

Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento*

The necessity of cooperation between courts to the fast Lawsuit – and about the previous questioning

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Mestre, Doutora e Livre-Docente pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Professora nos cursos de mestrado, doutorado, especialização (pós-lato sensu) e graduação da PUCSP. Professora no mestrado da Faculdade de Direito de Curitiba. Advogada.

RESUMO

Cumprindo aos tribunais a quo a função do julgamento dos fatos e do direito, o que passa pela via da subsunção, enquanto aos tribunais superiores a função das questões constitucional e federal, indispensável o exaurimento daquelas, pena de vedar-se o acesso do jurisdicionado às vias superiores, impõe-se o prequestionamento. Impera, contudo, desarmonia entre os órgãos a quo estaduais e regionais e os tribunais ad quem, quanto aos entendimentos adotados especialmente quando a decisão a quo se funda em fatos suficientes, ficando outros, porque não relevantes, à deriva, o que encontra amparo no sistema processual, mas o recorrente pretende que esses sejam levados em consideração para que os tribunais superiores julguem à sua ótica, fazendo, para tanto,

* Trabalho escrito em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

uso dos embargos declaratórios, ainda que não previstos para este fim. Propõe-se a superação desse embate pela cooperação entre os órgãos judiciários, inspirada no princípio da fungibilidade e pela maior coincidência que deve haver entre o direito material e o resultado do processo.

Palavras-chave: prequestionamento, subsunção, recurso extraordinário, recurso especial, embargos declaratórios, cooperação, órgãos do Judiciário, fungibilidade.

ABSTRACT

The appellate courts have the function to decide about facts and law, which pass to subsuming way. The high court have the function to decide about the federal and constitutional questions. Is indispensable the complete and perfect decision about the matter concerning at appellate courts to permit the access at the high courts: is necessary the previous questioning. Whatever in the Brazilian system the regional and local courts weren't harmonic whit the high courts. Remain legal questions without decision and the way to obligate the court decide is the declarative motion, without specific rule. The proposition is the cooperation between the courts, inspiring in the fungibility principle and to the best coincidence between the law and the result of the suit.

Key words: previous questioning, subsuming, constitutional appeal, legal appeal, declarative motion, cooperation, courts, fungibility principle.

O prequestionamento tem sido fonte de acaloradas discussões no plano da doutrina, discordância dos Tribunais e, sobretudo, angústia dos advogados. Pretende-se, neste artigo, enfocar especialmente uma das razões que tem gerado situações indesejáveis, já que a perplexidade das partes e de seus advogados, neste caso, nasce da divergência da postura dos Tribunais locais e dos Tribunais Superiores.

Sabe-se que da decisão judicial, não precisam constar expressamente todos os dados fáticos que constam dos autos para, que, em seguida, se passe à conclusão (=solução normativa encontrada para o caso). Ou seja, se de um lado, é evidente que o juiz deve, sim, analisar todos os fatos, cujas provas constam dos autos, para decidir, de outro lado, não é necessário que faça constar da decisão senão os fatos em que se baseia a conclusão, ou seja, que servem de esteio à solução normativa encontrada.

Na verdade, o comum é que constem da decisão os fatos que o juiz

considere relevantes como apoio à sua conclusão, que justifiquem a solução normativa encontrada.

Ocorre, todavia, que os Tribunais Superiores recebem a situação fática em conformidade com a descrição que lhe tenha sido dada pela decisão no juízo *a quo* (ou seja, pelos Tribunais locais), já que, e aqui lembramos de duas súmulas, nos Tribunais Superiores não se reexaminam e não se revêem provas (Súmulas 279 do STF e 7 do STJ).

Por outro lado, tem-se, com razão, considerado ser matéria de direito a adequação da subsunção dos fatos à solução normativa encontrada pelo juiz.

O tema tratado neste artigo torna oportuno que se façam algumas observações sobre a distinção entre questão de fato e de direito, para que possamos identificar na subsunção (encaixe dos fatos sob a norma) uma questão de direito. Trata-se de tema difícil. Embora seja discutível que se possa fazer distinção absoluta entre questões de fato e questão de direito, é possível pensar-se em questões predominantemente fáticas e predominantemente jurídicas.

Resumindo grosseiramente o parâmetro que nos parece adequado para estabelecer esta distinção, que tem extrema utilidade prática, asseveramos que é o foco sobre o qual deve recair a atenção do órgão julgador que deve determinar se se trata de questão de fato ou de direito.

Ocorre, todavia, que há casos em que a atenção do órgão julgador não se fixa nem no aspecto fático do fenômeno jurídico, nem no aspecto normativo (jurídico, no sentido estrito), mas justamente no instante em que ambos se encontram: a subsunção.

A subsunção, como dissemos antes, é expressão que está sendo utilizada por nós nesse trabalho tanto para significar subsunção propriamente dita, em sentido clássico, quanto para expressar o momento do “encaixe” dos fatos na solução normativa encontrada no sistema, a partir da lei, da jurisprudência, da doutrina (e dos princípios incorporados tanto na lei, quanto na jurisprudência e tratados na doutrina).

Para nós, que a inadequação do processo subsuntivo é indubitavelmente uma *quaestio juris*. Consubstancia-se ontologicamente, numa ilegalidade “de raiz”. O vício está (no princípio) do raciocínio do juiz e tudo o que se terá seguido a esse primeiro passo equivocado, será também ilegal.

Portanto, em tese, trata-se de situação que deve ser corrigida pelos Tribunais Superiores, quando julgarem recursos especiais ou extraordinários.

Todavia, que, em certos casos, a correção, e mesmo a verificação da existência desta ilegalidade, depende de reexame do material probatório constante dos autos.

Nestes casos, porque os Tribunais Superiores não reexaminam fatos ou provas, esta questão, que é essencialmente uma questão de direito, transmutar-se-á em questão de fato, tecnicamente, e terá o tratamento de questão de fato, não sendo o recurso conhecido.

Por isso é que cabe à parte, exercendo legitimamente sua atividade de prequestionar, pleitear do órgão *a quo* que faça constar do acórdão circunstâncias fáticas aptas a demonstrar, pela mera leitura da decisão recorrida, que a solução normativa pela qual se optou na decisão impugnada pela via do recurso extraordinário ou do recurso especial está equivocada, estando-se, pois, assim, em face de uma ilegalidade ou de uma inconstitucionalidade.

Presta-se, assim, o prequestionamento, a fazer com que conste da decisão a questão federal, ou a questão constitucional o que, quando se trata de provocar os Tribunais Superiores a fazer um reexame da subsunção, ou seja, a reavaliar o processo subsuntivo feito pelo tribunal *a quo*, pode significar pedir para que integre expressamente a decisão aspectos do quadro fático em que se estribou a decisão impugnada.

A esse propósito, torna-se relevante o exame da Súmula 456. Diz esta Súmula que, conhecido o recurso especial ou extraordinário, deve o tribunal rejulgar a causa. Isto porque, como se sabe, não se trata de Cortes de Cassação¹.

Parece inexorável, todavia, que em face de uma série de regras até agora examinadas, cuja síntese está na frase: os Tribunais Superiores só conhecem matéria de direito, não apreciam fatos e não revêem provas, a interpretação desta Súmula gere problemas.

¹ "Não há no processo civil brasileiro recurso de cassação, onde o tribunal superior cassa o acórdão do tribunal inferior e lhe devolve os autos para que seja proferida nova decisão. Os nossos recursos constitucionais têm aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento, tanto do recurso especial quanto ao extraordinário, tem como consequência fazer com que o STF e o STJ reforme ou anule o acórdão recorrido" (NERY JR., Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos recursos*, 5.ed., Ed. RT, 2000, p.380).

Esses problemas decorrem da contradição que num primeiro momento se estabelece entre a impossibilidade de se rever matéria fática nos Tribunais Superiores, quando do julgamento do recurso extraordinário ou especial, e a necessidade de rejulgar a causa. Esse rejulgar a causa envolveria a possibilidade de reexame de matéria fática (= das provas constantes dos autos)?

A dúvida tem sentido, já que É EVIDENTE QUE AS DIRETRIZES NO SENTIDO DE OS TRIBUNAIS SUPERIORES NÃO PODEREM CONHECER DE PROVAS não DIZ RESPEITO SÓ AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. Pura e simplesmente porque esta é a regra geral para o juízo de admissibilidade de todo e qualquer recurso! Em caso algum se reexaminam PROVAS para verificar se o recurso é admissível! Logo, a orientação no sentido de não se reverem provas só pode dizer respeito ao juízo de mérito. E aí ocorre a incompatibilidade entre ambas as regras.

Esta tensão é muito bem descrita em trecho do voto do Ministro Eduardo Ribeiro que a seguir transcrevemos:

Não há dúvida de que o Superior Tribunal de Justiça, assim como o Supremo Tribunal Federal, não se constituem em cortes de cassação. Cabe-lhes – o texto constitucional é expresso – julgar as causas que, por via do especial ou do extraordinário, lhes sejam submetidas. Para fazê-lo, entretanto, pode ser necessário examinar questões que não o foram pelas instâncias ordinárias. Admita-se, por exemplo, tenha a defesa dois fundamentos, ambos pertinentes ao mérito. Acolhido um deles, bastante para conduzir à improcedência da demanda, do outro não se cuidou. No especial, entende-se equivocada a decisão. Afasta-se o fundamento adotado pelo acórdão. Para o julgamento da causa, indispensável seja o outro examinado. Cumpre verificar se isso haverá de fazer-se, de logo, no próprio recurso especial.

A fixação do exato sentido da Súmula 456 não se pode dizer pacífica, observando-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, algumas variações. A leitura dos acórdãos que lhe deram origem mostra que se tinha entendimento amplo quanto ao julgamento da causa, após o conhecimento do recurso. A restrição não ia além do conhecimen-

to. Conhecido, ensejava-se exame completo, inclusive com reapreciação de matéria de fato. Esta orientação manifestou-se claramente no Agravo de Instrumento 23.496 e no Recurso Extraordinário 56.323, de ambos relator VITOR NUNES LEAL.

Tendência mais restritiva, entretanto, predominou no julgamento do Recurso Extraordinário 67.284 (RTJ 52/340). Vencido o Ministro ELOY DA ROCHA, conclui-se não dever o Supremo Tribunal prosseguir na apreciação da causa, desde que necessário, para tanto, acertar fatos com exame da prova.

Na parte decisória deste acórdão chega-se a uma solução que compatibiliza ambas as orientações:

Parece-me que não há impedimento algum a que, conhecido o especial, examine o Tribunal os demais fundamentos da defesa, de que não se cuidou, por desnecessário, já que seria bastante o que foi acolhido. Esta Turma, aliás, já assim entendeu quando envolvida argüição de inconstitucionalidade. O Tribunal de origem julgou procedente determinada ação, por entender inaplicável a lei invocada pelo réu. Sendo inaplicável, dispensava-se o exame de alegada inconstitucionalidade. No especial, entretanto, entendeu-se que a lei, em princípio, incidia na espécie. Assim sendo, mister decidir-se quanto àquela argüição. Para isso não se teve como impositivo tornassem os autos ao Tribunal a quo, podendo a própria Turma, desde logo, examiná-la.

Não se pretende haja aí supressão de um grau de jurisdição. Não é necessário que todas as alegações das partes sejam examinadas, para propiciar respeito a esse princípio. Tratando-se de apelação, está claro nos parágrafos do artigo 515 do CPC.

Considero, porém, que a norma constitucional, a determinar o julgamento da causa pelo Superior Tribunal de Justiça, deva ser interpretada dentro do sistema e em

atenção às funções dessa Corte. A base empírica do julgamento será a oferecida pelas instâncias ordinárias. Salvo violência à norma de direito probatório, os fatos a considerar serão os acertados no Tribunal que proferiu a decisão recorrida. Não se coaduna com o papel constitucional deste Tribunal sopesar provas. Tenho, pois, como adequados os parâmetros estabelecidos no julgamento do Recurso Extraordinário 67.284, acima mencionado. Se o julgamento da causa condicionar-se ao exame de provas, para verificar quais os fatos a serem considerados, deve a matéria ser devolvida à apreciação do Tribunal de origem.²

Assim, como os Tribunais Superiores não são Cortes de Cassação, admitidos os recursos de estrito direito, haverá, de acordo com o que consta da Súmula 456, rejuízo da causa, respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário, que, como regra geral, impedem o reexame das provas constantes dos autos.

Estes, pensamos, são efetivamente os limites a que se devem ater os Tribunais Superiores ao rejuizar a causa.

O rejuizar a causa implica o exame, pelo Tribunal, dos demais fundamentos da defesa, de que não se cuidou, por desnecessário, já que seria suficiente o que foi acolhido.

O Tribunal, ao rejuizar a causa, pode optar por uma terceira possibilidade de decisão, rejeitando, por ilegal ou inconstitucional, a decisão impugnada e a contrária, anterior.

Foi o que se fez no acórdão, cuja ementa parcialmente transcrevemos abaixo, em que se cuidou de resolver questão de direito intertemporal.

EMENTA. Processual Civil e Direito Intertemporal. Recurso especial: satisfeitos requisitos de admissibilidade, o STJ aplica o direito à espécie, julgando a causa. Sentença publicada quando vigorava a lei anterior. Apreciação do

²Emb. Decl no REsp 28.325-9-SP – (9200/4920-0) – rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. em 13/abril/93 – RSTJ, a. 5 (46) : 569-588, junho 1993, o mesmo trecho consta do REsp 5.178-SP – (90.000.9338-4) – rel. designado Min. Eduardo Ribeiro – RSTJ – a.3 (28) 305-638-dez./91.

recurso à luz da lei nova: impossibilidade. Precedentes do STJ e do STF. Recurso não conhecido.

I – Satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso especial, o STJ passa ao exame do mérito recursal, aplicando o direito à espécie. Por tal razão, pode a Corte superior instituída pela Constituição de 1988 afastar a tese aplicada pelo juiz de primeiro grau, bem como a orientação agasalhada pelo tribunal de segundo grau, optando por prestigiar uma terceira tese. O STJ não é mera Corte de Cassação, pelo que, ultrapassando o juízo de admissibilidade, aplica o direito à espécie, julgando a causa. Aplicação do art. 257 do RISTJ e da Súmula do STF

II – Os recursos são regidos pelas regras em vigor ao tempo da publicação da decisão causadora da insatisfação, e não pelos preceitos que posteriormente venham a entrar em vigor. Precedentes do STF e do STJ : RE nº 83.169/PR, REsp. nº 88.747/SP, REsp nº 140.862/RS e Ag. Nº 2.617/MG – AgRg.³

Outra das conseqüências que se tem extraído embora não muito comumente da aplicabilidade e da possibilidade de que se dê rendimento à Súmula 456 é conhecer-se, admitido o recurso especial, da ausência de condições da ação. Veja-se abaixo:

CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE (SÚMULA Nº 456 – STF E RISTJ, ART. 257). AMPLITUDE.

I – Caracterizando o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quando à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie.

II – No contexto assinalado, deve o órgão julgador limitar-

³ REsp 149.379-RS – rel. 97.0066890-8 – rel. Min. Adhemar Maciel – RSTJ – a. 10 (105) : 155-204, maio/1998, p.197 (destaques nossos).

se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais.

III – Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, artigo 267, VI).⁴

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

Se se tem considerado que a inadequação da decisão aos fatos constantes dos autos é questão de direito e pode dar ensejo à interposição e ao provimento de Recurso Especial ou Extraordinário, é necessário que a parte tenha o correlato direito de ver incluídos expressamente na decisão os fatos que considera relevantes para que se possa considerar ser OUTRA a conclusão a que deveria ter chegado o Tribunal *a quo*.

A situação que se cria para as partes, portanto, é bastante constrangedora. A única forma de que dispõe para fazer constar da decisão que pretende impugnar por meio de recurso especial ou extraordinário são os embargos declaratórios. Sabe-se, contudo, que os embargos de declaração são interponíveis em função de lacuna, contradição, obscuridade. Rigorosamente, nenhuma das três hipóteses estariam presentes em casos assim: ou seja, a decisão que não inclui na parte do relatório ou dos fundamentos fatos que não foram levados em conta porque considerados irrelevantes para a solução normativa encontrada, na verdade, não padece de vício algum.

Paradoxalmente, em casos assim, ou o Tribunal *a quo* faz constar da decisão os fatos que efetivamente ocorreram e ficaram comprovados e

⁴REsp 36.943-6-RS – (93.00119975-7) – rel. Min. Pádua Ribeiro – j. em 17/nov./93 – DJ 6/dez./93; Ag Reg no Ag 95.597, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJU 13/05/96, p.15.553.

cujos exames, segundo o recorrente, deveria levar a decisão diferente daquela que se tomou e que será impugnada, ou o recurso excepcional não será nem mesmo admitido. Trata-se de uma exigência do sistema criado pelas regras constantes das Súmulas 7, 297.

Ou se compreende este dilema ou a possibilidade de interposição dos recursos excepcionais fica seriamente comprometida em certos casos, já que atrelada à eventual boa vontade dos Tribunais em receber e dar provimento a embargos de declaração interpostos nestas condições; ou à sorte de o acórdão proferido ser tão minucioso, a ponto de incluir, embora tachando de irrelevantes, a descrição dos fatos que confessadamente não serviram de fundamento à decisão.

A prevalecer este choque de entendimentos entre os Tribunais locais e os Superiores, quem acaba às vezes drasticamente prejudicado é o jurisdicionado. Reforça-se, com isso, o que temos chamado de indesejável fosso entre a realidade real e a realidade criada pelo processo. Afronta-se, ademais, o princípio da economia processual, já que em certos casos o que talvez ocorra é a interposição do primeiro recurso especial, para que os autos voltem ao Tribunal *a quo* com o objetivo de que os embargos de declaração sejam julgados e, aí sim, o Tribunal *ad quem* tenha efetivamente condições de flagrar e corrigir a ilegalidade apontada na decisão do órgão *a quo*.

Dissemos flagrar e corrigir, pois nos parece ser este o sentido e o alcance da Súmula 456: o rejuízo da causa, a que se faz referência nesta súmula, deve ocorrer uma vez flagrada a ilegalidade, mas com as limitações relativas à impossibilidade de se reverem fatos e de se reexaminarem provas. Em princípio, os recursos especial e extraordinário devem poder ser decididos sem que necessidade haja de que os autos sejam reexaminados. Como regra geral, os elementos para o rejuízo da causa devem constar da própria decisão recorrida.

Fundamentalmente, é esse o assunto deste despretensioso artigo, com que pretendemos homenagear o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sugerindo que a solução para este impasse seja a de cooperação entre os Tribunais, para benefício de todos, tanto sob a ótica do interesse público, quanto sob o ângulo do jurisdicionado.

Sabe-se que a noção de prequestionamento, como se sabe e 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 federal ou constitucional.

Mais tarde, o prequestionamento passou a referir-se, ao longo do tempo, à necessidade de que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional.

Assim, e por isso, o recurso de embargos de declaração passou a prestar-se legitimamente para cobrar do órgão que proferiu a decisão a ser impugnada por Recurso extraordinário ou Recurso especial que se refletisse efetivamente na decisão a discussão que se tinha travado entre as partes ao longo do processo. Tais embargos eram e são interpostos para que o órgão prolator da decisão suprisse essa omissão.

Discute-se se há necessidade de que conste do acórdão o dispositivo da Lei Federal ou da Constituição Federal que se assevera ter sido violado, ou se basta conste a questão federal ou constitucional, em si mesmas. Os autores chamam àquele prequestionamento de explícito e a este, sem que haja citação expressa do dispositivo cuja violação se afirma ter havido, de implícito.

Há, ainda, quem denomine de implícito o prequestionamento enquanto atividade das partes.

Todavia, e por isso a importância dessas nossas considerações, a doutrina tradicional não trata da necessidade de que, por meio destes embargos de declaração, se possa provocar o órgão *a quo* para fazer constar do acórdão a descrição dos fatos, o suficientemente COMPLETA para que se possa refazer a subsunção, corrigindo-a.

Evidentemente, quando é o refazimento do processo subsuntivo que se pretende ocorra em sede de recurso extraordinário ou recurso especial, esta necessidade é tão presente, quanto a de fazer constar no acórdão a questão federal ou constitucional. Ou mais presente.

E o tribunal *a quo* tem o dever de fazer constar esta descrição, sob pena de estar negando acesso aos Tribunais Superiores, ou seja, em certo sentido, acesso à justiça. Essa necessidade existe e decorre de princípio constitucional, embora segundo as regras do processo, o julgador não tenha o dever de incluir no corpo da decisão fatos que tenha reputado irrelevantes para o fim de solucionar a lide.

Assim, e por isso, é que se estabeleceu a regra de que, defeituoso o acórdão, e interpostos embargos de declaração para que sejam supridas omissões, estes devem ser necessariamente julgados, sob pena de se estar também aqui diante de outra ilegalidade.

Sendo caso de interposição de embargos, não basta ou não deve ser considerado bastante ou suficiente a interposição de embargos de declaração, ainda que rejeitados, no juízo de admissibilidade ou no mérito. Este há de ser, portanto, o primeiro dos fundamentos do recurso extraordinário ou especial: não foram admitidos ou foram improvidos embargos de declaração que deveriam ter sido admitidos e aos quais dever-se-ia necessariamente ter dado provimento⁵.

⁵Indispensável a leitura de primoríssimo artigo “Ainda sobre o prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores”, de Nelson Nery Jr., in *Aspectos polêmicos e Atuais dos recursos cíveis*, série 4, coordenação: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, pp. 853 a 864, cujas conclusões são abaixo transcritas:

“Em conclusão, podemos afirmar que:

1. 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 STF ou STJ, no julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial;
2. o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais;
3. o verdadeiro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial é o cabimento, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente “decididas” pelas instâncias ordinárias (CF 102 III e 105 III);
4. causa “decidida” é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se a esse fim;
5. a visão dicotômica do prequestionamento, em implícito e explícito, é irrelevante para caracterização do cabimento do recurso excepcional. O problema não existe: haja ou não o prequestionamento, implícito ou explícito, pouco importa, o recurso extraordinário ou recurso especial só será admissível se a matéria tiver sido efetivamente “decidida”, vale dizer, se estiver contida “dentro” do acórdão que se pretende impugnar;
6. não há, nem pode haver, “dispensa” de prequestionamento como elemento caracterizador do cabimento do recurso. Se a matéria surge apenas na decisão recorrida é porque foi “decidida”, este sim, requisito de admissibilidade. É um falso problema a questão da “dispensa” do prequestionamento nesse caso;
7. não há necessidade de a decisão recorrida mencionar expressamente o artigo da Constituição Federal ou da lei para haver-se caracterizado o prequestionamento. Basta que o ato judicial tenha “decidido” a questão constitucional ou federal;
8. os Edcl. fundados na omissão só serão admissíveis, com caráter prequestionador, quanto a matéria a respeito da qual o tribunal tinha o dever de se pronunciar – quer porque foi argüida, quer porque se de ordem pública –, mas não o fez;
9. não se pode ter como prequestionada a matéria objeto de embargos de declaração, quando o tribunal ao julgar os embargos não a decide. A questão terá sido agitada (ventilada), mas não “decidida”;
10. persistindo a omissão, mesmo depois da interposição dos EDcl, não são cabíveis os recursos excepcionais quanto a matéria omissa, que não foi decidida e por isso não consta do acórdão (STJ 211). Contra esses dois acórdãos – o que foi embargado e o que decidiu os embargos –, caberá REsp por negativa de vigência do CPC 535.”

Essa necessidade existe, principalmente na hipótese de que predominantemente se trata neste artigo, ou seja, quando se pensa na omissão relativamente à descrição dos fatos. Ausente esta, fica INVIABILIZADO o exame do Recurso especial ou do Recurso extraordinário, quando o que por meio deles se pretende é a correção de subsunção mal feita pelo órgão *a quo*.

Observe-se, aliás, que se trata de uma hipótese de cabimento de recurso especial em que o STJ examinará exata e precisamente outra questão que se identifica com a subsunção dos fatos (processuais) ao art. 535 do CPC.

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.

Trata-se, na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.

O efeito devolutivo desses recursos, além de ser limitado pela circunstância de se tratar de recursos com fundamentação vinculada, só tem a dimensão horizontal, usando a terminologia proposta por Barbosa Moreira⁶. Não há a “dimensão vertical” do efeito devolutivo. Em razão disso é que tudo tem que constar da decisão, inclusive o material para que ela mesma seja reformada.

Por isso é que a expressão prequestionamento que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que “questionam”⁷⁻⁸, passou a significar a exigência de que DA DECISÃO conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão federal⁹. Na verdade, então, o

⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 7ª ed., Forense, 1998, pp. 424-425.

⁷ Nesse sentido, Luiz Sérgio Rizzi, “Do recurso extraordinário”, *Revista do Advogado* 27/44 e Antônio Carlos Amaral Leão, “O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial”, RT 650/237.

⁸ José Miguel Garcia Medina, “O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial”, na coletânea *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier), RT, 1997, p.280, faz interessante distinção. Sustenta que a *questão* (federal ou constitucional) deve fazer-se presente na decisão recorrida, mas o prequestionamento não, pois se trata de fenômeno que ocorre *antes* da decisão que se pronuncia a respeito da *questão* constitucional ou federal.

⁹ São defensores desse entendimento Antônio de Pádua Ribeiro, “Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça”, na coletânea *Recursos no Superior Tribunal de Justiça* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), Saraiva, 1991, p.54; Athos Gusmão Carneiro, “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial”, na coletânea *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr.), RT, 1999, p.107 e Eduardo Ribeiro de Oliveira, “Pquestionamento”, na coletânea *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr.), RT, 1999, p.247.

prequestionamento da decisão seria o reflexo da atividade das partes ao longo do processo. Caso este prequestionamento (das partes) não se refletisse na decisão, teria havido omissão do Judiciário, suprível pela via dos embargos de declaração.

De qualquer forma e em qualquer caso, o que não pode ocorrer é que a parte fique à mercê da eventual disposição dos Tribunais *a quo* para cooperar com a facilitação (ou viabilização) do caminho de acesso aos Tribunais Superiores. Em face de dissenso entre os órgãos do Poder Judiciário acerca de qualquer questão, as partes não podem sofrer prejuízo, nem o andamento do próprio processo, sob a ótica do direito público, deveria ser prejudicado. De fato, infelizmente não são raras as decisões, que levam a essas consequências, em que os Tribunais *a quo* se negam a prover (ou a admitir) os embargos declaratórios, declarando que a sua função não é a de preparar o processo para um terceiro grau de jurisdição.¹⁰

¹⁰ “Acórdão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N.º 106858-2/02, DE CURITIBA 21ª VARA CÍVEL.
EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEIÇÃO.

Se o acórdão não contém o vício que lhe é debitado, devem os embargos que o debitam, ser rejeitados.
VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração deduzidos por Banco Itaú S/A.

1. Vêm em face do acórdão que deixou de acolher os primeiros, estes segundos embargos declaratórios. E vêm, dizendo que aqueles não teriam sido convenientemente analisados, assim porque, dos seis vícios apontados, dois deles não receberam análise da câmara.

Com o primeiro se objetivava o prequestionamento das questões federais invocadas, através de menção explícita ao número dos dispositivos legais referidos na apelação, posto que há acórdãos do STJ que entendem que se não foi citado o número do dispositivo legal, o recurso especial não pode ser conhecido.

Já com o outro buscava-se que se fizesse constar do acórdão que o contrato não prevê a cobertura de eventual saldo residual pelo FCVS e que o valor do financiamento é de 4.215,99 VRFs., porque ainda o STJ entende não pode conhecer de fatos que não estejam nele expressamente descritos.

2. Em verdade, no acórdão não se registrou o número dos artigos de lei que embasaram a apelação porque não tinha de fazê-lo, sendo certo que o que fez, foi analisar todos e cada um dos argumentos do apelo, dando ao caso a solução que ele comportava.

O fato de entender tribunal superior pelo descabimento de recurso especial se não for citado no acórdão o número do dispositivo legal questionado não pode nortear a decisão da câmara que **não tem como função, nos julgamentos que profere, preparar o processo para um terceiro grau de jurisdição.**

No que concerne ao argumento outro, remete-se o embargante para parte final do acórdão que julgou os primeiros embargos, onde se disse com todas as letras que o acórdão dissera que com a transferência o comprador se sub-rogava nos direitos e deveres decorrentes do contrato.

Por derradeiro registra-se que o valor do financiamento consta do contrato juntado aos autos.

Pelo exposto, ACORDAM os desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos.

Participaram do julgamento os desembargadores Pacheco Rocha, como presidente, e Antônio Prado Filho.
Curitiba, 30 de outubro de 2001.

J. VIDAL COELHO – Relator” (grifos nossos)

Decisões deste tipo normalmente são responsáveis pela interposição de outro recurso (que poderia ser desnecessário) e por causa da interposição deste outro recurso, teria o processo sobreviver por mais alguns anos, pois, para aqueles que entendem dever sempre o prequestionamento constar da decisão, havendo embargos declaratórios não conhecidos, surge a necessidade de que a primeira questão a ser abordada no recurso especial seja a ilegalidade decorrente de se tratar de caso de incidência do art. 535 e de este recurso não ter sido conhecido pelo Tribunal *a quo*¹¹⁻¹².

Em se tratando da hipótese fundamentalmente tratada neste artigo, a necessidade inquestionavelmente existe, já que é impossível aos Tribunais Superiores avaliar o apontado desacerto da decisão do Tribunal de origem por que se teria, no que tange ao processo subsuntivo. Esta avaliação só se torna possível se constarem da decisão expressamente fatos que, ao ver do recorrente, deveriam ter sido os levados em conta para

¹¹ Neste exato sentido, confira-se Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim, “Recurso ...”, *ob. cit.*, p.167; José Miguel Garcia Medina, “O prequestionamento e os pressupostos ...”, *ob. cit.*, p.299; Cássio Scarpinella Bueno, “Prequestionamento ...”, *ob. cit.*, p.58 e Nelson Luiz Pinto, *Manual dos recursos cíveis*, Malheiros, 1999, p.231. Já Vicente Greco Filho, *Direito...*, *cit.*, p.334 e Antônio de Pádua Ribeiro, “Do recurso ...”, *ob. cit.*, p.56, entendem que o requisito do prequestionamento está suficientemente atendido com a simples oposição dos embargos declaratórios, ainda que a omissão não seja suprimida.

¹² Interessante a distinção entre as Súmulas nº 356 do STF e nº 211 do STJ no que toca à necessidade de se alegar na petição de recurso (extraordinário ou especial) nulidade do acórdão *a quo* por não haver suprimido a omissão apontada nos embargos declaratórios. O STF tem entendido que, opostos os embargos de declaração, a questão suscitada está prequestionada, independentemente do provimento ou não dos embargos. Já o STJ considera “Inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. A esse respeito, confirmam-se as interessantes abordagens de Eduardo Ribeiro de Oliveira, “Prequestionamento”, *ob. cit.*, pp. 252-256; de Cássio Scarpinella Bueno, “Prequestionamento ...”, *cit.*, pp. 53-73 e de José Theophilo Fleury, “Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário – Súmula 356/STF x Súmula 211/STJ?”, na coletânea *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos* (coord. Eduardo P. Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier), RT, 2000, pp. 409-440.

O entendimento do STJ é explicitado no AgRg no Ag nº 273.019, j. 4.4.2000, DJ 15.5.2000, cuja ementa é: “1. Nos termos do mais recente pronunciamento da Corte Especial deste Tribunal, ainda que a questão federal surja no acórdão recorrido, é imprescindível a oposição de embargos declaratórios, com vistas ao prequestionamento. 2. Na espécie, não obstante a oposição do recurso integrativo, foi ele rejeitado, razão pela qual fazia-se mister, no recurso especial, a arguição de malferimento ao art. 535, do CPC, para que esta Corte, acaso constatada a omissão, determinasse a volta dos autos à instância de origem, com vistas à sanção da mácula.”

Nesse sentido, v. por todos, Nelson Nery Jr:

“9. Não se pode ter como prequestionada a matéria objeto de embargos de declaração, quando o tribunal ao julgar os embargos não a decide. A questão terá sido agitada (ventilada), mas não ‘decidida’;

10. Persistindo a omissão, mesmo depois da interposição dos EDcl, não são cabíveis os recursos excepcionais quanto à matéria omissa, que não foi decidida e por isso não consta do acórdão (STJ 211). Contra esse dois acórdãos – o que foi embargado e o que decidiu os embargos, caberá REsp por negativa de vigência do CPC 535” (Nelson Nery Jr, artigo referido, no prelo).

que a decisão fosse proferida. Estes fatos, no mais das vezes, são diferentes daqueles que ali constam.

Não se pode, segundo os que sustentam esta tese, “dispensar” o prequestionamento, só porque o tribunal *ad quem* não teria conhecido ou não teria dado provimento aos embargos corretamente interpostos¹³. Muito menos em casos como estes.

Recente decisão publicada no Boletim Informativo do STF nº 193, de 12 a 16.6.2000, da relatoria do Min. Octavio Gallotti, j. em 14.6.2000, pelo pleno, “dispensou” o prequestionamento, em casos em que o tribunal *a quo* não supra a lacuna apontada pela parte nos Embargos de declaração, demonstrando, assim, tendência contrária àquilo que já tinha sido firmado no STJ, inclusive em Súmula (S. 211). Na verdade, o que se fez foi considerar ter havido ficticiamente prequestionamento, e não propriamente dispensá-lo: enxergou-se, por ficção, prequestionamento, onde prequestionamento não houve.

É imperativo, todavia, observar-se que esta dispensa ou esse considerar fictício o prequestionamento pode resolver a situação da parte e deixar de embaraçar o curso do processo quando se trata, p. ex., de incluir no Acórdão impugnado o dispositivo que teria sido violado, MAS NUN-

¹³ “Não é o tribunal, a despeito da interposição dos EDcl prequestionadores, negar provimento aos embargos, dizendo não haver omissão, obscuridade ou contradição. Nesse caso, persistindo o vício, são cabíveis novos embargos de declaração e assim sucessivamente, até que o vício seja sanado pelo tribunal.

Contudo há limites de variada ordem para a interposição sucessiva de mais de em EDcl. Vendo que o tribunal está irredutível, não reconhecendo a existência do vício, compete à parte ou interessado interpor recurso especial por negativa de vigência de lei federal. Isto porque, ao deixar de suprir a omissão, negando provimento aos EDcl, o tribunal negou vigência ao CPC 535. Cumpre ao interessado, portanto, interpor REsp com fundamento na CF 105, III *a*, pedindo ao STJ que dê provimento ao REsp para casar o acórdão que se houve com omissão. Cassado o acórdão, os autos deverão retornar ao tribunal de origem, para que sejam julgados, pelo mérito, os EDcl, vale dizer, para que o tribunal, suprindo a omissão, decida a questão federal ou constitucional.

Decidindo o tribunal a questão federal e/ou constitucional, por meio dos embargos de declaração, aí sim caberão novos recursos excepcionais (recurso extraordinário e/ou recurso especial), quanto à matéria efetivamente decidida pelo tribunal, nos embargos de declaração.

Na realidade são dois trabalhos, com dispêndio de tempo, dinheiro e atividade jurisdicional, mas o sistema constitucional assim o determina: não pode o STF e o STJ, em sede de recurso excepcionais (recurso extraordinário e recurso especial), decidir matéria pela primeira vez, que não fora decidida anteriormente pelas instâncias ordinárias.

Afigura-se-nos correto, por consequência, o entendimento do STJ exposto no STJ 211, no sentido de que ‘Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo’. Esse entendimento é técnico, preciso e, principalmente, constitucional.” (NERY JR., Nelson – artigo antes referido, no prelo).

CA QUANDO SE TRATA DA NECESSIDADE QUE ÀS VEZES EXISTE DE FAZER CONSTAR DO ACÓRDÃO DO ÓRGÃO A QUO FATOS QUE DEVERIAM TER LEVADO, SEGUNDO O RECORRENTE, A UMA DECISÃO DIFERENTE DAQUELA QUE FOI PROLATADA. Em casos assim, não há dispensa ou ficção que resolva.

Todas estas nuances, é claro, devem influir no comportamento da parte, ao “prequestionar” a matéria cerne do recurso especial ou extraordinário.

No que diz respeito aos casos mais corriqueiros, parece operativo que, não havendo consenso, os órgãos fracionários dos Tribunais Superiores aceitem as concepções possíveis a respeito do “prequestionamento”, possibilitando-se sejam julgados no mérito recursos em que houve prequestionamento, mesmo segundo concepção diferente daquela que tem a Turma que deve julgá-lo.

Escrevemos recentemente artigo sobre uma outra dimensão que se deve dar ao princípio da fungibilidade, mais ampla do que aplicá-lo às hipóteses em que há dúvidas quanto ao cabimento de agravo ou de apelação¹⁴.

Tal princípio, em absoluta consonância com o processo civil moderno, parte da premissa no sentido de que a parte não pode ser prejudicada pela ausência de unanimidade (= “dúvida” objetiva) existente nos tribunais e/ou na doutrina, relativamente aos MEIOS DE IMPUGNAÇÃO AS DECISÕES ou AOS MEIOS DE SE PLEITEAR ALGO PERANTE O JUDICIÁRIO.

Em casos de zona cinzenta, zonas de penumbra, não pode ser a parte jungida a adivinhar qual o meio que o tribunal consideraria idôneo para pleitear algo ou para impugnar decisão.

O mesmo deve necessária e imperiosamente dizer-se quanto às “formas” de prequestionar-se. Não pode a parte sujeitar-se à sorte (ou ao azar) para ver seu recurso admitido¹⁵.

¹⁴ “Fungibilidade de meios: uma outra dimensão dos princípios da fungibilidade” *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, Série 4, coordenação Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, Ed. RT, 2001.

¹⁵ (...) Já aqui se vislumbra o *nexo entre direito e processo*. O próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável a fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua realização espontânea” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. Malheiros, 1995, pp. 10/11, grifos nossos).

Por identidade de razões, deve-se fazer incidir o princípio da fungibilidade em todos casos em que a doutrina e/ou a jurisprudência diverjam quanto ao meio adequado para se obter determinado fim. Estes meios são recursos (âmbito de incidência originário do princípio, como se sabe previsto expressamente no art. 810 do CPC revogado), são pedidos antecipatórios de tutela recursal ou de efeito suspensivo e outros... e, no que diz respeito ao tema aqui versado, este meio seria, na verdade, o entendimento a respeito de como se consideraria preenchido o “requisito” do prequestionamento para o cabimento do Recurso extraordinário e do Recurso especial, ou seja, que há de ocorrer para se considerar efetivamente decidida no acórdão a questão federal ou a questão constitucional.

Não há como recusar-se a aplicação do princípio da fungibilidade neste campo, sob pena de se transformar o processo em verdadeira loteria. 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.

Relevantíssimo salientar que não se trata nem de pregar e tampouco de legitimar soluções tomadas à margem do ordenamento jurídico. Trata-se, isto sim, de enxergar como possíveis, e como mais convenientes em determinados casos, soluções tomadas não com base na letra da lei, mas com base no sistema: lei, doutrina, jurisprudência, manejados criativamente.

Assim, nas zonas de penumbra, deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, dentre os quais se sobressai a operatividade do sistema, como apto a gerar os fins para os quais foi criado.

Não se pode, pois, jamais perder de vista que o processo foi concebido para ‘dar’ direitos a quem os tem: não para ‘inventar’ direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um ‘fosso’ entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente. Couture cita exemplo de sentenças que criam direito por razões processuais: uma obrigação já extinta pelo pagamento pode voltar a renascer, se o réu não apresenta em juízo comprovante de pagamento. Neste caso, a sentença será fiel à lei processual, que estabelece dever o juiz condenar, se o réu não prova o pagamento, nas não será fiel ao

direito material, em que se determina ser o pagamento uma forma de extinção das obrigações¹⁶.

A exigência, cada vez mais intensa, de que haja coincidência entre o direito material e o resultado do processo é perfeitamente afeiçoada à mentalidade que prevalece em nossa época.

A constatação no sentido de que raciocínios mais flexíveis podem levar-nos a melhores soluções, no plano do processo passa necessariamente pelo desprezo da regra no sentido de que ‘não há dois caminhos para levar-se a um mesmo lugar’.

Em conclusão, e nos perdoem se o que em seguida dissermos soar piegas, o de que se precisaria (em certas circunstâncias) para que o processo pudesse mais facilmente FLUIR, com isso se tornando MAIS CÉLERE e MAIS ABREVIADO (=mais curto) seria a boa vontade dos órgãos do poder Judiciário uns em relação aos outros. A idéia de COOPERAÇÃO (dos órgãos entre si e em relação às partes) é a gênese do princípio da FUNGIBILIDADE e da disposição de CEDER em face de exigências (questionáveis?) dos Tribunais Superiores. A resistência, ainda que justificada, para com esta COOPERAÇÃO só gera prejuízos, que atingem diretamente as partes e indiretamente o nosso país.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7.ed. Rio-São Paulo: Forense, 1998, vol. V.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Direito Processual*. 3.ed., Buenos Aires: De Palma.

GUSMÃO, Athos Carneiro. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁶ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Direito Processual*, 3.ed. Buenos Aires: De Palma, p.311.

- LEÃO, Antônio Carlos Amaral. O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. In: *Revista dos Tribunais*, v.650/237.
- NERY JR., Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Ainda sobre o prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR., Nelson.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, Série 4. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão dos princípios da fungibilidade*, Série 4. São Paulo: RT, 2001.
- MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.280.
- MIGUEL, José Garcia Medina. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros: 1999.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. “Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Saraiva, 1991.
- RIBEIRO, Eduardo de Oliveira, “Pquestionamento”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coords.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.
- RIZZI, Luiz Sérgio. Do recurso extraordinário. In: *Revista do Advogado*, p.27/44.