

**OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PREQUESTIONAMENTO FICTO
À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA BREVE
ANÁLISE ACERCA DAS SÚMULAS 356/STF E 211/STJ**

Lílian Sousa Terra Leal

Advogada

Pós graduanda em Direito Processual Civil pelo UNIFOR-MG

e-mail: liliansterra@gmail.com

Recebido em: 08/09/2016

Aprovado em: 15/05/2017

RESUMO

Uma das finalidades do embargo de declaração é suprimir a omissão em acórdão ou decisão quanto à matéria que se quer discutir, a fim de se atingir o prequestionamento necessário para interposição de recurso nos tribunais superiores. Diante disso, surgem algumas indagações: o que fazer na hipótese em que, mesmo interpostos os embargos, a omissão não for suprida? Estaria caracterizado, nesse caso, o prequestionamento necessário à admissão do recurso Especial e Extraordinário (prequestionamento ficto)? O presente trabalho se justifica na medida em que trata de um tema que não estava sedimentado antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. Isso porque, de um lado, o STJ possui entendimento de que é inadmissível recurso especial quando a questão não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, ainda que tenham sido opostos embargos declaratórios nesse sentido (súmula 211, STJ). De outro lado, o STF, por meio da súmula 356, consolidou o entendimento de que restará configurado o prequestionamento necessário ao acolhimento do Recurso Extraordinário se forem opostos embargos declaratórios, ainda que a omissão não tenha sido suprida. Assim, tem-se que o tema em questão possui grande relevância no âmbito jurídico, especialmente com a abordagem dada pelo Novo CPC, devendo ser melhor estudado e analisado em âmbito acadêmico.

Palavras-chave: Embargos de declaração. Prequestionamento ficto.

**EMBARGOES STATEMENT AND FICTO PREQUESTIONNAIRES UNDER
THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: A BRIEF ANALYSIS
ABOUT THE PRECEDENTS 356 / STF 211 AND / STJ**

ABSTRACT

One of the purposes of the embargo of declaration is to suppress the omission in a judgment or decision on the matter to be discussed, in order to reach the necessary pre-questionnaire for

appeal in higher courts. Faced with this, some questions arise: what to do in the event that, even when the embargoes are filed, the omission is not met? In this case, would it be characterized as the pre-requisite for the admission of the Special and Extraordinary appeal (fictitious request)? The present work is justified in that it deals with a theme not yet settled in the doctrinal and jurisprudential scope, since it presents conflicting positions. On the one hand there are those who defend the need to adopt false prequestionnaire in order that the jurisdiction is not at the mercy of the judge to have his special or extraordinary resource known. On the other hand, the most positivist position is that pre-questionnairing, as a legal requirement to receive the appeal in higher courts, can not be presumed, and the matter must in fact be faced in the lower court. Thus, it has been that the subject in question has great relevance in the legal scope, and should be better studied and analyzed in academic scope.

Keywords: Declaration embargoes. Prequestionnaire ficto.

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, os embargos de declaração se prestam para buscar do órgão julgador que seja sanada eventual obscuridade, contradição, omissão, ou erro material na decisão proferida.

Não obstante, os embargos de declaração também são utilizados para permitir o prequestionamento hábil à admissibilidade de recursos nos tribunais superiores. Por meio dele, a parte poderá provocar o surgimento da questão federal ou constitucional no acórdão.

Grande dissenso surgiu quanto à hipótese em que, mesmo interpostos os embargos, a omissão não for suprida. Nesse caso, estará caracterizado o prequestionamento?

O presente artigo visa a tecer uma análise acerca dessa questão sob a ótica da jurisprudência do STF e STJ, trazendo à baila o que o NCPC trouxe acerca da matéria.

Trataremos ainda, sem esgotarmos o tema, das noções gerais que circundam os embargos de declaração, como as hipóteses de cabimento, o prazo, a possibilidade de reformatio in pejus, dentre outras.

2 NOÇÕES GERAIS

Conforme redação do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, os embargos de declaração são cabíveis quando houver obscuridade, contradição, omissão, ou erro material na decisão judicial.

Conforme lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2016), a omissão, a contradição, a obscuridade e o erro material são vícios que afrontam o art. 93, IX da Constituição da República, uma vez que subtraem da decisão a sua devida fundamentação.

Os embargos de declaração são cabíveis em face de qualquer decisão judicial, ainda que irrecorríveis, por isso considera-se que o NCPC, em seu art.1.022, adotou a “ampla embargabilidade”¹. Conforme lecionam Didier e Cunha (2016), os embargos são cabíveis até mesmo contra decisão que julga anteriores embargos de declaração. Portanto, caberão novos embargos de declaração em duas hipóteses: (a) quando o vício alegado nos anteriores embargos persiste, sem ter sido corrigido; (b) quando da decisão que julga os anteriores embargos surgem novos vícios.

Dessarte, conforme ressalta o referido autor, tal recurso deve ser admitido também no âmbito do processo administrativo, por força das garantias constitucionais do processo, igualmente aplicáveis ao processo administrativo. Some-se a isso o fato de que o art. 15 do CPC determina sua aplicação, subsidiária e supletiva, ao processo administrativo.

Quanto ao prazo, os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de cinco dias, a contar da intimação da decisão embargada.

Os embargos de declaração são uma espécie de recurso de fundamentação vinculada. Assim, basta a alegação de obscuridade, contradição, omissão ou erro material para que o recurso seja conhecido. A análise, quanto à existência efetiva de tais elementos é questão de mérito recursal, que desaguará no acolhimento ou rejeição dos embargos.²

Abaixo, serão elucidadas sucintamente cada uma das hipóteses de cabimento do agravo, explicação que se extrai da lição de Cássio Scarpinella Bueno (2016).

A obscuridade e a contradição dizem respeito à própria intelecção da decisão, aquilo que ela quis dizer mas não ficou suficiente claro, em razão até mesmo de afirmações inconciliáveis entre si. Assim, a obscuridade e a contradição são vícios que devem ser encontrados na própria decisão, sendo descabido pretender confrontar a decisão com elementos a ela externos.

Já a omissão deriva da falta de manifestação do magistrado quanto a requerimento das partes e de eventuais intervenientes, bem como a ausência de decisão sobre da matéria que

¹ DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações e competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016.

² Ibidem, 2016.

caberia ao magistrado pronunciar-se de ofício. A previsão está ligada ao efeito translativo do recurso, que autoriza a apreciação, mesmo em sede de embargos declaratórios, de questões até então não enfrentadas. Nessas situações, o prévio contraditório é de rigor.

O parágrafo único do art. 1.022 ainda prevê que é omissa a decisão que deixar de se manifestar acerca de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, que se afirma aplicável ao caso sob julgamento (inciso I) e quando ela deixar de observar as exigências feitas pelo § 1º do art. 489, com relação ao dever de fundamentação das decisões jurisdicionais.

Por fim, o erro material também pode ensejar a apresentação dos embargos de declaração. O erro material deve ser compreendido como aquelas situações em que a decisão não se harmoniza, objetivamente, com o entendimento de que se pretendia exprimir ou que não condiz, também objetivamente, com os elementos presente nos autos. Conforme lição de Scarpinella (2016), tal vício pode ser alegado a qualquer tempo, tendo em vista sua natureza. Não há como entender que a falta de sua alegação em embargos declaratórios daria ensejo à preclusão de qualquer espécie.

A preclusão, na verdade, diz respeito ao uso dos embargos de declaração, contudo, os mesmos vícios podem ser questionados em outro recurso, desde que possua efeito devolutivo.

Quanto ao recurso especial e ao recurso extraordinário, estes exigem o prequestionamento, portanto, os embargos de declaração precisam ser opostos previamente, a fim de que haja a supressão da omissão, a eliminação da contradição, o esclarecimento da obscuridade ou a correção do erro material.

Os embargos de declaração deverão ser opostos por petição escrita, endereçada ao próprio órgão prolator da decisão embargada, contendo o pedido de complementação do julgado, a fim de que sejam sanados os vícios.

O embargante em suas razões, deve indicar expressamente qual o ponto omissivo, qual a contradição, a obscuridade e/ou o erro material. Conforme lição de Didier (2016):

a falta de indicação da omissão, da contradição, da obscuridade e/ou do erro material inviabiliza a sejam os embargos de declaração conhecidos pelo órgão julgador, por desatendimento à regra da dialeticidade. Não obstante devam os embargos ser opostos por petição escrita, há um caso em que se permite sejam opostos oralmente: a Lei nº 9.099/1 995, em seu art. 49, ao tratar dos embargos no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, prevê seu ajuizamento por escrito ou oralmente.

Acerca da possibilidade de haver *reformatio in pejus* no julgamento dos embargos declaratórios, disserta ainda o referido autor:

Na verdade, a proibição da *reformatio in pejus* decorre da conjugação do princípio dispositivo, da sucumbência como requisito de admissibilidade do recurso (CPC, art. 996) e, ainda, do efeito devolutivo. A proibição da *reformatio in pejus* é princípio aplicável a todos os recursos. Há, contudo, a possibilidade de haver *reformatio in pejus* no julgamento dos embargos declaratórios, quando, por exemplo, se elimina uma contradição (DIDIER, 2016).

A oposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos cabíveis contra a mesma decisão (art. 1.026, CPC).

Conforme dicção do art. 1.026 do NCPC, os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo. Tal dispositivo ajusta-se à regra geral do art. 995 do mesmo CPC, que prevê que os recursos não têm efeito suspensivo, a não ser quando houver disposição legal ou decisão judicial em sentido contrário.

3 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO

3.1 Generalidades

A Constituição da República, ao tratar dos recursos especial e extraordinário, estabelece que eles cabem quando a questão federal ou constitucional tenha sido decidida pelo tribunal de origem.

Extrai-se pois que, para que caiba o recurso especial ou extraordinário, é necessário que a matéria tenha sido examinada no acórdão recorrido, ou seja, é preciso que haja prequestionamento.

Nas palavras de Didier (2016, p. 282) “há pré-questionamento quando a matéria foi efetivamente examinada no acórdão ou na decisão que julgou a causa em última ou única instância”.

Conforme destaca Teresa Arruda Wambier (2008):

A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. Trata-se na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.

Dessa forma, os embargos de declaração interpostos com o nítido propósito de prequestionamento não configuram abuso por parte da recorrente, não incidindo assim a multa dos §§ 2º e 3º do art. 1.026 do NCPC.

Nesse sentido, é a Súmula 98/STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

3.2 O prequestionamento ficto

Pois bem. E se, mesmo interpostos os embargos, a omissão não for suprida, estará caracterizado o prequestionamento?

De acordo com a jurisprudência do STF, a simples interposição dos embargos de declaração já seria o bastante, não importando se suprida ou não a omissão. Nesse caso haveria o chamado prequestionamento ficto. Assim, dispõe a Súmula 356 do STF: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré questionamento”.

Ressalte-se que o pré-questionamento ficto, é aquele que se considera ocorrido com a mera interposição dos embargos de declaração frente a omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos.

O Novo CPC consagrou a tese do prequestionamento ficto em seu art. 1.025, verbis:

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.

Já o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que, para fins de prequestionamento, não basta a simples interposição de embargos de declaração, é necessário que o tribunal inferior emita juízo acerca da questão. Nesse sentido é a Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*. Assim, percebe-se que o STJ não adota a tese do prequestionamento ficto.

Conforme entendimento exarado por Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha³, a qual parece ser mais acertada, a postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias.

Verifica-se pois, que o Novo CPC não corroborou o entendimento fixado na Súmula 211 do STJ uma vez que consagra em seu artigo 1.025 a tese do prequestionamento ficto. Dessa forma, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil em 16 de março de 2016, a Súmula 211 do STJ restou superada.

Nesse sentido discorrem Didier e Cunha (2016):

Se a matéria tiver sido suscitada previamente ou se se tratar de questão cognoscível de ofício, mas o tribunal não a tiver apreciado, a parte pode opor embargos de declaração para que seja suprida a omissão. Ainda que os embargos sejam rejeitados ou inadmitidos, considera-se caracterizado o pré-questionamento. Para isso, é preciso que o tribunal superior considere existente a omissão. A mesma situação ocorre nos casos de contradição, obscuridade ou erro aterial. Aliás, é comum que o tribunal de origem profira julgamento partindo de premissa falsa, em manifesto erro material. Se, mesmo instado a corrigir o erro material por embargos de declaração, nele persistir, ter-se-á caracterizado o pré-questionamento. É necessário, entretanto, que o tribunal superior considere que, efetivamente, houve o erro material, a fim de se ter como configurado o pré-questionamento.

Em suma, de acordo com o NCPC, a mera interposição dos embargos de declaração já é suficiente para prequestionar a matéria, “ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade” (art. 1.025 no NCPC).

4 CONCLUSÃO

Conforme se verificou no decorrer deste trabalho, o Novo CPC trouxe uma louvável novidade no que tange ao prequestionamento ficto.

Com ele, restou superada a divergência que havia entre a jurisprudência do STF (súmula 356) e do STJ (súmula 211) com relação à possibilidade ou não de se considerar ocorrido o prequestionamento com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos.

³ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 3, p. 282.

LEAL, L. S. T. Os embargos de declaração e o prequestionamento ficto à luz do Novo Código de Processo Civil: uma breve análise acerca das Súmulas 356/STF e 211/STJ

Isso porque o Novo CPC consagrou a tese do prequestionamento ficto em seu art. 1.025, ao prever que consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Portanto, o Novo CPC não corroborou o entendimento fixado na Súmula 211 do STJ que restou superada.

Referida previsão legal foi um grande avanço, especialmente para os advogados e jurisdicionados, uma vez que pelo entendimento do STJ estes ficavam reféns dos Tribunais de 2º grau quanto a sorte do seu recurso especial.

Assim, a negativa de seguimento de recursos extraordinários por falta de prequestionamento após a entrada em vigor do novo CPC deve ser restrita às hipóteses em que a parte deixe de apresentar embargos declaratórios quanto a aspectos constitucionais ou da legislação federal suscitados perante os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

REFERÊNCIAS

BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015

DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações e competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 3.

GUIMARÃES, L. C. F. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

WAMBIER, T. A. A. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.