  
I - processar e julgar, originariamente:  
(...)  
III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:  
a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;  
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;  
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

No ordenamento jurídico brasileiro o hoje denominado prequestionamento tem origem na Constituição de 1891<sup>8</sup>, nas letras “*questionar*”, verbis:

“Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:  
I - processar e julgar originária e privativamente:  
a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;  
b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;  
c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;  
d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;  
e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.  
II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;  
III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.  
§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:  
a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;  
b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.  
§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.”

<sup>5</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>, AgRg no RE 96.802-4 consulta às 21:52 de 29/06/2019

<sup>6</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019

<sup>7</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019.

<sup>8</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019

Em continuidade, o instituto dito prequestionamento, na Constituição de 1934, no seu artigo 76, grafado foi nos dizeres “...*causas decididas ... sobre cuja aplicação se haja questionado ... questionar ...*”, verbis:

“Art 76 - A Corte Suprema compete:

1) processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns;
- b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61;
- c) os Juízes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade;
- d) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes;
- e) os litígios entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- f) os conflitos de jurisdição entre Juízes ou Tribunais federais, entre estes e os Estados, e entre Juízes e Tribunais de Estados diferentes, incluídos, nas duas últimas hipóteses, os do Distrito Federal e os dos Territórios;
- g) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação de sentenças estrangeiras;
- h) o habeas corpus, quando for paciente, ou coator, Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição da Corte; ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e, ainda se houver perigo de se consumar a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido;
- i) o mandado de segurança contra atos do Presidente da República ou de Ministro de Estado;
- j) a execução das sentenças contra causas da sua competência originária com a faculdade de delegar atos do processo a Juiz inferior;

2) julgar:

I - as ações rescisórias dos seus acórdãos;

II - em recurso ordinário:

- a) as causas, inclusive mandados de segurança, decididas por Juízes e Tribunais federais, sem prejuízo do disposto nos arts. 78 e 79;
- b) as questões resolvidas pelo Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, no caso do art. 83, § 1º;
- c) as decisões de última ou única instância das Justiças locais e as de Juízes e Tribunais federais, denegatórias de habeas corpus;

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

- a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
  - b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;
  - c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;
  - d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;
- 3) rever, em benefício dos condenados, nos casos e pela forma que a lei determinar, os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa.
- Parágrafo único - Nos casos do n.º 2, III, letra d, o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.”

O instituto prequestionamento, na Constituição de 1937<sup>9</sup>, no artigo 101, foi mantido com grafia igual a de 1934 “[...] *causas decididas [...] sobre cuja aplicação se haja questionado [...] questionar [...]*, in verbis:

“Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

- a) os Ministros do Supremo Tribunal;
- b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100;
- c) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes;
- d) os litígios entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;

<sup>9</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019.

e) os conflitos de jurisdição entre Juízes ou Tribunais de Estados diferentes, incluídos os do Distrito Federal e os dos Territórios;

f) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação de sentenças estrangeiras;

g) o habeas corpus, quando for paciente, ou coator, Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição do Tribunal, ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e, ainda, se houver perigo de consumir-se a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido;

h) a execução das sentenças, nas causas da sua competência originária, com a faculdade de delegar atos do processo a Juiz inferior;

II - julgar:

1º) as ações rescisórias de seus acórdãos;

2º) em recurso ordinário:

a) às causas em que a União for interessada como autora ou ré, assistente ou oponente;

b) as decisões de última ou única instância denegatórias de habeas corpus;

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.

Parágrafo único - Nos casos do nº II, nº 2, letra b, poderá o recurso também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.”

A partir da Carta Constitucional de 1946<sup>10</sup>, para o que ainda hoje se diz prequestionamento, há somente a menção “*causas decididas*”, via artigo 101. De 1946 até a Constituição de hoje não há mais os termos “*se haja questionado*” (grafado somente nas Constituições 1934 e 1937), e o verbo “*questinar*”, grafado somente nas Constituições de 1891, 1934 e 1937, confira-se, *in verbis*:

“Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

(...)

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

Da constituição de 1934, a Carta Constitucional de 1967<sup>11</sup> manteve a grafia “*causas decididas*”, no artigo 114, o que é dito prequestionamento, *in verbis*:

“Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

(...)

III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;

d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

<sup>10</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019.

<sup>11</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019.

- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)  
 c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)  
 d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969).”

A Carta Constitucional de 1969<sup>12</sup>, a que antecedeu a atual de 1988, manteve as letras de “*causas decididas*”, como se deu na origem em 1934, no seu artigo 119, *verbis*:

- “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:  
 (...)  
 III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:  
 a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;  
 b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;  
 c) julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou  
 d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal..”.

A Carta Magna de 1988<sup>13</sup>, atual, “A constituição cidadã”, segundo o Dr. Ulisses Guimarães, mantém hoje a redação primeira “*causas decididas*”, nos artigos 102 e 105, *in verbis*:

- “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
 (...)  
 III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:  
 a) contrariar dispositivo desta Constituição;  
 b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;  
 c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.  
 d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.  
 (...)  
 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:  
 I - processar e julgar, originariamente:  
 (...)  
 III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:  
 a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;  
 b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;  
 c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Das Constituições brasileiras havidas de 1934 à presente consta a literal grafia “*causas decididas*”, como sendo o requisito constitucional para se decidir em recurso extraordinário e especial (*este a partir de 1988*), ao passo que prequestionamento faz parte da criatividade humana, sem respaldo do Legislador ordinário e, menos ainda, do Constituinte de 1988.

<sup>12</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019.

<sup>13</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019.

Desde a Constituição de 1934, o termo “*causas decididas*” é a redação literal que consta ainda na de hoje e que se diz “prequestionamento”, como sendo o instituto autorizador para o conhecimento, a subida, dos recursos extraordinário e especial às Cortes Superiores em Brasília.

Não se encontra na Constituição cidadã outra redação que autorize a rejeição de recebimento de recursos sob o argumento de ausência de prequestionamento, podendo se firmar, ainda, que da Constituição de 1891 a 1967 a exigência rotulada em “pre” tinha o desígnio de: “1891: [...] *quando se questionar*; 1934: [...] *as causas decididas* [...], *sobre cuja aplicação se haja questionado*; 1937: [...] *causas decididas... quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada*.”. As escritas em destaques, vigência tiveram no período de 1891 a 1969, não mais do que nesse lapso temporal, autorizando-nos a concluir que jamais existiu obrigação de prequestionar, eis que só existiu o questionar, sendo o termo prequestionar usado para negar seguimento a recurso, isto por ausência de questionamento, múnus que, se legal e constitucional fosse, uma vez não cumprido não permitiria haver sentença com resolução de mérito, nem mesmo homologação em acordos. Se dúvida restar, resposta há que se dar para: *Há no ordenamento jurídico brasileiro hipótese de se interpor recurso sobre algo que não tenha sido decidido?* Acolher-se-á o éco que vier em hígida resposta, sem ferir o presente e o histórico constitucional que se elenca:

Constituição		Texto escrito nas Constituições da era Republicana, 1891 a 2019	Nota
1891	59, III	Ao Supremo Tribunal Federal compete: rever os processos, findos, nos termos do art. 81. § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;	questionar
1934	76, III	A Corte Suprema compete: em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;	causas decididas
1937	101, III	Ao Supremo Tribunal Federal compete: julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;	causas decididas
1946	101, III	Ao Supremo Tribunal Federal compete:	causas decididas

		julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: (...)b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;	
1967	114, III	Compete ao Supremo Tribunal Federal: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969) (...) julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: (...) julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)	causas decididas
1969	119, III	Compete ao Supremo Tribunal Federal: julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:	causas decididas
1988	102, III	Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:	causas decididas
1988	105, III	Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:	

Fonte: Demonstrativo elaborado por este pesquisador, Enilto Rusch Braga<sup>14</sup>

Do rol de Constituições elencadas margens curta resta à defesa da constitucionalidade do instituto denominado prequestionamento. No CPC/2015, prequestionamento, limitado está nos artigos 941 e 1025<sup>15</sup>, com redação no sentido de assegurar ao cidadão o pleno exercício do direito de impetrar recursos às Cortes Superiores.

#### 4 FINS E DESTINATÁRIOS DO REQUISITO PREQUESTIONAMENTO

Viu-se nas constituições brasileiras de 1934 à presente a grafia *causas decididas* como requisito assegurador da propositura de recurso extraordinário, e a partir de 1988, à propositura de recurso especial. Na Constituição de 1891 o termo grafado foi o de *questionar*.

O denominado prequestionamento tem recebido críticas desde os tempos de 1963, como os que se transcreve: Em 1963, José Afonso da Silva, a respeito da eliminação do texto

<sup>14</sup> Discente do último semestre do curso de Direito da Universidade Lasalle, matriculado na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II. E-mail: Enilto@terra.com.br, sob a orientação do Professor Ms. Miguel do Nascimento Costa, E-mail: miguel.costa@unilasalle.edu.br.

<sup>15</sup> <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2>, às 19:12 horas de 17/06/2019.

da Constituição Federal de 1946 da expressão “sobre cuja aplicação se haja questionado” existente nas Constituições de 1934 e 1937, entendeu que não se exigiria mais o pré-questionamento sobre a aplicação da lei federal, para interpor-se o remédio constitucional, bastando que a decisão a tivesse vulnerado. “Significa, pois, que não importa ser a lei malferida a invocada, mas qualquer uma existente na ordem jurídico-positiva estatal; do mesmo modo, pouco importa que a lei aplicada seja a invocada ou outra qualquer, desde que dominadora da espécie, eliminada estará a legitimidade do remédio extremo constitucional”. Sustenta que o dispositivo não visa proteger, em princípio, o direito subjetivo das partes, porém a inteireza da ordem jurídica objetiva. Aduz que a aplicação de uma norma qualquer, desde que pertinente, satisfaz a exigência de certeza e segurança que o remédio postula no caso. Ao contrário, conforme o autor, dará ensejo ao remédio constitucional se qualquer norma jurídico-objetiva for vulnerada, ainda que não a invocada pela parte. Entretanto, nesse caso, a ofensa à lei deve trazer prejuízo à parte para que se legitime o seu interesse em recorrer, porque não há na legislação brasileira, como em outras legislações, a interposição do recurso no interesse exclusivo da lei.<sup>16</sup>

Ao Estado-Juiz vai o cidadão com o intuito de obter do poder legitimado a ordem para que lhe seja entregue o objeto materializador do seu interesse de agir. Ora, o prequestionamento, só pode interessar aos que compõe o triângulo da prestação jurisdicional – a triangularização processual, sendo estes o Estado-Juiz, Autor e o Réu. Não destoa da realidade fática se afirmar que o Estado-Juiz é custeado pelos contribuintes de impostos e que custas a cargo da parte sucumbente visa cobrir tão-somente as despesas processuais. Seria ficto afirmar que na conhecida triangularização processual há mais um do que somente três? O tempo dirá, não se está na hora de responder tamanha indagação, porém dúvida não há de que o Estado existe mediante contribuições a título de impostos a cargo de cidadãos contribuintes de tributos fixados pelo Ente Estado em detrimento e a benefício das Gentes. Nos pomos a acreditar que é o contribuinte de impostos o custeador da existência da secular instituição *Triangularização Processual*, então também esse, o cidadão contribuinte, é interessado no ponto dito *prequestionamento*, e não somente três como se poderia arguir.

---

<sup>16</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 83.

## 5 PREQUESTIONAMENTO E CAUSAS DECIDIDAS

Acerca da temática em pesquisa, parte da doutrina, como José Ignácio Botelho de Mesquita<sup>17</sup>, afirma que a exigência do prequestionamento que havia, na história das Constituições, ou por disposição expressa, ou por disposição implícita, de negar vigência à norma, acaba cedendo por completo em matéria de Recurso Especial, verbis:

E, se não for outra razão, pelo menos pela interpretação histórica eu seria levado a entender que o Superior Tribunal de Justiça não poderia mais exigir – pelo menos não teria apoio constitucional para exigir – o prequestionamento ou o questionamento, se quiser, como condição de admissibilidade do Recurso Especial. Mas, notem os Senhores, e embora pareça-me claro que a intenção do constituinte tenha sido exatamente de abrir o recurso – que antes era o Recurso Extraordinário e agora é o Recurso Especial – estendê-lo de uma forma mais liberal, de forma a quase que tornar mais acessível a instância última e superior aos jurisdicionados – intenção esta que se revela também pelo fato de que se criou um Tribunal de composição mais numerosa para a decisão dos Recursos Especiais – embora isto tudo seja verdade, o fato é que, dado o nosso sistema jurídico, o número de Recursos Especiais acabará – a meu ver, dentro de um prazo não muito grande – a causar, mesmo ao Superior Tribunal de Justiça, com o tamanho que ele tem, problemas sérios, se é que isso não está ocorrendo agora. E isto então fará não só com que a tendência, que hoje se observa em algumas decisões, em abrandar o requisito do prequestionamento no Superior Tribunal de Justiça acabe descambando num exacerboamento novo da exigência do prequestionamento, como é bem possível que provoque o surgimento de algumas questões em matéria de cabimento de Recurso Extraordinário que, de um certo modo, já estavam ultrapassadas há muito tempo.<sup>18</sup>

Sobre questionar, interessante informação nos traz Katia Aparecida Mangone quando menciona a escrita de Pontes de Miranda, acerca do que efetivamente há na Constituição a partir da 1967, verbis:

Em conformidade com Pontes de Miranda, a Constituição de 1967 atendeu à sua crítica e retirou qualquer alusão à controvérsia, ressaltando: o que se exige é tão-somente ter havido, na decisão recorrida, enunciado de inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Segundo o autor, não se fala de se ter questionado, nem de se questionar.<sup>19</sup>:

Na linha em comento, segue a escrita de Galeano Lacerda<sup>20</sup>:

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

<sup>17</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p.83-84.

<sup>18</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT. 2005. v. 2, p. 192/193.

<sup>19</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 83.

<sup>20</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 84.

proclamar, com desassombro e coragem, o gravíssimo e insuportável equívoco dessa postura<sup>21</sup>.

Na trilha de bem entender o prequestionamento nos ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: A expressão prequestionamento é equívoca, porque pode dar a entender que bastaria ao recorrente “suscitar” (prequestionar) a matéria para o cabimento do REsp. A CF, 105, III, não fala em suscitar nem em prequestionar, mas em “causa decidida”, para que seja cabível o REsp. Portanto, para o sistema constitucional brasileiro, prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se efetivamente sobre a questão legal, previamente à interposição do REsp.<sup>22</sup>

E prossegue nos ensinando o jurista. Nelson Nery Junior aduz que o prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial. Causa “decidida” é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso, sendo o prequestionamento somente meio para chegar-se a essa finalidade. O verdadeiro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial é o cabimento, que apenas ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente “decididas” pelas instâncias ordinárias (CF, 102, III, e 105, III).

Preciosidade impar é o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>23</sup>. O Doutrinador sustenta que, atualmente, o prequestionamento da matéria devolvida ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça por meio dos recursos extraordinário e especial tem que ser entendido com temperamento, afirmando o doutrinador não mais se justificar o rigor das Súmulas 282, 317 e 356. Se for possível, sem esforço, saber no caso concreto que o objeto do recurso está de maneira razoável demarcado nas instâncias precedentes, o autor entende que é o bastante para satisfazer essa exigência que é própria dos recursos de tipo excepcional, não sendo excrescente, malgrado não conste, expressamente, nos permissivos constitucionais que os regem. Os Tribunais Superiores não se constituem em “3.<sup>a</sup> ou 4.<sup>a</sup> instâncias”, apenas conhecem da matéria jurídica delineada na extensão e compreensão do que lhes foi devolvido pelo recurso de tipo

---

<sup>22</sup> LACERDA, Galeno. *Pquestionamento*. Revista Forense, n. 346/199, Abril-Junho/1999, p. 209/210

<sup>23</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 86.

excepcional. Não se aplicam a eles os brocardos *iuria novit curia e da mihi factum, dabo tibi jus*, que são próprios dos juízes singulares e dos Tribunais de Apelação (Justiças, Regionais Federais), que conhecem da matéria jurídica e da de fato. Entende o autor que, desde que o tema federal ou constitucional tenha sido agitado, discutido, tornando-se res dubia ou res controversa, cremos que ele estará prequestionado.<sup>24</sup>

Sobre o tema prequestionamento Eduardo Ribeiro de Oliveira<sup>25</sup> afirma que há dissenso quanto ao verdadeiro significado do prequestionamento, levantando a questão se esse está no fato de o tema que se discute no recurso haver sido objeto da decisão ou de debate pelas partes. Entende que, embora o termo possa sugerir o contrário, o prequestionamento não consiste no debate anterior ao julgamento. O que se tem como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, assim, deflui da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional. Para o autor, o prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema, objeto do recurso, haver sido examinado pela decisão atacada, constitui consequência inafastável da própria previsão constitucional, ao estabelecer os casos em que os recursos extraordinário e especial são cabíveis. Não há amparo legal ou constitucional para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule à provocação da parte, antes do julgamento.<sup>26</sup>

Importantes esclarecimentos nos presta a doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier, aduzindo que a noção de prequestionamento, como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo fenômeno que dizia respeito à atividade das partes. As partes é que “questionam”, discutem ao longo do processo sobre a questão constitucional ou federal. A importância dessa atividade das partes sempre foi uma constante na evolução do instituto. Assim como ocorreu com as Constituições que lhe antecederam, a partir da de 1946, a Constituição de 1988 não mencionou expressamente o termo “questionar”<sup>27</sup>.

A noção de prequestionamento passou a referir-se ao longo do tempo à necessidade de que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional. Prevaleceu o entendimento jurisprudencial de que o prequestionamento, como a presença da questão na

---

<sup>24</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 86.

<sup>25</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 87.

<sup>26</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 87.

<sup>27</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 88.

decisão recorrida, é imprescindível ao cabimento dos recursos extraordinário e especial. Segundo a autora, a postulação das partes perante o juízo a quo, embora não constitua requisito do recurso especial ou do recurso extraordinário é mecanismo muitas vezes imprescindível para viabilizar o cabimento dos referidos recursos para as instâncias superiores. A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. São recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, a expressão prequestionamento que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que ‘questionam’, passou a significar a exigência de que da decisão conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão federal”. Os recursos especial e extraordinário não abrem o acesso a outra matéria, que não a decidida e impugnada, para chegar à cognição do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.<sup>28</sup>

Não se pode confundir o prequestionamento com a invocação prévia de pontos pelas partes. Teresa Arruda Alvim Wambier utiliza o termo “questão” como ponto controvertido. É mero ponto uma afirmação que não é rebatida pela outra parte. Em outra oportunidade, a autora sustenta que exercendo o direito ao contraditório, transformam as partes pontos em questões. *Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a questão é o ponto duvidoso.*

Em se tratando de prequestionamento, o professor Humberto Theodoro Júnior observa que a atual Constituição, como a de 1967, silencia-se a respeito do prequestionamento. Entretanto, o silêncio constitucional não deve ser interpretado como afastamento do importante e clássico requisito<sup>29</sup>. Quanto ao recurso especial, é necessário, além da prévia arguição nos autos da questão federal, que tenha sido enfrentada e dirimida pelo tribunal de origem, ressaltando a importância dos embargos de declaração. Além disso, conforme o autor, o recurso especial, por sua própria natureza constitucional, continua submetido às antigas súmulas instituídas pelo Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que sua competência extraordinária abrangia tanto a matéria constitucional como a infraconstitucional,

---

<sup>28</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 88-89.

<sup>29</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 89.

dentre as quais: Supremo Tribunal Federal Súmulas 382, 356, 279 e 454 (5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, 283 e 284.<sup>30</sup>

Traz à lume a questão “causa decidida”, o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno ao nos ensinar que a palavra “causa” sempre recebeu interpretação ampla, sendo indiferente, para o cabimento de recurso extraordinário e recurso especial, que as decisões recorridas tenham ou não apreciado o mérito ou que elas sejam, em sua origem, decisões interlocutórias (Súmula 86 do Superior Tribunal de Justiça) ou sentenças. Entretanto, não basta que se trate de uma “causa” para o cabimento de recurso extraordinário e recurso especial, ela deve ser decidida. Para o professor, “causas decididas” querem significar, antes de tudo, que a decisão que se submete a referidos recursos são decisões que não comportam mais quaisquer outros recursos perante os órgãos jurisdicionais, pressupondo-se “exaurimento de instância”. A expressão “causa decidida” desempenha a mesma função que tradicionalmente exerceu a palavra “prequestionamento”, cunhada, ao que tudo indica, a partir das previsões constantes das Constituições de 1891 a 1946, tendo sido sob a égide da Constituição de 1946 que as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, importantes para o assunto, foram editadas.<sup>31</sup>

O prequestionamento, para Cassio Scarpinella Bueno, deve ser entendido, para todos os fins, como sinônimo de “causa decidida”, a despeito de a expressão não ser empregada na Constituição Federal, desde a de 1967. Com o fim de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem adequadamente a sua missão constitucional, de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal em todo o território brasileiro, é mister que eles julguem, em sede de recurso extraordinário e em sede de recurso especial, o que já foi decidido. Diferentemente do que insinua o seu nome, o prequestionamento, segundo o autor, caracteriza-se pelo enfrentamento de uma determinada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida e não pelo debate ou pela suscitação da questão antes de seu proferimento. A palavra deve ser compreendida como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentado, decidido, pela decisão atacada.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 89.

<sup>31</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, SP: Editora Atlas S.A, 2. ed. 2016, p. 703-705

<sup>32</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 89-90.

Viu-se neste aprendizado o interessante esclarecimento do professor Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>33</sup> afirmando que o prequestionamento insere-se nos pressupostos de admissibilidade dos recursos endereçados aos tribunais de superposição brasileiros. Aduz que, na seara dos recursos especial e extraordinário, não há espaço para aplicação dos brocardos da *mihi facto, dabo tibi jus* ou *iuria novit curia*, próprios das instâncias ordinárias. Isso em razão de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não representam terceiro ou quarto grau de jurisdição.<sup>34</sup>

Os conhecidos professores Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim utilizam a palavra prequestionamento como sinônimo de manifestação do tribunal local acerca de determinada questão federal, em estudo a respeito do recurso especial. Notam, entretanto, que a manifestação da instância local nem sempre decorre de provocação das partes. O preenchimento do requisito do prequestionamento pode restar configurado quando o tribunal local decretar de ofício a carência da ação, abrindo a via para interposição do recurso especial, sem que a falta de qualquer das condições da ação tenha sido debatida pelas partes nas instâncias ordinárias. Ou seja, independentemente de ter havido prévio debate das partes sobre a matéria de ordem pública, caberá recurso especial, porque o acórdão percutiu questão federal, adequando-se, a hipótese concreta, à *fattispecie* do inciso III do art. 105 da Constituição.<sup>35</sup>

Sobre o denominado prequestionamento José Miguel Garcia Medina sustenta que o prequestionamento é um dos institutos controversos e multifacetados, sobre o qual pendem divergências. Afirma ser importante a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais existentes sobre os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e em especial sobre a configuração do prequestionamento, em todos os seus aspectos. A persistência do desacordo jurisprudencial a respeito, segundo pensamos, constitui, para aqueles que pretendem interpor recurso extraordinário ou especial, obstáculo de mais difícil superação que os próprios requisitos constitucionais dos referidos recursos.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 90.

<sup>34</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 90.

<sup>35</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 90-91.

<sup>36</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 91-92.

Prejudica-se, com isto, a realização de tão relevante função desempenhada no sistema jurídico pelos recursos extraordinário e especial e, conseqüentemente, a razão de ser das Cortes Superiores. Entende José Miguel Garcia Medina que o prequestionamento seria ato privativo da parte, que deveria questionar previamente a matéria, isto é, invocá-la antes do julgamento. Já a questão federal ou constitucional decidida constituiria ato privativo do tribunal, prescindindo de atividade prévia da parte. Para o doutrinador, a Constituição Federal exige apenas, para os recursos extraordinário e especial, que tenha havido questão federal ou constitucional decidida pelo tribunal, sendo desnecessário o prequestionamento, ou seja, sendo dispensável a discussão ou controvérsia prévia da matéria.<sup>37</sup>

José Miguel Garcia Medina aduz que, apesar de a Constituição Federal não mencionar, expressamente, o termo “questionar” como algumas das anteriores o faziam, isso não quer dizer que não há necessidade da presença da questão na decisão recorrida. Entretanto, segundo o autor, a exigência do prequestionamento não se encontra expressa na Constituição Federal.

Conceitua o prequestionamento como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente da manifestação do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude do qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada. Para o autor, o prequestionamento é constitucional porque não vai contra as normas constitucionais, servindo para instrumentalizar o conhecimento da questão constitucional ou federal pela decisão recorrida, decorrente de manifestação do princípio dispositivo e do efeito devolutivo perante a instância inferior.<sup>38</sup>

Em relação ao tema, Kátia Aparecida Mangone a discorda do entendimento do professor José Miguel Garcia Medina, já que se entende no presente trabalho que o prequestionamento ocorre na decisão recorrida, sendo a questão federal ou constitucional decidida pelo tribunal, estando atrelado ao requisito “*causa decidida*” previsto na Constituição Federal.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 91.

<sup>38</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 91-92

<sup>39</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 91.

Para Antônio Carlos Amaral Leão, o prequestionamento deve ser suscitado no recurso de apelação cível, criminal, agravo de instrumento, recurso de revista. No recurso, todas as questões de direito federal ou constitucional devem constar expressamente da petição, com o fim de que o tribunal local, tomando conhecimento direto das matérias, discuta, debata e as decida. Essa decisão expressa sobre a matéria prequestionada, é o que se chama de ventilar a questão federal.<sup>40</sup>

Em conclusão ao seu brilhante múnus de pesquisa, a Autora Kátia Aparecida Mangone<sup>41</sup> escreve, o prequestionamento é a necessidade de que o tema objeto do recurso haja sido examinado pela decisão atacada. É requisito inafastável ao conhecimento do recurso excepcional, ainda que se trate de nulidade absoluta, a não ser que decorrente do próprio julgamento. Portanto, a caracterização do prequestionamento é aferível na decisão recorrida. Desta forma, tratando-se de causa decidida, havendo controvérsia sobre a questão durante o processo, deve constar da decisão recorrida a matéria para que se caracterize o prequestionamento. O conceito do prequestionamento está atrelado à “*causa decidida*”, requisito previsto na Constituição Federal para os recursos extraordinário e especial.

## **6 PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO, IMPLÍCITO E FICTO**

Consenso não há sobre a existência do instituto denominado prequestionamento, menos ainda sobre as formas em que existiria e como se identificar sua efetividade nas várias formas possíveis de existir. Certo é que se publica prequestionamento explícito, implícito e o dito ficto. O explícito se identificaria por constar expressamente o número do artigo constitucional ou de lei federal na decisão recorrida; o implícito verificar-se-ia por constar na decisão a matéria decidida, sem fazer menção expressa ao artigo numérico, ou ainda, seria explícito porque a matéria constou expressamente decidida. O ficto seria o decorrente da ausência de menção expressa da matéria, embora trazida em sede de

---

<sup>40</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 92.

<sup>41</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 92-95.

embargos de declaração pela parte interessada, como uma forma de interpretação da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal.

Doutrinadores subsidiam entendimentos diversos, exemplificando-se o de Rodolfo de Camargo Mancuso que menciona, na vigência da Constituição Federal precedente, caudalosa jurisprudência exigia um prequestionamento “expresso, claro, indubitável. Em uma linha moderada, que parece para Rodolfo de Camargo Mancuso o melhor caminho, há diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, citando Athos Gusmão Carneiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Eliana Calmon, pela desnecessidade de prequestionamento explícito, ou seja, se a tese defendida no especial tenha sido apreciada no Tribunal recorrido à luz da legislação federal, sem a menção expressa da lei federal tida por violada. Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, aduz que tem sido exigido o prequestionamento explícito da matéria constitucional controvertida. Entende que, em razão do âmbito de devolutividade do recurso extraordinário e do recurso especial só poder ficar restrito às questões de direito que tenham sido enfrentadas e decididas no acórdão recorrido, a rigor nem seria imperioso falar em *prequestionamento*, bastando ter presente o fato de que o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal só podem mesmo atuar como *instância final*, em face de uma *causa decidida* seja no plano da revisão (*errores in iudicando*), seja no de cassação (*errores in procedendo* insanáveis/ insupríveis).<sup>42</sup>

Egas Dirceu Moniz de Aragão afirma que “mesmo as questões surgidas no próprio julgamento, contra o qual é interposto o recurso, estão questionadas. Do contrário, o processo voltará a ser o campo minado que a doutrina moderna proscreeve, no qual a realização do Direito nem sempre era o objetivo primordial”. Ressalta que pode e deve ser exigido do impugnante opor embargos de declaração, para que o órgão julgador confronte a decisão adotada com a infração nela cometida. Conclui que não há sentido trancar o acesso ao recurso porque o litigante deveria ter previsto o desfecho anormal do julgamento<sup>43</sup>.

Nelson Nery Junior destaca que a visão dicotômica do prequestionamento em implícito e explícito é irrelevante para a caracterização do cabimento do recurso excepcional. “O problema não existe: haja ou não o prequestionamento, implícito ou explícito, pouco importa, o RE ou REsp só será admissível se a matéria tiver sido

---

<sup>42</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 95-96.

<sup>43</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 96.

efetivamente “decidida”, vale dizer, se estiver contida “dentro” do acórdão que se pretende impugnar.” Além disso, leciona não existir necessidade de a decisão recorrida mencionar expressamente o dispositivo da Constituição Federal ou da lei para haver-se caracterizado o prequestionamento. Basta que o ato judicial tenha decidido a questão constitucional ou federal.<sup>44</sup>

Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, a respeito do prequestionamento explícito, aduzem que o prequestionamento exige que a decisão recorrida tenha se manifestado de maneira clara sobre a matéria constitucional objeto do recurso extraordinário. Entretanto, a exigência do prequestionamento não significa que o artigo da Constituição Federal tenha sido expressamente referido na decisão recorrida. O prequestionamento deve ser explícito quanto à matéria objeto do preceito constitucional.<sup>45</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma dever ser aplicado o princípio da fungibilidade a respeito do que seja o prequestionamento. Ainda hoje, conforme a autora, há certa divergência quanto ao que se deva entender como sendo prequestionamento, o que gera certa insegurança das partes quanto a estar ou não preenchido um dos requisitos de admissibilidade daqueles recursos: cabimento. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, opostos embargos de declaração, a questão suscitada está prequestionada, independentemente do provimento ou não dos embargos<sup>46</sup>.

Já o Superior Tribunal de Justiça considera inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo. Em conformidade com a autora: O que se entende conveniente é que, como se trata de uma zona cinzenta, haja certa dose de tolerância de um órgão com relação àquilo que o outro entende como sendo prequestionamento.

Sugere-se, portanto, que, à falta de unanimidade a respeito do que seja efetivamente o prequestionamento, um órgão aceite o entendimento de outro e considere ter havido prequestionamento, se o que ocorreu, no caso, foi o que outro órgão teria considerado como prequestionamento. Esta sugestão, no fundo, consiste em que haja fungibilidade de “entendimentos” para que a parte não acabe por ficar sujeita a uma espécie de “loteria”

---

<sup>44</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 96.

<sup>45</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 96.

<sup>46</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 97.

ou não tenha de se inteirar do entendimento pessoal de cada um dos Ministros dos Tribunais Superiores. [...] A aplicação ou a incidência deste princípio favorece a que se compreendam os recursos excepcionais dentro de um sentido maior e mais útil da idéia de acesso à justiça.

Para Cassio Scarpinella Bueno, o conceito de prequestionamento bifurcou-se: para o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a sua Súmula 356, prequestionamento é aquilo que *nega* o seja o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Súmula 211. O que para o Supremo Tribunal Federal é chamado de prequestionamento (ficto), é para o Superior Tribunal de Justiça, diante das considerações enfocadas no seu trabalho, chamado de “*ritual*” e “*cerimonial*”.<sup>47</sup>

Prequestionamento é coisa diversa, justamente o que falta na decisão recorrida e o que não pode ser suprido pela “*ficção*” criada e implementada pela Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal. Daí, ao contrário do que enuncia a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, fazer diferença, para os fins da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, o *resultado* dos embargos declaratórios interpostos do acórdão a ser recorrido especialmente.

Cassio Scarpinella Bueno, em outra oportunidade, pondera que parece lícita a conclusão de que o Superior Tribunal de Justiça tem se afastado da orientação constante originariamente da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, interpretando-a à luz da exigência do prequestionamento explícito, no sentido de que a rejeição dos embargos opostos para o fim de suprir a omissão (falta de prequestionamento explícito) deve implicar a interposição de recurso fundamentado na violação ao art. 535 do CPC porque a omissão não foi suprida quando deveria ser. À luz desse entendimento, não se pode mais afirmar que é indiferente a sorte que venha a ter o julgamento destes embargos para fins de ser declarada aberta a instância extraordinária (prequestionamento *ficto*).<sup>48</sup>

O prequestionamento implícito, de acordo com Cassio Scarpinella Bueno, nada mais é do que uma forma menos clara de ver aquilo que foi decidido e qual a tese jurídica a ele correspondente. Não se trata de decidir aquilo que não foi decidido, mas sim de se referir àquilo que, de uma maneira menos clara, quiçá menos correta, foi efetivamente tratado. Trata-se, para o professor, mais de um raciocínio diverso ou de um argumento

<sup>47</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, SP: Editora Atlas S.A., 2. ed. 2016, p.703-705.

<sup>48</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, SP: Editora Atlas S.A., 2. ed. 2016, p.703-705.

diferente para dar supedâneo à mesma tese e não, propriamente, de um fundamento autônomo que bastaria, por ele mesmo, para manter ou invalidar a decisão recorrida. Utiliza a expressão fundamento autônomo no sentido de questão a ser resolvida e não de mera retórica usada pelo juiz ou pelas partes para convencer alguém do acerto ou desacerto de uma determinada tese jurídica.<sup>49</sup>

Conforme Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim<sup>50</sup>, não se deve confundir o requisito do prequestionamento com a necessidade de que tenha havido expressa menção ao dispositivo de lei federal dado por ofendido. E concluem que a distinção entre prequestionamento explícito e implícito carece de sentido para aqueles que, como nós, utilizam a expressão prequestionamento com o significado de que deve haver decisão do tribunal local sobre a questão federal que se pretende discutir no especial. Com efeito, só se deve nominar dois institutos de forma diferente, se a elas correspondem realidades distintas.

José Theophilo Fleury aborda a questão do prequestionamento implícito e explícito. Não concorda com a denominação prequestionamento implícito” nas situações em que não há menção expressa, na decisão recorrida, do dispositivo legal ou constitucional, cuja questão jurídica haja sido objeto do acórdão, como vem sendo destacado por grande setor da jurisprudência e doutrina, que entende que há prequestionamento expresso apenas quando a questão jurídica e o número do dispositivo legal ou constitucional constem do *decisum*. Para o autor, não há que se exigir que conste o número do dispositivo que trata da questão invocada, sendo o prequestionamento explícito o que versa sobre a questão jurídica. Se houver pronunciamento sobre a questão jurídica, o prequestionamento é explícito, independentemente da menção expressa ao número do dispositivo legal ou constitucional.<sup>51</sup>

O verdadeiro prequestionamento implícito é aquele delineado por Sálvio Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Carlos Velloso, ou seja, que se verifica quando há invocação e debate, pelas partes, da questão jurídica legal ou constitucional, e sobre ela não se manifesta o acórdão recorrido. Na ausência de pronunciamento do Tribunal, entende-se haverem sido apreciadas as questões debatidas implicitamente, seja para

---

<sup>49</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, SP: Editora Atlas S.A., 2. ed. 2016.

<sup>50</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 99.

<sup>51</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, SP: Editora Atlas S.A., 2. ed. 2016.

afastá-las, seja para aplicá-las. Este prequestionamento, no entanto, não vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para Miguel Francisco Urbano Nagib, o prequestionamento ficto seria o de “Embora não exista no acórdão recorrido, tem-no a Suprema Corte por satisfeito, enquanto pressuposto recursal, se a parte procurou obter a explicação dos temas debatidos no extraordinário, através da pertinente oposição de embargos declaratórios.”<sup>52</sup>

Rodrigo da Cunha Lima Freire<sup>53</sup> afirma que o prequestionamento resulta do enfrentamento explícito, pelo acórdão recorrido, ao comando da lei federal. Não basta para caracterizar o requisito do prequestionamento a simples referência ao dispositivo legal tido por violado ou à matéria federal controvertida. Para o autor, há prequestionamento implícito quando o tribunal de origem não menciona explicitamente o texto ou a referência numérica ao dispositivo legal tido como afrontado, embora tenha se pronunciado explicitamente sobre a questão federal controvertida.<sup>54</sup>

Segundo Daniel Aquino Schneider, resta configurado o prequestionamento ficto quando a parte recorrente suscita a matéria constitucional ou concernente à lei federal, mas a decisão não se manifesta acerca da matéria suscitada. Quanto ao prequestionamento da matéria arguida no recurso quando o acórdão do Tribunal de segunda instância confirma a sentença por seus próprios fundamentos e nesta houve emissão de juízo explícito sobre a questão jurídica veiculada na via excepcional, Alexandre Moreira Tavares dos Santos visualiza duas situações.<sup>55</sup>

Se o acórdão somente confirma a sentença por seus próprios fundamentos e não há nos votos a transcrição dos trechos da sentença que serviram para formar a convicção dos julgadores, não houve debate explícito sobre o tema, não existindo prequestionamento, devendo a parte opor embargos de declaração. Para o autor, a única exceção ocorre nos juizados especiais, em que é permitido à Turma Recursal confirmar a

---

<sup>52</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 100.

<sup>53</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 101.

<sup>54</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 100-101.

<sup>55</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 100-101.

sentença por seus próprios fundamentos, servindo a súmula do julgamento como acórdão.

Portanto, o prequestionamento é feito indiretamente pela análise da matéria ventilada na sentença. Hipótese diferente é aquela em que o tribunal confirma a sentença por seus próprios fundamentos, estando transcrito nos votos do acórdão os pontos da decisão monocrática que serviram para formar a convicção dos julgadores. Existe nessa situação o prequestionamento explícito e direto, tendo em vista que a matéria foi debatida e decididas as questões jurídicas. O autor aduz não haver restrição legal que impeça o julgador de reportar-se à sentença ou ao parecer do Ministério Público como fundamentação exclusiva do julgado. Neste caso, o juiz faz suas as palavras de terceiros.

Analucia Graziano afirma que a consequência da divergência quanto à classificação do grau de prequestionamento é a insegurança jurídica e o comprometimento do ideal de acesso à justiça, o que traz prejuízo aos jurisdicionados, em razão da falta de unanimidade quanto a um requisito essencial dos recursos excepcionais. Conclui que a possível solução para a divergência é a manifestação clara, inequívoca e uniforme do Supremo Tribunal Federal no sentido de afastar a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça com o fim de garantir não apenas o real acesso à justiça, como também afastar que as partes assumam falhas do Poder Judiciário.<sup>56</sup>

Neste estudo, é interessante analisar decisão do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Embargos de Divergência no Recurso Especial 505183/RS, no sentido da fixação de diferentes critérios pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para a identificação do prequestionamento:

*“PROCESSO CIVIL. DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça fixaram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento; para o primeiro, basta a oposição de embargos de declaração para caracterizar o prequestionamento em relação ao recurso extraordinário (Súmula nº 356); para o segundo, o prequestionamento só é reconhecido se o tribunal a quo tiver enfrentado a questão articulada no recurso especial (Súmula nº 211). Não obstante isso, se o tribunal local deixa de enfrentar a questão constitucional suscitada, a parte prejudicada tem direito à prestação jurisdicional completa, e pode pedir a anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração com base no art. 535, II, do Código de Processo Civil, nada importando que tivesse condições de interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal; todos os órgãos do Poder Judiciário, e não apenas o Supremo Tribunal Federal, devem exaurir a jurisdição provocada pelas partes. (REsp 505183/RS, Relator Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 01/08/2006, por maioria, DJe 06/03/2008).”*

---

<sup>56</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 101.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encaminha-se no sentido de apenas considerar prequestionada a matéria quando a decisão haja emitido juízo explícito sobre o tema.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça, com base no enunciado de sua Súmula 211, entendem que a matéria trazida nas razões do recurso especial e não abordada no acórdão recorrido, embora haja a oposição de embargos declaratórios, não merece ser conhecida por ausência de prequestionamento.

Por todo o exposto, quanto mais se pesquisa, mais informações se obtém no sentido de se concordar com os dizeres de Cassio Scarpinella Bueno [...] o que realmente importa para o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal é o conteúdo, aí incluída a correção procedimental, da decisão recorrida – a causa decidida –, convenço-me cada vez mais de que os adjetivos usualmente apostos ao prequestionamento são falsos problemas. Prequestionamento explícito, implícito, ficto ou numérico são, apenas e tão-somente, formas de apresentação – mera materialização, portanto – do que foi ou não decidido pela instância a quo e que, na exata proporção do que se decidiu ou se deixou erradamente de decidir, poderá ser impugnado pela via especial ou extraordinária fundamentando-se em *error in iudicando* ou *error in procedendo*, respectivamente. O que importa, pois, é o que foi objeto de decisão e não a forma pela qual ela se apresenta.<sup>57</sup>

## 7 CONCLUSÃO

No Estado brasileiro, em que vige o princípio do duplo grau de jurisdição, a segunda palavra, decisão de revisão, vem adjetivada em letras culminantes em “recursos”, título dado ao instituto de exercício da irrisignação pela prestação jurisdicional não contendora do Direito buscado no Estado-Juiz.

---

<sup>57</sup> MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013, p. 104.

O instituto denominado prequestionamento na forma exigido pelas Cortes Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal como requisito à admissibilidade dos recursos especial e extraordinário longe está de respaldo constitucional no presente tempo e na história a partir de 1967, senão desde 1934, e na escaça legislação infraconstitucional tem o sentido de assegurar direito ao cidadão impetrar recursos às Cortes Superiores, quando irresignar-se em razão de decisão que não atende o direito garantidor de sua, até prova em contrário, justa pretensão.

Nossa conclusão exsurge das letras firmadas em cártulas por legisladores ordinários e extraordinários, estes, os constituintes, grafias essas que neste esforço tivemos o cuidado de buscar na Oficial fonte, objetivando não pairar dúvidas sobre a higeidez dos textos que para este artigo transcrevemos.

**8 ABSTRACTt:** Questioning whether it conceives of bringing to the judiciary the request to provide order in favor of one and consequently to the detriment of another, then it is the power legitimated to give jurisdiction to the interested party in Brazilian time and space. It is in this space that one persists with the prequestioning, but it may not be during this time that the Pre and possibly also the questioning. It is what we have to look for, via the path of restlessness of the Right to get beyond the Self or even the We, perhaps, to those who will come.

## 9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J. C. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Editora, 18. ed. 2015.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, SP: Editora Atlas S.A, 2. ed. 2016.
- COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes da; SCALABRIN, Felipe. *Lições de Processo Civil – Recursos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 19. ed. 2016.
- HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb>.
- MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. São Paulo, SP: Saraiva Editora, ed. 2013.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Rodrigues de Meréje – São Paulo, SP: Cultura Moderna Sociedade Editora Ltda, ed. 1946.
- NASCIMENTO FILHO, Sandalo Bueno do. *O prequestionamento e sua aplicação prática*. Brasília: OAB Editora, 2006.
- SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense Editora, 3. ed. 2003.
- SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corre de. *O prequestionamento no recurso especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense Editora, 56. ed. 2016.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Código de Processo Civil no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: Estudos sobre os impactos e interpretações*. Salvador, BA: JusPodivm Editora, ed. 2018.