

## **PREQUESTIONAMENTO E O ART. 1.025 DO CPC:**

### **uma homenagem ao Professor Eduardo Arruda Alvim**

**Cassio Scarpinella Bueno\***

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Considerações prévias; 3. Causas decididas; 4. Prequestionamento no CPC de 2015; 4.1 O art. 941, § 3º; 4.2 Visões do prequestionamento e o art. 1.025; 4.3 De volta ao art. 1.025; 5. Reflexões finais; Bibliografia.

### **1. Introdução**

Para homenagear o querido amigo, grande professor e notável processualista Eduardo Arruda Alvim, lembrei-me de seu interesse (e de seu admirável conhecimento), até em função de sua rica vivência profissional, sobre os recursos extraordinário e especial<sup>1</sup>. E para buscar um recorte mais específico quanto a eles, entendi oportuno tratar do chamado “prequestionamento” dando a devida atenção ao art. 1.025 do CPC, que convida a uma renovada reflexão acerca do (complexo) assunto<sup>2</sup>.

De acordo com aquele dispositivo, “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de

---

\*. Advogado formado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), instituição na qual obteve os títulos de Mestre (1996), Doutor (1998) e Livre-docente (2005) em Direito Processual Civil, todos com a nota máxima, e onde exerce as funções de Professor-doutor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado. Foi *Visiting Scholar* da Columbia University (Nova York) no ano acadêmico de 2000/2001. É Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP) e da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL). Foi um dos quatro integrantes da Comissão Revisora do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil no Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o mesmo Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados. Integrou a Comissão de Juristas que elaborou a nova lei de improbidade administrativa na Câmara dos Deputados. É autor de 22 livros, escreveu mais de 100 livros em coautoria e mais de 95 artigos científicos, inclusive com publicações no exterior.

<sup>1</sup>. Ilustra suficientemente a afirmação a lembrança de que é do homenageado o verbete “Recurso Especial” na Enciclopédia Jurídica da PUCSP, onde leciona, citado ao longo do presente trabalho, além das inúmeras outras obras, palestras e aulas dedicadas ao tema, como se pode verificar de seu *curriculum lattes*. O homenageado também se voltou ao tema na companhia de Angélica Arruda Alvim, sua esposa e também grande processualista: Recurso especial e prequestionamento e Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial.

<sup>2</sup>. Renovada reflexão porque, no passado, tive oportunidade de escrever acerca do assunto outros trabalhos, todos disponibilizados em meu site pessoal ([www.scarpinellabueno.com](http://www.scarpinellabueno.com)): “Duas ‘novidades’ em torno dos Recursos Extraordinários em sentido *lato*”, “Quem tem medo do prequestionamento?”, “Pquestionamento - Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ” e “De volta ao prequestionamento - Duas reflexões sobre o Recurso Extraordinário n. 298.695/SP”.

declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”.

## 2. Considerações prévias

A competência do STJ é de ordem *constitucional*. É o art. 105 da CF que a estabelece e não há, diferentemente do que se verifica para outros órgãos jurisdicionais (assim, v.g. com a competência do TST, *ex vi* do § 1º do art. 111-A da CF), autorização para sua modificação por *lei*.

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

## 3. Causas decididas

Para o presente estudo, importa dar destaque ao que deve ser compreendido como “causas decididas”, que consta do precitado inciso III do art. 105 da CF.

A palavra “causa” sempre recebeu interpretação ampla. É indiferente, para fins de cabimento de recurso extraordinário e recurso especial, que as decisões recorridas tenham ou não apreciado o mérito ou que elas sejam, na sua origem, decisões interlocutórias<sup>3</sup> ou sentenças. Também não faz diferença, para estes fins, o conteúdo do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*. A circunstância de a decisão ter sido proferida no âmbito da “jurisdição *contenciosa*” ou da “jurisdição *voluntária*” também não inibe o cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial. Há entendimento, todavia, que recusa o cabimento daqueles recursos quando as decisões proferidas, embora jurisdicionais, ostentem natureza substancialmente *administrativa*, fruto de atividade *atípica* exercida pelo Estado-juiz<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Assim, por exemplo, a Súmula 86 do STJ: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

<sup>4</sup> É o que se verifica com a Súmula 637 do STF (“não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município”), 733 do STF (“não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”) e 311 do STJ (“os atos do presidente do tribunal que dispõem sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”).

Não é bastante, contudo, que se trate de “causa”. Ela deve ser *decidida*. É de “causas *decididas*” que cabe o recurso especial nos precisos termos do inciso III do art. 105 da CF.

A expressão “causa *decidida*” quer significar, antes de tudo, que a decisão que desafia recurso especial é aquela que não comporta mais quaisquer outros recursos perante os demais órgãos jurisdicionais. Pressupõe-se, para empregar expressão comuníssima, “exaurimento de instância”<sup>5</sup>.

É correto observar que inexistente na ordem constitucional de 1988 — e foi ela que criou o STJ a partir do desdobramento de competências até então titularizadas pelo STF — nenhuma referência ao que, em termos de admissibilidade de recurso especial, é designado por “prequestionamento”.

Aquela palavra, ao que tudo indica, foi cunhada a partir das previsões constantes das Constituições Federais de 1891 a 1946<sup>6</sup>. Não terá sido coincidência observar que foi sob a égide da Constituição de 1946 que duas importantes Súmulas do STF sobre o assunto, a 282<sup>7</sup> e, em especial, a 356<sup>8</sup>, ambas se referindo ao cabimento do então recurso extraordinário, dentre outras hipóteses, quando se *questionasse* sobre a validade de lei federal em face da Constituição<sup>9</sup>.

Não obstante, desde a instalação do STJ uma das palavras que mais enseja resultados quando empregada como padrão de pesquisa em seu magnífico sítio eletrônico é *prequestionamento*<sup>10</sup>.

O primeiro desafio está posto: que prequestionamento é este, se nada há, na ordem constitucional de 1988, que autorize relacionar o cabimento do recurso especial a ele?

---

<sup>5</sup> É diretriz suficientemente ilustrada pela Súmula 281 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”) e pela Súmula 207 do STJ (“É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”).

<sup>6</sup> Para tal discussão, v., com proveito, as considerações de Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 287/305.

<sup>7</sup> “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

<sup>8</sup> “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

<sup>9</sup> É a seguinte a redação do art. 101, III, da CF de 1946, que previa o cabimento do recurso extraordinário: “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal”.

<sup>10</sup> A título de curiosidade, em pesquisa realizada no dia 26.1.2021, a pesquisa livre pelo termo “prequestionamento” na jurisprudência do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>) revela a existência de 2 súmulas (as de número 98 e 320), 61.316 acórdãos e 1.124.907 decisões monocráticas.

Não é estudando a etimologia da palavra, nem seus diversos significados que ajudarão na resposta à indagação. Muito menos fazer análise, por mais completa que se possa pretender, da jurisprudência dos Tribunais Superiores como se tal iniciativa — e qualquer outra que diga a respeito a direito *positivo* — pudesse se desgrudar de suas fontes normativas e de suas variações e criar uma realidade própria. A única forma de superar este impasse, a meu ver, é querendo relacionar, de alguma forma, o “prequestionamento” com a expressão constitucional em vigor, “causa decidida”<sup>11</sup>. Para ir direto ao ponto, as referências a *prequestionamento* devem ser substituídas, a partir da CF de 1988 — e, em rigor, já deveria ter sido assim desde a CF de 1967<sup>12</sup> —, por *causa decidida*. Não se trata, contudo, de uma mera substituição de uma palavra para uma expressão com conservação de seu conteúdo. O que poderia se entender (ou que efetivamente era entendido) por *prequestionamento* antes da ordem constitucional de 1967 não corresponde necessariamente ao que *deve ser* compreendido por *causa decidida*.

Causa decidida, para o que aqui interesse sublinhar, é significativo de que para que o STJ desempenhe adequadamente a sua missão constitucional, de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal infraconstitucional em todo o território brasileiro, é mister que ele analise, em sede de recurso especial, o que já foi *decidido* pelos Tribunais de Justiça e pelos Regionais Federais. É das decisões proferidas por outros órgãos jurisdicionais que decorrem, ou não, violações e contrariedades às normas federais e à jurisprudência de outros Tribunais. Sem prévia decisão, não há como estabelecer em que medida normas federais infraconstitucionais foram ou deixaram de ser violadas pelos demais componentes da estrutura judiciária nacional.

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

---

<sup>11</sup>. Monografia de referência sobre o assunto é a de José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, dedicando ao tema especialmente s pp. 200/333 do trabalho.

<sup>12</sup>. Cujo art. 114, III, se referia às hipóteses de cabimento do recurso extraordinário da seguinte maneira: “III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”. A EC n. 1/1969 reenumerou aquele dispositivo para o art. 119, não acrescentando, contudo, nenhuma alteração significativa nas alíneas.

Não há jogo de palavras na afirmação do parágrafo anterior. Ela é aguda e tem que ser discernida em todo e qualquer caso concreto: uma coisa é recorrer do que efetivamente se decidiu, alegando que a decisão é errada; outra, bem diversa, é recorrer porque a decisão deveria levar algo em conta (quicá, até mesmo de ofício), que não levou. Neste caso, a ênfase do recurso recai na identificação de *error in procedendo*; naquele, de *error in iudicando*.

#### 4. Prequestionamento no CPC de 2015

O CPC de 2015 emprega duas vezes a palavra “prequestionamento” e o faz com grafia diversa da que emprego, “pré-questionamento”. Saber qual grafia é a correta (ou, até mesmo, se há uma grafia correta que elimina, como erradas, todas as demais) é mais uma *vexata quaestio* do tema, que *não* é enfrentado nesta sede<sup>13</sup>.

##### 4.1 O art. 941, § 3º

O primeiro emprego da palavra está no § 3º do art. 941, segundo o qual “O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”. Da previsão *normativa* decorre, inquestionavelmente a superação da orientação contida no enunciado da Súmula 320 do STJ<sup>14</sup>. Mais que *superação*, contudo, palavra que pode render ensejo a *commonlawismos* tão errados quanto desnecessários para a compreensão e o desenvolvimento do direito brasileiro, a hipótese é de clara perda de fundamento de validade de uma orientação jurisprudencial com o advento de uma nova lei em sentido contrário. Porque o recurso extraordinário e o recurso especial são dirigidos ao acórdão como um todo (ainda que a determinado capítulo dele), o voto vencido — ou os votos, na hipótese de ter sido aplicada a técnica de colegiamento do art. 942 — tem o condão de demonstrar de que maneira a questão constitucional e a questão federal infraconstitucional foram tratadas e *decididas*, ajudando na sua compreensão como um todo e, destarte, tornando mais evidente o indevidamente chamado “prequestionamento” (em verdade, *causa decidida*) que, não por acaso, é mencionado no referido § 3º do art. 941.

Saúdo, neste sentido, a novidade trazida ao tema pelo CPC de 2015, na expectativa de que o STJ elimine toda e qualquer súmula ou orientação jurisprudencial (inclusive as “repetitivas”) que colidam com a nova codificação processual civil. Dentre elas, no que aqui e

---

<sup>13</sup>. Para tanto, v., com proveito, o trabalho de Eduardo Ribeiro, Prequestionamento, p. 245/246.

<sup>14</sup>. É o seguinte o enunciado daquela Súmula: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

por ora interessa, a precitada Súmula 320<sup>15</sup>.

#### 4.2 Visões do prequestionamento e o art. 1.025

A segunda previsão que o CPC de 2015 traz sobre *prequestionamento* está no art. 1.025. De acordo com o dispositivo: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

A regra quer consagrar, a um só tempo, os chamados “embargos de declaração *prequestionadores*” e os *usos e costumes* da Súmula 356 do STF que ensejaram a elaboração do multiconhecido “prequestionamento *ficto*”, isto é, aquele que resulta da mera apresentação de embargos de declaração independentemente de seu acolhimento. É noção que enfatiza a iniciativa do recorrente em discutir determinada questão em detrimento do efetivo conteúdo da decisão recorrida.

A aproximação do art. 1.025 do CPC de 2015 com a Súmula 356 do STF (ou, mais corretamente, com os usos e costumes forenses que a têm como referência que, em rigor, a interpretam *a contrario sensu*) afasta-a, em idêntica medida, da Súmula 211 do STJ<sup>16</sup>.

Sobre o acerto desta afirmação, cabe fazer lembrar que, nos primeiros anos de sua existência, o STJ posicionou-se sobre o tema quando acentuou que a parte que apresentava embargos declaratórios para fins de prequestionamento — isto é, com vistas a deixar mais claro, mais evidente, mais “explícito” o que havia sido decidido para justificar o cabimento do recurso especial — não poderia ser sancionada nos termos do então vigente parágrafo único do art. 538 do CPC de 1973, regra que encontra seu par nos §§ 2º e 3º do art. 1.026. Prova segura está na sua Súmula 98: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

Em meados da década de 1990, contudo, o STJ passou a entender que a mera apresentação dos declaratórios — consideravelmente ampliada pela alforria da precitada Súmula 98 — não era suficiente para fins de “prequestionamento”, isto é para que houvesse

---

<sup>15</sup>. O homenageado também entende que, com o advento do CPC de 2015, a Súmula 320 do STJ perdeu seu fundamento de validade. É o que escreve no verbete “Principais aspectos do recurso especial” da Enciclopédia Jurídica da PUCSP. No mesmo sentido, no verbete “Pquestionamento” da mesma enciclopédia é o entendimento de Pedro Miranda de Oliveira.

<sup>16</sup>. Cujo enunciado é o seguinte: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

decisão apta de reexame por aquele Tribunal. Era mister que os declaratórios fossem efetivamente *providos* para que, de acordo com o entendimento que acabou por prevalecer, surgisse a “causa decidida” (o “prequestionamento”) para os fins do art. 105, III, da CF. É o que se lê, com todas as letras, da precitada Súmula 211 daquele Tribunal. E sempre me pareceu correto afirmar que a Súmula 211 do STJ colide, mesmo em sua literalidade, com a orientação da Súmula 356 do STF<sup>17</sup>.

Também sempre entendi que, com as vênias de estilo, a diretriz motivadora da Súmula 211 do STJ e, anteriormente a ela, da Súmula 282 do STF, embora empregando a palavra *prequestionamento*, é a que mais corretamente atende ao modelo constitucional do direito processual civil que hoje deriva do art. 105, III, da CF. Para tal modelo, como quis destacar de início, é irrecusável que, para o cabimento do recurso especial, haja “causa *decidida*” e, por isto, eventuais embargos declaratórios devem ser previamente julgados pelo órgão *a quo* até mesmo para fins de “exaurimento de instância”. Recorre-se, vou repetir, do que efetivamente foi decidido e não do que, a despeito de ter sido pedido, não o foi.

A afirmação anterior merece ser entendida amplamente porque, aprofundado o que já avengei acima, pode acontecer que aquilo que foi decidido o tenha sido de maneira errada, não levando em conta o arcabouço constitucional e/ou legal federal aplicável à espécie. Se assim ocorreu, contudo, é irrecusável que o que foi decidido, no lugar do que deveria ter sido, tem aptidão de contrariar a CF ou a lei federal, ainda que em termos *processuais*, isto é, incidindo em *error in procedendo*. Mesmo nesse caso, todavia, recorre-se do que efetivamente foi decidido, visando o recurso à superação do *error in procedendo*, e não do que, não fosse aquele erro, deveria ter sido decidido.

A função de revisão e de controle da legislação federal infraconstitucional que o STJ exerce em recurso especial pressupõe, nunca é demais repetir, prévia decisão anterior, seja ela qual for. Se nada se decidiu a seu respeito, não há padrão de confronto com a legislação federal para fins de *recurso especial*. A conclusão seria outra se se estivesse a cogitar do exercício da competência *originária* (art. 105, I, da CF) ou da competência *recursal ordinária* (art. 105, II, da CF) do STJ. Esta tríade competencial do STJ que deriva do modelo constitucional (e, em rigor, também do STF e do TST) tem que ser devidamente compreendida para o devido estudo acerca do exercício de sua função jurisdicional.

---

<sup>17</sup>. Trata-se de tema para o qual me voltei mais demoradamente nos já mencionados “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação pelos tribunais superiores” e “De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o RE 298.695/SP”.

Justamente em função desta última ressalva é que a afirmação do parágrafo anterior não significa que os embargos declaratórios devem ser apresentados em quaisquer casos como se eles, por si só e necessariamente, criassem condições de admissibilidade do recurso do recurso especial, como se fossem eles que “prequestionassem” a matéria, no sentido de ela “aparecer” (ficar decidida) na decisão a ser recorrida. É indispensável discernir três hipóteses (bem) diversas a esse respeito.

A primeira pressupõe que não houve decisão sobre questão *federal* infraconstitucional. Nestas condições, o caso *não é* de recurso especial à falta do que exige o art. 105, III, da CF. É indiferente, para a hipótese, que a parte apresente embargos declaratórios porque não há nenhuma contrariedade, obscuridade, omissão ou erro material na decisão quanto a teses de direito infraconstitucional federal. Diferentemente do que sugerem as Súmulas 356 do STF e 98 do STJ, os embargos, em tais casos, nunca tiveram o condão de “prequestionar” nada porque *não há* tese de direito infraconstitucional federal a ser *decidida*. O recurso especial, vale a ênfase, pressupõe sempre causa *decidida* daquela perspectiva, observando, no particular, cada uma das alíneas do inciso III do art. 105 da CF.

A segunda hipótese pressupõe que a decisão deveria se pronunciar sobre questão federal infraconstitucional, mas não o fez. Em tais situações, o uso dos declaratórios é indispensável para que aquelas teses sejam devidamente enfrentadas. Se os declaratórios são rejeitados, contudo, põe-se a questão de saber se a decisão respectiva foi proferida acertadamente ou não. É para esta hipótese — e só para ela — que tem aplicação a diretriz da Súmula 211 do STJ (que encontra eco no art. 1.025 do CPC de 2015), ensejando a apresentação de recurso especial com fundamento na violação ao art. 1.022 do CPC de 2015 pelo órgão *a quo* para corrigir a deficiência no julgamento realizado por ele.

Importa destacar que, em tais casos, o recurso especial assume caráter meramente *rescindente* do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*, isto é: dá-se provimento ao recurso especial para *anular* o acórdão, determinando-se que o Tribunal recorrido julgue os declaratórios para decidir sobre a matéria neles veiculada, até então não decidida<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup>. Cabe destacar que Eduardo Arruda Alvim, entende diferentemente. Para o homenageado, a Súmula 211 do STJ perdeu seu fundamento de validade com o advento do CPC, justamente por causa do disposto em seu art. 1.025. É o que escreve no verbete “Recurso Especial” da Enciclopédia de Direito Processual Civil da PUCSP: “Com o art. 1.025 do CPC/2015, não se faz mais necessária a interposição de recurso especial com vistas à anulação da decisão, pois a lei passou a considerar incluída no acórdão local os elementos oportunamente levantados pelas partes que, todavia, não foram apreciados expressamente pela Corte.”. Mais à frente, tratando das “Súmulas do STJ superadas pelo CPC/2015”, escreve o seguinte: “Outrossim, disse-se anteriormente que a Súmula 211 do STJ não admitia recurso especial quando a questão federal não houvesse sido enfrentada pelo TJ ou TRF, a despeito da oposição de embargos de declaração: ‘[i]nadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*’. Agora, prevê o art. 1.025 do CPC/2015 que nessa



Um exemplo tem o condão de ilustrar bem essa segunda hipótese: do acórdão que confirmara a sentença, o réu apresenta embargos de declaração sustentando, pela primeira vez no processo (o que é correto do ponto de vista sistemático), a ilegitimidade ativa. O Tribunal rejeita (erradamente) os declaratórios porque, no seu entender, a alegação é intempestiva. Neste caso, a única “questão *federal*” a ser enfrentada é a de saber se os declaratórios deveriam ou não ser enfrentados para discutir a questão da ilegitimidade ativa. O recurso especial, por isso mesmo, deve cogitar da contrariedade ao art. 1.022 e, se provido, novo acórdão deverá ser proferido, suprindo-se aquele *error in procedendo*. Do novo acórdão a ser proferido pelo órgão *a quo*, caberá novo recurso especial, este sim cogitando de um eventual *error in iudicando*: a parte é, ou não, legítima; a sentença deve, ou não, ser mantida.

A terceira e última hipótese pressupõe que a decisão tal qual proferida revela o enfrentamento suficiente de uma dada tese de direito infraconstitucional federal. Dela, sem necessidade de qualquer outra providência, cabe recurso especial, cumprindo ao recorrente apenas evidenciar a específica *perspectiva* de que a decisão enfrentou a questão federal infraconstitucional. É o caso, por exemplo, de o acórdão confirmar a sentença que acolhera pedido de compensação de tributos recolhidos a maior pelo contribuinte diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que indevidamente os cobrara no mesmo ano de sua instituição. A questão *constitucional* (o tributo é, ou não, constitucional) e a questão *federal* infraconstitucional (haver ou não possibilidade de compensação do tributo pago a maior) estão suficientemente postas (decididas) no acórdão tal qual proferido. Se a *forma* pela qual estas duas questões estão enfrentadas pelo acórdão, aí considerada, inclusive, a referência a determinados dispositivos constitucionais e/ou legais a dar sustento à conclusão do acórdão, é mais ou menos clara, mais ou menos evidente, é questão de *nenhuma* importância para o *cabimento* do recurso, é mero *formalismo*, indiferente para a boa técnica processual. Até porque saber se o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei e a admissão da compensação tributária daí decorrente são corretos ou não diz respeito ao *mérito* do recurso, o que pressupõe, por definição, a *superação* de sua *admissibilidade*.

Existe um ingrediente extra que fomenta a consideração do último parágrafo. A

---

hipótese (omissão, contradição, obscuridade ou erro material da decisão recorrida) considerar-se-á prequestionada a matéria.”. No mesmo sentido, no verbete “Pquestionamento” da mesma obra, é o entendimento de Pedro Miranda de Oliveira: “O art. 1.025 do CPC/2015, a fim de uniformizar a jurisprudência e trazer segurança jurídica ao sistema, revogou a Súmula 211 do STJ ao dispor: ‘[c]onsideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade’. Enfim, o referido dispositivo legal consagra o entendimento de que basta a oposição de embargos de declaração para que seja considerado preenchido o requisito da *causa decidida*, deixando cristalino que também, de maneira tácita, o pressuposto pode ser preenchido. É a *causa decidida* tácita ou *ficta*.”.

aplicação diuturna da Súmula 356 do STF e da Súmula 211 do STJ sempre foi capaz de revelar, embora de ângulos opostos, que o reconhecimento da contrariedade ao atual art. 1.022 fora dos casos identificados acima como segunda hipótese pressupõe que o STJ identifique o ponto obscuro, contraditório, omissivo ou erro material do acórdão recorrido e, nesta exata medida, que aquele Tribunal tem condições de constatar, com precisão e desde logo, a questão *federal* tal qual *decidida*. Se não fosse pela percepção de que há algo a ser completado no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, não haveria espaço para o reconhecimento de seu *error in procedendo* e a violação do art. 1.022. Trata-se de situação eloquentemente descrita pela palavra “*ficto*” aposta ao lado de “prequestionamento” e que se relaciona aos usos e costumes da Súmula 356 do STF.

Em tais situações, quando efetivamente existente o *error in procedendo* na decisão recorrida especialmente, admitir que o recurso especial desempenhe função meramente *rescindente* é conspirar contra o princípio da eficiência processual. Se o STJ consegue, desde logo, constatar qual é a questão infraconstitucional federal, é certamente preferível que ele julgue de uma vez o recurso especial diante do efetivo reconhecimento da “causa decidida”, ainda que a decisão se apresente de modo menos clara do que desejável. Analisada dessa perspectiva, a hipótese deixa de pertencer à segunda categoria indicada e passa a fazer parte da terceira.

Consequência perceptível dessas observações é que, na insegurança sobre saber se a decisão, tal qual proferida, está ou não suficientemente “prequestionada”, como se diz na prática, tornou-se bastante usual a interposição de recursos especiais alegando, *sucessivamente*, o *error in procedendo* (por causa da constante apresentação dos declaratórios para fins de “prequestionamento”) e o *error in judicando*, a ser apreciado na medida em que o STJ reconheça que a matéria está suficientemente “prequestionada”. Nesta situação, a segunda e a terceira hipóteses acima indicadas caminham lado a lado.

### **4.3 De volta ao art. 1.025**

É correto entender que o art. 1.025 do CPC de 2015 abraça a concepção dos “embargos de declaração prequestionadores” e do “prequestionamento *ficto*”, fortemente influenciado pela prática do foro, ao mesmo tempo em que sua ressalva final permite ao STJ discernir as hipóteses sobre haver ou não possibilidade de julgamento do que acima foi chamado de *error in judicando*, sendo indiferente, destarte, a sorte dos declaratórios.

Não nego a boa intenção do legislador em resolver problemas práticos relativos à

admissibilidade de recursos especiais e, importante frisar, também um dos variados meios de aplicação da chamada “jurisprudência *defensiva*”, expressão eloquente para significar os óbices, a grande maioria de índole meramente formal e totalmente desarmônico com os ditames do direito processual civil brasileiro do Século XXI, que são diuturnamente apresentados pelos Tribunais Superiores, inclusive pelo STJ, para não conhecer de recursos ou de outros expedientes que lhe são dirigidos pelas mais variadas questões.

A questão que se põe, contudo, é se ato normativo infraconstitucional, como é o caso do art. 1.025 do CPC de 2015, poderia tratar com ânimo de definitividade da matéria que, como destaque de início, tem raiz constitucional, vez que respeitante ao exercício da competência recursal especial do STJ definida (taxativamente) pelo inciso III do art. 105 da CF.

Minha resposta é negativa. Em outros locais, chego a sustentar se não a inocuidade daquele dispositivo — porque ele quer se sobrepor às devidas técnicas aplicáveis à hipótese — sua inconstitucionalidade<sup>19</sup>.

Para cá, quero destacar que o dispositivo tem dado ensejo ao entendimento de que a aplicação do art. 1.025 do CPC de 2015 depende de o recurso especial ter veiculado *também* violação ao art. 1.022 do mesmo Código, bem nos moldes da cumulação *eventual* entre os *errores in procedendo e in iudicando* tratada acima<sup>20</sup>.

Em rigor, pelo que acabei de escrever, poderia me limitar a aplaudir o entendimento porque ele se amolda a uma das formas como o tema merece ser interpretado. Contudo — e isso tem que ser sublinhado — as situações que aventei precedentemente não podem ser generalizadas. Nem todo caso, como as três hipóteses ventiladas acima querem ilustrar, embora

---

<sup>19</sup>. A referência é feita aos meus *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 956/957, *Manual de direito processual civil*, p. 891/893, e, mais demoradamente, em meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, p. 676/678 e 702/703.

<sup>20</sup>. Tem-se indicado o REsp 1.639.314/MG da 3ª Turma do STJ, rel. Min.Nancy Andrighi, j.un. 4.4.2017, DJe 10.4.2017 como o primeiro caso em que o assunto foi versado nos moldes do texto (o *leading case*, para quem gosta de importar palavras estrangeiras fora de seu contexto). A ementa daquele julgado é a seguinte: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. – LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS - HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO – CABIMENTO - PRESCRIÇÃO DO DIREITO - NÃO OCORRÊNCIA. 01. Inviável o recurso especial na parte em que a insurgência recursal não estiver calcada em violação a dispositivo de lei, ou em dissídio jurisprudencial. 02. Avaliar o alcance da quitação dada pelos recorridos e o que se apurou a título de patrimônio líquido da empresa, são matérias insuscetíveis de apreciação na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 03. Inviável a análise de violação de dispositivos de lei não prequestionados na origem, apesar da interposição de embargos de declaração. 04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. 05. O pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado. 06. Recurso especial não provido.”.

de maneira singela, aceita aquela cumulação de pedidos recursais, justamente porque o que se decidiu em cada caso concreto não é passível, por definição, de ser tratado indistintamente. Nem todo acórdão depende de prévios embargos de declaração para que a matéria esteja “prequestionada” (decidida), sendo indiferente, para tanto, o que diz o art. 1.025 do CPC de 2015.

E não obstante, o receio que aqui manifesto daquele *crescendo* jurisprudencial<sup>21</sup> é que o art. 1.025 do CPC de 2015 (sem prejuízo das críticas que, na minha opinião, merecem) acabe sendo usado indistintamente como verdadeiro obstáculo (intransponível) para a admissibilidade de milhares de recursos especiais interpostos em processos em que sequer embargos declaratórios versando sobre a contrariedade do art. 1.022 do CPC de 2015 deveriam ter sido apresentados, mas que o foram única e exclusivamente com o receio de décadas de jurisprudência *defensiva* relativa ao “prequestionamento”, que estaria superada pelo art. 1.025. Quase que uma repetição automática dos usos e costumes forenses que, ainda que de modo inconsciente, valoriza mais a forma (a apresentação dos embargos declaratórios) do que o conteúdo (haver ou não causa decidida apta a desafiar o recurso especial).

Nesta perspectiva, o remédio que estaria sendo ministrado por aquele dispositivo tenderia a gerar o pior efeito colateral possível ...

## 5. Reflexões finais

Concluo esta brevíssima análise com a expectativa de que o STJ possa definir com segurança e objetividade o papel que desempenha enquanto julgador de recursos especiais. E porque este papel depende de interpretação do inciso III do art. 105 da CF, é irrecusável que o STF não se furte (mais) de discutir o assunto até porque, fazendo-o, terá condições de estabelecer segura pauta de conduta para o jurisdicionado (e para os próprios órgãos jurisdicionais, a começar pelo próprio STJ) levando em conta também o inciso III do art. 102 da CF e o recurso extraordinário a ele dirigido que, no que importa para cá, é idêntico ao

---

<sup>21</sup>. E já são centenas de casos, das seis Turmas do STJ, em que o precitado REsp é empregado como razão de decidir para supedanear a conclusão de que “a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei” (STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp 1.344.145/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.un. 13.12.2018, DJe 18.12.2018). No mesmo sentido: STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1.562.190/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.un. 15.12.2020, DJe 18.12.2020; STJ, 4ª Turma, AgInt no AgInt no AREsp 1.431.916/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 7.12.2020, DJe 11.12.2020; STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 1.402.429/RN, rel. Min. Assusete Magalhães, j.un. 7.12.2020, DJe 11.12.2020; STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1.713.317/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.un. 7.12.2020, DJe 17.12.2020 e STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.838.898/GO, rel. Min. Sérgio Kukina, j.un. 26.10.2020, DJe 12.11.2020.

precitado inciso III do art. 105 da CF.

Sem prejuízo da reflexão que toda a jurisprudência relativa a temas de direito processual civil do STJ editada antes do CPC de 2015 merece em termos de subsistência — e a referida acima com relação à sua Súmula 320 é pequena amostra do hercúleo esforço a ser feito naquela direção —, não faz sentido, mesmo à luz da literalidade do art. 1.025 do CPC de 2015 — e ainda que se queira deixar de lado sua análise constitucional, como sói se dar entre a grande maioria dos processualistas civis, mesmo diante do art. 1º do Código, um “post-it” que luta para evitar o natural desgaste de sua capacidade adesiva —, generalizar hipóteses e permitir que a orientação da Súmula 211 retorne mais forte que nunca para justificar a *inadmissão generalizada* de um sem fim de recursos especiais sem levar em conta aquilo que realmente importa para fins do exercício da competência recursal especial do STJ: haver ou não (e independentemente de quaisquer prévios embargos declaratórios) *causa decidida* em única ou última instância por Tribunal que possa, ao menos em tese, ter contrariado em alguma medida norma de direito infraconstitucional federal.

Nada de “prequestionamento”, nem *explícito*, nem *implícito*, nem *numérico* e nem *ficto*, bem ao gosto da vetusta Súmula 356 do STF e de seu espelho no art. 1.025 do CPC. Só *causa decidida*: é esta, e nenhuma outra, a exigência *constitucional* que abre os portais do STJ ao cidadão, justificando o exercício de sua competência no que tange aos recursos especiais.

Se há algo que soa dramaticamente contraditório na análise da jurisprudência do STJ acerca do cabimento do recurso especial é o que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”<sup>22</sup>. Não há espaço para ela no modelo constitucional do direito processual civil e, menos ainda, no atual Código de Processo Civil, que prima pela viabilidade ampla de aproveitamento dos atos processuais no que em geral é chamado de “princípio da primazia do julgamento de mérito”<sup>23</sup> e que, particularmente, prefiro identificar com o “dever-poder geral de saneamento”<sup>24</sup>. Muito menos ao preço das impressionantes estatísticas de quantidade de recursos julgados em sua maior parte com a conclusão de que o foram apesar de sequer terem superado seu juízo de admissibilidade.

## Bibliografia

---

<sup>22</sup>. O assunto é bem tratado por Marcelo Mazzola em Formalismo-valorativo e primazia de mérito: combate à jurisprudência defensiva dos tribunais e por Gustavo Fávero Vaughn em A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual, ambos publicados na *Revista de Processo*.

<sup>23</sup>. Para o tema, v.: Fernando Gajardoni, *Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015*, p. 467.

<sup>24</sup>. É o que justifico em meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, p. 611/612.

ALVIM, Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>. Acesso em 26.1.2021.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. In: ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; Nery JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Recurso especial e prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários a CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZOLLA, Marcelo. Formalismo-valorativo e primazia de mérito: combate à jurisprudência defensiva dos tribunais. *Revista de Processo*, vol. 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. Prequestionamento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/187/edicao-1/presquestionamento>. Acesso em 26.1.2021.

RIBEIRO, Eduardo. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1: teoria geral do direito processual civil. Parte geral do Código de Processo Civil. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2: procedimento comum, processo nos tribunais e recursos. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil anotado*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Duas “novidades” em torno dos Recursos Extraordinários em sentido lato*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/para-ler.html>. Acesso em 10.12.2019.

\_\_\_\_\_. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/para-ler.html>. Acesso em 10.12.2019.

\_\_\_\_\_. *Pquestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/para-ler.html>. Acesso em 10.12.2019.

\_\_\_\_\_. *De volta ao prequestionamento – Duas reflexões sobre o Recurso Extraordinário n. 298.695/SP*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/para-ler.html>. Acesso em 10.12.2019.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, vol. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.