

DE VOLTA AO PREQUESTIONAMENTO

duas reflexões sobre o Recurso Extraordinário n. 298.695/SP *

Cassio Scarpinella Bueno

SUMÁRIO: 1) Prólogo; 2) O RE 298.695/SP; 3) O RE 298.295 e o prequestionamento; 4) 1ª Reflexão: alargando o conceito de prequestionamento; 5) 2ª Reflexão: hora de o STF revisar a Súmula 211, do STJ?; 6) Epílogo; Bibliografia.

1) Prólogo

Segunda-feira, dia 22 de dezembro de 2003. Aguardei ansioso na frente da TV, coisa rara pois não gosto de assistir a TV, o início de um filme que, já havia visto duas vezes no cinema. “O Grinch” (ou “Como o Grinch roubou o Natal”), clássico da literatura infanto juvenil americana, escrita pelo “Dr. Seuss” (a pronúncia, agora posso confirmar, diferentemente de quando escrevi o texto originalmente, é *súss*). Conta a história de um povoado que vive dentro de um floco de neve, os, na versão brasileira, “quem”. Os “quem”, que adoram o Natal, têm, no alto de uma das colinas que circundam sua bela e sempre enfeitada cidade, seu pior inimigo, o Grinch. O Grinch, diferentemente deles, não é “quem”, é “o quê”. E ele odeia o natal. Odeia e pronto e ponto. E estraga o natal dos “quem” até perceber que o natal não está nos enfeites, nos presentes, nas luzes que são postas às janelas. O natal, diz ele, a final, com uma lágrima no seu olho, talvez seja algo que “não se compre no supermercado. Talvez o Natal, quem sabe, seja algo com mais significado”. Lindo. Até chorei. Adorei rever o filme. E o assistiria de novo e de novo. E provavelmente choraria de novo. Gostei e falei tanto do filme quando vi no cinema que meu pai me presenteou, no natal daquele ano, com o livro, versão bilíngüe da Editora Companhia das Letrinhas, a cargo de Mônica Rodrigues da Costa, Lavínia Fávero e Gisela Moreau — muito bem feita, aliás —, cuja aquisição e leitura recomendo. Também tenho uma “bolinha de neve” com a figura do Grinch, vestido de Papai Noel, que minha irmã me trouxe da Disney, em Orlando. Ela, a bolinha de neve, estava bem ao lado da TV, naquela noite. Antes de dormir, a virei e vi toda a neve cair, vi nevar. Fui dormir e sonhar sonhos de natal.

E a preocupação em definir o Grinch como um “o quê” e não como um “quem” me trouxe à mente, na manhã seguinte — isso é sério, acredite, meu caro leitor, se é que, após o primeiro parágrafo, tenho-o aqui, ainda, comigo —, o bom e velho tema do

*. Publicado originalmente em NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, vol. 8. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, páginas 61-86.

prequestionamento. Pelo trocadilho, evidentemente: *prequemstionamento*, *preoquestionamento*. O fato, como bem escreveu o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro, naquele que, particularmente considero — e já escrevi isto antes — o melhor texto sobre o assunto, é que ninguém nem sabe como “prequestionamento” deve ser escrito, muito menos saber “o quê” ou “quem” ele é.¹ Pensei e ri.

O que ocorreu no dia seguinte, foi uma coincidência interessante. Recebi do meu caríssimo amigo José Miguel Garcia Medina, sem favor nenhum, um dos maiores especialistas sobre o assunto, o seguinte e-mail que transcrevo integralmente:

“Prezado Cassio,

Como sei que você também se preocupa com este assunto, divido com você alguns de meus recentes estudos.

Notei que em seus mais recentes textos você tem reclamado da incrível instabilidade da jurisprudência do STJ e do STF a respeito dos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Eu também o fiz, na 3.^a ed. de meu singelo *Prequestionamento*, em que analisei, dentre outros temas, a diversidade de tratamento que dão o STF e o STJ aos embargos de declaração “prequestionadores”.

E não é que o STJ está, em diversos julgados, deixando de aplicar a Súmula 211? Veja, p. ex., o RESP 525.718/SP, recentíssimo.

Conclusão: o STJ não respeita nem mesmo as Súmulas que ele próprio edita!

Feliz Natal, e ótimo Ano Novo, para você e para os seus!

Abraços do Medina”.

Li e respondi com votos recíprocos, prometendo meditar sobre o tema. Dei uma boa risada ao ler “feliz natal, e ótimo ano novo, para você e para os seus”. Não pela vírgula, evidentemente — ela está onde não deveria pelo que se convencionou chamar de “erro de digitação”, que caracteriza a correspondência por e-mail —, mas por desejar tudo de bom para os “meus”. Sei que é costume, mas sempre achei graça disso. Meus o quê? Meus livros, meus tênis, meus óculos, “meus” membros da “minha” família? Desde criança brincava com isso com um amigo, amigo querido, daqueles que só não é irmão porque nasceu de mãe diferente.

¹. Eduardo Ribeiro, “Prequestionamento”, pp. 245/246. A propósito da nota 1 do trabalho de Sua Excelência, que explica a grafia do termo técnico como empregada no título aqui reproduzido entre aspas (sem hífen e sem acento), tenho a dizer que me convenci, que a palavra “prequestionamento” deve ser grafada com o trema, considerando que a letra “u”, que segue o “quê”, além de ser átona, é, em geral, pronunciada. Eu, pelo menos, sempre a pronunciei. Para quem não pronuncia o tal do “u”, entretanto, o trema deve ser tirado. Para quem gosta de estudar português sem consultar as, em geral, aborrecidas gramáticas, vale a pena leitura de artigo do Prof. Pasquale Cipro Neto, “O trema redivivo”, publicado no caderno “Cidades” do Jornal “Folha de São Paulo”, do dia 22 de janeiro de 2004.

Só por isso. E quando voltei ao presente, deixando o meu amigo-irmão e nossas lembranças um pouco de lado, pensei duas coisas. A primeira: coisa antiga esta de mandar cartão de natal; todo mundo agora só manda e-mail. Está certo. Mais rápido, mais ágil, mais tudo. Tem até uns coloridos, com musicazinha de natal. “Mó fofo”, diria uma amiga minha, amiga-irmã também, com o mesmo esclarecimento de linhas atrás. A segunda: tenho que escrever alguma coisa nova sobre prequestionamento. As coisas estão acontecendo... Definitivamente, o Medina está certo. Meditar é preciso. Vamos meditar ou, como foi o Medina que, de certa forma, me “provocou” para essas reflexões, vamos “medinar”.

2) O RE 298.695/SP

E quando fui meditar lembrei que um mês antes, em 21 de novembro de 2003, ainda quando o natal estava a um mês por vir e quando o ano novo ainda não era novo porque muito do que agora é velho ainda precisava vir para passar, compareci a evento organizado pela Associação Paulista dos Advogados do Banco do Brasil, coordenado, como sempre de maneira brilhante, pelos ilustres advogados Joaquim Cerqueira César e Roberto Rosas, intitulado “Os aspectos controvertidos dos recursos excepcionais”. Até palestrei na oportunidade. Mas o que realmente me agradou naquele dia foi a palestra de encerramento, absolutamente instigante e magnificamente conduzida pelo Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Velloso, na oportunidade, chegou a se manifestar no sentido de que a Súmula 211, do STJ, é um “luxo”.² Luxo no sentido de sofisticação processual, um *excesso* de técnica que, em nada, ajuda ou acrescenta ao tão cantado “acesso à justiça”.³ Sempre e sempre, o inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal... Luxo porque, deixando de lado tudo o que pode justificá-la, sua aplicação prática significa a necessidade de serem interpostos

². Vale a pena a transcrição do enunciado desta Súmula: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”. Sua origem e muitos de seus desdobramentos e dificuldades, eu os pretendi enfrentar em trabalhos anteriores, “Súmulas 288, 282 e 356, do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores”, pp. 172/200, “Pquestionamento: reflexões sobre a Súmula 211 do STJ”, pp. 52/73 e, o mais recente deles, “Quem tem medo do prequestionamento?”, esp. pp. 25/29, para os quais tomo a liberdade de enviar o leitor interessado. Imprescindível, outrossim, a leitura do trabalho de José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, esp. pp. 200/332 e pp. 361/398. Longe de ser um trabalho “singelo” como seu autor me escreveu na mensagem a que me referi no item 1, *supra*, trata-se, sem favor algum, da melhor monografia sobre o assunto já escrita entre nós.

³. Evidentemente que a “técnica”, também no campo jurídico e, mais especificamente, que é o que me interessa mais de perto aqui, no processual civil, é importante, fundamental, e não pode ser, sem motivos mais nobres, deixada de lado. O que é descabido, e é nesta linha de argumentação que segue o texto, é o *excesso* de técnica, é o gosto *só* pela técnica como se ela fosse fim em si mesma, pouco importando os reais *fins* a que ela se volta e, muitas vezes, protege. Sobre o assunto, imprescindível a leitura do trabalho de José Carlos Barbosa Moreira, “Efetividade do processo e técnica processual”, pp. 17/29. Nas pp. 26/27, o autor refere-se especificamente à jurisprudência “tradicional” do STF, adotada pelo STJ, de não se distinguir nos recursos fundamentados na “letra a” o juízo de admissibilidade do juízo de mérito.

dois recursos especiais em vez de um só. Um recurso que “prepara” o outro, deixando claro e muito bem claro o que foi decidido. Nada mais do que isto.

O próprio Ministro Velloso mencionou, na sua palestra, alguns recursos, que, de alguma forma buscavam contrastar o acerto da Súmula 211 perante o Supremo Tribunal Federal, mas que não foram conhecidos à falta de “prequestionamento”. Fiz menção a alguns desses julgados em trabalho anterior meu intitulado “Quem tem medo de prequestionamento?”, tentando chamar a atenção para o fato de que o não conhecimento daqueles recursos, por falta de “prequestionamento”, tinha sido, sempre com as vênias que os textos escritos em juridiquês impõem, mais uma prova de “sofisticação processual” ou “excesso de técnica”. Por quê? Porque não se conheceu dos recursos justamente porque não se discutiu, na sua interposição, a interpretação que o STJ teria dado à expressão “causa decidida” no art. 105, III, da CF, e sim a amplitude da cláusula do acesso à justiça, contida no art. 5º, XXXV, da mesma Carta ou, quando menos, o devido processo legal (art. 5º, LIV) ou coisa do tipo.⁴ Justamente, vale o destaque, o princípio do acesso à justiça tão cantado por todos, isso eu acabei de mencionar, juntando-me ao coro do Ministro Velloso na palestra a que me referi. Voltarei a este assunto no item 5, *infra*.

Reputo importante, para compreensão do que acabei de escrever, a transcrição de um breve trecho desse meu trabalho anterior, que o conclui:

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

Impõe-se, assim, mais do que nunca, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e, pois, do alcance dos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal *diga* o que é ou o que deve ser entendido por prequestionamento: se a iniciativa das partes; se o conteúdo da decisão recorrida ou se uma junção destas duas vertentes. Se é pertinente para sua identificação o número do dispositivo constitucional ou legal que se pretende impugnar, em que condições que a decisão deve dizer que está rejeitando as arguições das partes e, enfim, definir quais os

⁴. V meu “Quem tem medo do prequestionamento?”, pp. 29/40

parâmetros que devem ser empregados para a verificação de sua ocorrência, aí incluída a necessidade, ou não, e o papel dos embargos declaratórios. Tudo para que os jurisdicionados possam saber, de antemão, se e como podem pretender alcançar as Cortes Superiores para *uniformização* do direito federal, constitucional e infraconstitucional, nos precisos termos do art. 102, III e 105, III, da Constituição Federal. Em suma: para que se possa saber qual o *caminho* a ser seguido por quem anseia pela prestação jurisdicional daqueles Tribunais.

Enquanto estas questões não forem decididas com ânimo de definitividade parece curial, com o devido respeito dos que pensam diferentemente, que não só o alcance dos referidos arts. 102, III e 105, III, estará em cheque mas, também — senão principalmente —, o art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. O *acesso* à Justiça e o devido processo legal estão comprometidos por uma questão que, em última análise, é *formal*: se, é verdade, há, hoje, consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da *indispensabilidade* do prequestionamento — até porque sua previsão constitucional parece irretorquível —, ainda se debate acerca da sua *forma* ou do seu *modo* de surgimento. *Omissão* quanto a este ponto é insustentável em um Estado Democrático de Direito, em que nem a lei pode excluir lesão ou ameaça a direito do Poder Judiciário.”.⁵

O que é novo nesse tema,⁶ ainda seguindo as preciosas lições que aprendi naquela tarde chuvosa, tão típica do verão paulistano (ou, mais rigorosamente e de olho atento às estações do ano — como se elas, realmente, na natureza, sua própria essência, tivessem data e hora para começar e acabar... —, do final de primavera), do Ministro Veloso, é que o Supremo Tribunal Federal, na relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu quando do julgamento dos RE’s 298.694 e 298.695. Como, até o fechamento dessas linhas, só o último desses dois acórdãos é que tinha seu texto disponibilizado por inteiro, é sobre ele que se

⁵. “Quem tem medo do prequestionamento?”, pp. 52/53.

⁶. O que decididamente não é novo, embora, aqui e acolá, queira-se que assim o seja, é a Súmula 211, que data de 1998 e seus desdobramentos. De qualquer sorte, a doutrina mais recentemente tem se debruçado sobre o assunto. Sem querer ser exaustivo, destaco os seguintes trabalhos: Teresa Arruda Alvim Wambier, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*, 212/233; Athos Gusmão Carneiro, *Recurso especial, agravos e agravo interno*, pp. 31/46; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, pp. 190/200; Mantovanni Colares Cavalcante, *Recursos especial e extraordinário*, pp. 105/120; Bruno Mattos e Silva, *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário*, pp. 169/170; Miguel Garcia Medina, “Pquestionamento - nulidade de acórdão proferido pelo Tribunal local em virtude de omissão quanto à matéria de ordem pública (incompetência absoluta) - cabimento de embargos de declaração - inteligência dos Enunciados 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ”, pp. 199/209; Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, “Embargos de declaração”, pp. 89/108; Gilberto Gomes Bruschi, “Embargos de declaração prequestionadores”, pp. 73/79; Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, “O prequestionamento necessário ao cabimento do recurso especial ou extraordinário e os embargos de declaração”, pp. 54/73; Luiz Orione Neto, “Embargos de declaração”, pp. 339/390 e Roberto Luis Luichi Demo, “Embargos de declaração. Aspectos processuais e procedimentais”, pp. 443/496.

voltam as minhas presentes reflexões, ficando justificada, também, a escolha do título que as encabeça.

O que prevaleceu no julgamento do RE 298.695, no que diz respeito ao objeto desse trabalho, foi a necessidade de o STF alterar a sua “técnica de julgamento”, motivado, sobretudo, pela tradicional característica da nossa mais alta Corte de Justiça que, ao contrário de outros Tribunais constitucionais do mundo afora, ao conhecer do recurso *judga* a causa, é dizer, seguindo as mais corretas lições da doutrina, superar, com nitidez, o que faz parte do “juízo de admissibilidade recursal” (conhecer ou não conhecer de um recurso quando presentes seus respectivos pressupostos de admissibilidade) e o que já não faz mais parte dele mas é o que realmente interessa, superada todas as carcaças processuais, o “mérito do recurso”.⁷ Isto, fundamentalmente, para, dentre outros motivos, dar supedâneo à possibilidade de *alteração* de fundamento da decisão recorrida, mesmo que seja para mantê-la. O que se decidiu foi que o STF pode, para conhecer ou não do recurso, verificar amplamente qual o melhor fundamento constitucional que se ajusta à decisão recorrida, independentemente da *específica* ofensa retratada nas razões do recurso extraordinário ou, mais corretamente, no acórdão ou decisão recorrida.

Vale a pena ler a ementa do acórdão:

“I. Recurso extraordinário: letra “a”: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra “a”: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, “a”, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, “a” — para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados — e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido,

⁷. É o que se lê, pertinente o destaque, do pedido de adiamento formulado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “Confesso – também estou com S. Exa – que a finalidade institucional do recurso não é, primariamente, a de fazer justiça no caso concreto. Mas, ao contrário do que ocorre, por exemplo na cassação italiana, no RE se julga a causa. Todo o problema está em saber a extensão do julgamento. Essa máxima de que, o RE pela letra “a”, conhecido há de ser provido, eu sempre a recebi *cum grano salis* até pela fonte histórica da jurisprudência do Tribunal, que foi uma dessas tantas jurisprudências em legítima defesa: em priscas eras, conhecido o recurso extraordinário, cabia embargos infringentes. Daí, essa fórmula de que, se não houvesse violação — o que, a rigor, é o mérito do recurso extraordinário pela letra “a” —, e dele não se conhecia”.

na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova.”⁸

Não há como omitir que há, aqui e acolá, alguns raros exemplos mais recentes do que, à falta de melhor nome, podem ser chamados de “iniciativas” do Superior Tribunal de Justiça, em distinguir com nitidez estes dois juízos de análise dos recursos, o de “admissibilidade” e o “recursal”. É essa a notícia que dá à comunidade acadêmica o mais profundo conhecedor do assunto, José Carlos Barbosa Moreira, em texto dedicado especificamente ao assunto.⁹ Nisso, pois, não residiria uma novidade exclusiva do RE 298.695. Quiçá, tratar-se-ia de um caso de apuro técnico; nada mais.

O que atrai a atenção do estudioso a esse acórdão, entretanto, são outras razões. Uma delas é que ele parte do Supremo Tribunal Federal — e é ele, queira-se ou não, o guardião da Constituição Federal — que, até então, mantinha-se firme na sua técnica de julgamento. Outra, importantíssima, é que o voto do Ministro Sepúlveda Pertence é grandemente consciente dos *finis e das conseqüências* a que a adoção da correta distinção entre “juízo de admissibilidade” e “juízo de mérito” conduz ou, quando menos, pode conduzir. Não se trata, pois, de *mero* apuro técnico, não se trata *só* de valer-se da técnica correta pelo gosto da própria técnica. Trata-se, coisa bem diferente, de se aplicar adequadamente a técnica para atingir resultados até então inéditos.

A questão envolvida no julgamento do RE 298.695 diz respeito à existência, ou não, de direito adquirido — é esta a nomenclatura utilizada no acórdão recorrido — a determinado reajuste de vencimentos de servidores públicos do município de São Paulo em fevereiro de 1995, diante do advento de determinada lei, que, promulgada em meados do mês, retroagia seus efeitos a seu início. A sentença de primeiro grau julgou a ação de cobrança dos servidores procedente, reconhecendo o tal “direito adquirido”, o que foi confirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, forte no mesmo argumento. O Recurso Extraordinário interposto pelo Município de São Paulo com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, argüiu contrariedade ao art. 5º, XXXVI, da CF, porque, consoante a argumentação lá desenvolvida, a Constituição não protegeria direito adquirido nas circunstâncias do caso concreto. O direito dos servidores, disse-se nas razões recursais, ainda não havia sido “adquirido”. O mérito da questão trata, em última análise, da clássica questão em se distinguir o “direito adquirido” da mera “expectativa de direito”.

⁸. STF, Pleno, RE 298.695, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.m.v. 6.8.03, DJ 24.10.03, p. 12.

⁹. José Carlos Barbosa Moreira, “Julgamento de recurso especial *ex art. 105, III, a*, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa”, pp. 95/105.

O voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence, datado de 10 de maio de 2001, confirma o acórdão da Justiça Paulista “transferindo” — é esse o verbo adotado — a base constitucional do acórdão recorrido do art. 5º, XXXVI, da CF (direito adquirido) para o art. 37, XV, da mesma Carta (irredutibilidade de vencimentos). Isto porque, lê-se no acórdão, o reconhecimento da “irredutibilidade de vencimentos”, posto ser “modalidade qualificada do direito adquirido” — a expressão também é do acórdão —, é forma mais eficaz ou ampla de proteção aos direitos então reclamados e, ademais, a distinção entre as duas garantias constitucionais — a da irredutibilidade de vencimentos aos servidores em geral, novidade trazida com a Ordem Constitucional de 1988 — fazia-se necessária para superar precedentes do Supremo Tribunal Federal, que, vencida hesitação inicial, mercê de provimento a agravo regimental, dariam ao caso fim radicalmente diverso, julgando-se a ação *improcedente*.

Assim, embora o acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fizesse menção ao “direito adquirido”, o Ministro Sepúlveda Pertence, seguido pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, acabou por entender ser lícita a confirmação daquela decisão *alterando seu fundamento*, isto é, salientando que ela estava em consonância com a garantia que a Constituição Federal dá aos vencimentos dos servidores públicos em seu art. 37, XV. É textual, no acórdão, a menção a que a “irredutibilidade de vencimentos” nada mais é do que uma “modalidade qualificada” ou “específica” da garantia constitucional do direito adquirido, donde pouco importar ser um ou outro o *específico* fundamento do acórdão e do recurso extraordinário dele interposto.

Houve divergência quanto ao ponto que interessa ao presente trabalho, vale acentuar, sobre a possibilidade de se “transferir” para outro dispositivo constitucional, o fundamento do acórdão recorrido. O Ministro Moreira Alves, em voto-vista datado de 7 de abril de 2003, defendeu ser impossível a tal “transferência”, dada a natureza *vinculada* da fundamentação do recurso extraordinário.¹⁰ Há de se julgar o que foi efetivamente *decidido* (*in casu*, existência, ou não, de direito adquirido) e não o que, por qualquer motivo ou circunstância, poderia ter sido (a irredutibilidade de vencimentos).

Oportuna a leitura de um trecho do voto de Sua Excelência:

“2. Pedi vista para examinar a possibilidade, em recurso extraordinário, dessa transferência de fundamento para dar como correto o dispositivo do acórdão recorrido que não assentou nele, até porque não foi ele objeto de discussão na causa, tendo o

¹⁰ Sobre a distinção entre recursos de fundamentação *livre* e *vinculada*, como o extraordinário e especial, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao código de processo civil*, vol. V, pp. 253/254; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*, pp. 166/169; Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos Recursos Cíveis*, pp. 20/23; Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Vol. I, pp. 345/346.

recurso extraordinário atacado o fundamento do acórdão recorrido que foi exclusivamente o da existência, no caso, de direito adquirido ao reajuste.

Sobre essa questão preliminar, não me parece possível, em recurso extraordinário que foi interposto pela letra “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição, se deixe de examinar o fundamento dele (inexistência, no caso, de direito adquirido, e, portanto, má aplicação do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna), que ataca o fundamento exclusivo do acórdão recorrido (reconhecimento da existência de direito adquirido) que lhe serviu de base para chegar ao seu dispositivo que dá pela procedência da ação dos servidores.

Com efeito, o recurso extraordinário se destina a julgar a tese jurídica do acórdão recorrido. Por isso, se o acórdão recorrido não atacá-la, mas versar outra tese jurídica, não pode ele ser conhecido e provido (pela letra “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição, o conhecimento do recurso implica necessariamente o seu provimento) por falta de prequestionamento dessa questão; se o acórdão recorrido, porém, se basear numa tese jurídica (assim, por exemplo, na existência de direito adquirido) e o recurso extraordinário com base nessa mesma letra “a” atacá-la indicando o dispositivo constitucional do direito adquirido como tendo sido mal aplicado, terá ele de ser julgado com base nessa questão (existir, ou não, direito adquirido) e não com base em outra questão (como a irredutibilidade de vencimentos) que não foi versada nem no acórdão nem no recurso extraordinário. O princípio “*iura novit curia*” não se aplica a recurso extraordinário pela natureza extraordinária dele.

Observo, ademais, que, no caso, não há sequer que se pretender que a irredutibilidade de vencimentos é modalidade qualificada de direito adquirido, pois são garantias constitucionais diversas, e para uma ser modalidade qualificada de outra é preciso que a modalidade qualificada nada mais seja do que a modalidade simples agravada, o que evidentemente não ocorre quando as modalidades são diferentes”.

Da leitura do trecho transcrito, imediata a percepção de que a tese defendida pelo Ministro Moreira Alves baseia-se, simplificando as coisas, no conhecido entendimento de que, ao recurso extraordinário, não se aplica o princípio do *iura novit curia* — chamada, nas discussões registradas no acórdão, de “causa de pedir recursal aberta” ou, pela doutrina em geral, de “recurso de fundamentação vinculada”, consoante nota 10 —, sendo fundamental, para o desate do Extraordinário, saber-se, especificamente, qual o fundamento do acórdão recorrido porque é ele — e nenhum outro — que tem aptidão de violar a Constituição Federal. E é por isto que o Ministro Moreira Alves salienta, no final de seu voto-vista que, uma vez reconhecido o direito adquirido (único fundamento do acórdão recorrido extraordinariamente), o Recurso deveria ser conhecido e provido; caso contrário, o recurso, necessariamente, não deveria sequer superar o juízo de admissibilidade, deixando de ser

conhecido, à falta de qualquer violação a dispositivo constitucional (art. 102, III, “a”, da Constituição Federal). Como se vê, destarte, a “tradicional” orientação (ou técnica) de julgamento das nossas Cortes Superiores que *mescla* a admissibilidade do recurso com o seu mérito.

3) O RE 298.295 e o prequestionamento

E o que isto tem a ver com o prequestionamento?

A resposta está em trecho da discussão que, em seguida ao voto-vista do Ministro Moreira Alves, travou-se entre Sua Excelência e o relator, o Ministro Sepúlveda Pertence. Disse o então Decano do Supremo Tribunal Federal:

“Em se tratando de recurso extraordinário pela letra “a”, em que se exige o prequestionamento da norma constitucional tida como contrariada, não pode esta Corte conhecer, ou não conhecer, do recurso com base na violação ou não de outra norma constitucional que não tenha sido alegada no acórdão recorrido e nas razões do recurso extraordinário, sob pena de, contra a Constituição, se estar admitindo, no recurso extraordinário, *causa petendi* aberta, para a aplicação do princípio *jura novit cúria*”.

É dizer: pela própria natureza do recurso extraordinário, mister que se julgue, contrastando com a Constituição, aquilo que, efetivamente foi decidido e impugnado. A *contrariedade* à Constituição de que trata o art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, pressupõe *decisão* sobre algum tema de direito constitucional, “causa decidida”.

Vale a pena destacar, a propósito, que na confirmação da “preliminar” de seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence traz à colação outro Recurso Extraordinário, de nº 258.980, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, no qual à *mesmíssima tese jurídica*, conheceu-se e se deu provimento ao Extraordinário para reconhecer o direito dos servidores públicos, entendimento que recebeu integral adesão, inclusive do Ministro Moreira Alves. A razão da distinção entre os dois Recursos, salienta o Ministro Pertence, está em que, no de nº 258.980, havia expreso fundamento da irredutibilidade de vencimentos, o que não se deu no RE 298.695. Junto as pontas: no RE 258.980, *decidiu-se* acerca da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV), enquanto que no RE 298.695 decidiu-se a respeito de coisa diferente, o direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). E como “decisão” e “prequestionamento” parecem, grosso modo, serem as duas faces da mesma moeda,¹¹ é nesse ponto da história que o RE 298.695 e o prequestionamento se encontram.

O Ministro Velloso, sempre na mesma palestra a que já fiz referência, aplaudiu o julgamento do RE 298.695, dizendo que o STF encaminha-se para o julgamento de recursos

¹¹. A este respeito, tomo a liberdade de enviar ao meu “Quem tem medo do prequestionamento?”, pp. 34/36.

extraordinários “objetivos” — a tal da “causa de pedir recursal aberta” — assim entendidos aqueles em que é dado àquele Tribunal realizar um controle efetivo da constitucionalidade das decisões independentemente das pequenas — e, muitas vezes, desinteressantes — questões que, na verdade, não mudam o *fato* julgado e suas conseqüências jurídicas, mesmo que ele se repita multitudinariamente.

Ah, dirá alguém, não há nada de diferente neste julgado. Trata-se da conhecida figura do “prequestionamento implícito”.¹² Sim, se havia direito adquirido é porque os vencimentos não podiam ser reduzidos; a garantia da irredutibilidade de vencimentos, definitivamente, não é outra coisa do que uma mais específica forma de o direito adquirido manifestar-se em termos de vencimentos. Haverá vozes, até, que nem chegarão a este grau de minúcia, que defenderão que, na verdade, bastava aludir-se a algo ainda mais amplo, como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica. Mais ainda, posso até ouvir, bastava falar que o Brasil é uma República e o resultado deveria ser o mesmo porque o Estado não pode, por qualquer fundamento ou razão tirar de seu servidor aquilo que a ele, servidor, e só a ele, pertence. Sim, precisamente isto, o Brasil é uma República, um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*) e, por isto, é pouco importante tentar definir ou *categorizar* as diversas conseqüências jurídicas, todas elas de *proteção* ao particular que decorrem desse enunciado que abre a nossa Constituição.

O que, em última análise, releva, é o *fato* a ser julgado e não, propriamente, os “detalhes” da *argumentação* utilizada para dar uma determinada sorte no plano jurídico: há servidores que estão para receber reajustes em seus vencimentos e, no meio do mês, vem uma lei dizendo que, desde o início daquele mês, não há mais “direito” a reajuste nenhum, indiferente a ocorrência de inflação que, como costumou denominar, andava a galope largo.

Há prequestionamento “implícito”, vale a pena unir as pontas de novo, porque o que se decidiu não é, exatamente, aquilo que deveria ter sido decidido mas que, em última análise, “dá no mesmo”. Trata-se mais de um raciocínio diverso ou de um argumento diferente para dar supedâneo à mesma *tese* e não, propriamente, de um *fundamento* autônomo que bastaria, por si só, para manter ou invalidar a decisão recorrida.¹³ Fundamento autônomo no sentido de *questão* a ser resolvida e não de mera retórica usada pelo magistrado ou pelas partes para convencer alguém do acerto ou do desacerto de uma dada tese jurídica.

Isto é fundamental para se colocar em destaque: o tão invocado “prequestionamento implícito” nada mais é do que uma forma *menos clara* de se ver aquilo que foi decidido e qual a “tese jurídica” a ele correspondente. Não se trata de decidir aquilo que não foi decidido mas

¹². Sobre o que, comumente, chama-se de prequestionamento explícito, implícito, ficto e numérico, v. meu “Quem tem medo do prequestionamento?”, pp. 50/52.

¹³. Conhecidas, a propósito, as Súmulas 283, do STF, e 126, do STJ, que pregam não caberem, respectivamente, o Extraordinário e o Especial quando não impugnados, a tempo e modo devidos, todos os fundamentos sobre os quais se baseia a decisão recorrida.

sim de se referir àquilo que, de uma maneira menos clara, quiçá menos correta, foi efetivamente tratado. Note-se que, no acórdão em destaque, nunca se questionou acerca do *fato* julgado. Ninguém duvidou, outrossim, de que a lei não poderia, naquele mês de fevereiro de 1995, impedir que os servidores tivessem direito a reajustes em seus vencimentos. O motivo da discussão entre os Ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves limitou-se a como *justificar* o porquê da proteção dos servidores. O que, na Constituição Federal, impediria que os reajustes fossem pagos? O *fato* é o mesmo; o que muda é a sua significação jurídica.

Por isto que, no RE 298.695, o Ministro Sepúlveda Pertence não se limitou ao “argumento” de que se tratava de direito adquirido ao mesmo tempo em que admitiu a possibilidade de analisar a *mesma questão* da ótica da irredutibilidade de vencimentos prevista no art. 37, XV, da Constituição. Um “direito adquirido *qualificado*”, disse Sua Excelência, uma proteção muito próxima e, até mesmo, mais eficaz para a *mesma* situação jurídica (o mesmo fato!) que já havia sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A relevância e a necessidade do “abandono” da técnica (leia-se: técnica de julgamento tradicional do recurso extraordinário pelo STF) por uma boa causa também já foram ouvidas no campo penal. Ainda na mesma palestra, o Ministro Carlos Velloso fez menção ao Agravo de Instrumento 409.055/RJ, também relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em que Sua Excelência decidiu pela desnecessidade do prequestionamento quando o caso impuser a concessão do *habeas corpus* de ofício.¹⁴ Por quê? Porque basta verificar, objetivamente, se estão, ou não presentes, os requisitos que a lei dá ao acusado penal e se ele pode, ou não, deles usufruir. Embora isto não conste nem da ementa e nem do acórdão, não há como deixar de pensar que, dado o valor em jogo no campo penal — o da liberdade pessoal, o mais caro para nós, no Estado de Direito Brasileiro, ressalvada a excepcionalíssima previsão do art. 5º, XLVII, “a”, da CF —, deixou-se a técnica para lá. O que se decidiu? Que o oficial de justiça, quando da intimação da sentença condenatória, acha que, pelo seu comportamento, a condenada não merece a substituição da pena privativa de liberdade por multa, não obstante os requisitos legais estarem presentes. Ah, está errado, não cabe ao oficial ou ao magistrado, a seu livre arbítrio, emitirem qualquer juízo quanto a essa substituição. Que se reforme o que se

¹⁴. Eis a ementa do julgado: “I. Recurso extraordinário, prequestionamento e *habeas-corpus* de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a discussão em torno de requisitos específicos, qual o do prequestionamento, sempre que — evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção — seja possível a concessão de *habeas-corpus* de ofício. II. Individualização da pena: substituição por multa da privação da liberdade: fundamentação necessária de sua denegação, injustificada, se aplicada a pena mínima: precedente (HC 81.875, 1ª T., 25.6.2002, Pertence, Inf. STF 277). Condenado o agravante ao mínimo da pena cominada ao delito cometido, nem a revelia — a que se apegou a sentença — mas que constitui faculdade do acusado —, nem o episódio menor e posterior à condenação —, a que alude o acórdão recorrido —, podem elidir o direito à substituição da pena que, concorrentes os seus pressupostos, não se submete ao arbítrio do juiz. Embora inadmissível o RE da defesa por falta de prequestionamento do tema constitucional aventado, concede-se *habeas corpus* de ofício para determinar a aplicação exclusiva da pena de multa, devolvendo ao juízo de primeiro grau a sua fixação.” (STF, 1ª Turma, AI 409.055/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 3.9.02, DJ 27.9.02, p. 5).

decidiu. E nada mais. Tudo bem, é certo, o recurso não teria sido conhecido à falta de prequestionamento da questão constitucional (o recorrente não indicou, lê-se no relatório, qual teria sido o inciso do art. 5º da Constituição Federal que assegura o devido processo legal). Mas concedeu-se o *habeas corpus* de ofício determinando-se a substituição das penas, dado o *patente* erro na aplicação da lei que se viu quando do compulsar dos autos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal. É isto o que interessa. É este o *efeito*, o *fim*, é esta a justiça, de menor importância a técnica (os meios) para se chegar a ela. A técnica, aqui, não significa justiça mas sua negação.

Não pretendo entrar nos diversos desdobramentos e reflexões que enseja a análise deste interessantíssimo acórdão, o RE nº 298.695 — todos, aliás, muito bem destacados por seu relator, o Ministro Sepúlveda Pertence. O que me motiva a estas linhas é identificar, apenas e tão somente, os desdobramentos que, de alguma forma, referem-se ao “prequestionamento” e, ainda mais especificamente, quanto à necessidade de se definir, vez por todas, o que, afinal de contas é isto e como é que os recorrentes de todo o país podem e, em que medida, “prequestionar” as coisas para, pelo menos em tese, terem alguma esperança de verem seus recursos conhecidos e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

4) 1ª Reflexão: alargando o conceito de prequestionamento

Que ninguém duvide, de início, que o “prequestionamento” relaciona-se intrinsecamente com o que se decidiu à guisa de “preliminar” no RE 298.695. Espero ter afastado esse sentimento pela transcrição do trecho dos esclarecimentos prestados por ocasião do julgamento pelo Ministro Moreira Alves no item anterior. Assumindo, não obstante, que não tenha sido bem sucedido — às vezes, as idéias nos parecem tão claras, mas só a nós e não aos outros e isto, em qualquer texto, o técnico não é exceção, é um defeito, não uma virtude —, volto à demonstração.

Como quis demonstrar em trabalhos anteriores, tudo indica que a idéia de prequestionamento relaciona-se, intimamente, àquilo que foi decidido, de forma mais ou menos clara, no acórdão recorrido e que, dados alguns defeitos ou erros perante a lei ou a Constituição Federal, esses mesmos defeitos ou erros dão ensejo ao contraste da decisão que os contém perante o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Sempre prevaleceu a orientação de que só se analisa, nesses Tribunais, aquilo que foi, efetivamente, *decidido*. Não o que o poderia ter sido por mais “evidente” que isto pode aparentar.

É certo, o Supremo Tribunal Federal, na sua Súmula 356,¹⁵ pareceu abrandar um pouco a rigidez da minha última afirmação, dando a entender que basta ao interessado “querer que se tenha decidido algo” pela oposição de embargos de declaração para que “este algo” tenha-se por decidido mas a idéia, perceba-se isto porque é importante, é a mesma. Por “ficção”, ou não, o que se julga no extraordinário é o que se decidiu “efetiva e concretamente” ou, quando menos, pela ficção da rejeição dos declaratórios”.¹⁶ Veja-se que é exatamente essa a idéia que está contida no breve trecho do Ministro Moreira Alves que quis destacar precedentemente. Já que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não havia se referido ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, constante do art. 37, XV, da Constituição Federal, mas, apenas e tão somente, à proteção do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF), nada se *decidiu*, a qualquer título, sobre irredutibilidade, donde a impossibilidade de o acórdão ser contrastado por *este* fundamento que, dele, acórdão bandeirante recorrido, não consta.

Esclarecida — espero — a presença de “prequestionamento” no RE 298.695, é hora de dar início ao primeiro desdobramento ou, como preferi empregar no sub-título do trabalho, às minhas reflexões.

Nele, no RE 298.695, em última análise, prega-se a possibilidade — ao que tudo indica, inédita — de que seja admitida uma verdadeira “causa de pedir recursal aberta” no julgamento dos recursos extraordinários, é dizer: insuficiente confrontar o que foi concretamente decidido com o que foi impugnado à luz da Constituição Federal. É também dado ao julgador, verificando, por exemplo, que, em última análise, diversos casos, do ponto de vista fático, são os mesmos ou, mais, que o caso é um daqueles que todo mundo sabe do que se trata, que “aplique o direito à espécie”, pouco importando os detalhes de argumentação de parte a parte; se o específico fundamento do acórdão recorrido é este ou aquele; se as razões recursais trataram do fundamento tal ou qual.

Tudo isso deve ceder espaço à escorreita aplicação da Constituição Federal que quer viger independentemente de tantos detalhes e de tanta técnica que acaba sendo fim em si

¹⁵. É o seguinte o enunciado da Súmula 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do questionamento”.

¹⁶. Note-se que é exatamente neste ponto — a relevância, ou não, do resultado do julgamento dos embargos de declaração opostos para os fins da Súmula 356, do STF, que nasceu a divergência do Superior Tribunal de Justiça estampada na sua Súmula 211. Para este enunciado, é fundamental que, em qualquer caso, recorra-se especialmente do que foi efetiva e concretamente decidido e não daquilo que se quis o fosse mas, não obstante os esforços e desespero do interessado, não se decidiu. A respeito do antagonismo entre estes dois enunciados, tomo a liberdade de indicar meu “Quem tem medo do questionamento?”, esp. pp. 25/29; meu “Súmulas 288, 282 e 356, do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores”, pp. 172/190 e meu “Questionamento: reflexões sobre a Súmula 211 do STJ”, esp. pp. 66/68 onde trato, especificamente do tema, respondendo, no segundo desses trabalhos, a crítica que, honrosamente, foi-me dirigida pelo Ministro Eduardo Ribeiro do Superior Tribunal de Justiça em texto doutrinário de sua lavra (v. nota 32 a p. 67). Medina (*O questionamento nos recursos extraordinário e especial*, esp. pp. 391/398) também trata do ponto.

mesma. A noção mais rígida do “prequestionamento”, assim entendido “aquilo que se decidiu e, porque errado, quer-se reformar, sob pena de se perpetrar contrariedade à lei ou à Constituição Federal”, deve dar lugar à nova decisão do Tribunal competente para proferi-la que *corrigirá* a decisão errada. Sobretudo, vale a pena o destaque, naqueles casos em que, para ir direto ao ponto, já se sabe muito bem o que há para ser julgado e o que já se decidiu.

É hora de lembrar do e-mail do Medina que transcrevi de início. Justamente no acórdão a que ele se referiu na mensagem e que transcrevi acima, a Súmula 211, do Superior Tribunal de Justiça, deixou de ser aplicada. Não se trata, entretanto, de uma “não-aplicação” pura e simples daquele Enunciado como se, no seu lugar, a Súmula 356, do Supremo Tribunal Federal, devesse ser aplicada, prestigiando o entendimento de que tanto faz o resultado dos embargos declaratórios porque, em última análise, importa a iniciativa do interessado em tratar de determinadas questões de direito estrito, sendo a ele impossível definir em que medida que estas mesmas questões constarão, ou não, do acórdão, é dizer, em que medida o acórdão as vai enfrentar e decidir. Trata-se, muito diferentemente, de uma manifestação, curta, mas precisa *contra* a Súmula 211, do Superior Tribunal de Justiça e seu alto grau de tecnicismo. Tecnicismo impecável, particularmente já tive ocasião de sustentar,¹⁷ mas tecnicismo que, em termos práticos, impõe ao recorrente a necessidade de interposição de dois recursos sucessivos o que, em termos temporais, pode levar uns bons pares de anos para ser resolvido ou, quando não, o não conhecimento do primeiro recurso porque, não obstante todos os esforços do interessado (os embargos de declaração) o Tribunal não decidiu o que deveria decidir mas decidiu alguma coisa diversa e, por isto, no erro da rejeição dos declaratórios, incidiu em *error in procedendo* (violação ao art. 535 do Código de Processo Civil) a ser declarado por recurso próprio, que deixa de lado, posto que momentaneamente, a real discussão que interessa à Justiça e às partes que bateram às suas portas. Tecnicismo, pois, que transborda a necessidade e a consciência da técnica.

Ilustrativa e suficiente, a este respeito, a ementa do acórdão mencionado. Vale a pena transcrevê-la:

“Processo civil e administrativo – Recurso especial – Prequestionamento: direito objetivo – Segurança jurídica. No caso *sub judice*, apesar de ter sido provocada via embargos a Corte *a quo* não aceitou o tema trazido à análise dos declaratórios. Desta forma, para que este recurso fosse conhecido, o mesmo deveria ter sido interposto alegando ofensa, também, ao art. 535 do Código de Processo Civil, afastaria na espécie o enunciado contido da Súmula 211 desta Corte. Contudo, não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, como no caso concreto juridicamente reconhecido, porém limitado. *Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica. Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da*

¹⁷. Ainda aqui o meu “Quem tem medo do prequestionamento?”, pp. 40/41.

excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. Por tais razões, conheço do recurso pela alínea “a”, do permissivo constitucional, na via da excepcionalidade.”¹⁸

Fácil verificar que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, deu provas de que a Súmula 211 daquele Tribunal tem, em determinados casos, muito mais a atrapalhar e empecer a fluência do processo, mero *instrumento* do direito material, do que aplicar o direito à espécie, vez por todas e com ânimo de definitividade. Esta, afinal, é a função constitucionalmente traçada para os nossos Tribunais Superiores.¹⁹

Assim, nada mais haverá de errado em verificar o acerto de um acórdão com “fundamentações próximas” ou, quando menos, coincidentes, vale dizer, independentemente do que, em concreto e especificamente, este mesmo acórdão tiver resolvido e decidido, de forma mais clara, independentemente do que tenha sido “prequestionado”, explícita, implícita ou fictamente. Sobretudo naquelas situações em que todos sabem, de um rápido compulsar dos autos, de uma breve leitura do acórdão recorrido ou das razões recursais, qual é o “caso” ou a “tese” ou a “situação fática” que está sendo julgada.

¹⁸. STJ, 5ª Turma, REsp 525.718, rel. Min. Jorge Scartezzini, j.un., 5.8.03, DJ 13.10.03, p. 436, sem os destaques.

¹⁹. No acórdão do REsp 525.718 há menção a outro cuja ementa, em parte, merece transcrição porque bem ilustrativa daquilo que escrevi no texto: “Processual civil e administrativo - Prequestionamento: conceitos e extensão - Instrumentalidade do processo - Direito objetivo - Segurança jurídica - Situações concretas antagônicas - Impossibilidade - Excepcionalidade - Conhecimento - Mandado de segurança - Técnicos do tesouro nacional - RAV - Limite máximo - Art. 8º da Medida Provisória 831/95 - Critérios da administração - Ordem denegada. 1 - Este Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento, mediante sua Corte Especial, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp nº 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP). Contudo, quanto ao prequestionamento da peça recursal do especial, deve, esta, individualizar os artigos de lei que reputar vulnerados pelo v. aresto recorrido, sendo insuficiente a indicação genérica (cf. EREsp nº 89.414/RJ). 2 - No caso concreto, houve indicação genérica e, na esteira de tais precedentes, seria a hipótese de não se conhecer do recurso. Todavia, ao assim proceder, a decisão deste órgão colegiado acarretaria consequências concretas antagônicas. Sendo a finalidade desta Corte Superior a uniformização dos julgados infra-constitucionais e perfilando-me a consagrada doutrina, assevero que o processo não é instrumento apenas técnico, mas sobretudo ético. Não se pode admitir que a severidade processual implique numa supressão de direitos, juridicamente reconhecidos, ou como, na espécie, na implementação de um direito já julgado inexistente. 3 - Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. 4 - Recurso, na via da excepcionalidade do caso concreto, conhecido (...).” (STJ, 5ª Turma, REsp 200.378/DF, rel. p./acórdão Min. Jorge Scartezzini, j.m.v. 21.9.99, DJ 8.11.99, p. 89).

Nisso consiste, para os fins desse trabalho, a importância do julgamento do RE 298.695 e da sua defesa quanto à “causa de pedir recursal aberta”. Definitivamente, não há como não deixar de reconhecer que em função do que foi lá decidido o tal do prequestionamento flexibiliza-se e, com isto, viabilizasse um maior e mais efetivo controle da constitucionalidade na via difusa pelo Supremo Tribunal Federal e, pelas mesmas razões, da legalidade objetiva perante o Superior Tribunal de Justiça.

5) 2ª Reflexão: hora de o STF revisar a Súmula 211, do STJ?

Mais uma reflexão, cumprindo promessa que fiz no início do item 2.

No meu “Quem tem medo do prequestionamento?” fiz menção ao fato de que o Supremo Tribunal Federal, àquela época já tinha tido a oportunidade de contrastar a correção da Súmula 211, do Superior Tribunal de Justiça. Os recursos a ele dirigidos, entretanto, deixaram de ser conhecidos à falta de prequestionamento. Fundamentalmente, é ler os acórdãos respectivos, porque o recorrente fazia menção à contrariedade ao princípio da inafastabilidade da jurisdição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e a decisão de rejeição de trânsito ao recurso, dizia que essa cláusula constitucional nada tinha a ver com “prequestionamento”, “embargos de declaração prequestionadores” ou coisas que tais.²⁰

No mesmo trabalho quis destacar que esses recursos não haviam sido interpostos com o fito de questionar a forma pela qual o Superior Tribunal de Justiça interpretou o art. 105, III, da Constituição Federal, isto é, o que aquele Tribunal teria entendido, especifica e concretamente, sobre o que vem a ser “causa decidida” para daí extrair o que sempre se tem chamado de prequestionamento. Fundamentou-se o recurso, diferentemente, no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto 100 dispositivos antes, na mesma Constituição Federal. Se há distância numérica, no entanto, a proximidade da tese recursal é a mesma. Em última análise, deixando-se os rótulos das garantias, dos princípios e das normas constitucionais um pouco de lado, o que o recorrente quis fosse reconhecido no Supremo Tribunal Federal é que o Superior Tribunal de Justiça não pode, da noite para o dia, passar, com *ânimo de definitividade*, a declarar como deve ser entendida a expressão “causa decidida” porque, esta alteração de entendimento, significou, em termos bem práticos, fechar-se as portas daquele Tribunal aos recorrentes que sempre cumpriram, à risca, a quase quarentenária Súmula 356, do Supremo Tribunal Federal.

Lógico que o Superior Tribunal de Justiça pode (e, no sistema brasileiro, indiscutivelmente deve) interpretar a Constituição mas é ao Supremo Tribunal Federal a quem compete *contrastar* esta sua interpretação em sede recursal. A não se admitir essa

²⁰. V. meu “Quem tem medo do prequestionamento?”, esp. pp. 38/40.

possibilidade de controle pode acontecer o que o próprio Ministro Sepúlveda Pertence tanto afirma, no acórdão do RE 298.695, ser indesejável que ocorra. Que todos os Tribunais brasileiros, à exceção do Supremo Tribunal Federal, o mais alto deles, possa contrastar, em definitivo a Constituição Federal. Sim, por incrível que pareça, pela sistemática dos recursos extraordinário e especial, embora o STF possa “ver” uma eventual inconstitucionalidade, fica ele de “mãos atadas” à falta do fundamento específico e próprio — como se ele fosse uma palavra mágica, a única a abrir a porta da Constituição — para revisar aquilo que pode ser chamado de erro.

Interessante destacar que é a própria lei processual civil — refiro-me ao art. 541 do CPC — que dispõe caberem “O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal...”. É a Constituição, vale a pena repetir, quem diz quando cabem esses recursos. A lei processual civil, hoje o próprio Código de Processo Civil, no específico na redação da Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, cuida, apenas, do *procedimento* dos recursos: qual o prazo de sua interposição, perante qual Tribunal se interpõe, como se recolhem os eventuais custos de sua interposição, quem é ouvido e quando após a interposição; quem decide sobre o cabimento do recurso; quando os autos vão e aonde e assim por diante. Mas saber quando cabem os recursos extraordinário e especial, isso é, mesmo, coisa da Constituição Federal e é ao Supremo Tribunal Federal — e a mais ninguém — guardá-la e interpretá-la.

De volta ao prequestionamento e ao RE 298.695: saber o que é “causa decidida” para fins de extraordinário ou de especial (CF, arts. 102, III, e 105, III, respectivamente), por exemplo, é coisa que só o Supremo Tribunal Federal, em definitivo, pode interpretar. A interpretação do STJ é, por assim dizer, “provisória”. Cabe ao STJ, sim, submeter-se ao que o STF decidir a respeito. Se não for assim, é o caos; não “liberdade judicial” ou coisa que o valha. E caso não se submeta, vale dizer, caso algum Ministro do STJ entenda que “causa decidida” não é, exatamente, aquilo que o STF diz que é, então cabem as medidas processuais que o sistema prevê para a *correção* do que foi *mal* decidido pelo STJ.

É nesse sentido que, a partir do julgado no RE 298.695, permito-me imaginar se não é hora de a jurisprudência do STF mudar também para esse fim, para realmente contrastar as decisões do STJ no que diz respeito à admissibilidade do Especial. Naquilo que mais interessa a essas reflexões, para saber o que é “causa decidida” e de que maneira essa expressão influencia — ou não — o *conhecimento* de recursos especiais e, evidentemente, os próprios recursos extraordinários. Pela mesma linha argumentativa lá empregada pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “causa decidida”, “acesso ao Judiciário”, “devido processo legal” ou que tais, em última análise, são meras formas de o recorrente dizer ao Supremo Tribunal Federal “contraste a decisão do Superior Tribunal de Justiça porque o recurso especial foi admitido ao arrepio do que diz a Constituição Federal” ou, no que tange à Súmula 211, do Superior

Tribunal de Justiça, “contraste a decisão do Superior Tribunal de Justiça porque está a se exigir, para conhecimento do recurso especial algo que destoia da orientação mais que consagrada do Supremo Tribunal Federal (Súmula 356), com inegáveis prejuízos para os jurisdicionados”. Nada mais do que isto.

Talvez seja hora, pois, em função do que acabou por prevalecer nesse último julgado, o RE 298.695, de o Supremo Tribunal Federal rever jurisprudência remansosa no sentido de que não cabe a ele a verificação do acerto ou desacerto do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Não se trata, sempre com as vênias previamente invocadas, de por o Supremo Tribunal Federal a interpretar o contexto normativo subjacente à violação ou à contrariedade de uma norma de direito infraconstitucional. Trata-se, muito pelo contrário e, pura e simplesmente, de por o Supremo Tribunal Federal a dizer o que pode e o que não pode, o que deve e o que não deve ser lido no inciso III do art. 105 e nas suas respectivas alíneas da Constituição Federal, porque de texto constitucional se trata e não de texto legal. Dizem, em última análise, quais as condições *objetivas* que definem, segundo a Constituição (e não é a lei processual civil quem diz isto) quando cabe um recurso especial ou um recurso extraordinário.

Ah, dirá um outro, mais isso inviabilizará o Supremo Tribunal Federal de vez. Sem dúvida de que sim. Mas, é o próprio Ministro Sepúlveda Pertence quem anota no seu voto no RE 298.695, talvez seja chegada a hora de o STF deixar de fazer jurisprudência em “legítima defesa” (v. nota 7) ou, aqui a reflexão é pessoal, é hora de realmente mudar as funções do STF transformando-o, em definitivo, em corte Constitucional em padrões nunca existentes em terras brasileiras. Assunto, aliás, mais que pertinente com as idas e vindas da tão comentada e criticada e atrasada “Reforma do Judiciário”.

6) Epílogo

O que fiz ao sair da palestra do Ministro Veloso, naquele dia 21 de novembro de 2003, foi ir ao Banco Real (ABN-Amro, corrigindo-me), da Avenida Paulista. Para quê? Para ver a “casa do Papai Noel”. Definitivamente, confesso, não fui pensar em prequestionamento, prequestionamento, prequestionamento ou “coisas” que tais. Minhas anotações sobre o tema, todas guardadas, tiveram de esperar o raio de sol do primeiro dia útil do ano novo. Naquele dia, que está guardado na minha memória e no meu coração, debaixo da chuva que caía — e a chuva, no natal, me faz tão bem —, fui lá, no ponto mais alto da minha cidade, que agora tem 450 anos completos, ver se encontrava, com os papais nós tão lindos que lá moram, os sonhos que se perdem por tantas e tantas razões ao longo do ano. Queria renová-los, como sempre gosto de fazer, para o ano vindouro. Queria acreditar neles uma vez mais.

Mal sabia que um mês depois daquele dia, veria o tal do filme do Grinch, tão colorido, que receberia o e-mail que recebi e que tudo, absolutamente tudo, faria tanto sentido junto.

E agora, já 2004, por que não entender que, talvez, o que comece a fazer algum sentido, depois do RE 298.695, é o prequestionamento. Que não é mais só “quê”, interjeição de dúvida ou de espanto. Que não é mais o quê. Que é quem; quem faz justiça mesmo, de verdade.

Feliz ano novo!

Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V, Rio de Janeiro, 11ª edição, 2003.

____ “Julgamento de recurso especial *ex art. 105, III, a*, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa”, em *Temas de direito processual*, Sétima Série, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 95/105.

____ “Efetividade do processo e técnica processual”, publicado em *Temas de direito processual*, Sexta Série, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 17/29.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. “Embargos de declaração prequestionadores” em *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 4, São Paulo, Dialética, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recursos especial e extraordinário*, São Paulo, Dialética, 2003.

CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Editora Forense, 2003.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Embargos de declaração” em *Revista de Processo*, n. 102, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

DEMO, Roberto Luis Luichi. “Embargos de declaração. Aspectos processuais e procedimentais” em *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, vol. 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. “O prequestionamento necessário ao cabimento do recurso especial ou extraordinário e os embargos de declaração” em *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 1, São Paulo, Dialética, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 6ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MATTOS e SILVA, Bruno. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

MEDINA, Miguel Garcia. “Pquestionamento - nulidade de acórdão proferido pelo Tribunal local em virtude de omissão quanto à matéria de ordem pública (incompetência absoluta) - cabimento de embargos de declaração - inteligência dos Enunciados 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ” em *Revista de Processo*, n. 103, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª edição, São Paulo : RT, 2003.

ORIONE NETO, Luiz Orione. “Embargos de declaração” em *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, vol. 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Eduardo. “Pquestionamento”, em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999.

SCARPINELLA BUENO, “Quem tem medo do prequestionamento?” em *Revista dialética de direito processual*, vol. 1, São Paulo, Dialética, 2003, pp. 23/53.

_____. “Pquestionamento: reflexões sobre a Súmula 211 do STJ” em *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis*, São Paulo : RT, 2000.

_____. “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação pelos Tribunais Superiores” em *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo : RT, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. I, 2ª edição, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.