

BRUNO LEANDRO PALHARES PEREZ

**CONHECIMENTO DE OFÍCIO DAS QUESTÕES DE ORDEM  
PÚBLICA NO ÂMBITO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2013

BRUNO LEANDRO PALHARES PEREZ

RA nº 00097962

## **CONHECIMENTO DE OFÍCIO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO ÂMBITO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

Trabalho de Conclusão (Monografia) do Curso de Especialização em Direito Processual Civil, apresentado à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Cláudio Cintra Zarif.

Área de concentração: Direito Processual Civil.

SÃO PAULO

2013

Perez, Bruno Leandro Palhares.

Conhecimento de ofício das questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais/ Bruno Leandro Palhares Perez; Orientador: Claudio Cintra Zarif. São Paulo, 2013, 85 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Pós Graduação *lato sensu*) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

1. Direito. 2. Processo Civil – Brasil. I. Zarif, Claudio Cintra. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. III. Título.

Banca Examinadora:

---

---

---

Dedico este trabalho, como tudo que faço, à memória do meu pai, Valter Roberto Sarem Perez.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor Claudio Cintra Zarif, pelas aulas ministradas no decorrer do curso de Especialização em Direito Processual Civil e, sobretudo, pela orientação na realização do presente trabalho.

Agradeço, também, aos demais Professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelas aulas e exposições realizadas ao longo do mencionado curso, na certeza de que serviram ao amadurecimento de diversas ideias e ao incentivo pelo aprofundamento científico.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar a possibilidade de conhecimento de ofício de questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais.

Para tanto, pretende-se analisar o tratamento processual das questões de ordem pública, após o que serão detidamente estudados os recursos excepcionais, em seus efeitos e características, bem como os próprios Tribunais Superiores, de destacada importância no sistema processual civil.

Neste contexto, serão enfrentados os principais argumentos de origem jurisprudencial e doutrinária, tanto pela admissibilidade quanto pela inadmissibilidade do exame de ofício destas questões no âmbito dos recursos excepcionais, para que sejam feitas conclusões a respeito.

**Palavras chave:** Ordem Pública – Conhecimento de Ofício – Recursos Excepcionais – Tribunais Superiores.

## **ABSTRACT**

The present study aims to examine the possibility of voluntary knowledge of public policy issues under the exceptional appeals.

Therefore, it is intended to analyze the procedural treatment of the public policy issues, after which will be closely studied the exceptional appeals, in its effects and features, as well the Higher Courts themselves, of outstanding importance in the civil procedural system.

In this context, will be faced the main arguments coming from jurisprudence and doctrine, both for the admissibility and the inadmissibility of the voluntary examination of these issues under the exceptional appeals, so that can be made conclusions about it.

**Keywords:** Public Policy – Voluntary Knowledge – Exceptional Appeals – Higher Courts.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO 1 – BREVE NOÇÃO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA .....</b>	<b>10</b>
1.1. Definição de questões de ordem pública .....	10
1.2. Ordem pública material e ordem pública processual .....	13
1.3. Tratamento dispensado às questões de ordem pública.....	15
1.4. Uma última observação.....	19
<b>CAPÍTULO 2 – EFEITOS DOS RECURSOS.....</b>	<b>21</b>
2.1. Linhas gerais.....	21
2.2. O efeito devolutivo.....	22
2.3. O efeito translativo.....	27
<b>CAPÍTULO 3 – OS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....</b>	<b>34</b>
3.1. Recursos excepcionais: definição e características .....	34
3.2. Principais funções .....	39
3.3. Pressupostos específicos de admissibilidade .....	42
3.3.1. Hipóteses de Cabimento .....	42
3.3.2. Única ou última instância .....	43
3.3.3. Prequestionamento .....	45
3.3.4. Repercussão geral.....	47
<b>CAPÍTULO 4 – O CONHECIMENTO DE OFÍCIO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO ÂMBITO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....</b>	<b>50</b>
4.1. A questão proposta .....	50
4.2. O entendimento dos Tribunais Superiores.....	50
4.3. As posições da doutrina e os principais fundamentos a serem analisados.....	56
4.3.1. O óbice do prequestionamento .....	57
4.3.2. Os efeitos dos recursos excepcionais .....	61
4.3.3. As funções dos recursos excepcionais e o papel dos Tribunais Superiores.....	65
4.3.4. A Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal .....	69
4.3.5. A importância das questões de ordem pública e a regularidade da atividade jurisdicional.....	73
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>80</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é responder, após a análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais e de suas premissas, à seguinte questão: é possível que, no âmbito dos recursos excepcionais, se conheça de ofício de questões de ordem pública?

Para tanto, será necessário o desenvolvimento de algumas outras questões, intimamente ligadas ao objeto da referida indagação e cuja análise permitirá a formulação de uma resposta.

O primeiro capítulo será dedicado a um breve exame das questões de ordem pública. Desta forma, serão objeto de estudo a definição deste instituto, suas características principais e o tratamento que lhe é conferido pelo sistema processual civil.

Este exame, ainda que superficial, permitirá que, ao longo do trabalho, se leve em consideração os traços distintivos destas questões, que poderão influir na conclusão a ser formulada.

O segundo capítulo é voltado a uma análise dos efeitos dos recursos e, de maneira mais detida, ao exame de dois destes efeitos: os chamados efeitos *devolutivo* e *translativo*.

O propósito desta análise é verificar quais são os limites da cognição do órgão julgador do recurso, bem como em que medida a interposição do recurso permite a apreciação de questões que não foram suscitadas pelas partes, tenham elas natureza pública ou não.

O terceiro capítulo é destinado a um estudo da categoria recursal que é objeto do presente trabalho: a dos recursos “excepcionais” – ou “extraordinários”.

Buscar-se-á definir os recursos excepcionais, apresentando suas características distintivas, seus pressupostos específicos de admissibilidade e as suas principais funções no sistema processual.

Esta abordagem permitirá que se avalie se os recursos excepcionais são ou não merecedores de um tratamento diferenciado, inclusive – e sobretudo – no que diz respeito à atividade cognitiva do órgão julgador e à sua relação com as questões de ordem pública que não foram objeto de impugnação pelo recorrente.

O quarto capítulo se volta, finalmente, à específica questão que fora formulada. Após a exposição dos diversos entendimentos que vêm sendo manifestados pelos Tribunais Superiores, serão estudados os principais fundamentos apresentados pela doutrina, para que, ao final, se possa chegar a uma conclusão que se compatibilize com as linhas estruturais do sistema recursal civil brasileiro.

## CAPÍTULO 1 – BREVE NOÇÃO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

### 1.1. Definição de questões de ordem pública

Para que se faça possível o pleno desenvolvimento do tema que é objeto do presente trabalho, é necessária uma breve incursão na definição e no tratamento que é conferido às chamadas questões de ordem pública.

Esta incursão é feita mais com o objetivo de permitir uma aproximação aos entornos desta figura, do que propriamente de chegar à sua perfeita definição ou à completude de seu tratamento jurídico – objetivos estes que, dada a complexidade do tema, certamente demandariam um trabalho específico.

Normalmente, quando, na doutrina ou na jurisprudência, se trata da questão de ordem pública, está se fazendo referência a um de seus efeitos. Poucas obras ou decisões se propõem a definir uma questão de ordem pública.

Isto demonstra certa falta de rigor técnico, que explica o porquê de alguns equívocos muito comuns no campo acadêmico e no âmbito jurisprudencial.

Ao comentar o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>1</sup>, Clóvis Beviláqua definiu as normas de ordem pública como *“as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito”*<sup>2</sup>.

A definição dada pelo saudoso jurista cearense leva em consideração a vinculação da norma à organização social.

---

<sup>1</sup> “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”.

<sup>2</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 15.

Miguel Maria de Serpa Lopes, comentando o mesmo dispositivo legal, acrescenta que "*O seu característico principal é a inderrogabilidade: não pode ser afastada pela vontade do interessado*"<sup>3</sup>.

O mencionado autor refere-se, como se pode constatar, a uma característica das questões de ordem pública, e não a um elemento que verdadeiramente as defina.

Para se chegar a uma definição mais próxima da completude, é indispensável a análise das seguintes lições da clássica obra de Carlos Maximiliano:

"A distinção entre prescrições *de ordem pública e de ordem privada* consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o *fim principal* do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial."<sup>4</sup>

Assim, segundo os ensinamentos do grande jurista, toda norma ampara, de alguma forma, o interesse público. Ainda as normas que são criadas com o precípuo escopo de regular temas de interesse privado acabam, ainda que reflexamente, atendendo aos interesses da sociedade coletivamente considerada.

O que dá a uma prescrição a natureza pública é o fato de ela se voltar, imediatamente, ao interesse público. Assim, o conteúdo da norma protegeria os interesses privados apenas de maneira mediata e, por vezes, acidental.

Verifica-se, contudo, que a expressão "ordem pública" é utilizada pelo legislador – nos poucos dispositivos que a mencionam<sup>5</sup> –, e mesmo pela doutrina, com um significado mais intenso que este.

---

<sup>3</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 28.

<sup>4</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 176.

<sup>5</sup> Segundo Ricardo de Carvalho Aprigliano, o Código Civil possui cinco dispositivos que fazem referência à expressão "ordem pública": os artigos 20, 122, 606, 1.125 e 2.035, enquanto que o

Analisando os dispositivos legais que fazem expressa referência à “ordem pública” – e o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é um bom exemplo –, constata-se que há mais nesta expressão do que a simples transcendência aos interesses privados.

Quer o legislador se referir a disposições legais que, além de se voltarem diretamente ao interesse público, transcendendo aos interesses privados, sejam superiores e remontem aos próprios fundamentos da sociedade.

Assim, segundo a clássica definição de François Génys<sup>6</sup>, as normas de ordem pública são “*regras superiores que formam, por assim dizer, as condições vitais da sociedade e que devem dominar as vontades particulares*”.

Da mesma forma, Ricardo de Carvalho Aprigliano, em seu dedicado estudo acerca do tema, conclui que a ordem pública é “*o conjunto de princípios que refletem os valores fundamentais de uma determinada sociedade*”<sup>7</sup>.

A ordem pública se liga, portanto, àquilo que se tem por fundamental na estrutura da sociedade e de suas instituições.

É de se imaginar, por consequência, que os valores que integram a ordem pública se alterem com o passar do tempo e de acordo com as modificações experimentadas pela sociedade. Assim, uma norma que, hoje, é considerada de ordem pública, amanhã já poderá não sê-lo mais, em razão da alteração dos valores sociais então vigentes.

Além do interesse público marcante e da ligação estreita com os valores fundamentais da sociedade, as normas de ordem pública também se caracterizam pela imperatividade e pela cogência absoluta.

---

Código de Processo Civil não possui nenhum (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6).

<sup>6</sup> Apud AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento”, in *Revista de Processo*, volume 132, fevereiro de 2006, pp. 132 e ss..

<sup>7</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 239.

## 1.2. Ordem pública material e ordem pública processual

As normas de direito material que integram a chamada ordem pública são aquelas cuja aplicação pode repercutir na própria estrutura da sociedade. No âmbito do direito material, a ordem pública tem como precípua finalidade a limitação da autonomia privada, com vistas à proteção de interesses maiores.

Este objetivo é muito visível no campo do direito contratual. Tradicionalmente, a teoria geral dos contratos era regida por basicamente três princípios: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da força obrigatória dos contratos e o princípio da relatividade de seus efeitos.

Atualmente, com a evolução do direito contratual e por conta da nova realidade das relações sociais, aqueles princípios sobrevivem, mas *“escudados agora por novos princípios contratuais, que são a boa fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e sua função social”*<sup>8</sup>.

Tendem a integrar a ordem pública as normas de direito material informadas por valores sensíveis à estrutura da sociedade – valores de cunho social, econômico, cultural, religioso ou ético – e que cuidam de relações jurídicas indisponíveis.

Em julgamento relativo à homologação de sentença arbitral estrangeira, contestada sob o fundamento de violação à ordem pública brasileira, o Superior Tribunal de Justiça elencou, de maneira exemplificativa, algumas matérias que, a seu ver, integrariam a chamada ordem pública:

“Assentado está, contudo, que são leis de ordem pública: a) as constitucionais; b) as administrativas; c) as processuais; d) as penais; e) as de organização judiciária; f) as fiscais; g) as de polícia; h) as que protegem os incapazes; i) as que tratam de organização de família; j) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos; k) as de organização econômica (atinentes aos salários, à

---

<sup>8</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 25.

moeda, ao regime de bem). (...) É de salientar que a fraude à lei é, também, considerada na noção de ordem pública.”<sup>9</sup>

Trata-se, na realidade, de listagem por demais genérica e que, por conta disto, é incapaz de traduzir com precisão o conceito de ordem pública material. No entanto, serve para demonstrar que, em praticamente todos os ramos do Direito, existirão determinadas normas informadas por valores particularmente sensíveis e que cuidam de relações jurídicas indisponíveis. Estas normas integram a chamada ordem pública material.

No que diz respeito às normas da legislação processual, elas, uma vez que integram o direito público, têm natureza pública<sup>10</sup>. Ocorre que nem todas as disposições normativas processuais integram a ordem pública, para os fins considerados neste trabalho.

Assumirão esta natureza, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “*as normas destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes*”<sup>11</sup>.

A ordem pública processual é formada, portanto, pelas normas relacionadas aos elementos fundamentais da prestação da tutela jurisdicional e da admissibilidade e regularidade do processo.

A maior parte das hipóteses concretas de normas processuais de ordem pública diz respeito às condições da ação, aos pressupostos processuais de existência e de desenvolvimento válido e regular do processo e às nulidades absolutas<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Superior Tribunal de Justiça – Corte Especial – Sentença Estrangeira Contestada nº 802 – Relator Ministro José Delgado – Julgado em 17 de agosto de 2005.

<sup>10</sup> Neste sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Obra citada*, p. 176; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Obra citada*.

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 71.

<sup>12</sup> “(...) são de ordem pública as questões enumeradas nos arts. 267, § 3.º, e 301, § 4.º, do CPC, as que versam sobre nulidade absoluta e relativa (art. 245, parágrafo único, do CPC) e as presentes em outras situações que também não precluem para o juiz (v.g. inconstitucionalidade da lei,

As duas primeiras figuras – condições da ação e pressupostos processuais – constituem os chamados pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, julgamento este que é o próprio objetivo de uma relação processual.

As nulidades absolutas, por sua vez, podem impedir o processamento regular da causa e a prolação de uma decisão de mérito.

Todas estas questões são, portanto, intimamente ligadas aos pilares e à própria função da atividade jurisdicional.

### **1.3. Tratamento dispensado às questões de ordem pública**

As questões de ordem pública recebem do sistema processual um tratamento diferenciado sob diversas perspectivas, muitas delas desimportantes para o desenvolvimento do tema que é objeto deste trabalho.

De maneira atenta àquilo que se faz por relevante na presente exposição, cabe destacar três características essenciais do tratamento que é conferido pelo ordenamento processual às questões de ordem pública.

A primeira delas é a possibilidade de exame de ofício.

Dada a importância daquilo que é objeto da norma de ordem pública, atribui-se ao julgador o poder-dever de conhecer destas questões independentemente da provocação das partes, para que possa sanear aquilo que se encontra gravemente maculado na relação processual.

Uma vez que tais matérias podem ser conhecidas de ofício, entende-se que podem ser arguidas pelas partes por meio de qualquer veículo processual, inclusive por meio de simples petição.

---

intempestividade do recurso), apreciáveis de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição." (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Obra citada*).

Aliás, um bom exemplo da simplicidade que se admite para veicular matérias de tal envergadura é a exceção (ou objeção) de pré executividade, que nada mais é que *“simples petítório aviado interna corporis em ação executiva, suscitando-se a respeito desta vícios que possam, inclusive, ocasionar sua extinção, como a nulidade de citação, por exemplo”*<sup>13</sup>.

Cabe ressaltar, no entanto, que nem tudo que é cognoscível de ofício pelo juiz constitui matéria de ordem pública. Diversas matérias podem ser conhecidas de ofício por pura opção legislativa. É o caso da prescrição (artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil<sup>14</sup>).

De toda forma, sempre que o juiz, agindo de ofício, identifique uma questão de ordem pública que mereça ser objeto de pronunciamento, deve, antes de decidir, informar as partes e possibilitar a apresentação de suas manifestações.

Trata-se de providência indispensável e decorrente do princípio do contraditório.

A segunda característica é a possibilidade de exame em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Quando se trata de uma questão de ordem pública de natureza processual, o ideal é que dela se conheça no primeiro momento em que isto seja possível, de forma que o órgão jurisdicional possa exercer uma atividade saneadora o quanto antes.

Não obstante, novamente em razão da importância que se atribui a estas questões, o sistema processual permite que, em regra, se conheça destas questões mesmo após a fase de saneamento. Permite-se – é importante adiantar – o conhecimento destas matérias mesmo em grau recursal.

---

<sup>13</sup> MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Atividades de ofício em grau recursal*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 223.

<sup>14</sup> “Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. (...) § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. (...)”.

Em terceiro lugar, costuma-se afirmar que as questões de ordem pública não são objeto de preclusão.

Muito embora se trate de questão assaz debatida no âmbito doutrinário<sup>15</sup> – e cujo exame detalhado desviaria o foco do presente trabalho –, é oportuno observar que, de fato, estas questões não se submetem ao regime ordinário da preclusão.

Prova disto é a possibilidade de seu conhecimento mesmo sem a arguição no momento que lhes é oportuno – em sede de contestação, por exemplo – e num momento processual que, a princípio, seria inadequado – após a fase de saneamento do processo.

Há de se observar, contudo, que fortes razões sistemáticas indicam a ocorrência da preclusão da questão de ordem pública, ao menos para o juiz de primeiro grau, no caso de ele ter apreciado e decidido acerca dela (artigo 471 do Código de Processo Civil<sup>16</sup>).

No entanto, conforme fora dito, trata-se de questão extremamente controvertida e que divide os estudiosos processualistas<sup>17</sup>.

Entre as normas que se fazem relevantes ao exame das três mencionadas características, encontram-se os artigos 113<sup>18</sup>, 267, § 3º<sup>19</sup>, e 301, § 4º<sup>20</sup>, do Código de Processo Civil.

---

<sup>15</sup> Ricardo de Carvalho Aprigliano, na obra algumas vezes citada neste trabalho, desenvolve um longo exame dos debates travados em torno desta característica.

<sup>16</sup> “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.”

<sup>17</sup> Entre aqueles que opinam pela ocorrência da preclusão da questão de ordem pública para o juiz de primeiro grau que decidiu a seu respeito, encontram-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 182; MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 138. Entre os que pensam em sentido contrário, estão: WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Despacho saneador irrecorrido – possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença”, *in Revista de Processo*, volume 67, julho de 1992, pp. 227-231; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 115-116; TALAMINI, Eduardo. “Saneamento do processo”, *in Revista de Processo*, volume 86, abril de 1997, pp. 76 e ss..

Por fim, deve-se ressaltar que todas estas características são aplicáveis com plenitude apenas às questões de ordem pública processual. Em relação à ordem pública material, a sua atuação é bem mais tímida, uma vez que o julgador deverá sempre se ater aos limites objetivos da demanda, para o acolhimento de uma pretensão,

Assim, por exemplo, num determinado caso concreto, o julgador poderia rejeitar um pedido fundamentado em um contrato, se vislumbrar a incapacidade absoluta de um dos contratantes, mesmo que este fundamento não seja invocado pelo réu.

Não poderá, todavia, “*declarar nulo esse mesmo contrato, por incapacidade absoluta, em demanda versando a anulabilidade por vício de vontade*”<sup>21</sup>, uma vez que isto importaria em patente extrapolação da causa de pedir e, por consequência, dos limites objetivos da demanda.

Desta feita, no que concerne à ordem pública material, tais questões só podem ser objeto de cognição espontânea do magistrado “*quando dizem respeito ao objeto do processo*”<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> “Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.”.

<sup>19</sup> “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”.

<sup>20</sup> “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...)

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.”.

<sup>21</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, *in Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. Coordenadores: José Roberto dos Santos Bedaque; José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

<sup>22</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 242.

#### 1.4. Uma última observação

Como se destacou no início do presente Capítulo, é incomum encontrar nas obras doutrinárias e nas decisões judiciais uma descrição técnica precisa do que seja uma questão de ordem pública.

É extremamente comum, por outro lado, a tentativa de definição de uma questão de ordem pública por uma de suas características, gerando uma linha de raciocínio viciada. Assim, por vezes, se diz que a questão de ordem pública é aquela cognoscível de ofício, afirmando-se, logo em seguida, que a questão pode ser conhecida de ofício por ser de ordem pública.

Esta falta de técnica gera problemas para além da esfera acadêmica.

O artificialismo na definição de questões de ordem pública vem levando os tribunais a decidir com um alto grau de discricionariedade, afirmando, em determinados casos concretos, a existência de questões de ordem pública que, na realidade, não ostentam esta natureza.

Assim, quando intencionados a decidir em razão de determinada questão, os tribunais afirmam sua natureza pública, justificando o seu conhecimento de ofício – o que, ainda, é feito sem a observância do contraditório, resultando numa surpresa para as partes.

Estas ocorrências vêm sendo observadas pela doutrina:

“Nesse sentido, por exemplo, o STJ já decidiu ser possível o reconhecimento de ofício da imunidade parlamentar do demandado em ação de indenização por danos morais que tinha sido julgada procedente em primeira instância, da falta da prova literal de dívida líquida e certa em ação cautelar de arresto, mesmo em embargos declaratórios com a imposição de *reformatio in pejus* ao recorrente, e das questões de ordem pública contempladas no Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40), independentemente de sua natureza, ‘pois transcendem o interesse e se sobrepõem à vontade das partes, falam por si mesmas e, por isso,

independem de interlocução para serem ouvidas'.<sup>23</sup>

“No Brasil, no âmbito do direito econômico, o Estado tem usado do conceito de ordem pública para ter certas leis como sendo de ordem pública, e a partir daí intervir na economia, com o afastamento de outras leis e desconsideração de contratos já celebrados, sob o argumento de que a ordem pública prevalece sobre a ordem privada. Foi muito invocado, quando se discutiu a aplicação imediata das leis que implantaram planos econômicos. No direito civil, não se admite a cláusula de não-indenizar que ofenda a ordem pública. No campo processual, é recorrente a referência às questões de ordem pública para regular o âmbito de atuação do juiz e permitir sua maior intervenção na condução do processo e no julgamento da lide.”<sup>24</sup>

A ausência de uma postura técnica por parte dos tribunais permite, portanto, uma considerável margem de discricionariedade (e, por vezes, de arbitrariedade).

Isto apenas demonstra a importância de uma definição precisa da questão de ordem pública e do estabelecimento das balizas ao tratamento que se lhe deve dispensar.

Muito embora o presente trabalho não seja o palco adequado para a consecução destes objetivos – não ao menos com a precisão e a completude que eles mereçam –, a observação que se buscou fazer denuncia uma conduta discricionária que vem sendo praticada pelos tribunais e que se liga ao tema central deste estudo, que é a possibilidade (ou impossibilidade) de conhecimento de ofício das questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais.

---

<sup>23</sup> RAATZ, Igor; SILVA, Frederico Leonel Nascimento e. “Crítica à tese do julgamento de ofício das ‘questões de ordem pública’ em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores”, *in Revista de Processo*, volume 202, dezembro de 2011, pp. 69 e ss..

<sup>24</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Obra citada*.

## CAPÍTULO 2 – EFEITOS DOS RECURSOS

### 2.1. Linhas gerais

No atual estágio da ciência processual, é quase unânime a ideia de que a Constituição Federal de 1988 adotou, *implicitamente*, o princípio do duplo grau de jurisdição.

Segundo este princípio, toda decisão judicial pode ser objeto de um recurso a outro órgão judicial, que tenha condições de reexaminar, no sentido amplo, aquela decisão.

Da mesma maneira, é quase unânime a ideia de que o duplo grau de jurisdição, embora adotado implicitamente pela Constituição Federal, não é uma garantia<sup>25</sup>. Assim, pode a lei limitar a possibilidade de recurso contra determinadas decisões, do mesmo modo que pode limitar o âmbito de cognição de determinadas modalidades recursais.

Contudo, muito embora o direito ao recurso seja plenamente limitável, o sistema processual civil brasileiro se caracteriza pelo grande número de modalidades recursais<sup>26</sup> e pela ampla permissão de impugnação das decisões judiciais no mesmo processo em que proferidas.

O recurso – segundo a definição que parece ser a mais precisa e que angariou o maior número de adeptos – “é o *remédio voluntário idôneo a ensejar*,

---

<sup>25</sup> “Não há, contudo, regra expressa na Constituição Federal da qual se possa inferir que o duplo grau de jurisdição constitua uma *garantia constitucional*, daquelas que não se podem afastar. (...) Pode-se dizer, assim, que uma norma infraconstitucional que estabeleça que uma decisão não se sujeita a recurso, embora afaste, para aquele caso, a incidência do duplo grau de jurisdição, não viola a Constituição Federal, porquanto esta também albergou o princípio que é oposto àquele.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 196).

<sup>26</sup> O artigo 496 do Código de Processo Civil lista oito recursos – e, entre eles, o agravo, que tem várias modalidades –, existindo, ainda, outros recursos criados e disciplinados pela legislação complementar.

*dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*<sup>27</sup>.

Como ato jurídico processual que é, o recurso tende a produzir efeitos sobre a relação processual – e, também, sobre a situação das partes nesta relação e sobre a própria eficácia da decisão impugnada<sup>28</sup>.

Estes efeitos são diversos e podem decorrer da interposição do recurso, de algum ato de seu procedimento ou de seu julgamento propriamente dito.

A seguir, serão estudados dois destes efeitos, que se relacionam com o tema do presente trabalho.

## **2.2. O efeito devolutivo**

O principal efeito de um recurso é a transferência da causa ou da matéria que foi objeto de decisão a um órgão superior<sup>29</sup>, a quem se impõe o reexame.

A interposição do recurso tem, portanto, a eficácia de *“incluir concretamente na competência do tribunal a causa ou o incidente em que o recurso houver sido interposto*<sup>30</sup>, bem como de estabelecer o seu poder-dever em julgá-la.

É natural que o inconformismo da parte e o manejo da impugnação operem a devolução da matéria ao órgão julgador do recurso, uma vez que o reexame é o

---

<sup>27</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 223.

<sup>28</sup> Como muito bem observado e explicado por Cândido Rangel Dinamarco: “Os atos jurídicos processuais, como condutas humanas voluntárias realizadas no processo, destinam-se a produzir efeitos sobre uma especial relação entre sujeitos, que é a relação jurídica processual. O ato de recorrer, ou mais simplesmente, o *recurso*, é um ato processual que, como todo ato processual, produz efeitos sobre tal relação” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os efeitos dos recursos”, *in Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 115).

<sup>29</sup> E, excepcionalmente, ao próprio órgão prolator da decisão, como ocorre, por exemplo, no caso dos Embargos de Declaração e dos Embargos Infringentes disciplinados pela Lei nº 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais).

<sup>30</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Obra citada*, p. 123.

precípua objetivo deste remédio<sup>31</sup>. Assim, é correta a afirmação, comum na doutrina, de que o efeito devolutivo é da própria natureza do recurso.

O efeito devolutivo deve ser analisado sob dois prismas: o prisma da *extensão* – ou *horizontal* – e o da *profundidade* – ou *vertical*.

Sob o prisma da extensão, serão devolvidas ao órgão *ad quem* as matérias que foram objeto de impugnação pela parte recorrente.

O efeito devolutivo é tratado como uma projeção, no segmento recursal, do princípio dispositivo. Portanto, a atividade jurisdicional a ser exercida pelo órgão recursal deverá limitar-se àquilo que foi objeto do inconformismo da parte. Pode-se afirmar, com isto, que o princípio da adstrição vigora no âmbito recursal<sup>32</sup>.

Assim, a princípio, na perspectiva horizontal, “*restringir-se-á a atividade cognitiva do tribunal à(s) parte(s) da sentença que haja(m) sido objeto de impugnação, valendo, ademais, a proibição da reformatio in pejus*”<sup>33</sup>.

É o que reza o *caput* do artigo 515 do Código de Processo Civil<sup>34</sup>, que, embora seja incluído no capítulo atinente à apelação, integra a chamada Teoria Geral dos Recursos, aplicando-se às demais modalidades recursais.

Desta forma, adotou-se, de maneira expressa, a máxima do *tantum devolutum quantum appellatum*.

---

<sup>31</sup> Após analisar o aspecto terminológico da palavra “recurso”, Rodolfo de Camargo Mancuso conclui: “Essa ‘volta ao passado’, subjacente ao sentido da palavra *recurso*, revela a verdadeira essência do que se contém nesse termo, quando o empregamos na prática jurídica: quem recorre pretende, justamente, uma *restitutio in integrum*, ou mesmo parcial que seja, algo assim como um *retorno da capo* na partitura onde se espelha sua posição processual” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 21).

<sup>32</sup> “O efeito devolutivo confunde-se com a incidência dos arts. 128 e 460 na esfera recursal. Não é demais lembrar que o ato de recorrer é uma espécie de renovação do exercício do direito de ação, ou de defesa. Assim, (...) como consequência lógica deverão ser aplicados aos recursos os princípios que são próprios do exercício do direito de ação, com as devidas adaptações.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Obra citada*, pp. 188-189).

<sup>33</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, pp. 134-135.

<sup>34</sup> “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.”

A profundidade diz respeito aos antecedentes lógicos e jurídicos da decisão<sup>35</sup>, isto é, aos fundamentos e às questões que são devolvidas ao órgão julgador do recurso e que se relacionam com os capítulos que foram objeto de impugnação.

Assim, a profundidade do efeito devolutivo opera apenas dentro da porção do *decisum* que foi impugnada.

A *extensão* do efeito devolutivo limita, portanto, a quantidade de matéria que será devolvida, de modo que a profundidade limita a *qualidade* daquilo que pode ser material de exame e de julgamento pelo órgão *ad quem*<sup>36</sup>.

De uma maneira geral, pode-se afirmar que, ao menos em relação aos recursos ordinários, a profundidade do efeito devolutivo garante ao órgão *ad quem* o conhecimento de todas as questões e fundamentos que foram suscitados pelas partes na instância anterior.

O § 1º do artigo 515 do Código de Processo Civil estabelece, ainda, que estas questões serão devolvidas ao órgão julgador do recurso, “*ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro*”.

Assim, se o autor postula, em juízo, a anulação de um contrato com fundamento na incapacidade relativa do agente e na ocorrência de um erro substancial – sendo ambos os fundamentos contestados pelo réu –, e o juiz, ao proferir a sentença, julga improcedente o pedido, por rejeitar a primeira causa de pedir, a apelação interposta pelo autor devolve ao tribunal ambos os fundamentos de seu pedido<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 600.

<sup>36</sup> Dizendo isto, mas com outras palavras: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 79-80.

<sup>37</sup> Trata-se de exemplo dado por José Carlos Barbosa Moreira. *Obra citada*, p. 135.

O tribunal poderá, portanto, dar provimento à apelação e julgar procedente o pedido, por acolher a segunda causa de pedir, que não havia sido examinada pelo juiz de primeira instância.

Tratar-se-ia, no caso, de sentença *citra petita*, que, incorrendo em omissão, deixou de apreciar uma das causas de pedir formuladas pela parte autora. Segundo o § 1º do artigo 515 do Diploma Processual Civil, a profundidade do efeito devolutivo permitiria o saneamento deste vício da sentença.

Da mesma forma, quando o juiz acolhe uma questão prejudicial – e o exemplo clássico é a prescrição –, deixará ele de apreciar os demais fundamentos arguidos pelo autor e impugnados pelo réu. O tribunal, ao julgar o recurso de apelação e rejeitar a prescrição, prosseguirá no julgamento da causa, conhecendo das “questões suscitadas e discutidas no processo” e que não foram objeto de decisão na instância inferior.

Do mesmo modo, quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, deixando, por conseguinte, de conhecer dos demais, todos eles serão devolvidos ao órgão julgador do recurso. É o que estabelece o § 2º do artigo 515 do Código de Processo Civil.

Assim, no exemplo já citado – do pedido de anulação do contrato pela incapacidade relativa do agente e pelo erro substancial, fundamentos impugnados pelo réu –, caso o juiz julgue procedente o pedido por acolher a primeira causa de pedir, silenciando sobre a segunda, ambas serão devolvidas ao tribunal no julgamento da apelação interposta pelo réu<sup>38</sup>.

Desta forma, caso o tribunal entenda que a segunda causa de pedir é que deveria levar à procedência do pedido, poderá negar provimento à apelação do réu, “confirmando” a sentença em sua conclusão, mediante a correção de seus fundamentos.

---

<sup>38</sup> Novamente, trata-se de exemplo dado por José Carlos Barbosa Moreira. *Obra citada*, p. 135.

Por fim, o artigo 516 do Código de Processo Civil permite que o tribunal conheça das “*questões anteriores à sentença, ainda não decididas*”.

Segundo a interpretação que lhe é dada pela doutrina, o dispositivo trata das questões incidentes, de natureza processual, que não interferem diretamente no julgamento do mérito e cujo exame devem preceder o julgamento de mérito.

Exemplos de questões desta ordem são “*a impugnação ao valor da causa, o pedido de assistência judiciária gratuita, a controvérsia sobre o desentranhamento de algum documento, sobre o recolhimento de diferença de custas, etc*”<sup>39</sup>.

Trata-se, portanto, de questões preliminares, de natureza processual, que foram suscitadas pelas partes e deveriam preceder ao julgamento de mérito. Por isto, são chamadas pela lei de “*questões anteriores à sentença*”. Tais questões, embora não tenham sido decididas, são devolvidas ao tribunal quando do julgamento do recurso.

Desta forma, pelo que se viu, de acordo com os §§ 1º e 2º do artigo 515 e com o artigo 516 do Código de Processo Civil, com a interposição do recurso serão devolvidos ao tribunal – dentro dos capítulos impugnados – os fundamentos utilizados pelas partes e que tenham sido rejeitados ou tenham restado prejudicados, assim como todas as questões que foram suscitadas na instância anterior, mesmo que a sentença não as tenha julgado por inteiro ou que, deduzidas incidentalmente, não tenham sido decididas.

Por fim, cabe apenas ressaltar que os limites do efeito devolutivo variarão conforme a modalidade recursal. Assim, mesmo entre os recursos de natureza ordinária, pode haver certas limitações, conferidas pela lei ou pelo próprio cabimento do recurso, ao efeito devolutivo, especialmente sob o prisma de sua profundidade<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. Barueri: Manole, 2008, p. 618.

<sup>40</sup> “O efeito devolutivo não é pleno em relação a todos os recursos previstos no ordenamento jurídico processual, manifestando-se com maior ou menor intensidade de acordo com o âmbito de cabimento do recurso” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Obra citada*, p. 187).

Neste item, buscou-se fazer uma ampla análise do efeito devolutivo. Esta amplitude não é observada, no entanto, em todas as modalidades recursais, especialmente naquelas de natureza extraordinária, que serão objeto de estudo em capítulo próprio.

### 2.3. O efeito translativo

Alguns autores defendem a existência de um outro efeito recursal, por meio do qual também se operaria a transferência de determinadas questões ao conhecimento do órgão recursal.

Assim, trata-se de um efeito com resultados análogos aos do efeito devolutivo<sup>41</sup>. Trata-se do *efeito translativo* dos recursos.

O recurso – ou, de maneira mais técnica, o conhecimento do recurso – transfere ao órgão julgador o poder-dever de conhecer de ofício todas as matérias que os juízos inferiores poderiam ter conhecido sem a provocação das partes.

Assim, traslada-se o poder de o tribunal, investido da função jurisdicional, conhecer de ofício acerca das questões de ordem pública, ainda que elas não tenham sido decididas, ou ainda que elas não tenham sido suscitadas e discutidas no juízo inferior.

Segundo Nelson Nery Junior, trata-se da projeção, no segmento recursal, do princípio inquisitório<sup>42</sup>, que confere aos órgãos jurisdicionais um papel maior do que de mero espectador do processo<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> “A possibilidade para o juiz de reexaminar razões e exceções do processo de primeiro grau, se não constitui o efeito devolutivo da apelação, é pelo menos uma devolução com resultado análogo: constituir o objeto do recurso” (BONSIGNORI, Angelo. “L’effetto devolutivo dell’appello”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1343).

<sup>42</sup> “O poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do *princípio inquisitório* e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos. Mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou contra-razões do recurso.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 417).

Segundo alguns autores, o efeito translativo não seria nada mais do que uma das facetas da profundidade do efeito devolutivo<sup>44</sup>, que, *per se*, já garantiria o traslado das questões de ordem pública à instância superior.

Assim, segundo tais autores, a profundidade do efeito devolutivo – disciplinadas, de maneira geral, pelos §§ 1º e 2º do artigo 515 e pelo artigo 516 do Código de Processo Civil – já é suficiente para garantir a transferência de tais questões ao órgão julgador do recurso<sup>45</sup>.

Com a devida *venia*, deve-se discordar deste entendimento. É certo que o efeito devolutivo é, em alguns recursos, extremamente amplo e permite que o tribunal conheça de questões que não foram objeto de impugnação pelas partes.

---

<sup>43</sup> “Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou a colaboração das partes.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Obra citada*, p. 35).

<sup>44</sup> “Podendo, ou devendo (*as questões de ordem pública*) ser examinadas de ofício pelo tribunal, há quem veja, a seu respeito, um efeito recursal distinto do efeito devolutivo, que, por sua vez, ficaria restrito ao pedido formulado pelo recorrente. Fala-se em efeito *translativo*. O problema, porém, é apenas terminológico. Se é efeito devolutivo o fenômeno de deslocar o conhecimento da causa, no todo ou em parte, do juízo *a quo*, para o tribunal *ad quem*, não há pecado lógico na inclusão das matérias de ordem pública no âmbito da devolução de competência operada por força do recurso. (...) Assim, o efeito dito translativo não seria mais do que um dos aspectos do efeito devolutivo *lato sensu*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Obra citada*, pp. 600-601, nota de rodapé nº 95).

Da mesma forma, o ilustre Professor Cândido Rangel Dinamarco, ao discorrer sobre os efeitos dos recursos, trata da transferência das questões de ordem pública não impugnadas como um resultado da aplicação do efeito devolutivo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Obra citada*, p. 133).

O processualista fluminense José Carlos Barbosa Moreira também deixa de fazer menção ao efeito translativo, tratando todo tipo de traslado de matérias como resultado do efeito devolutivo (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Obra citada*, pp. 133-136).

<sup>45</sup> Os Tribunais pátrios, certas vezes, também tratam o efeito translativo como um mero sinônimo do efeito devolutivo sob o prisma de sua profundidade: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ÂMBITO DE COGNIÇÃO. VOTO VENCIDO. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COGNIÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (...) O recurso de embargos infringentes possui efeito devolutivo limitado ao voto vencido. Portanto, o que não foi objeto de divergência não poderá ensejar a interposição dos embargos. Porém, não se há olvidar que o efeito devolutivo de todo recurso é de ser entendido sob o ângulo de extensão e profundidade. A extensão diz acerca da análise horizontal da matéria posta em juízo, ao passo que a profundidade é a verticalização da cognição do julgador. **Tal verticalização, por muitos considerada como efeito translativo dos recursos, consiste na possibilidade de o Tribunal, ultrapassada a admissibilidade do apelo, decidir matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição**, como é o caso das nulidades absolutas, das condições da ação, dos pressupostos processuais e das demais matérias a que se referem o § 3º do art. 267 e § 4º do art. 301.” (Superior Tribunal de Justiça – 4ª Turma – Recurso Especial nº 304.629/SP – Relator Ministro Luís Felipe Salomão – Julgado em 09 de dezembro de 2008) (*destacou-se*).

Contudo, o efeito devolutivo, por si só, não garantiria, em determinadas hipóteses, o traslado das questões de ordem pública à instância superior.

Como se viu, os §§ 1º e 2º do artigo 515 do Código de Processo Civil tratam de questões e fundamentos que foram *suscitados e discutidos pelas partes*. Do mesmo modo, entende-se que o artigo 516 do mesmo Diploma, ao fazer referência a “*questões anteriores à sentença*”, está a tratar de questões prejudiciais que foram *suscitadas pelas partes*.

Estes dispositivos deixariam de fora, portanto, as questões de ordem pública que não foram suscitadas e discutidas na instância inferior, sendo insuficientes para explicar o fenômeno que ocorre por autorização dos artigos 113, 267, § 3º, e 301, § 4º, do Código de Processo Civil.

Além disto, segundo entendimento que prevalece na doutrina, as questões de ordem pública ficam automaticamente trasladadas ao órgão recursal ainda que já tenham sido objeto de decisão na instância inferior. Transcreve-se, a seguir, exemplo dado pela doutrina:

“A nulidade da citação é também questão de ordem pública, e, como tal, apreciável pelo órgão *ad quem* mesmo que o primeiro grau tenha afastado a alegação e o réu não tenha disso recorrido. Sendo matéria de extrema relevância, que desafia inclusive ação rescisória, sua apreciação não fica limitada à expressa reproposição na apelação.”<sup>46</sup>

Esta transferência não seria possível pela aplicação dos §§ 1º e 2º do artigo 515 e pelo artigo 516 do Código de Processo Civil, que exigem que a questão não tenha sido objeto de apreciação.

Desta forma, as questões de ordem pública escapariam, muitas vezes, ao efeito devolutivo.

---

<sup>46</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 194.

Além disto, o efeito devolutivo é incapaz de explicar o conhecimento de ofício de questões de ordem pública no âmbito de recursos cuja devolução é limitada.

Tome-se como exemplo o recurso de embargos infringentes. Sabe-se que a devolução operada por este recurso limita-se à matéria que foi objeto de divergência no julgamento realizado pelo tribunal – e, obviamente, que foi impugnada pela parte por meio destes embargos<sup>47</sup>.

A profundidade do efeito devolutivo operaria, portanto, apenas no âmbito desta matéria, isto é, observando os limites daquilo que foi devolvido sob o prisma da extensão. Esta é a *devolução* operada pelos embargos infringentes.

No entanto, segundo entendimento prevalecente na doutrina<sup>48</sup> e na jurisprudência<sup>49</sup>, o tribunal, no julgamento dos embargos infringentes, pode conhecer

---

<sup>47</sup> Esta ressalva se justifica, pois a parte pode impugnar, por meio dos embargos infringentes, apenas uma parcela da matéria que foi objeto de divergência no julgamento.

<sup>48</sup> “As matérias de ordem pública que tenham sido julgadas pelo tribunal em apelação ou ação rescisória são transferidas ao órgão julgador dos embargos infringentes, **sendo irrelevante tenham sido objeto ou não da divergência**. Nos embargos infringentes a matéria divergente é devolvida ao tribunal por força do *efeito devolutivo* dos embargos; as matérias de ordem pública são translataadas ao tribunal por força dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC. Da mesma força, é lícito à parte alegar essas matérias pela primeira vez nos embargos infringentes, provocando decisão do tribunal sobre elas, que, inclusive, deve conhecê-las de ofício independentemente de pedido da parte ou interessado.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Obra citada*, p. 420) (*destacou-se*).

“Publicado o acórdão derivado de votação não unânime que se enquadre nas condições do art. 530 do CPC, portanto, serão admissíveis infringentes, cuja oposição reabrirá a atividade jurisdicional do órgão recursal.

À semelhança do que dissemos relativamente aos embargos declaratórios, vez opostos os infringentes, poderá o órgão recursal pronunciar-se sobre matérias que admitam pronunciamento de ofício independentemente de tal constar da esfera de devolutividade desta modalidade recursal.” (MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Atividades de ofício em grau recursal*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 225).

“(…) diante de uma das hipóteses autorizadoras do cabimento do recurso, é dado ao colegiado, aplicando o art. 267, § 3º, apreciar outras questões que, posto transbordarem dos limites do voto vencido (efeito devolutivo), são passíveis de apreciação oficiosa. Não há óbice, portanto, para que aquele a quem o voto vencido viabiliza a apresentação dos embargos infringentes traga em suas razões, além da rediscussão onde se verificou a divergência, outras matérias que sejam de ordem pública.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Obra citada*, p. 217).

“Todavia, não parece errôneo concluir, que na ocorrência de nulidade absoluta, considerada questão de ordem pública, só detectada em sede do julgamento dos embargos infringentes, o tribunal, ao proclamá-la, não estará infringindo seu limite de atividade, decorrente do efeito devolutivo restrito dos embargos, até porque, em relação a tais questões de ordem pública, não ocorre o fenômeno da preclusão. Agindo dessa maneira, o Tribunal estará tão somente observando a hipótese prevista no parágrafo do art. 245 e no § 3º do art. 267 do CPC. (...) Nada obsta, então, que o juízo *ad quem*, quando do conhecimento dos embargos infringentes, localizando questão de ordem pública, declare a nulidade, **independentemente do contido no voto vencido e, portanto, no limite de abrangência**

de uma questão de ordem pública que não foi objeto de impugnação pelas partes, ainda que ela não diga respeito à matéria objeto de divergência e, portanto, objeto do recurso.

O mesmo se verifica no bojo do recurso de agravo. O efeito devolutivo deste recurso é restrito à questão incidental decidida pelo pronunciamento contra o qual se recorreu<sup>50</sup>.

Assim, se se interpõe agravo contra a decisão por meio da qual se concedeu medida liminar em favor do autor, a devolução operada pelo agravo se restringe à medida liminar – seus fundamentos, seus requisitos, etc.

Entende-se, no entanto – é certo que não sem certa divergência –, que o tribunal, ao julgar o recurso de agravo, pode conhecer, de ofício, de uma questão de ordem pública, ainda que ela não esteja inserida na matéria objeto de impugnação<sup>51</sup>.

A mesma ideia pode ser aplicada aos embargos de declaração, que podem servir de palco para o conhecimento de uma questão de ordem pública, ainda que

---

**do recurso**, a teor da competência que o sistema processual lhe confere.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual, *in Revista de Processo*, volume 67, julho de 1992, pp. 26 e ss.) (*destacou-se*).

<sup>49</sup> “Por serem matérias de ordem pública, as condições da ação podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não suscetíveis de preclusão, e devem ser apreciadas *ex officio* pelo magistrado ou Tribunal. Na locução “em qualquer grau de jurisdição”, leia-se primeiro e segundo graus, incluindo os embargos infringentes. Por esse motivo, tendo a recorrente suscitado em sede de embargos declaratórios o exame do tema pertinente à ilegitimidade da União para responder à presente demanda, deveria o Tribunal a quo ter emitido pronunciamento a respeito. Não o fazendo, terminou por infringir os arts. 273, § 3º, e 535 do CPC.” (Superior Tribunal de Justiça – 1ª Turma – Recurso Especial nº 909.429/PR – Relator Ministro José Delgado – Julgado em 20 de novembro de 2007).

<sup>50</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Obra citada*, p. 145.

<sup>51</sup> “Na mesma linha de raciocínio, entendemos que o tribunal, desde que se trate de conhecer de matéria de ordem pública cuja constatação possa ser feita *icto oculi*, pode extinguir o processo com base no art. 267, em julgando um agravo, em que a matéria não tenha sido ventilada.

Pensamos, assim, que, por exemplo, o tribunal pode, julgando um agravo interposto pelo réu, contra decisão que concedeu liminar em favor do autor, extinguir o processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade deste.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 340).

O mesmo entendimento se aplica aos embargos de declaração: “Pode-se alegar, por meio de embargos de declaração – recurso cujo efeito devolutivo se limita à parte da decisão em que houve contradição, obscuridade e à própria lacuna –, a existência de nulidade processual? A resposta a esta questão, a nosso ver, só pode ser positiva.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Obra citada*, p. 340).

esta questão não tenha sido arguida pela parte embargante e mesmo que se encontre fora do âmbito de devolução desta modalidade recursal<sup>52</sup>.

Desta forma, o efeito devolutivo seria insuficiente para explicar o fenômeno em questão em sua completude<sup>53</sup>.

Além disto tudo, a “devolução automática” destas questões é algo incompatível com a ideia de devolução, que é provocada e limitada pela vontade da parte.

Deve-se concluir, portanto, que o princípio inquisitivo propulsiona a ocorrência de um outro efeito, autônomo em relação ao efeito devolutivo, e que traslada ao órgão recursal todas as questões que poderiam – e deveriam – ter sido conhecidas de ofício na instância inferior.

O efeito em questão – efeito translativo – é que fundamenta o conhecimento de ofício, no âmbito recursal, das questões de ordem pública<sup>54</sup>.

Cabe, por fim, apenas reiterar o entendimento de que, nestes casos, quando o tribunal aperceber-se da necessidade de conhecer de uma questão de ordem pública, deverá ouvir as partes a este respeito.

Isto evita a ocorrência de surpresas aos litigantes e permite que eles participem do diálogo processual, apresentando argumentos que influam no convencimento judicial.

---

<sup>52</sup> “Poderiam, porém, os embargos declaratórios acarretar atividade cognitiva de matérias de ordem pública, ou de outras atividades *ex officio* do órgão jurisdicional, que não estejam indicadas nas suas hipóteses de cabimento e que nem sequer tenham sido arguidas pela parte embargante? Pensamos ser afirmativa a resposta.” (MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Obra citada*, p. 221).

<sup>53</sup> “A transferência do exame das questões de ordem pública, por razões óbvias, não decorre do efeito devolutivo. Como já dito, esse efeito guarda estreita relação com o princípio dispositivo, representado, no segundo grau, pela máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. Pela natureza das questões, torna-se irrelevante a efetiva provocação das partes para que o tribunal as analise.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 183).

<sup>54</sup> “A possibilidade de apreciação de matérias de ordem pública em grau recursal independentemente de sua constância no recurso decorre, como vimos, do efeito translativo.” (MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Obra citada*, p. 226).

Trata-se de providência inarredável sob a garantia do contraditório e que se encontra expressa no artigo 10 do Projeto do Novo Código de Processo Civil<sup>55</sup>, com a redação de que atualmente dispõe o texto.

---

<sup>55</sup> “Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.”.

Faz-se menção ao Relatório Final do Projeto, apresentado pelo Relator no dia 08 de maio de 2013 e aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados no dia 17 de julho de 2013.

## CAPÍTULO 3 – OS RECURSOS EXCEPCIONAIS

### 3.1. Recursos excepcionais: definição e características

No âmbito da Teoria Geral dos Recursos, é muito comum que a doutrina se utilize de alguns critérios para classificar as modalidades recursais. Uma das classificações mais reverberadas pela doutrina e pela jurisprudência é aquela que divide os recursos em *ordinários* e *extraordinários*<sup>56</sup>.

O próprio artigo 467 do Código de Processo Civil, embora tratando do instituto da coisa julgada, faz menção a “*recurso ordinário ou extraordinário*”, referindo-se, de maneira evidente, a duas *categorias* recursais, e não às modalidades dos incisos V e VII do artigo 496.

Os recursos extraordinários<sup>57</sup> do sistema recursal civil brasileiro são o recurso extraordinário e o recurso especial – que interessam ao presente estudo – e os embargos de divergência – que são um desdobramento recursal daquelas duas primeiras modalidades e que, portanto, não serão o precípua objeto das considerações a serem tecidas.

Antes de tratar das características dos recursos excepcionais, cabe tecer algumas breves considerações sobre a sua origem histórica.

---

<sup>56</sup> Muito embora a doutrina adote maciçamente esta classificação, convém registrar a opinião do ilustre Professor José Carlos Barbosa Moreira, para quem “A distinção entre recursos *ordinários* e recursos *extraordinários*, a que faz referência o art. 467, parte final, não tem no ordenamento brasileiro relevância teórica nem prática. A rigor, não existe entre nós *uma* classe de recursos a que se possa aplicar a denominação genérica de *extraordinários*: há, sim, *um* recurso assim denominado, que tem – como, aliás, todos eles – as suas peculiaridades, mas insuficientes para fundamentar uma classificação de valor científico” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Obra citada*, p. 115).

<sup>57</sup> Há, na doutrina, quem prefira se referir a recursos *excepcionais*. Esta preferência se justificaria pelo fato de alguns ordenamentos europeus adotarem a nomenclatura de “recurso extraordinário” a meio de impugnação contra decisão já transitada em julgado. Neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*.

Na realidade-, acredita-se que, no ordenamento brasileiro, não há razões para se manter tamanha cautela, de modo que recursos *extraordinários* e *excepcionais* são expressões com o mesmo significado.

A origem do recurso extraordinário é ligada de maneira muito íntima à forma federativa de Estado. Este sistema federativo adotado pelo Brasil foi, por sua vez, importado dos Estados Unidos da América.

Como se sabe, os Estados Unidos são uma república federativa, surgida a partir da iniciativa de seus Estados, que eram, a princípio, províncias independentes.

A formação de um sistema federativo levou à criação de uma esfera federal do Poder Judiciário: a Suprema Corte<sup>58</sup>. Os objetivos desta Corte eram, basicamente, dois: manter a primazia da Constituição Federal, quando esta devesse ser aplicada em detrimento das Constituições, das leis e dos atos estaduais, e uniformizar a interpretação do direito federal (constitucional e infraconstitucional).

Em 1789, com o surgimento do primeiro *Judiciary Act*, foi criado o *writ of error*, recurso que permitia à Suprema Corte a revisão de decisões das Supremas Cortes Estaduais.

O *writ of error* é tido, no ordenamento norte americano, como uma técnica de equilíbrio do regime federativo, que paira acima da controvérsia entre as partes.

O Brasil, como se sabe, adotou o modelo federativo por influência dos Estados Unidos, mas o fez pelo caminho inverso: partiu do poder central para os Estados, o que explica a tendência centralizadora que persiste no País<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> José Afonso da Silva explica que a existência de uma Corte Suprema não é peculiaridade apenas dos Estados em que se adota o federalismo: “Mesmo nos Estados unitários, onde os órgãos jurisdicionais são unificados e a fonte normativa do direito é única, existe aquele órgão de cúpula e, geralmente, um recurso processual com que se cumpre a missão de interpretar e aplicar uniformemente o direito escrito: Corte de Cassação na Itália, na França e na Espanha, e os respectivos recursos de cassação; Corte de Revisão e recurso de revisão na Alemanha” (SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 4).

<sup>59</sup> “Para verificá-la, basta observar a distribuição do poder de tributar – com a crescente instituição de contribuições sociais, que atualmente excluem a participação dos Estados e dos Municípios da repartição das receitas – e das competências legislativas. De resto, basta observar que, especialmente nos dias de hoje, quando se identifica o mau funcionamento de uma instituição, frequentemente se fala em sua ‘federalização’, assim compreendida a transferência à União da responsabilidade para dirigi-la” (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 53-54).

O modelo de recurso extraordinário adotado pelo Brasil, por sua vez, também foi resultado da importação do *writ of error*<sup>60</sup>.

O Supremo Tribunal Federal sempre foi o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Como a primeira Constituição Federal republicana previa apenas o controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu estreita competência originária – justificava-se, em grande parte, pela sua competência recursal.

Até 1988, o Supremo Tribunal Federal era responsável pela inteireza de todo o direito federal (constitucional e infraconstitucional). A Constituição Federal em vigor, com o objetivo declarado de “desafogar” aquela Corte, criou o Superior Tribunal de Justiça, a quem passou a incumbir a guarda do direito federal infraconstitucional.

Muito embora esta Corte tenha sido criada apenas com a atual Constituição Federal, muitos juristas e até mesmo Ministros do Supremo Tribunal Federal já declaravam abertamente a sua opinião pela necessidade de criação de uma outra Corte Superior,

Aliás, é extremamente interessante o fato de que, no longínquo ano de 1965, grandes juristas<sup>61</sup> formaram uma mesa redonda, com o objetivo de discutir a respeito da conveniência e da viabilidade da criação de um novo Tribunal Superior, para julgar recursos excepcionais que tratassem de direito federal infraconstitucional.

---

<sup>60</sup> “O recurso extraordinário teve como modelo o *writ of error* do direito norte americano; não se atentou, no entanto, à época de sua criação, para uma grande diferença existente entre os dois sistemas jurídicos: a competência legislativa federal, no Brasil, é ampla, ao contrário do que ocorre no direito norte americano, em que tal competência é nem mais restrita” (MEDINA, José Miguel Garcia. “Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – breves considerações”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1050).

<sup>61</sup> A plêiade era formada por Themístocles Brandão Cavalcanti, Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Uihôa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale.

Esta mesa redonda, presidida por Themístocles Brandão – que viria a se tornar, pouco depois, Ministro do Supremo Tribunal Federal –, deu origem a um relatório, cujo trecho é transcrito a seguir:

“9. Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo Tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais, que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu, afinal, o assentimento de todos. Seria criado um único Tribunal, que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e *habeas corpus* originários, os contra-atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados.

10. Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na Lei Federal seriam encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o STF de uma sobrecarga.”<sup>62</sup>

Assim, constata-se que a ideia de se criar um Tribunal Superior voltado à guarda do direito federal infraconstitucional já era antiga e decorria, em grande parte, da sobrecarga do Supremo Tribunal Federal.

Fato é que, com a criação do Superior Tribunal de Justiça – o que se deu, como se sabe, apenas com a Constituição Federal de 1988 –, criou-se, também, o recurso especial, que é uma variante do recurso extraordinário.

Realizado este breve esboço histórico e compreendida a ligação que têm os recursos excepcionais com o regime federativo e com as origens da República Federativa brasileira, cabe tecer alguns traços mais precisos da definição e das características destes recursos.

Os recursos extraordinários são aqueles voltados à preservação da ordem jurídica, por meio da apreciação de questões de estrito direito.

---

<sup>62</sup> *Revista de Direito Público e Ciência Política*, VIII, nº 2. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, maio-agosto de 1965, p. 134, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*, pp. 103-104.

Por meio destes recursos, se busca a *ideal aplicação das normas* do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal, com a *uniformização de sua interpretação*.

Os recursos extraordinários têm, portanto, uma finalidade *institucional*. São recursos que visam ao atendimento de objetivos institucionais, que são a primazia do direito federal e a uniformização de sua respectiva interpretação.

Os recursos ordinários, por sua vez, são aqueles por meio dos quais se busca satisfazer os anseios das partes propriamente ditas, com a entrega da justiça ao caso concreto, por meio do amplo reexame que se propicia ao órgão recursal.

Estes recursos – ordinários – visam ao exercício do duplo grau de jurisdição, quando ele é possibilitado pela lei.

Os recursos excepcionais, por conta de sua natureza, permitem apenas o reexame de questões de direito e apresentam notável rigidez formal. Não permitem a produção de provas ou mesmo o reexame das provas produzidas nas instâncias inferiores.

São, ainda, recursos *de fundamentação vinculada*<sup>63</sup>, uma vez que se exige que, além da sucumbência, a parte demonstre a existência de um prejuízo específico, já valorado pela Constituição Federal (nas alíneas do inciso III do artigo 102 e do inciso III do artigo 105). Assim, as suas próprias hipóteses de cabimento são bastante restritas.

As diferenças entre os chamados recursos *ordinários* e os recursos *extraordinários* são muito bem sintetizadas neste trecho da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Alguns recursos têm uma forma menos rígida; são dirigidos a Tribunais locais ou regionais; não apresentam exigências específicas

---

<sup>63</sup> Os Embargos de Declaração também são tratados pela doutrina como recurso de fundamentação vinculada. No entanto, são recursos de natureza ordinária e que não acompanha os Recursos Extraordinário e Especial em suas diversas outras particularidades.

quanto à sua admissibilidade; comportam discussão de matéria de fato e de direito; e a mera sucumbência (= *o fato objetivo da derrota*) basta para deflagrar o *interesse* na sua interposição. A esses podemos chamar ‘comuns’, ‘normais’ ou ‘ordinários’, conforme a terminologia que se prefira. Naturalmente, os *outros recursos*, que, ao contrário desses, apresentam uma rigidez formal de precedibilidade; são restritos às *quaestiones juris*; dirigem-se aos Tribunais da cúpula judiciária; não são vocacionados à correção da mera ‘injustiça’ da decisão; e apresentam, como diz Frederico Marques, a particularidade de exigirem a ‘sucumbência e um *plus* que a lei processual determina e especifica’, esses ficam bem sob a rubrica de ‘especiais’, ‘excepcionais’ ou ‘extraordinários’.<sup>64</sup>

Por conta de sua natureza e de todas estas particularidades, estes recursos recebem um tratamento diferenciado, especialmente no que diz respeito à sua admissibilidade, a seu processamento e a seus efeitos.

### 3.2. Principais funções

Como se disse, os recursos excepcionais não são vocacionados ao exercício do duplo grau de jurisdição. São recursos idealizados como técnicas de equilíbrio do regime federativo.

A discussão que se viabiliza por meio dos recursos excepcionais paira acima do conflito de interesses que há entre as partes. À solução deste conflito serve a atuação do Poder Judiciário no primeiro grau de jurisdição e, na maioria esmagadora dos casos, no grau recursal ordinário.

Quais seriam, portanto, as funções precípua dos recursos excepcionais?

A primeira função de tais recursos é a chamada *nomofilaquia*. A expressão *nomofilaquia* – largamente explorada por Piero Calamandrei<sup>65</sup> – deriva dos vocábulos gregos *nomos* e *phylasso*, que, em vernáculo, significam *lei* e *guarda*, respectivamente.

<sup>64</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*, pp. 121-122.

<sup>65</sup> CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1920, v. II.

Nomofilaquia, em sentido original, é “a interpretação exata, única e verdadeira da lei”<sup>66</sup>. Assim, a função dos recursos excepcionais é a busca pela inteireza positiva e pela aplicação correta do direito federal brasileiro.

Os Tribunais Superiores, ao conhecer dos recursos excepcionais, devem verificar, *grosso modo*, se foi deturpada a aplicação do direito federal e, em caso positivo, devem restabelecer o comando da lei federal ou da Constituição Federal.

O interesse das partes, de ver suas pretensões acolhidas, é um veículo do interesse do Estado em controlar a boa aplicação das normas do direito federal.

Uma segunda função destes recursos é a *uniformização* da interpretação e da aplicação das normas do direito federal.

Por estarem no topo da escala hierárquica dos órgãos judiciais, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça cabe a última palavra sobre direito federal constitucional e infraconstitucional, respectivamente.

Ao dar esta última palavra, estes Tribunais devem garantir a uniformidade na interpretação das regras e princípios em todo o território nacional. Esta uniformidade garante a inteireza do direito positivo, trazendo segurança jurídica e um tratamento igualitário aos jurisdicionados.

O objetivo uniformizador não é exercido apenas nos casos em que o recurso tem por cabimento a existência de divergência jurisprudencial. Mesmo em outros casos, os Tribunais de sobreposição, ao corrigir as distorções na aplicação do direito federal, devem ir uniformizando a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais.

Esta uniformização leva a uma terceira função que se vem identificando nos recursos excepcionais, que é a função *paradigmática*.

---

<sup>66</sup> BERTOLDI, Thiago Moraes; RAUCH, Rafael. “Superior Tribunal de Justiça: tribunal de sobreposição?”, in <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/192-artigos-jul-2008/5921-superior-tribunal-de-justica-tribunal-de-sobreposicao>>. Último acesso em 30.05.2013.

Ao analisar os dispositivos legais e constitucionais que são chegados ao seu conhecimento e uniformizar a interpretação que lhes deve ser dada, os Tribunais Superiores devem criar verdadeiros padrões decisórios, *standards*, gerando ou aclarando pautas de conduta.

Muito embora, nos sistemas de *civil law*, a regra seja a de que a decisão judicial só tenha eficácia entre as partes e os precedentes tenham força meramente persuasiva, é possível identificar uma tendência, no âmbito dos Tribunais Superiores, de tornar cada vez mais abstrata e objetiva a análise das questões de direito que lhes são submetidas.

Esta análise objetiva, quando feita com a profundidade necessária, tem o propósito de criar um paradigma decisório, que orienta os jurisdicionados – e a sociedade, como um todo – e pode servir de precedente para a prolação de outras decisões, especialmente pelos órgãos jurisdicionais de grau inferior.

Apresentadas, ainda que de maneira breve, as principais funções dos recursos excepcionais, pode-se perceber que, neles, os interesses das partes assumem um caráter secundário.

Os Tribunais Superiores atenderão aos interesses das partes, fazendo justiça no caso concreto, apenas incidentalmente, quando, por meio dos recursos excepcionais, corrigirem a má aplicação do direito federal:

“Naturalmente, ao aplicar o direito à espécie (RISTF, art. 324; Súmula STF 456), a Corte também provê sobre o direito subjetivo individual da parte; isso, todavia, aparece como um efeito ‘indireto’ ou ‘reflexo’ do provimento sobre o recurso, já que, como antes dito, a *finalidade precípua* dos recursos excepcionais é a de propiciar aos *Tribunais da Federação* o zelo pela validade, autoridade, uniformidade interpretativa, e, enfim, pela *inteireza positiva* do direito constitucional, na expressiva locução de Pontes de Miranda, o mesmo se aplicando ao direito federal comum, no âmbito do STJ.”<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*, pp. 147-148

Nos recursos excepcionais, portanto, a função *dikelógica*<sup>68</sup> fica em segundo plano.

### 3.3. Pressupostos específicos de admissibilidade

Os recursos excepcionais se subordinam aos pressupostos de admissibilidade comuns à generalidade dos recursos. Além destes pressupostos, no entanto, existem alguns pressupostos específicos, ditados pela própria Constituição Federal.

A seguir, serão analisados, de maneira breve, alguns destes pressupostos específicos, com a finalidade de propiciar um maior entendimento acerca das finalidades dos recursos excepcionais e uma melhor compreensão do tratamento que lhes é dado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.3.1. Hipóteses de Cabimento

Como já visto, o recurso extraordinário e o recurso especial são espécies recursais de fundamentação vinculada. Ao interpor uma destas modalidades recursais, a parte recorrente deve demonstrar, além da sucumbência, a existência de um prejuízo específico, já valorado pelo Constituinte<sup>69</sup>.

Deste modo, a Constituição Federal dita, nas alíneas do inciso III do artigo 102<sup>70</sup> e do inciso III do artigo 105<sup>71</sup>, em *numerus clausus*, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, respectivamente.

<sup>68</sup> Esta expressão é utilizada por alguns autores e, entre eles, por Bruno Dantas (*Obra citada*, p. 71), para caracterizar a busca pela justiça no caso concreto. A expressão deriva dos vocábulos *dike* e *lógiko*, que significam, no vernáculo, *justiça* e *razão*.

<sup>69</sup> “Ambos não são recursos *comuns*, desses a que a simples sucumbência basta para liberar o exercício: exigem um *plus*, que, respectivamente, vem a ser a questão constitucional e a questão federal.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*, p. 187).

<sup>70</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;  
 b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;  
 c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.  
 d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

Na realidade, as hipóteses de cabimento listadas pelas alíneas dos dispositivos constitucionais não são nada mais do que perspectivas distintas da mesma questão constitucional ou da mesma questão federal<sup>72</sup>.

Por conta da exigência deste específico prejuízo, já valorado pelo Constituinte, entende-se inaplicável aos recursos excepcionais a fungibilidade recursal<sup>73</sup>.

Trata-se, portanto, de cabimento bastante restrito e que põe em destaque a função nomofilácia destes recursos.

### 3.3.2. Única ou última instância

A Constituição Federal também exige que a decisão objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial tenha sido proferida em única ou última instância. Não deve ser cabível, portanto, mais nenhum recurso de natureza ordinária contra a decisão<sup>74</sup>.

Por esta razão, caso a decisão ainda comporte, por exemplo, a interposição de embargos infringentes, estes devem ser manejados e julgados, para que se abra a via ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>71</sup> “Art. 105. 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.”

<sup>72</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Obra citada*, pp. 252 e 271.

<sup>73</sup> “Pelo fato de serem os recursos extraordinários (extraordinário e especial) de fundamentação vinculada, e estarem as hipóteses de cabimento dispostas claramente na Constituição Federal, a respeito das quais não há dissenso jurisprudencial, extrai-se o entendimento no sentido de ser inaplicável o princípio da fungibilidade nos citados recursos.” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 149).

<sup>74</sup> Neste sentido são as Súmulas nº 281 do Supremo Tribunal Federal e nº 207 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 281: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”.

Súmula nº 207: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”.

Trata-se de exigência que caracteriza os Tribunais Superiores como órgãos de sobreposição. Se cabe a estas Cortes a “palavra final” acerca do direito federal, é natural que se exija que todas as instâncias ordinárias tenham sido esgotadas.

Por conta desta exigência, os Tribunais Superiores atuam sobre o resultado final da atividade jurisdicional das instâncias inferiores de todo o País, o que se concilia sobremaneira com a função uniformizadora dos recursos excepcionais.

A respeito desta característica inerente aos recursos excepcionais, o eminente jurista italiano Piero Calamandrei assim lecionava:

“Il carattere di rimedio estremo, assai meglio che nella antica *querela nullitatis* si trova nel ricorso per cassazione, il quale, data la sua inscindibile connessione com um organo giudiziario che sta (o dovrebbe stare) al vértice di tutta la gerarchia dei tribunal, **appare come naturalmente destinato**, non solo per i motivi sui quali esso può fondarsi, ma anche per la collocazione che há nell’ordinamento giudiziario la Corte di Cassazione, ad essere sperimentato **quando la causa abbia già percorso i gradi inferior di giurisdizione.**”  
(*destacou-se*)<sup>75</sup>

Percebe-se, portanto, que, mesmo em outros ordenamentos, mantém-se o entendimento de que o esgotamento das vias ordinárias é algo ínsito à própria natureza extraordinária dos recursos em questão e à sua função institucional.

No que diz respeito exclusivamente ao recurso especial, a Constituição Federal também determina que a decisão proferida em única ou última instância provenha de um dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal.

Desta forma, não cabe recurso especial, por exemplo, “*contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*”<sup>76</sup> ou contra a “*decisão de juiz singular em causas de alçada em execução fiscal*”<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> CALAMANDREI, Piero. *Obra citada*, p. 231.

<sup>76</sup> Súmula nº 203 do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>77</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*, p. 126.

Contra tais decisões, no entanto, caberá o recurso extraordinário, se verificados os seus demais pressupostos de admissibilidade<sup>78</sup>.

### 3.3.3. Prequestionamento

A Constituição Federal de 1891 previa o cabimento do recurso extraordinário contra as decisões de outros Tribunais e Juízes “**quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela**” (artigo 59, § 1º, a).

O cabimento também era reservado “**quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas**” (artigo 59, § 1º, b).

Expressões semelhantes foram utilizadas até a Carta de 1946, que, em seu artigo 101, inciso III, previa a competência do Supremo Tribunal Federal de “*julgar em recurso extraordinário as **causas decididas** (...)*”, em determinadas hipóteses.

Esta expressão era entendida como a necessidade de o Tribunal ou o Juízo local ter sido instado a decidir a respeito da validade ou da aplicação de norma federal constitucional ou infraconstitucional e ter decidido a respeito desta questão.

Trata-se, portanto, de exigência antiga e que tem origem no *Judiciary Act* norte americano, que a estabeleceu para o conhecimento do *writ of error*, de que já se tratou<sup>79</sup>.

A esta exigência cunhou-se o nome de “prequestionamento”.

---

<sup>78</sup> “O confronto entre o art. 102, n. III, e o art. 105, n. III, ministra dado relevante. No segundo dispositivo, atinente ao recurso especial, cuidou-se de deixar claro recorríveis só podem ser decisões de tribunais. Se a cláusula limitativa não figura no outro texto, conclui-se que, para o recurso extraordinário, não prevalece a limitação.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 588).

<sup>79</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. “O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial”, in *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 282.

A Constituição Federal de 1988 – assim como a Constituição de 1967 –, utilizou-se, no inciso III do artigo 102 e no inciso III do artigo 105, que já foram objeto de algumas considerações, da mesma expressão: “causas decididas”.

Segundo a leitura que lhe é dada pela doutrina e, de maneira ainda mais maciça, pela jurisprudência, esta expressão é tida como a manifestação da exigência do prequestionamento.

Desta forma, ainda hodiernamente, entende-se como indispensável, para a admissibilidade dos recursos excepcionais, o prequestionamento, que é definido pela doutrina como o *“enfrentamento de uma dada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida”*<sup>80</sup>.

É, portanto, ainda segundo o emérito doutrinador Cássio Scarpinella Bueno, *“a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentado, decidido, pela decisão atacada”*<sup>81</sup>.

Segundo De Plácido e Silva, o prequestionamento consiste na *“apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada nos recursos extraordinário e especial”*<sup>82</sup>.

Não é necessário que a decisão mencione expressamente os dispositivos que foram apreciados. Em outras palavras, não se exige o tal prequestionamento *expresso* ou *numérico*. O que importa para o cabimento dos recursos excepcionais é que *“a decisão recorrida aprecie tema relativo à Constituição ou a lei federal, mesmo que não indique os preceitos violados”*<sup>83</sup>.

Esta exigência é, na realidade, da própria essência dos recursos de natureza extraordinária. Como, por meio destes recursos, se busca dirimir divergências na

---

<sup>80</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Obra citada*, p. 241.

<sup>81</sup> *Obra citada*, p. 241.

<sup>82</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 601.

<sup>83</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 169.

aplicação do direito federal constitucional e infraconstitucional, com o intuito de garantir a sua inteireza positiva, é necessário que tenha havido a efetiva decisão, por parte dos Tribunais locais, a respeito das respectivas teses.

Apenas assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderão exercer o mister de, verificando o entendimento dado pelas instâncias locais a determinadas teses de Direito, confirmá-lo ou contrariá-lo, aplicando o Direito à hipótese e dando a última palavra acerca de sua interpretação<sup>84</sup>.

Assim, nos recursos extraordinários, *“apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação por recurso especial ou extraordinário”*<sup>85</sup>.

### 3.3.4. Repercussão geral

A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 – que introduziu um § 3º no artigo 102 da Carta Federal<sup>86</sup> –, passou a se condicionar a admissibilidade do recurso extraordinário à *repercussão geral* da questão constitucional nele versada.

O referido instituto foi regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

O § 1º do artigo 543-A define a repercussão geral como a *“existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”*.

---

<sup>84</sup> Neste mesmo sentido: “A necessidade da presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida, requisitos examinados nos itens precedentes, é que dá aos recursos extraordinário e especial a característica de extraordinários” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Obra citada*, p. 226).

<sup>85</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 350.

<sup>86</sup> “Art. 102. (...)”

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

É um pressuposto específico de cabimento<sup>87</sup> do recurso extraordinário, idealizado como um verdadeiro “filtro”, apto a reservar ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento exclusivo de questões que podem interessar à sociedade como um todo.

A repercussão geral seria, de modo sucinto, “*o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade*”<sup>88</sup>.

Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, assim leciona sobre este novel pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário:

“Um tema jurídico, uma vez prequestionado e submetido ao STF por meio de recurso extraordinário, apresentará *repercussão geral* quando sua resolução for além do interesse direto e imediato das partes, assim transcendendo-o, para alcançar, em maior ou menor dimensão ou intensidade, um expressivo segmento da coletividade (v.g., oferta gratuita de medicação, pela rede pública, aos HIV soropositivos pobres); ou um dado setor produtivo (v.g., proibição de exportação de carne por suspeita de febre aftosa), ou, mesmo, a inteira coletividade (v.g., comercialização de produto geneticamente modificado).”

O Supremo Tribunal Federal deverá avaliar, portanto, se a decisão acerca daquela questão constitucional tem a aptidão de atingir, de modo indireto, parcela significativa de determinado grupo social, por exercer considerável influência na conjuntura econômica, política, social ou jurídica de dado momento histórico.

Trata-se de pressuposto que ressalta o papel do Supremo Tribunal Federal como Suprema Corte brasileira, descartando, de uma vez por todas, qualquer visão que o tenha como apenas como um órgão jurisdicional superior, a quem incumbe, em grau recursal, o rejuízo de causas e a melhor solução para os interesses subjetivos em jogo.

Por fim, cabe ressaltar que existem, hoje, duas Propostas de Emenda à Constituição Federal, tramitando no Congresso Nacional, que têm o precípua

---

<sup>87</sup> Defendendo esta natureza, em vez da natureza de um pressuposto de admissibilidade autônomo: DANTAS, Bruno. *Obra citada*, pp. 227-229.

<sup>88</sup> DANTAS, Bruno. *Obra citada*, p. 260.

objetivo de estender ao recurso especial o pressuposto da repercussão geral das questões federais infraconstitucionais.

São as Propostas de nº 209/12<sup>89</sup> e 17/2013<sup>90</sup> e que, se aprovadas, dotarão o recurso especial de um novo pressuposto de admissibilidade, que funcionará como um verdadeiro *filtro* de recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ressaltará a sua função institucional.

---

<sup>89</sup> A Proposta nº 209/12 já foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e aguarda o parecer de comissão especial desta Casa Legislativa. A Proposta prevê a inserção de um § 1º ao artigo 105 da Constituição Federal, dispositivo que teria a seguinte redação: “No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.”.

<sup>90</sup> A Proposta nº 17/2013 foi protocolada no Senado Federal no início de abril de 2013 e aguarda a aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça desta Casa. A Proposta também prevê a inserção de um § 1º ao artigo 105 da Constituição Federal, dispositivo que teria a seguinte redação: “No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros da corte especial.”.

## **CAPÍTULO 4 – O CONHECIMENTO DE OFÍCIO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO ÂMBITO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

### **4.1. A questão proposta**

Após a análise de todas as questões precedentes – que são fundamentais para a plena compreensão daquilo que se pretende expor –, volta-se ao precípua objeto do presente trabalho.

A possibilidade de apreciação e reconhecimento *ex officio* de questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais é bastante polêmica e tem sido enfrentada com muita frequência, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Os entendimentos emanados dos Tribunais Superiores variam, como usualmente ocorre quando se trata de questões desta complexidade.

A doutrina, igualmente dividida, apresenta uma grande riqueza de fundamentos, tanto para se adotar uma posição favorável àquela possibilidade, quanto para se chegar a uma conclusão em sentido oposto.

A seguir, serão enfrentados os principais argumentos de origem jurisprudencial e doutrinária, tanto pela admissão quanto pela inadmissão do exame de ofício das questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais.

Antes disto, no entanto, é crucial que se apresente as posições encontradas no âmbito jurisprudencial.

### **4.2. O entendimento dos Tribunais Superiores**

Como já se anunciou, no âmbito jurisprudencial, o que se observa é uma notável divergência de posicionamentos. Assim, no mesmo Tribunal, ora se observa uma posição, ora se observa outra, contrária àquela.

Não obstante, é possível identificar três posições, mais bem definidas, que foram sendo adotadas pelos Tribunais Superiores, com maior regularidade, com o passar do tempo.

Como se pode supor, existem milhares de decisões em cada uma das três orientações identificadas. Como o apontamento a um grande número de decisões pode afastar o presente trabalho de seu foco, buscar-se-á apontar poucos arestos, que permitam a suficiente compreensão a respeito de cada uma das mencionadas posições.

A posição tradicional, que contou com grande regozijo nos primeiros anos de existência do Superior Tribunal de Justiça, é aquela que nega a possibilidade de conhecimento de ofício de questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais.

Decisão que permite a plena visualização deste entendimento é a seguinte:

“Na via estreita do recurso especial não se admite ao STJ conhecer de ofício (ou sem prequestionamento) nem mesmo das matérias a que alude o § 3º do art. 267, CPC.” (Superior Tribunal de Justiça – 4ª Turma – Resp nº 32.975-2/RS – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – julgado em 29 de maio de 1995)

Em seu voto, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira destacou o seguinte:

“(…) **Tivesse o recorrente invocado sua ilegitimidade passiva *ad causam*, com esteio no art. 3º, CPC, admissível seria acolhê-la**, na linha do que decidido no citado Resp 23.307-4-RS (...) Nada, porém, a esse respeito foi suscitado no articulado recursal, valendo lembrar que **na via estreita do recurso especial não se faculta este Tribunal conhecer de ofício (ou sem prequestionamento)** nem mesmo das matérias a que alude o § 3º do art. 267, do CPC (a respeito, dentre outros, os Resps 3409/AL, relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, e 54.820-9/AL, por mim relatado.” *(destacou-se)*

Da leitura deste trecho do voto do Ministro Relator, que conduziu ao resultado o julgamento, pode-se perceber que se deixou de conhecer da questão de

ordem pública pela tão só inexistência de impugnação pela parte recorrente, independentemente do prequestionamento.

Assim, o Ministro Relator deixou claro que a questão poderia ter sido conhecida, caso a parte recorrente a tivesse invocado em suas razões recursais. Assim, não bastaria apenas o enfrentamento, pela instância inferior, da questão de ordem pública (prequestionamento); seria igualmente necessário que esta questão tivesse sido invocada pela parte que interpôs o recurso especial.

O Supremo Tribunal Federal também já adotou, inúmeras vezes, posição mais conservadora, muitas vezes se valendo do óbice do prequestionamento, sem o qual seria impossível o conhecimento da questão de ordem pública:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL TRABALHISTA. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ART. 5º, II, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. SÚMULAS STF 282 E 356. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1. A circunstância de a matéria poder ser suscitada de ofício pelo julgador por se tratar de questão de ordem pública não afasta o preenchimento do requisito do prequestionamento da matéria, inerente ao cabimento do recurso de natureza extraordinária. Precedentes.(...) 4. Agravo regimental improvido.” (Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – Agravo Regimental nº 714.147 – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgado em 23 de março de 2010).

Em outro julgamento, a 2ª Turma do Supremo Tribunal decidiu que *“Em se tratando de recurso extraordinário, qualquer questão, inclusive de ordem pública, necessita ter sido discutida e apreciada na instância a quo”*<sup>91</sup> (destacou-se).

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal também decidia da mesma forma. Em julgamento relatado pelo Ministro Moreira Alves, a mencionada Turma decidiu que *“Em se tratando de recurso extraordinário que exige a observância do requisito*

---

<sup>91</sup> Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 505.029-4/MS – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgado em 12 de abril de 2005.

*prequestionamento, quaisquer questões objeto de recurso dessa natureza, inclusive as referentes à coisa julgada e à matéria criminal, têm de ser prequestionadas*<sup>92</sup>.

A posição diametralmente oposta, vista como liberal pela doutrina, também já foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Agravo regimental. União Federal. Litisconsorte passivo. Questão de ordem. Jurisprudência no mesmo sentido. Recurso especial conhecido e provido. Há questões preliminares que antecedem o exame do mérito e que são passíveis de conhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição. Entre estas matérias, de ordem pública, está a legitimidade para figurar no polo passivo da ação. Por este motivo, merece ser o Resp conhecido por este Superior Tribunal de Justiça. Conhecer do recurso para negar-lhe provimento não alteraria o atual estado da recorrente, porém, no caso dos autos, padece de razão o douto juízo *a quo* quando entendeu não haver real interesse da União Federal, para integrar a relação processual. Sendo ela quem sofrerá os efeitos e consequências da sentença, nas ações em que se discute a importação de veículos usados, deve ser reconhecida sua legitimidade *ad causam*. Precedentes.” (Superior Tribunal de Justiça – 2ª Turma – Agravo nº 207.181/CE – Relatora Ministra Nancy Andrighi – Julgado em 18 de fevereiro de 2000)

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi, que relatava o recurso de agravo regimental, manifestou o seu entendimento pela desnecessidade de prequestionamento da questão de ordem pública:

“Cuida-se de agravo regimental em agravo de instrumento que visa a subida de recurso especial retido na origem. Decidiu-se, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento, que, ausente o prequestionamento e não tendo sido sanada a omissão em sede de embargos declaratórios, inadmissível seria o recurso especial, conforme Súmulas 282 e 211/STJ e 356/STF. É certo que **o citado recurso especial não traz, por si próprio, todos os requisitos necessários para ser conhecido no âmbito desta C. Corte**, como bem restou assentado na decisão ora impugnada. Porém, **há questões preliminares que antecedem o exame do mérito e que são passíveis de conhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição**. Entre estas matérias, de ordem pública, está a legitimidade para figurar no polo passivo da ação (art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil).” (*destacou-se*)

Como se pode constatar, entendeu a ilustre Ministra que, mesmo sem o preenchimento de todos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial –

<sup>9292</sup> Supremo Tribunal Federal – 1ª Turma – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 308.273/PE – Relator Ministro Moreira Alves – Julgado em 25 de fevereiro de 2003.

fazendo referência, obviamente, ao prequestionamento –, é possível o seu conhecimento, para a apreciação de questão de ordem pública<sup>93</sup>.

Outra interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça, que adotou este mesmo entendimento, é a seguinte:

“(…) Tal como no *caso versante*, a matéria de ordem pública pode ser suscitada em qualquer fase do processo, até mesmo no Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, e ainda que não prequestionada. Consoante a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, é dever do Juiz pronunciá-la de ofício (STJ 56/642). Sobreleva anotar o mérito da questão, que é de ordem pública, vale repetir, deve prevalecer sobre o formalismo processual exacerbado, pena de se praticar ato de injustiça, com consequências de repercussões irreparáveis, a pretexto de se fazer cumprir a norma inserta na lei processual civil.” (Superior Tribunal de Justiça – 3ª Turma – Recurso Especial nº 66.567/MG – Relator Ministro Waldemar Zveiter – Julgado em 25 de março de 1996)

Nos últimos anos, no entanto, os Tribunais Superiores vêm adotando, de maneira mais frequente, uma terceira posição, segundo a qual o prequestionamento é, com efeito, indispensável ao conhecimento do recurso especial ou extraordinário.

No entanto, após o conhecimento deste recurso – pelo preenchimento dos pressupostos de admissibilidade e, entre eles, do prequestionamento, ainda que acerca de outra matéria –, o Tribunal Superior poderia conhecer de questão de ordem pública, ainda que, em relação a esta, não tenha havido o prequestionamento ou a invocação de qualquer argumento pelas partes.

A seguir, transcreve-se entendimento que ilustra esta posição:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM

---

<sup>93</sup> Outra interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça, que adotou este mesmo entendimento, é a seguinte: “(…) Tal como no *caso versante*, a matéria de ordem pública pode ser suscitada em qualquer fase do processo, até mesmo no Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, e ainda que não prequestionada. Consoante a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, é dever do Juiz pronunciá-la de ofício (STJ 56/642).

Sobreleva anotar o mérito da questão, que é de ordem pública, vale repetir, deve prevalecer sobre o formalismo processual exacerbado, pena de se praticar ato de injustiça, com consequências de repercussões irreparáveis, a pretexto de se fazer cumprir a norma inserta na lei processual civil.” (Superior Tribunal de Justiça – 3ª Turma – Recurso Especial nº 66.567/MG – Relator Ministro Waldemar Zveiter – Julgado em 25 de março de 1996).

PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE. 1. É inadmissível o exame de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal na via do recurso especial. Todavia, conhece-se do recurso em relação à matéria infraconstitucional, que está prequestionada. 2. **Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo**, já que cumprirá ao Tribunal ‘julgar a causa, aplicando o direito à espécie’ (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF). Para assim proceder cabe ao órgão julgador, se necessário, enfrentar a matéria prevista no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º, do CPC. Em outras palavras, a devolutividade do recurso especial, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública. Precedentes. (...)” (Superior Tribunal de Justiça – 1ª Turma – Resp nº 869.534 – Relator Ministro Teori Albino Zavascki – Julgado em 10 de dezembro de 2007)

Em seu voto, o Ministro Teori Albino Zavascki assim se manifestou:

“O fato de a questão da legitimidade passiva não ter sido alvo de prequestionamento não impede que esta Corte Superior trate do ponto. É que **os recursos extraordinários (em sentido lato) também possuem o efeito translativo, ainda que de abrangência mais limitada, tendo em conta a necessidade de que o inconformismo seja conhecido ao menos por algum outro fundamento que não o que deixou de ser enfrentado pelo Tribunal de origem.** Incidência da Súmula n. 456 do STF, aplicada por analogia, e precedentes da Segunda Turma.”

Em outro interessante julgamento, assim se decidiu:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO EMITE JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA.

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem.

2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ).

3. Assim, **quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda**

**evidência, o regular processamento da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC.** Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.

4. No caso dos autos, o acórdão recorrido não tem relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Trata da incidência de imposto de renda sobre parcela paga pela Petrobrás S/A a título de indenização de horas trabalhadas, enquanto a demanda diz respeito ao pagamento de indenização por supressão de diversas vantagens de trabalhadores do Banco do Estado do Ceará.

5. Recurso especial conhecido para, de ofício, declarar a nulidade do acórdão que julgou a apelação.” (Superior Tribunal de Justiça – 1ª Turma – Recurso Especial nº 660.519/CE – Relator Ministro Teori Zavascki – Julgado em 20 de outubro de 2005) (*destacou-se*)

Ao proferir o seu voto, o Ministro Teori Zavascki assim fundamentou sua conclusão:

“Bem se vê, portanto, que também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa, a uma situação em espécie . Ora, isso não pode ser ignorado quando se examina o requisito do prequestionamento. Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial.”

Desta forma, segundo esta terceira corrente, que, atualmente, pode ser considerada majoritária no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o conhecimento do recurso excepcional, embora limitado a apenas uma ou outra questão abordada pela parte recorrente, permite que o Tribunal tenha uma ampla releitura da causa, conhecendo, inclusive, de questões de ordem pública em relação às quais não houve o prequestionamento ou mesmo a invocação de qualquer argumento pelas partes.

#### **4.3. As posições da doutrina e os principais fundamentos a serem analisados**

A doutrina, assim como os Tribunais Superiores, se divide entre as três posições identificadas no item anterior.

Neste item, serão enfrentados os fundamentos que dão suporte a cada uma destas posições, fazendo-se a necessária remissão aos autores que lhes respaldam.

#### **4.3.1. O óbice do prequestionamento**

Como já se pôde afirmar neste trabalho, a Constituição Federal limita, no inciso III do artigo 102 e no inciso III do artigo 105, a cognição dos recursos extraordinário e especial às “causas decididas”.

Segundo a maciça interpretação que é feita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, trata-se do requisito do prequestionamento. Assim, em síntese, os recursos excepcionais apenas podem levar ao conhecimento dos Tribunais Superiores teses de direito constitucional ou infraconstitucional que foram devidamente enfrentadas pela instância local.

Desta forma, o prequestionamento *“há de sempre estar presente para que possam ter trânsito o extraordinário ou o especial”*<sup>94</sup>.

Inexistente este enfrentamento, feito pela instância local, seria impossível o próprio conhecimento do recurso excepcional.

Assim, a exigência do prequestionamento seria um primeiro óbice ao conhecimento, de ofício, de questão de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais.

Diversos autores concluem pela impossibilidade desta atividade cognitiva pelo Tribunal Superior, justamente por conta do óbice do prequestionamento, que seria indispensável:

---

<sup>94</sup> OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Prequestionamento”, *in Revista de Processo*, vol. 97, janeiro-março de 2000, p. 164.

“Pelos peculiaridades do sistema processual civil, no entanto, o ‘efeito translativo’ não se aplica ao recurso extraordinário, ao recurso especial e, também, aos embargos de divergência. **Para aqueles dois recursos, a exigência constitucional de prévia ‘causa decidida’ afasta a incidência das regras codificadas que permitem a atuação oficiosa dos Tribunais** ‘em qualquer tempo e grau de jurisdição’, o que acaba por contaminar, também o cabimento e o julgamento dos embargos de divergência.”<sup>95</sup>

“Quer-nos parecer que, também neste caso, há necessidade de prequestionamento, porque, caso contrário, não se fará presente o requisito *constitucional*, ensejador do cabimento do recurso especial pela alínea *a* do inc. III do art. 105 da CF/88. Ou seja, será sempre preciso que o tribunal local tenha apreciado a questão federal objeto do recurso especial. Ou por outras palavras, o § 3º do art. 267, assim como o § 4º do art. 301, dentre outros dispositivos, não se aplicam ao Superior Tribunal de Justiça, pelo menos se for o caso de recurso especial.”<sup>96-97</sup>

De fato, trata-se de exigência constitucional, que não pode ser relevada apenas por conta da natureza das questões que são visualizadas pelos Tribunais. Não tendo a instância local enfrentado a questão de ordem pública – decidindo pelo seu acolhimento ou pela sua rejeição –, não se estará diante de “causa decidida”, sendo vedado ao Tribunal Superior conhecer desta matéria.

<sup>95</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Obra citada*, p. 82. Segundo o mesmo autor, “Questões de ordem pública serão reexaminadas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso extraordinário ou recurso especial, respectivamente, se houver ‘causa decidida’ que diga respeito a uma ‘questão constitucional’ ou a uma ‘questão federal’.” (*Obra citada*, p. 291).

<sup>96</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica. “Recurso especial e prequestionamento”, *in Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 170.

<sup>97</sup> Outros autores compartilham a mesma opinião:

“(…) Para superar os óbices de admissibilidade, a questão federal deve ter sido efetivamente enfrentada, pois só assim se cuidará de uma causa (efetivamente) decidida.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, p. 230).

“Outrossim, não têm os recursos em tela o chamado *efeito translativo*. Vale dizer que os tribunais superiores, no exame dos recursos especial e extraordinário, não podem examinar questões de ordem pública, salvo se tiverem estas sido prequestionadas no julgamento recorrido.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 605).

“Se o órgão *a quo* nada resolveu, expressamente, acerca da sua presença ou inexistência no processo – e, assim, implicitamente reconhece sua observância, pouco importa se correta ou corretamente –, decerto não caberão recursos especial e extraordinário.” (ASSIS, Araken de. “Pquestionamento e embargos de declaração”, *in Revista Jurídica*, volume 288. Porto Alegre, 2001, p. 15).

“Qualquer questão, inclusive de ordem pública, necessita ter sido discutida e apreciada na instância *a quo*, tendo em vista a natureza do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de Cortes de revisão, a função que desempenham no sistema e o pressuposto específico do prequestionamento, observando-se o requisito das ‘causas decididas’ existente nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.” (MANGONE, Kátia Aparecida. *Obra citada*, p. 207).

Alguns autores, no entanto, adotando o posicionamento que vem sendo constantemente repetido pela jurisprudência, afirmam que, verificados os pressupostos de admissibilidade – inclusive o prequestionamento – em relação a qualquer outra matéria, teria o Tribunal Superior a liberdade de conhecer, de ofício ou pela provocação das partes, de questão de ordem pública não prequestionada.

Esta é a opinião de Fredie Didier Júnior e de Leonardo José Carneiro da Cunha, que assim lecionam:

“Exige-se nos recursos excepcionais, o prequestionamento da questão de direito que se pretende levar à apreciação dos tribunais superiores. Considera-se prequestionamento a manifestação pelo tribunal recorrido, acerca da mencionada questão jurídica. Assim, por exemplo, se quiser levar à apreciação do STJ, via recuso especial, a análise de uma questão sobre a ilegitimidade *ad causam*, é necessário que sobre ela tenha havido o prequestionamento. Sucede que, **se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo e for conhecido, poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer ex officio ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo.**”<sup>98</sup> (*destacou-se*)

Neste mesmo sentido é a opinião de Rogerio Licastro Torres de Mello:

“Reduzindo nossa atenção ao foco deste estudo, pensamos que é plenamente admissível a apreciação de matérias de ordem pública de ofício no STJ e no STF independentemente de prequestionamento, o que se justifica diante deste caráter bifásico dos julgamentos dos recursos excepcionais, em que existiriam juízos sucessivos de cassação e de revisão, quedando este último destinado ao rejuízo da causa conforme a vocação dos recursos extraordinário e especial (...). O teor da precitada Súmula 456 significa que, **admitindo-se o recurso excepcional e passando-se ao seu juízo de revisão, estará a corte excepcional diante de uma causa a ser julgada** (observando-se, é verdade, as feições da atividade jurisdicional desenvolvida no STJ e no STF), do que decorre que vícios graves como os atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais estarão, forçosamente, sob julgamento nessa esfera recursal.”<sup>99</sup> (*destacou-se*)

---

<sup>98</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 3.

<sup>99</sup> MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Obra citada*, pp. 240-242.

Com todo o respeito que se deve aos mencionados autores e à posição por eles sustentada, há de se discordar desta conclusão.

Em primeiro lugar, o juízo de mérito a ser exercido em grau recursal deve guardar rígida adstrição com o juízo de admissibilidade que o precedeu. Vale dizer: apenas aquilo que foi admitido deve ser objeto do julgamento de mérito pelo órgão recursal.

Em sentido contrário: aquilo que não foi conhecido não pode ser julgado no mérito.

Para ilustrar esta afirmação, propõe-se o seguinte exemplo: um recurso especial veicula duas pretensões, uma delas relativa a questão prequestionada e a outra relativa a questão de ordem pública que não foi enfrentada pela instância local. Caso preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, o recurso especial, como é evidente, deverá ser admitido apenas no que diz respeito àquela primeira pretensão.

Em relação à segunda pretensão, o recurso não poderia ser conhecido, o que leva à conclusão de que nenhuma decisão poderia ser tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação àquela questão de ordem pública.

O conhecimento do recurso permite o julgamento de mérito apenas em relação àquilo que foi expressamente admitido. E apenas em relação a estas matérias expressamente admitidas é que passará o Tribunal Superior a exercer o juízo de cassação e, eventualmente, o juízo de revisão.

Em outras palavras, a “causa” a ser julgada é nada mais que a questão em relação à qual resultou positivo o juízo de admissibilidade.

Assim, não se pode concordar com a ideia de que a admissão do recurso excepcional por qualquer fundamento permite o julgamento de mérito em relação a outras matérias, ainda que de ordem pública.

Em segundo lugar, esta posição peca por querer dar aos recursos excepcionais um tratamento que, ainda que de forma impensada, se assemelha ao dos recursos ordinários.

Como é muito bem observado pela ilustre jurista Teresa Arruda Alvim Wambier, “O vício da falta de condições da ação na apelação também só pode ser conhecido no tribunal, depois de o recurso já estar no tribunal, ou seja, depois de exercido, com resultado positivo, o juízo de admissibilidade”<sup>100</sup>.

Assim, esta situação – admitida pela posição que, atualmente, é majoritária no âmbito dos Tribunais Superiores – “não seria substancialmente diferente do que ocorre com a apelação”<sup>101</sup>, o que demonstra a inconsistência sistemática desta posição.

#### **4.3.2. Os efeitos dos recursos excepcionais**

Questão fundamental para que se chegue à melhor solução à questão formulada é a relativa aos efeitos de que são dotados os recursos excepcionais. A análise destes efeitos permitirá compreender quais os limites cognitivos dos Tribunais Superiores no julgamento destas modalidades recursais.

Ponto de partida desta análise deve ser a consideração de que, enquanto o recurso de apelação – recurso ordinário por excelência – tem como por objeto a *causa*, os recursos extraordinário e especial têm por objeto a *decisão* contra a qual se recorre e, de maneira mais específica, um determinado *aspecto* desta decisão.

Estes recursos não viabilizam o reexame da causa (ou de parte dela); viabilizam, apenas, a apreciação de um específico aspecto da decisão recorrida, permitindo que se examine, *grosso modo*, se houve ou não ofensa a determinadas normas do direito federal.

---

<sup>100</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Obra citada*, p. 358.

<sup>101</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Obra citada*, p. 358.

Por tais motivos, é que se diz que *“apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação por recurso especial ou extraordinário. E só se podem levantar os vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade”*<sup>102</sup>.

Estas observações permitem compreender que o efeito devolutivo dos recursos excepcionais é bastante restrito.

Para grande parte da doutrina, o efeito devolutivo de que são dotados estes recursos se limita à transferência da questão constitucional ou federal supostamente violada, apenas<sup>103</sup>.

Assim, a devolução seria limitada exclusivamente à questão tida como infringente da norma posta. E mais: segundo grande parte da doutrina, *“no que tange à profundidade, não se abre ao julgador a possibilidade de examinar qualquer outra questão de fundo que não conste expressamente do acórdão, bem como da própria petição de interposição do recurso”*<sup>104</sup>.

Portanto, tendo em vista a natureza destes recursos – que têm como objeto apenas determinados aspectos da decisão impugnada, e não a causa propriamente dita –, a cognição a ser feita pelo Tribunal Superior estaria limitada àquela matéria que consta da decisão recorrida e que foi objeto de impugnação pela parte recorrente, *“quase como se o restante do processo não existisse”*<sup>105-106</sup>.

<sup>102</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Obra citada*, p. 350. Segundo a mesma autora, “Nos recursos de fundamentação vinculada o que se devolve ao Judiciário são exclusivamente os pontos ou aspectos da decisão que podem ser impugnados pela parte” (*Obra citada*, p. 350).

<sup>103</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*, p. 174.

<sup>104</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229.

<sup>105</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Obra citada*, p. 359. A autora ainda complementa: “Estes recursos não abrem o acesso a outra matéria, que não a decidida e impugnada, chegar à cognição do STF e do STJ.” (*Obra citada*, p. 359).

<sup>106</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart adotam este mesmo posicionamento: “O efeito devolutivo de que são dotados, por outro lado, é restrito à matéria constitucional ou legal de competência do respectivo tribunal. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, no exame do recurso extraordinário, limitar-se-á a examinar a questão constitucional controvertida no recurso, sem estender sua análise a outros temas – ainda que constitucionais, e ainda que presentes no julgamento recorrido. No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça ficará circunscrito ao julgamento da questão relativa à lei federal invocada, sem poder ampliar sua cognição a outros temas, mesmo que haja, em outra parcela da decisão atacada, violação à lei federal.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Obra citada*, p. 605).

Assim, de acordo com esta linha de raciocínio, os Tribunais Superiores não podem conhecer de nenhuma questão que não tenha sido expressamente impugnada pela parte recorrente, ainda que de ordem pública e que tenha sido enfrentada pela instância inferior.

Igualmente, e pelos mesmos motivos, a grande maioria da doutrina entende que os recursos excepcionais não são dotados do chamado efeito translativo<sup>107</sup>.

Há, no entanto, autores que defendam posicionamento contrário. Para Vito Antônio Boccuzzi Neto, o efeito translativo seria um corolário da coerência que se deve esperar do sistema processual civil e, portanto, seria um efeito comum a todas as modalidades recursais<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> “O texto constitucional excluiu expressamente o efeito translativo dos recursos excepcionais, o que, naturalmente, guarda profunda importância para o recurso extraordinário. Apenas acrescentaríamos, em função da nossa postura em relação ao efeito devolutivo, que o texto constitucional excluiu também dos recursos excepcionais o vetor *profundidade do efeito devolutivo*, como observa Teresa Arruda Alvim Wambier, em passagem já citada.” (DANTAS, Bruno. *Obra citada*, pp. 155-157) (*destacou-se*).

“Não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas *decididas* pelos tribunais inferiores (arts. 102, n. III, e 105, n. III, CF), caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os verbetes ns. 282 e 356 da Súmula do STF, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional.

Além disso, a lei autoriza o exame de ofício das questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º, CPC). Ocorre que a instância dos recursos extraordinário e especial não é ordinária, mas excepcional, não se lhe aplicando o texto legal referido.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Obra citada*, p. 420) (*destacou-se*).

“Pelos peculiaridades do sistema processual civil, no entanto, o ‘efeito *translativo*’ não se aplica ao recurso extraordinário, ao recurso especial e, também, aos embargos de divergência.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Obra citada*, p. 82).

“Outrossim, não têm os recursos em tela o chamado *efeito translativo*. Vale dizer que os tribunais superiores, no exame dos recursos especial e extraordinário, não podem examinar questões de *ordem pública*, salvo se tiverem estas sido prequestionadas no julgamento recorrido.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Obra citada*, p. 605).

“O requisito do prequestionamento, ao exigir debate acerca do tema constitucional ou federal na decisão impugnada pelo recurso excepcional para que este seja admitido, torna impossível a translação na forma delineada no parágrafo acima, na medida em que a constância obrigatória da matéria de ordem pública no aresto recorrido (o prequestionamento) e sua abordagem no recurso excepcional escapam ao efeito translativo (consistente precisamente no contrário: transporte do tema de ordem pública independentemente de decisão de instância ordinária a respeito e de abordagem em sede recursal.” (MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Obra citada*, p. 232).

<sup>108</sup> “Primeiramente, porque o efeito translativo não decorre, apenas, da previsão do art. 515 do CPC, mas da necessária coerência que deve existir num ordenamento jurídico que pretende promover e manter um Estado Democrático de Direito. Indiscutivelmente, não se pode admitir a permanência de situações efetivadas em violação aos bens jurídicos considerados de interesse social, como são as questões de ordem pública inerentes ao processo judicial.” (BOCCUZZI NETO, Vito Antônio.

Muito embora sejam poucos os autores que defendam, expressamente, a existência de efeito translativo no âmbito dos recursos excepcionais – ou mesmo de ampla profundidade do efeito devolutivo destes recursos –, parece ser correto afirmar que apenas a admissão de um ou de outro efeito é que permitiria a conclusão pela possibilidade de conhecimento de ofício de questões de ordem pública no âmbito destes recursos.

Em outras palavras: esta conclusão – segundo a qual o simples conhecimento do recurso excepcional por qualquer fundamento permitiria que o Tribunal Superior conhecesse de matéria de ordem pública que não foi prequestionada ou que não foi objeto de impugnação – apenas pode decorrer do acolhimento do efeito translativo destes recursos ou da ampla profundidade de seu efeito devolutivo.

Isto porque o que se está sustentando, ainda que de forma indireta, é que o Tribunal Superior vá *além* daquilo que foi invocado pela parte em suas razões recursais ou daquilo que foi expressamente admitido.

Deve-se, *data maxima venia*, rejeitar esta feição que se busca atribuir aos recursos excepcionais, pois ela os colocaria em um regime muito próximo do que é dispensado aos recursos ordinários, o que seria inadmissível, tanto pela impropriedade sistemática, quanto pelo visível desatendimento do objetivo que foi conferido a estes recursos.

---

“Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública”, *in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 447).

Registre-se, também, a opinião da ilustre doutrinadora Ada Pellegrini Grinover: “A presença dos pressupostos processuais é antecedente lógico do julgamento do mérito e, nessa medida, *tais pressupostos são também antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STF e STJ*”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial”, *in O Processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 104).

Assim, a referência, que alguns dispositivos legais fazem, ao conhecimento das questões de ordem pública “em qualquer grau de jurisdição” não deve ser estendida ao grau excepcional dos recursos extraordinário e especial<sup>109</sup>.

#### **4.3.3. As funções dos recursos excepcionais e o papel dos Tribunais Superiores**

Já foi dito que os recursos excepcionais têm uma função institucional, política<sup>110</sup>. Suas principais funções são a garantia da inteireza positiva e da autoridade do direito federal – constitucional e infraconstitucional –, a uniformização da interpretação das normas que o compõem e, modernamente, a formação de paradigmas decisórios, que orientam os jurisdicionados e as instâncias inferiores.

São recursos que atendem, portanto, anseios institucionais. Os interesses das partes em conflito ocupam um plano apenas secundário.

O mesmo se pode dizer dos Tribunais Superiores. São Cortes criadas para dar a última palavra sobre questões jurídicas de interesse do País. Objetivam, por meio da jurisdição, o atendimento de funções notadamente institucionais.

Estas características são ainda mais evidentes quando se tem em vista o Supremo Tribunal Federal. Verdadeira Corte Constitucional que é, encabeça o Poder Judiciário e recebe, da própria Constituição Federal, a competência para processar e julgar causas de notável importância política<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> “Em suma, a premissa de que ‘as questões de ordem pública podem ser alegadas em qualquer tempo e juízo’ não se aplica às instâncias especial e extraordinária, que delas apreciam se conhecidos os recursos derradeiros, mas somente às instâncias ordinárias.” (Superior Tribunal de Justiça – 1ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Especial nº 85.558 – Relator Ministro Athos Gusmão Carneiro – Julgado em 07 de abril de 2000).

<sup>110</sup> “Tem, assim, o recurso extraordinário uma finalidade ‘eminentemente política’.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Obra citada*, p. 664).

<sup>111</sup> “Sua função básica é a de manter o respeito à Constituição e sua unidade substancial em todo o país, o que faz através de uma série de mecanismos diferenciados – além de encabeçar o Poder Judiciário inclusive em certas causas sem conotação constitucional. Como *cabeça do Poder Judiciário*, compete-lhe a última palavra na solução das causas que lhe são submetidas.” (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 211).

Em muitos outros ordenamentos jurídicos ocidentais – que, aliás, influenciam, de longa data, o Direito Processual Civil brasileiro –, adota-se estrutura judiciária similar, com a existência de uma Corte Superior, que, em grau recursal, tem a competência de apreciar recursos de natureza excepcional e com cabimento extremamente restrito.

Estas Cortes, assim como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, desempenham um papel eminentemente institucional e político, recebendo comentários doutrinários que se aplicam, diante desta identidade, aos Tribunais Superiores brasileiros.

Cabe destacar, por este motivo, os comentários formulados pela doutrina ao Supremo Tribunal de Justiça português<sup>112</sup>:

“Numa palavra: não deverão ser os supremos tribunais mais do que tribunais de revista?

Creemos que a resposta não poderá deixar de ser afirmativa. Pois a intenção da justiça quanto à decisão do caso jurídico concreto – e, com ela, também o interesse das partes na causa – não justificaria, só por si, a abertura de uma terceira instância, que o fosse exclusivamente e, salva a sua superioridade hierárquica, em tudo o mais igual às outras. **A instituição de um Tribunal Supremo – supremo** pela sua unicidade no vértice da função jurisdicional (ou de cada espécie de jurisdição) e pela sua particular dignificação – **só pode compreender-se para que esse tribunal seja investido de uma função específica por que especialmente se qualifique.**”<sup>113</sup>  
(destacou-se)

“(...) o Supremo actua principalmente como órgão de *contrôle* dos tribunais inferiores. Interessa sobretudo ao Estado que os tribunais cumpram as leis; ora os estatutos e os contratos não são leis. **O Supremo é o fiscal dos tribunais e não o fiscal dos contratos; a sua função não deve desnaturar-se.**”<sup>114</sup> (destacou-se)

<sup>112</sup> Em Portugal, existe um Tribunal Constitucional, que tem certa competência originária e que, em grau recursal, julga o chamado *recurso de revisão*, medida que tem as mesmas feições da ação rescisória e da revisão criminal brasileiras. O Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, tem competência para processar e julgar o recurso de revista, medida recursal que guarda similitude com o recurso especial e o recurso extraordinário brasileiros. (COELHO, Gláucia Mara. “Direito Processual Civil Português”, in *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coordenação: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Lex Editora, 2010, pp. 285-332).

<sup>113</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 652.

<sup>114</sup> REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil* anotado, volume VI, Artigos 721º a 800º. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 18.

Pode-se constatar, portanto, que, segundo a doutrina estrangeira, o regime dos recursos excepcionais deve ser tal que impeça que se veja nos Tribunais Superiores uma terceira instância.

O mesmo se observa no âmbito da doutrina espanhola<sup>115</sup>:

“Si la posibilidad de traer a la casación cuestiones sobre los hechos no fuera de algún modo limitada, la casación se convertiría em uma terceira instancia, es decir, que **el recurso de casación no se atendería a su específica y primordial finalidad** y, además, las instancias innecesariamente serían aumentadas.”<sup>116</sup> (*destacou-se*)

Ainda segundo o mesmo autor, “*El proceso civil, cuya unificación es procedente y de urgência, debe terminar generalmente em la segunda instancia, o sea, em la sentencia dictada emalzada por el Tribunal colegiado correspondiente*”<sup>117</sup>.

A mesma função se pode identificar na Corte de Cassação italiana<sup>118</sup>, acerca da qual a doutrina estrangeira faz os seguintes comentários<sup>119</sup>:

<sup>115</sup> Na Espanha, compete ao Tribunal Supremo o julgamento do *recurso de casación*, que tem natureza excepcional. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Direito Processual Civil Espanhol”, in *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coordenação: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Lex Editora, 2010, pp. 71-112).

<sup>116</sup> CONDOMINES VALLS, Francisco de A. *El recurso de casación em materia civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1978, p. 95.

<sup>117</sup> CONDOMINES VALLS, Francisco de A. *Obra citada*, p. 100.

<sup>118</sup> Na Itália, compete à Corte de Cassação o julgamento do recurso de cassação, que tem natureza excepcional. (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. “Direito Processual Civil Italiano”, in *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coordenação: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Lex Editora, 2010, pp. 245-284).

<sup>119</sup> Muito embora as lições italianas acerca do papel da Corte de Cassação, como se verá, sejam plenamente aplicáveis ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, no ordenamento italiano, por conta de particularidades daquele sistema – entre elas, a inexistência de exigência constitucional pelo prequestionamento –, admite-se, com maior facilidade, o conhecimento, de ofício, de questões de ordem pública no âmbito do recurso de cassação:

“Nel passaggio dall'appello alla Cassazione non si verifica una restrizione delle questioni di rito rilevabili d'ufficio: nel nostro ordinamento non ci sono questioni di rito rilevabili d'ufficio in appello e non in Cassazione. **Tutto quello che può rilevare d'ufficio il giudice d'appello, lo può rilevare d'ufficio anche la Cassazione.** E quello che non può rilevare d'ufficio la Cassazione perché già deciso e non impugnato, non lo può rilevare d'ufficio neanche il giudice d'appello, se già deciso e non impugnato. Quindi esiste una forte differenza tra il processo di Cassazione e quello d'appello per ciò che attiene al merito, ma non vi è differenza percepibile per ciò che riguarda le questioni di rito. (...) **Ne consegue che le questioni di rito rilevabili in ogni stato e grado del processo possono, sì, essere sollevate per la prima volta in Cassazione;** tuttavia, la questione sollevata può essere ritenuta fondata, solo se i fatti, che ne costituiscono la fattispecie, sono già acquisiti al processo.” (LUISO, Francesco P. *Diritto Processuale Civile, tome II: il processo di cognizione*. 6. ed. Giuffrè) (*destacou-se*).

“Sarebbe questo dovere funzionale quello próprio di qualsiasi tribunale supremo, la cui funzione típica sarebbe appunto di inunificare la giurisprudenza dei giudici inferior, cioè di non mutare la própria se non per gravi e motivate ragioni.”<sup>120</sup>

Pode-se constatar, portanto, a tendência de que as Cortes Superiores assumam um papel institucional que é incompatível com a busca pela justiça ao caso concreto. Esta incompatibilidade fica ainda mais perceptível se se levar em consideração a chamada “crise” por que vêm passando os Tribunais Superiores brasileiros e outras Cortes que exercem semelhante papel, como a Corte de Cassação italiana.

Assim, é justamente este papel institucional dos Tribunais Superiores que explica os pressupostos de admissibilidade extremamente rigorosos dos recursos excepcionais.

A justiça ao caso concreto deve ser buscada pelas instâncias ordinárias. As instâncias excepcionais propiciam a realização da justiça apenas naqueles casos em que, havendo verdadeira ofensa a normas do direito positivo – e, evidentemente, sendo cumpridos os pressupostos de admissibilidade –, o Tribunal acolha a pretensão veiculada pelo recurso extraordinário e especial, o que ocasionará, indiretamente, a solução que se esperava ao conflito de interesses.

---

**“La cognizione della Corte di Cassazione è limitata ai motivi proposti, tuttavia può estendersi alle questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento e a quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello (art. 609 c.p.p.)”** (ROMANELLI, Francesca; VAGNONI, Silvia. “Il ricorso per Cassazione nel processo penali”, in <<http://www.studiocataldi.it/guide-procedura-penale/ricorso-per-cassazione.asp>>. Último acesso em 30 de maio de 2013) (destacou-se). “Se si pensa che com la correzione non sempre si va a favore del resistente, si può capire che i limite sono essenzialmente quelli che nascono dal principio dispositivo e dal rispetto dela difesa. In breve, e tenendo presente il passato sviluppo giurisprudenziale, si può dire che, sotto il primo aspetto, almeno in teoria, la correzione dela motivazione avrebbe dovuto moversi nell’ambito dela questione sollevata dal ricorso (principale o incidentale), restando com ciò escluso che la Corte avesse potuto mantenere fermo il dispositivo estendendo la sua cognizione ad uma diversa questione. **Il che comporta che il potere correttivo non avrebbe incontrato limiti nel solo caso di questioni rilevabili d'ufficio dalla Corte.**” (MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1994) (destacou-se).

“Tale conclusione, già proposta durante la vigenza del codice del 1930, sembra attualmente confermata dal combinato disposto degli artt. 606 e 609, ai sensi dei quali devono considerarsi **ammissibili motivi volti a sottoporre alla cassazione questioni rilevabili d'ufficio.**” (SPANGHER, Giorgio; DEAN, Giovanni. *Nuovo trattato di procedura penale*. Torino, 2008, p. 115) (destacou-se).

<sup>120</sup> MAZZARELLA, Ferdinando. *Obra citada*, p. 34.

Não se poderia, com efeito, cogitar de um efetivo controle sobre a higidez do sistema e sobre a uniformidade de aplicação do direito em todo o território nacional se os Tribunais Superiores fossem chamados a decidir a respeito de questões não completamente examinadas nas instâncias inferiores.

O mesmo aconteceria se se admitisse que os Tribunais Superiores pudessem decidir acerca de questões que sequer foram invocadas no recurso excepcional.

Isto faria com que estes Tribunais voltassem suas atenções a questões que, embora de grande importância, deveriam ter sido resolvidas pelas instâncias ordinárias e que não são vocacionadas a atender os objetivos institucionais dos recursos excepcionais<sup>121</sup>.

A análise do papel desempenhado pelos Tribunais Superiores leva, por conseguinte, à conclusão de que o exame das questões de ordem pública só pode ser realizado no âmbito dos recursos excepcionais se tais questões tiverem sido invocadas pela parte como fundamento do recurso e se tiverem sido enfrentadas pela instância local.

#### **4.3.4. A Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal**

Questão de suma importância é, igualmente, aquela que diz respeito à correta interpretação que se deve atribuir à Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o Direito à espécie”.

O teor deste enunciado vem sendo utilizado como argumento para permitir o conhecimento de questões de ordem pública não prequestionadas e não invocadas pelas partes, quando o Tribunal Superior conhece do recurso excepcional por outro fundamento.

---

<sup>121</sup> “É imprescindível que, para cumprir com essa função, o STJ atue com competência seletiva, circunscrevendo-se ao exame daquelas questões que, pelo grau de relevância, mereçam apreciação, evitando que, de outra forma, acabe desempenhando a função de uma terceira instância ordinária.” (RAATZ, Igor; SILVA, Frederico Leonel Nascimento e. *Obra citada*, p. 43).

Segundo os defensores desta posição, o “julgamento da causa” permitiria o conhecimento de outras questões, distintas do fundamento do recurso extraordinário ou especial, que possam influir na solução que parece ser a mais adequada para o caso concreto<sup>122</sup>.

Assim, se o Tribunal Superior admitir o recurso excepcional pela ofensa a um determinado dispositivo da Constituição Federal ou da lei federal e não conhecer de ofício de uma matéria de ordem pública – mesmo que não prequestionada –, “*não estará aplicando o direito à espécie*”<sup>123</sup>.

Ocorre que esta não parece ser a melhor interpretação que se pode extrair do conteúdo do referido enunciado.

Em primeiro lugar, a análise dos precedentes deste verbete não leva à conclusão extraída pelos indigitados autores. Estes precedentes demonstram, na realidade, a tendência de o Supremo Tribunal Federal, ao conhecer do recurso extraordinário – que, à época, se voltava ao conhecimento de questões constitucionais e infraconstitucionais –, reapreciar a causa em sua completude, inclusive no que diz respeito às questões fáticas

Em um dos precedentes, decidiu-se o seguinte:

“Para reexame das provas não cabe recurso extraordinário. **Só quando conhece do recurso extraordinário, entra o Supremo Tribunal no exame das provas**, desde que indispensável para julgar a questão federal envolvida.” (Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – Agravo de Instrumento nº 23.496/MG – Relator Ministro Victor Nunes Leal – Julgado em 11 de julho de 1961) (*destacou-se*)

---

<sup>122</sup> “O entendimento que se coloca numa posição intermediária parece ser o mais razoável: o STJ pode apreciar, de ofício, questão de ordem pública como as condições da ação, desde que tenha sido conhecido o especial, caso em que se deverá aplicar o direito à espécie. O tema incluir-se-ia no efeito devolutivo em profundidade, que abrange os pressupostos do julgamento a ser reexaminado.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Obra citada*, p. 676.)

<sup>123</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Obra citada*, p. 96. Ainda segundo este autor: “Reitere-se que tal orientação não dispensa a necessidade de prequestionamento, para que o recurso seja *conhecido*. Assim, por exemplo, não se admite recurso especial fundado em falta de condição da ação, se este tema não tiver sido enfrentado pela decisão recorrida. No entanto, interposto e conhecido o recurso especial com base em outro fundamento, a ausência da condição da ação poderá ser examinada, *ex officio*, pelo STJ.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Obra citada*, p. 97).

Em outro precedente que levou à edição da indigitada Súmula, foram feitas considerações que se mostram extremamente interessantes:

“Chegou a ser ajuizada ação executiva contra o promitente vendedor. O fato de ter **o acórdão da Justiça local declarado que não havia mora, matéria de fato**, essa consideração seria apropriada por ocasião da apreciação do cabimento. Se o Tribunal conheceu do recurso, aquela observação perdeu o objeto. Vencida a preliminar, o Tribunal julga a causa, apreciando os fatos, quando necessário. O argumento do Sr. Ministro Relator foi que, tendo a Justiça local considerado a mora, no caso, *inculcata*, não poderíamos conhecer do recurso, que versaria sobre matéria de prova.

*Data venia*, não posso acolher o argumento. A esta altura do processo, **transposto o obstáculo do cabimento, não podia a decisão do Tribunal local constituir impedimento a que entendêssemos de modo diferente.**

**Entendo, pois, que houve mora do promissário comprador.** Cheguei mesmo a ser ajuizado um executivo hipotecário contra o promitente vendedor.” (Supremo Tribunal Federal – Pleno – Embargos no Recurso Extraordinário nº 46.988/SP – Relator para acórdão Ministro Victor Nunes Leal – Julgado em 31 de julho de 1961) (*destacou-se*)

A análise deste extrato do voto do Ministro Victor Nunes Leal, que acabou sendo acompanhado pela maioria dos Ministros, demonstra que, segundo o entendimento da Corte, a presença de uma questão de fato poderia levar à inadmissibilidade do recurso extraordinário.

No entanto, segundo o Ministro, uma vez admitido o recurso extraordinário, absolutamente todas as questões, inclusive as de fato, deveriam ser revolidas pelos julgadores.

Com base neste raciocínio, o Ministro, em seu voto, manifestou o seu entendimento pela ocorrência da mora – questão que, segundo Ele, era de fato<sup>124</sup> –, o que levou à adoção de solução diversa àquela tomada pela instância inferior.

---

<sup>124</sup> A questão que foi abordada neste julgamento – a mora do promissário comprador – poderia ser vista por alguns como a qualificação jurídica de um fato, o que, segundo alguns estudiosos, não é uma questão de fato, mas uma “questão mista”. No presente trabalho, não se tratará, por evidente, da chamada “questão mista”. O importante, para o desenvolvimento deste item, é observar que, independentemente das questões que fizeram parte deste julgamento específico, o Supremo Tribunal Federal se permitia a análise de questões que lhe pareciam ser de fato.

Assim, o entendimento que predominava no Supremo Tribunal Federal à época era o de que, com o conhecimento do recurso extraordinário, poderia a Corte reexaminar a causa em sua completude, inclusive reexaminando provas e alterando as conclusões de fato.

Trata-se de entendimento inaceitável no atual estágio de desenvolvimento científico a respeito dos recursos excepcionais.

Assim, a interpretação que se busca dar à Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal deve ser rejeitada, por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o mencionado Enunciado não buscava permitir o conhecimento de ofício de questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais. Aliás, essa questão nunca foi sequer ventilada nos precedentes que deram origem a este Enunciado.

Em segundo lugar, porque o entendimento firmado neste Enunciado, posto predominasse na Corte na década de 1960, é inaceitável nos dias de hoje, por ser incompatível com o regime dos recursos excepcionais.

Aliás, até mesmo a prevalência deste entendimento nos idos da década de 1960 é discutível, pois os precedentes que deram origem à criação da Súmula nº 456 são poucos – apenas 4 (quatro) – e todos eles foram relatados pelo mesmo Ministro<sup>125</sup>.

Ainda, em um destes quatro precedentes, o resultado do julgamento se deu por maioria de votos, e não por unanimidade, o que não desqualifica a decisão em si, mas põe em xeque o imaginado predomínio desta tese à época da redação do Enunciado em comento.

Desta forma, a interpretação do entendimento firmado na Súmula nº 456 deve se dar de acordo com o que dispõe a Constituição Federal, segundo a qual as

---

<sup>125</sup> Este fato é observado por Kátia Aparecida Mangone, em dedicado estudo sobre o prequestionamento e as questões de ordem pública: MANGONE, Kátia Aparecida. *Obra citada*, p. 219.

questões a serem conhecidas por meio dos recursos excepcionais devem ter sido decididas pelas instâncias inferiores.

Diante disto, a única interpretação válida, nos dias de hoje, ao indigitado Enunciado é aquela segundo a qual os Tribunais Superiores brasileiros não são cortes de cassação. Deste modo, estas Cortes, ao flagrarem a ofensa à Constituição Federal ou à lei federal, devem corrigi-la, aplicando ao caso a tese correta de direito federal<sup>126</sup>.

#### **4.3.5. A importância das questões de ordem pública e a regularidade da atividade jurisdicional**

Para alguns autores, a importância das questões de ordem pública – que se ligam às estruturas fundamentais da sociedade e de suas instituições e que, no âmbito processual, se relacionam aos fundamentos da prestação da tutela jurisdicional e da admissibilidade e regularidade do processo – justificaria um tratamento diferenciado inclusive no âmbito dos recursos excepcionais.

Segundo esta linha de raciocínio, não poderia o Tribunal Superior, ao conhecer de um recurso excepcional, “fechar os olhos” a uma questão de tal

---

<sup>126</sup> “Note-se que o STF ou o STJ, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal *aplica-a à espécie*, isto é, julga ‘a causa’ (a matéria objeto da impugnação), como rezam o art. 324, *fine*, do RISTF, que não é mera norma ‘permissiva’ – e o art. 257, *fine*, do RISTJ. Nisso se distinguem os nossos recursos extraordinário e especial não apenas dos ‘recursos de cassação’ de tipo francês, mas também do seu equivalente argentino, tal como tem funcionado na prática. Só quando o fundamento do recurso consista em *error in procedendo* é que o STF ou o STJ, ao dar-lhe provimento, anula a decisão da instância inferior e, se for o caso, faz baixar os autos, para que outra ali se profira. Salvo nessa hipótese, o acórdão do tribunal *ad quem*, seja qual for o sentido em que este se pronuncie, *substitui*, na medida em que se conheça da impugnação, a decisão contra a qual se recorreu: incide o art. 512.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 600-601).

“A atividade desenvolvida pelo STJ e pelo STF ao julgar um recurso especial e o recurso extraordinário, respectivamente, é a de admitir os recursos, flagrar a ilegalidade ou inconstitucionalidade (qualificada pela repercussão geral) e corrigi-la. Ou seja, não se trata de Cortes de Cassação” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*).

“Como se observou, a Súmula 456 do STF significa que os Tribunais Superiores não são Cortes de Cassação. Assim, admitidos os recursos de estrito direito, haverá, de acordo com o que consta na Súmula 456, *rejulgamento da causa*, respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário (...).” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Obra citada*, p. 353).

envergadura, pelos simples motivo de não ter constado dos fundamentos recursais ou de não ter sido objeto de enfrentamento pela instância inferior.

Argumenta-se, ainda, que inadmitir o conhecimento desta questão de ordem pública importaria na produção de uma decisão inútil, já que eivada de nulidade ou proferida de modo a ofender literal disposição de lei<sup>127</sup>.

Assim, se o Tribunal Superior não conhecesse, por exemplo, da ilegitimidade de uma das partes, estaria produzindo uma decisão inútil e passível de impugnação por ação autônoma.

Além disto, segundo alguns autores, esta conduta atentaria contra a lógica do processo:

“Soa insensato, *data venia*, o tribunal ‘fechar os olhos’ a uma nulidade que aflora aos autos e, ainda assim, deixar de pronunciá-la, permitindo que o processo caminhe até seu desfecho mesmo gravemente viciado. Essa atitude atenta contra o bom senso e o princípio da economia processual, pois a decisão que eventualmente

<sup>127</sup> “Na verdade, a *ratio essendi* da cognoscibilidade oficiosa das questões de ordem pública, em qualquer tempo e grau de jurisdição, está atrelada a um fundamento maior, relacionado ao papel do Estado-juiz no processo. Por esse viés, interessa ao próprio Estado que sejam observadas as regras disciplinadoras do regular desenvolvimento processual, para que seja alcançado o fim colimado. (...) Mais que isso: **evitar-se-ia decisões inúteis**, eivadas de nulidades processuais. É por isso que matérias relacionadas com nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos processuais, podem ir além do requisito constitucional do prequestionamento.” (MELO, Andréa Cherem Fabrício de. “O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial”, *in Revista de Processo*, vol. 132, fevereiro de 2006, pp. 27-28) (*destacou-se*).

“Com o preenchimento dos requisitos gerais e específicos do recurso especial, deve o Superior Tribunal de Justiça analisar de ofício matéria de ordem pública, porquanto não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial.” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Obra citada*, p. 342).

“Havendo violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido naqueles casos em que a decisão será *inutiliter data*. É por isso que matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento. **A violação à norma jurídica por inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária.**” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Recurso especial: ordem pública e prequestionamento”, *in Linhas mestras do processo civil*. Coordenação: Hélio Rubens Ribeiro Costa, José Horácio Hadfeld Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco. São Paulo: Atlas, 2004, p. 490) (*destacou-se*).

“Sem receio de exagerações, seria excessivamente fetichista conceber a convalidação de um vício de ordem pública em sede recursal excepcional exclusivamente porque ausente prequestionamento a respeito: se um determinado defeito processual permite, *verbi gratia*, propositura de ação própria e hostilização da coisa julgada, que sentido faz impedir tal atividade no interior do processo, em esfera recursal?” (MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Obra citada*, p. 243).

transitar em julgado será rescindível. A parte que eventualmente sucumbir decerto não hesitará em propô-la.”<sup>128</sup>

“De fato, parece-nos que em questões de ordem pública, que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos – positivos e negativos – existência e validade da relação jurídica processual (art. 267, § 3º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por *inexigível*, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa.”<sup>129</sup>

Ocorre, no entanto, que o sistema processual civil brasileiro assumiu, ao delinear o arquétipo constitucional dos recursos excepcionais, o risco de contar com decisões injustas e, por vezes, até mesmo rescindíveis.

Para constatar isto, basta voltar os olhos à repercussão geral. Como já se disse, o § 3º do artigo 102 da Constituição Federal – introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – limitou ainda mais o cabimento do recurso extraordinário, de modo que, nos dias atuais, mesmo uma decisão proferida pela instância local que ofenda a Constituição Federal não será objeto de cognição do Supremo Tribunal Federal, se esta questão de direito constitucional não apresentar repercussão geral, isto é, se não tiver a aptidão de gerar impacto numa parcela significativa de determinado grupo social.

Como reconhece a doutrina pátria, “a conformidade de qualquer espécie normativa com o texto constitucional é, até mesmo por imperativo do Estado de Direito (cuja regência maior se dá pelo texto legislativo fundante, a Constituição), a mais relevante das matérias de ordem pública”<sup>130</sup>.

A mesma importância deve ser atribuída ao controle da compatibilidade de uma decisão jurisdicional com a Constituição Federal. No entanto, como se viu, o próprio Constituinte, por vezes, por questões de política legislativa, opta por deixar

---

<sup>128</sup> PESSOA, Roberto Dórea. “Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito”, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, p. 505.

<sup>129</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*, p. 28.

<sup>130</sup> MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Obra citada*, p. 245.

tais questões, de suma importância, fora do alcance das Cortes Superiores, em grande parte por conta da função institucional que lhes é destinada.

É o que ocorreu com a introdução da figura da repercussão geral. Assim, mesmo uma decisão ofensiva à Constituição Federal – e, portanto, rescindível – não poderá ser reexaminada pelo Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário, se a questão constitucional deixar de apresentar repercussão geral.

Isto apenas ressalta a consciente adoção de um regime segundo o qual a justiça da decisão e a observância de determinados ditames, ainda que caros ao ordenamento jurídico, são objetivos das instâncias ordinárias, apenas. Assim, longe de ser “fetichista”, trata-se de posição que resguarda a estrutura judiciária e fundamenta a existência de instâncias excepcionais.

Ainda, deve-se ponderar que, como é muito bem observado por Ricardo de Carvalho Aprigliano, “a ordem pública processual só pode ser interpretada como um conjunto de técnicas voltadas ao tempestivo controle sobre a viabilidade do processo”<sup>131</sup>.

Este controle, portanto, justifica-se quando feito tempestivamente, no decorrer das instâncias ordinárias. Do contrário, a ordem pública perderia a sua utilidade, pois “tudo o que se pretendia evitar acabou acontecendo” e a jurisdição poderia se transformar “em causa de insatisfação, de frustração aos jurisdicionados”<sup>132</sup>.

Diante disto tudo, muito embora seja algo extremamente indesejável ao sistema, é inevitável que, do regime que se adotou para os recursos excepcionais –

---

<sup>131</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 65. Ainda segundo o autor: “Há um grande equívoco em considerar que as questões de ordem pública são de tal modo relevantes para o sistema que justificam a extinção excepcional dos processos, sem exame da relação material, em toda e qualquer situação. Tal modo de ver a função da ordem pública revela a contradição entre a sua finalidade precípua e a forma como vem sendo aplicada aos processos em geral. (...) Todos os exemplos concretos de questões de ordem pública indicam que o sistema não admite que um processo viciado deva sobreviver por longo tempo. Há um aspecto de utilidade muito latente. Se o instrumento não serve aos seus fins, deve ser eliminado desde logo.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 65).

<sup>132</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 66.

cujo julgamento compete às mais altas Cortes do País –, possam, sim, surgir decisões injustas ou proferidas sem a observância de certas questões de ordem pública.

Ocorre que, do mesmo modo, a rigidez do cabimento de tais recursos pode fazer com que se tornem definitivas decisões que ofendem o direito federal.

Estes são resultados indesejados, mas assumidos com o propósito de permitir que os Tribunais Superiores cumpram com suas precípuas funções.

Portanto, não se deve atribuir às questões de ordem pública importância tal que desfigure o regime constitucional de uma categoria recursal ou que desvie o foco que devem ter os Tribunais Superiores.

Ainda, o interesse público que está na base das questões de ordem pública deve ceder *“diante de outra manifestação do interesse público, a de obter decisões finais, e de mérito, estas, sim, o verdadeiro escopo da jurisdição”*<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 236.

## CONCLUSÃO

A ordem pública é o conjunto de normas que refletem as estruturas fundamentais da sociedade e de suas instituições. No âmbito processual, a ordem pública é integrada pelas normas que se relacionam aos fundamentos da prestação da tutela jurisdicional e da admissibilidade e regularidade do processo.

Por conta de sua importância, as questões de ordem pública são objeto de um tratamento processual privilegiado, inclusive no âmbito recursal. Neste citado campo, opera o efeito translativo, que transfere as questões de ordem pública ao órgão recursal, independentemente de impugnação das partes.

Este tratamento privilegiado, no entanto, não se estende à esfera dos recursos de natureza extraordinária. Estes recursos recebem do sistema processual civil brasileiro um regime diferenciado. Este regime, aliás, se alinha ao próprio papel que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem desempenhar no ordenamento jurídico pátrio.

A natureza destes recursos justifica a adoção de rígidos pressupostos de admissibilidade, bem como limita o plano de cognição do órgão recursal.

É por tais motivos que o exame das questões de ordem pública apenas poderá ser realizado no âmbito dos recursos excepcionais, se estas questões: *a)* constituírem o próprio fundamento do recurso – ou *um* de seus fundamentos –; e *b)* tiverem sido devidamente enfrentadas pela instância local, por meio da decisão recorrida (com o que se verifica o prequestionamento).

A adoção de posições mais brandas importa no desvio do papel que se atribuiu aos Tribunais Superiores, bem como na subversão do regime previsto aos recursos excepcionais.

Além disto, como se pôde constatar, a interpretação que parte da doutrina e que a maioria da jurisprudência vêm atribuindo à Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal não guarda fiel relação com os precedentes deste enunciado.

Estes precedentes, aliás, levam a um entendimento – predominante naquela Corte no início da década de 1960 – que, nos dias de hoje, seria simplesmente inadmissível, pois implicaria numa extrema aproximação da atividade cognitiva que há no âmbito dos recursos excepcionais e dos recursos ordinários, o que importaria em notável inconsistência sistemática.

Por fim, a ocorrência de resultados injustos ou que deixem de bem observar certas questões de ordem pública deve ser evitada pelo bom funcionamento das instâncias ordinárias.

A ocorrência de tais resultados no âmbito dos recursos excepcionais é, embora indesejável, assumida pelo sistema processual, com a finalidade de que possam as mais altas Cortes do País exercer as suas precípuas funções e produzir decisões finais e de mérito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento", in *Revista de Processo*, volume 132, fevereiro de 2006, pp. 132 e ss.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica. "Recurso especial e prequestionamento", in *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 160-179.

ASSIS, Araken de. "Prequestionamento e embargos de declaração", in *Revista Jurídica*, volume 288. Porto Alegre, 2001, pp. 5-27.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório", in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. Coordenadores: José Roberto dos Santos Bedaque; José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BERTOLDI, Thiago Moraes; RAUCH, Rafael. "Superior Tribunal de Justiça: tribunal de sobreposição?", in <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/192-artigos-jul-2008/5921-superior-tribunal-de-justica-tribunal-de-sobreposicao>>. Último acesso em 30.05.2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva.

BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. "Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública", in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, pp. 439-448.

BONSIGNORI, Angelo. "L'effetto devolutivo dell'appello", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. “Efeitos dos recursos”, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, volume 10. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 66-90.

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1920, v. 2.

CARNEIRO, Tânia Aoki. “Recurso Especial, efeito translativo. Matéria de ordem pública”, in *Revista de Processo*, volume 143, janeiro de 2007, pp. 205 e ss..

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

COELHO, Gláucia Mara. “Direito Processual Civil Português”, in *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coordenação: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Lex Editora, 2010, pp. 285-332.

CONDOMINES VALLS, Francisco de A. *El recurso de casación em materia civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1978.

COSTA CARVALHO, Patrícia Torres Barreto. “Efeito translativo nos recursos excepcionais”, in *Revista de Processo*, volume 171, maio de 2009, pp. 257 e ss..

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. Barueri: Manole, 2008.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Transformações do recurso extraordinário”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 982-990.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Nota aos Enunciados 292 e 528 da Súmula da Jurisprudência predominante do STF: a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários”, in *Revista de Processo*, volume 157, março de 2008, pp. 303 e ss..

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1.

\_\_\_\_\_. “Os efeitos dos recursos”, in *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 115-163.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial”, in *O Processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; SANTANA, Felipe Teles. “Uma análise crítica sobre o recurso especial e o conhecimento de matérias de ordem pública”, in *Revista de Processo*, volume 213, novembro de 2012, pp. 337 e ss..

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Recurso especial: ordem pública e prequestionamento”, in *Linhas mestras do processo civil*. Coordenação: Hélio Rubens Ribeiro Costa, José Horácio Hadfeld Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. “Repercussão geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa indireta à Constituição Federal. Má fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo”, in *Revista de Processo*, volume 157, março de 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 1068-1077.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007.

MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. “Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa*

*Moreira*. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 1050-1067.

\_\_\_\_\_. “O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial”, in *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 250-323.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Atividades de ofício em grau recursal*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

MELO, Andréa Cherem Fabrício de. “O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial”, in *Revista de Processo*, volume 132, fevereiro de 2006, pp. 7-29.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOLASCO, Rita Dias. “Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito”, in *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, volume 10. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 454-494.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Prequestionamento”, in *Revista de Processo*, volume 97, janeiro-março de 2000, pp. 160 e ss..

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. “A Súmula 456 do STF. Histórico e tendências jurisprudenciais atuais: STJ e STF”, in *Revista de Processo*, volume 163, setembro de 2008, pp. 63 e ss..

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORTIZ, Mônica Martinelli. “Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento”, in *Revista de Processo*, volume 128, outubro de 2005, pp. 175 e ss..

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. “Direito Processual Civil Italiano”, in *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coordenação: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Lex Editora, 2010, pp. 245-284.

PESSOA, Roberto Dórea. “Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito”, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10.

RAATZ, Igor; SILVA, Frederico Leonel Nascimento e. “Crítica à tese do julgamento de ofício das ‘questões de ordem pública’ em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores”, in *Revista de Processo*, volume 202, dezembro de 2011, pp. 69 e ss..

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*, volume VI, Artigos 721º a 800º. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. “O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários”, in *Revista de Processo*, volume 138, agosto de 2006, pp. 27 e ss..

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva. v. 1.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Direito Processual Civil Espanhol”, in *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coordenação: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Lex Editora, 2010, pp. 71-112.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SPANGHER, Giorgio; DEAN, Giovanni. *Nuovo trattato di procedura penale*. Torino, 2008

TALAMINI, Eduardo. “Saneamento do processo”, in *Revista de Processo*, volume 86, abril de 1997, pp. 76 e ss.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “O Superior Tribunal de Justiça na Constituição”, in *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, volume 1, nº 2, julho-dezembro de 1989. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaooseriada/index.php/informativo/article/view/74>>. Último acesso em 09.08.2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Despacho saneador irrecorrido – possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença”, in *Revista de Processo*, volume 67, julho de 1992, pp. 227 e ss..

\_\_\_\_\_. “Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual”, in *Revista de Processo*, volume 67, julho de 1992, pp. 26 e ss.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 115-116.

\_\_\_\_\_. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Limites ao efeito translativo dos recursos", *in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 12, pp. 101-134.