

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

COGEAE – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GIOVANNA CARRUT CARMESINI

**O EFEITO TRANSLATIVO NO RECURSO ESPECIAL**

SÃO PAULO

2015

GIOVANNA CARRUT CARMESINI

### **O EFEITO TRANSLATIVO NO RECURSO ESPECIAL**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como parte das atividades necessárias para a obtenção da aprovação na Especialização em Processo de Recursos da Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE.

Professor Orientador: LUCIANO TELLES

SÃO PAULO

2015

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me iluminou e me deu serenidade pra lidar com os momentos de angústias no decorrer do curso, aos meu pais Leonardo e Isabelle, aos meus avós Edmeu, Maria Isabel, Claude, Huguette e ao meu irmão Thiago.

## **AGRADECIMENTOS**

Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram mais uma formação .

Ao Professor Dr. Luciano Tadeu Telles, pela orientação, apoio e confiança.

Meus agradecimentos aos meus colegas do curso que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 EFEITO TRANSLATIVO E SUA DEFINIÇÃO.....	6
2 CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA.....	9
2.1- DA PRECLUSÃO DA MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.....	12
2.2- O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	14
3 O RECURSO ESPECIAL E O SEU EFEITO TRANSLATIVO.....	16
4 DA NECESSIDADE DO PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NO QUE TANTE RECURSO ESPECIAL.....	23
5 ALTERAÇÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	30
6 CONCLUSÃO.....	32
BIBLIOGRAFIA.....	33

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do efeito translativo no recurso especial, tem como objetivo conceitua-lo, bem como conceituar os termos que cercam o referido efeito bem como observar as peculiaridades do efeito no recurso em questão.

É de suma importância analisar a aplicabilidade do efeito translativo no recurso especial, já que há divergência doutrinária a cerca do tema, no que recere a necessidade do assunto ser ventilado no decorrer do processo.

A problemática ganha grande valor, já que o recurso especial exige o prequestionamento, para que o mesmo possa ser cabível, e com exigência constitucional, que antevê ser cabível o recurso especial contra as causas decididas.

Fixadas as precedentes considerações, passa-se ao início desse trabalho sob a observância estudo doutrinário e da jurisprudência para o debate pretendido e consequente conclusão do trabalho.

## 1

**EFEITO TRANSLATIVO E SUA DEFINIÇÃO**

*Abi initio*, cumpre delinear um conceito de efeito translativo. O efeito translativo é aquele que possibilita o órgão *ad quem* conhecer das matérias de ordem pública *ex officio*, ou seja, sem provocação das partes ou interessado, o que demonstra sua decorrência do princípio inquisitivo.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves define efeito translativo da seguinte forma:

*“ Consiste na possibilidade de o tribunal conhecer de matérias de ordem pública, que não sejam objeto de recurso, nem tenham sido examinados pela primeira instância. Não se confunde com efeito devolutivo, que restitui ao tribunal o exame daquilo que foi objeto do recurso.”*<sup>1</sup>

Para os doutrinadores José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

*“Estudando o efeito devolutivo, verificou-se que o mesmo decorre de manifestação do princípio dispositivo, de modo que não pode o tribunal manifestar-se além da matéria que tiver sido delimitada pelo recorrente.*

*Há hipóteses, contudo em que em virtude de expressa disposição legal, fica autorizado o órgão ad quem a julgar fora de que consta das razões ou contrarrazões do recurso. Tal circunstância, ao contrário do que se dá com o efeito devolutivo, decorre do princípio inquisitório, em virtude do qual, em situações determinadas em lei, pode órgão judicial agir e pronunciar-se de ofício independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado. Dá-se, no caso, o denominado efeito translativo, que ocorre, p.ex. nas hipóteses dos arts. 267, §3º, e 301, §4º do CPC.”*<sup>2</sup>

Para Cassio Scarpinella Bueno o efeito translativo é uma projeção do “princípio inquisitório”:

*“Se o efeito devolutivo para qual se volta o número anterior, é projeção, na fase recursal, do “princípio dispositivo”, o efeito translativo, aqui examinado, é projeção do chamado “princípio inquisitório”, que, como aquele, também anima o desenvolvimento do processo civil brasileiro.(...)”*

<sup>1</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil, Volume II, procedimentos especiais*, p.84.

<sup>2</sup> MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*, p.116

*Desta sorte, todas as questões passíveis de conhecimento de ofício, isto é, sem provocação de qualquer das partes (ou dos eventuais intervenientes, inclusive o Ministério Público naqueles casos em que deve atuar na qualidade de *custus legis*), ao longo do procedimento podem e devem ser apreciadas igualmente de ofício no segmento recursal*<sup>3</sup>

O efeito translativo pode ser aplicado mesmo sem recorrente se manifestar a cerca do assunto, ao contrário do efeito devolutivo, que depende da manifestação expressa da parte, que somente devolve ao conhecimento do tribunal caso a material tenha sido impugnada.

Este efeito ocorre especialmente no que tange matérias de ordem pública, sobre as quais não se aplica a preclusão e podem ser conhecidas de ofício conforme reza o artigo 515 § 1º a 3º do Código de Processo Civil<sup>4</sup>. Dessa forma, elas serem conhecidas ainda que não tenham sido alegadas anteriormente, constitui portanto, exceção ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

As matérias de ordem pública devem ser observados pelo juízo em qualquer tempo e grau de jurisdição, dessa forma, o que iremos abordar no decorrer do trabalho é a possibilidade do tribunal estar ou não autorizado a conhecer dos temas em sede de recurso especial, se o assunto ainda não foi arguido nos autos.

O efeito translativo por tratar de material de ordem pública, em tese, capacita o Tribunal de julgar matérias que não tenham sido abordadas no recurso, indo além da vontade do particular.

---

<sup>3</sup> BUENO, Cássio Scarpinella, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol.5, p.81

<sup>4</sup> Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Conceituado o efeito translativo, aprofundaremos essa questão no que tange a a aplicação desse efeito no Recurso Especial.

## 2

**CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA**

Há dificuldade para definir precisamente ordem pública, por possuir um extenso conteúdo abstrato, portanto a dificuldade pra interpretar tal definição é maior do que para definir algum conceito legal, conforme Welton Esteves cita o doutrinador Fábio Bechara em seu artigo:

*“a ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, pois, evidente a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada. Assim, em simples palavras a ordem pública nada mais é que o estado social que resulta da relação que se estabelece entre os representantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como governantes, e os particulares, como governados, no sentido da realização dos interesses de ambos. A ordem pública é uma consequência da ação de autoridade sobre os particulares para lhes regular ou modificar a ação. Dessa intervenção, origina-se um estado social, que é a ordem pública”<sup>5</sup>*

A Lei de Introdução ao Código Civil dispõe no seu artigo 17 de forma explícita do que se tratar à ordem pública e deixa evidente sua importância para organização da sociedade:

Pode-se entender que ordem pública, são matérias de interesse de toda a sociedade, sendo prioridade aos direitos do particular de uma relação jurídica, portanto devem ser analisadas de ofício pelo órgão jurisdicional, independentemente de pedido expresso das partes, nesse sentido o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira argumenta:

*“tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo”<sup>6</sup>*

---

<sup>5</sup> ESTEVES, Welton, É possível suscitar matérias de ordem pública em sede de recurso extraordinário, ainda que o tema não tenha sido ventilado em instâncias inferiores, nem mesmo tenha sido objeto deste recurso excepcional? <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,e-possivel-suscitar-materias-de-ordem-publica-em-sede-de-recurso-extraordinario-ainda-que-o-tema-nao-tenha-sid,32314.html>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Vol. I, p. 13.

As questões de ordem pública são encontradas: a) no controle concreto de constitucionalidade das leis; b) nas questões assim expressamente definidas em lei (artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor); c) nas nulidades absolutas e de fundo, previstas nas leis substantivas e processuais, respectivamente (artigo 122, do Código Civil; artigos 113, 267, § 3º e 301, § 4º, do Código de Processo Civil).

*Art. 1º do Código de Defesa do Consumidor: "O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias"*

*Art. 122 do Código Civil: "São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo o efeito negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes"*

*Art. 113 do Código de Processo Civil: A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.*

*§ 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.*

*§ 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.*

*Art. 267 do Código de Processo Civil: Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:*

*I - quando o juiz indeferir a petição inicial;*

*II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;*

*III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;*

*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;*

*VII - pelo compromisso arbitral;*

*VII - pela convenção de arbitragem;*

*VIII - quando o autor desistir da ação;*

*IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;*

*X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;*

*XI - nos demais casos prescritos neste Código.*

§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, quanto ao nº II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao nº III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28).

§ 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.

§ 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

Art. 301 do Código de Processo Civil: "Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta;

III - inépcia da petição inicial;

IV - preempção;

V - litispendência;

VI - coisa julgada;

VII - conexão;

VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

IX - compromisso arbitral;

IX - convenção de arbitragem;

X - carência de ação;

XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

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

Portanto, as questões de ordem pública, de são de observância indispensável ao interesse público, já que interessam mais ao coletivo do que aos particulares, e pode gerar nulidade processual.

## 2.1 DA PRECLUSÃO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

Preclusão é um fenômeno processual que está ligado ao andamento processual, e pode ser separadas em três espécies, temporal, consumativa e lógica, mas essas espécies não serao discutidas no trabalho por ausência de relatividade com o tema principal.

Wambier descreve a preclusão da seguinte forma:

*“ Consiste na possibilidade de o tribunal conhecer de matérias de ordem pública, que não sejam objeto de recurso, nem tenham sido examinados pela primeira instância. Não se confunde com efeito devolutivo, que restitui ao tribunal o exame daquilo que foi objeto do recurso.”<sup>7</sup>*

Para Luiz Guilherme Marinoni:

*“Estudando o efeito devolutivo, verificou-se que o mesmo decorre de manifestação do princípio dispositivo, de modo que não pode o tribunal manifestar-se além da matéria que tiver sido delimitada pelo recorrente.*

*Há hipóteses, contudo em que em virtude de expressa disposição legal, fica autorizado o órgão ad quem a julgar fora de que consta das razões ou contrarrazões do recurso. Tal circunstância, ao contrário do que se dá com o efeito devolutivo, decorre do princípio inquisitório, em virtude do qual, em situações determinadas em lei, pode órgão judicial agir e pronunciar-se de ofício independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado. Dá-se, no caso, o denominado efeito translativo, que ocorre, p.ex. nas hipóteses dos arts. 267, §3º, e 301, §4º do CPC.”<sup>8</sup>*

Podemos encontrar embasamento legal no que tange a preclusão nos artigos 183, e 245 do Código de Processo Civil:

No que tange a preclusão de matérias de ordem pública, por serem matérias que envolvem nulidade processual, competência absoluta, legitimidade de partes dentro do processo, e coisa julgada, matérias de interesse da sociedade e que são de extrema importância para manter a ordem pública, não sofrem preclusão, ou seja, podem ser revistas a qualquer momento, e em qualquer grau de jurisdição.

<sup>7</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, p. 207.

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*, cit., p. 665.

O que iremos discutir no decorrer do trabalho, é se existe a possibilidade da aplicação da preclusão em matérias de ordem pública em casos de recurso especial, e se há a necessidade do prequestinamento da material ou não.

## 2.2

### O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Antes de adentrar ao princípio do duplo grau de jurisdição propriamente dito, é de suma importância definir primeiramente o que são princípios.

Princípios são regras que norteiam a criação e a aplicação das leis, Os princípios surgiram posteriormente aos costumes, e funcionam como pilares de sustentação do ordenamento jurídico e é aplicável em todo direito brasileiro.

Celso António Bandeira de Mello conceitua princípio da seguinte forma:

*“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”<sup>9</sup>*

Para Humberto Theodoro Júnior há uma classificação entre princípios relativos ao processo e os relativos ao procedimento, e no que refere ao princípio do duplo grau de jurisdição, o doutrinador classifica como relativo ao processo:

*“Os princípios fundamentais em que se inspira a legislação processual de nossos dias, e que devem se considerados pelo hermenauta das leis formais, em suas aplicações práticas, são de suas ordens: os relativos ao processo e os relativos ao procedimento.”<sup>10</sup>*

No que tange o princípio do duplo grau de jurisdição é possível afirmar que a Constituição Federal não faz nenhuma exigência de submissão à esse princípio, porem ela decorre do sistema, e prevê que tribunais julguem recursos contra decisões judiciais, para Marcos Vinicius Rios Gonçalves:

*“O principal fundamento para a manutenção do princípio é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar sem controle. A possibilidade de que as decisões judiciais venham a ser analisadas por um outro órgão assegura que as equivocadas sejam revistas. Além disso, imbuí o juiz de maior responsabilidade, pois ele sabe que sua decisão será submetida a nova*

---

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**, p. 230.

<sup>10</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, p. 23.

*apreciação. Como regra, o duplo grau de jurisdição depende de provocação do interessado, ressalvado o reexame necessário.”<sup>11</sup>*

Para António Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco o princípio do duplo grau de jurisdição é definido da seguinte forma:

*“Esse princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da “jurisdição superior”, ou de segundo grau (também denominada de segunda instância).*

*O juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição exercido, tem independência jurídica, pelo que não está adstrito, entre nós, às decisões dos tribunais de Segundo grau, julgando apenas em obediência ao direito e à sua consciência jurídica. As locuções jurisdição superior e jurisdição inferior indicam apenas a competência da primeira para julgar novamente as causas já decididas em primeiro grau – competência de derrogação, pois, sem qualquer possibilidade de previa interferência sobre o modo como o juiz decidirá (infra, n.72). Isso quer dizer que a exigência de órgãos superiores e da garantia de duplo grau de jurisdição não interfere nem reduz as garantias de independência dos juizes.<sup>12</sup>*

Porém, há casos em que não se aplica o princípio do duplo grau de jurisdição, que são os casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, como Barbosa Moreira argumenta: *“O recurso extraordinário (como o especial, ramificação dele) não dá ensejo a novo reexame da causa, análogo ao que propicia a apelação.”*

Os artigos 102 e 105 da Constituição Federal, determina a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mas tratam de competências originárias, portanto, poderá ser inaplicável o princípio do duplo grau de jurisdição, por ser julgamento em última instância.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. e atual, p.36.

<sup>12</sup> CINTRA, António Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. atual, p. 80.

## 3

**O RECURSO ESPECIAL E O SEU EFEITO TRANSLATIVO**

O recurso especial está previsto no art. 105, III, a, b, c, da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

*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.nos artigos 496, inciso VI, e 541 do Código de Processo Civil*

No plano infraconstitucional o Recurso Especial está previsto nos artigos 496, inciso VI, e 541 ambos do Código de Processo Civil:

*“Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos:*

*[...]*

*VI - recurso especial”*

*“Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:*

*I- a exposição do fato e do direito;*

*II- a demonstração do cabimento do recurso interposto;*

*III- as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.*

Para o Anselmo Prieto Alvarez e Nelson Finotti Silva o Recurso Especial é conceituado da seguinte forma:

*“O recurso especial, de competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça, art. 105, III, da Constituição Federal, tem por objeto a integridade do sistema jurídico federal e a harmonia entre os tribunais, ou seja, a uniformidade da jurisprudência entre os tribunais, não importando, assim, a eventual injustiça da decisão no caso concreto, como na hipótese de má apreciação ou valoração das provas produzidas, objeto dos recursos ordinários.<sup>13</sup>*

<sup>13</sup> ALVAREZ, Anselmo Prieto, SILVA, Nelson Finotti, Manual de processo civil e prática forense, vol.1, 2008, p.332.

A interposição do recurso especial é perante ao tribunal *a quo*:

*“O recurso especial, é, pois interposto perante o tribunal “a quo”, ao qual a lei atribui competência para, em primeiro plano, apreciar sua admissibilidade. É o que deflui da leitura do §1.º do art. 542: “(...) serao os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão funamentada”<sup>14</sup>*

No recurso especial, apenas as matérias previamente previstas pela lei poderão ser causa de pedir desse recurso, sua previsão legal se encontra no o artigo 105, III, em suas alíneas *a*, *b* e *c*, da Constituição Federal, tal artigo delimita as matérias que podem ser arguidas em sede de recurso especial.

A competência para o julgamento do recurso especial é do Superior Tribunal de Justiça, que detém a competência fixada pela Constituição Federal, para conhecer e julgar o recurso. O recurso especial tem como finalidade pacificar o ordenamento jurídico no que tange a legislação federal infraconstitucional.

Para ser proferida qualquer decisão de mérito em grau recursal, há necessidade que o Judiciário examine a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso. Essa análise se dá por meio de dois diversos órgãos: o Juízo *a quo* que se manifesta acerca da admissibilidade. Em caso de admissibilidade do recurso haverá uma nova análise de admissibilidade pelo Tribunal, o que iremos analisar mais a fundo no capítulo seguinte

Nas condições de admissibilidade dos recursos cíveis são observados os requisitos intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse de recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo), e requisitos extrínsecos (tempestividade, a regularidade formal e o preparo).

Medina argumenta no que tange o juízo de admissibilidade do recurso especial:

*“Considerando que os fundamentos e hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial são previstos na Constituição Federal (arts. 102, III, e 105, III), e tendo em vista que o STF compete, “precipuamente, a*

---

<sup>14</sup> ALVIM, Eduardo Arruda, *Direito Processual Civil*, p. 970.

*guarda da Constituição” pensamos que este Tribunal tem competência para apreciar a correção do juízo de admissibilidade do recurso especial realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sendo, desse modo, cabível o recurso especial, e não tendo sido conhecido o referido recurso pelo STJ, é admissível, ao menos em tese, recurso extraordinário com base em violação ao art. 105, III, da CF. O mesmo se pode dizer, “mutatis mutandis, no caso de recurso especial ser conhecido pelo STJ.*

*Essa não é, contudo, a orientação que prepondera na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.”<sup>15</sup>*

Vicente Greco Filho<sup>16</sup> argumenta que os requisitos de admissibilidade dos recursos são verdadeira extensão, perante a segunda instância, dos requisitos ou condições da ação, cuja presença condiciona, em primeiro grau, o exercício do ofício judicante, devendo ser reexaminados em fase recursal segundo as peculiaridades dessa etapa do processo.

O Tribunal sempre que analisar matéria de ordem pública de ofício, por exemplo a prescrição estará utilizando o efeito translativo, o que é admitido, porém, há divergência doutrinária em relação ao uso desse efeito quando se trata de Recurso Especial.

Conforme o art. 257 do Regimento do Superior Tribunal de Justiça que regulamenta a cerca do Recurso Especial, entende-se que o efeito translativo só poderá ser aplicável caso esteja superado o juízo de admissibilidade do Recurso Especial conforme a seguinte redação:

*“Art: 257: No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”*

Caso o efeito translativo seja admitido sem que seja preenchidos os requisitos para o recebimento do recurso, há violação ao Regulamento Interno do STJ, pois o Recurso Especial é cabível somente em causas já decididas, e caso não haja o

<sup>15</sup> MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*, p. 263 e 264.

<sup>16</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 50 e 254.

prequestionamento da matéria, requisito para admissibilidade do recurso especial, não poderá o juízo *a quo* decidir sobre tal assunto.

No mesmo sentido do acórdão segue o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, de que o conhecimento das matérias de ordem pública no Recurso Especial estão subordinadas ao prequestionamento, dessa forma deve haver discussão da matéria no Tribunal *a quo*, sob pena de não poder ser conhecida posteriormente na relação jurídica processual.

*“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 sido prequestionadas no julgamento recorrido.”<sup>17</sup>*

Eduardo Arruda Alvim insere o efeito translativo do recurso especial como efeito devolutivo e coloca o efeito como aquele que o tribunal aprecia de ofício, e define :

*“Com efeito, pelo recurso de apelação pode-se impugnar tudo aquilo que tiver sido objeto de decisão pelo juiz de primeira instância. Em hipóteses excepcionais, como sublinhamos no capítulo destinado ao estudo do recurso de apelação, é possível até mesmo pleitear ao tribunal que julgue diretamente o pedido, ainda que o juiz de primeiro grau não o tenha feito, porque tenha extinguido o processo sem resolução de mérito. Essa possibilidade, vem hoje prevista no §3.º do art. 515. De outro lado, uma vez interposta a apelação por força da profundidade do efeito devolutivo, determinadas matérias são automaticamente guinadas à apreciação do tribunal (§§1.º e 2.º do art. 515). Ademais, no plano da jurisdição ordinária é ampla a possibilidade do agir oficioso do tribunal, como se nota no §3.º do art. 267 ou do §4.º do art 301. Como essas matérias são elevadas à apreciação do tribunal independente da vontade daquele que recorrer, parte da doutrina se utiliza da expressão efeito translativo para explicar esse fenômeno.”<sup>18</sup>*

Para Nelson Nery, também não existe a possibilidade de haver o efeito translativo quando houver ausência de prequestionamento em recurso especial:

*“Não há 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 (CF 102 III e 105 III). 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 STF 282 e 356, que exigem o prequestionamento da questão*

<sup>17</sup> MARINNONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, Manual do Processo de Conhecimento, 2ª Ed., 2003, p.594.

<sup>18</sup> ALVIM, Eduardo Arruda, *Direito Processual Civil*, p. 961 e 962.

*constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional.*<sup>19</sup>

No mesmo sentido Cássio Scarpinella Bueno argumenta sobre a impossibilidade da aplicação do efeito translativo no recurso especial caso não tenha sido o assunto prequestionado:

*“Pelas suas próprias características, extraídas, ademais, das hipóteses de cabimento taxativamente prevista pela Constituição Federal, não se aplica a este recurso o “efeito translativo”. Questões de ordem pública serão reexaminadas pelo Superior 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 uma “questão federal.”*<sup>20</sup>

Ainda em seu artigo argumenta que matéria de ordem pública também necessita ser prequestionada. Nota-se que, estando diante de uma situação em que a parte opôs embargos de declaração com a intenção de obter apreciação de matéria de ordem pública, e, mas ainda sim, caracteriza ausência de prequestionamento, o autor propõe a seguinte solução:

*“Haverá omissão do órgão julgador a quo quando a questão que se pretende ver discutida é daquelas matérias que podem (rectius, devem), a qualquer tempo e grau de jurisdição (ordinária), ser examinadas, e não obstante, sobre elas ter se silenciado a instância local. Aqui têm lugar os embargos de declaração lastreados no art. 535, II, do Código de Processo Civil para que a questão seja devidamente enfrentada e decidida, mesmo que a matéria seja, por qualquer motivo, nova. [...]. De sua incorreta rejeição, segue-se também o “error in procedendo” a ser corrigido por recurso especial estribado na violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil.”*<sup>21</sup>

Para Marcus Vinicius Rios também não há possibilidade da aplicação do efeito translativo se houver ausência de prequestionamento:

*“Apenas os recursos excepcionais (recurso especial, extraordinário e embargos de divergência) não o são, porque a matéria a ser objeto de apreciação pelos Tribunais Superiores fica restrita àquilo que tenha sido prequestionado, discutido anteriormente.”*<sup>22</sup>

<sup>19</sup> NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, p.487 e 488.

<sup>20</sup> BUENO, Cássio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p.291

<sup>21</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3024>>. Acesso em: 24 de outubro 2015. 7:25, p. 2.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil, Volume II, procedimentos especiais*, 2005, p.85.

Fredie Didier Júnior diverge dos argumentos supra mencionados, e defende a possibilidade da aplicação do efeito translativo no Recurso Especial mesmo que o tema não tenha sido prequestionado anteriormente:

*“A interposição do recurso transfere ao órgão ad quem o conhecimento da matéria impugnada. Podem variar, de recurso para recurso, a extensão e a profundidade do efeito devolutivo. O estudo da profundidade do efeito devolutivo é examinado para alguns autores como se se tratasse de efeito diverso: denominado o fenômeno de efeito translativo.”<sup>23</sup>*

Ainda nessa linha o doutrinador discorre:

*“O efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; o efeito translativo, os verticais. O efeito devolutivo delimita o que se pode decidir; o efeito translativo, o material com o qual o ad quem trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. O efeito devolutivo (extensão) relaciona-se ao objeto litigioso do recurso (a questão principal do recurso); o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) relaciona-se ao objeto de conhecimento do recurso às questões devem ser examinadas pelo órgão ad quem como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal.”<sup>24</sup>*

Para Fredie Didier Jr., o prequestionamento diz respeito ao juízo de admissibilidade, sendo uma das etapas necessária para superar o cabimento desse recurso, porém, após seu conhecimento, o seu juízo de mérito será aberto, devendo-se julgar a causa aplicando-se o direito à espécie, o que implica no conhecimento das matérias de ordem pública de ofício.

Dessa forma, o doutrinador aceita, o efeito translativo no recurso especial, pois, se for conhecido por qualquer que seja o fundamento, o juízo de admissibilidade está preenchido, devendo-se ingressar no juízo de mérito, possibilitando assim, o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública, posição contaria à defendida.

Para Barbosa Moreira existe a possibilidade de ser analisada matéria de ordem pública que não tenha sido objeto de impugnação anterior:

*“O objeto da cognição no grau superior é delimitado pelo âmbito do recurso, embora não tenha o órgão ad quem, necessariamente, de cingir-se à*

---

<sup>23</sup> DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3. ed. 2007, v. 3, p.76.

<sup>24</sup> DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3. ed. 2007, v. 3, p.79.

*análise dos fundamentos invocados pelo recorrente, ou às questões suscitadas por ele e pelo recorrido: isso depende da disciplina legal adotada em cada caso e variável de um para outro recurso. O que o órgão ad quem não pode fazer é ultrapassar os marcos postos pelo recorrente: assim como, no julgamento de primeiro grau, se tem de decidir a lide nos limites em que foi deduzida (art. 128) e não é possível conceder à parte mais do que pedir (art. 460), analogicamente se passam as coisas no julgamento do recurso.”<sup>25</sup>*

Porém, discute-se se há possibilidade de tal aplicação quando se trata de recurso especial já que para o julgamento de tal recurso existe a necessidade do preenchimento dos requisitos para admissão do mesmo bem como do prequestionamento da matéria.

---

<sup>25</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 354.

## 4

**DA NECESSIDADE DO PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NO QUE TANGE RECURSO ESPECIAL**

Entende-se como matéria prequestionada aquela que o órgão julgador já tenha adotado entendimento explícito a cerca do assunto. A fundamentação legal do prequestionamento está elencada na Constituição Federal, em seus artigos 102 e 105, III, que determinam a competência dos Tribunais Superiores para o julgamento dos recursos especiais e extraordinários.

O prequestionamento tem como principais objetivos: evitar a supressão da instância, ou seja, nenhum Juiz ou Tribunal pode deixar de analisar a questão, até os autos serem remetidos ao Tribunal Superior; e a segurança jurídica das partes, ou seja, não haver surpresa no que tange a material para ser analisada em sede de Recurso Especial quando houver ausência do prequestionamento.

O posicionamento de Medina no que tange o prequestionamento é:

*A controvérsia acerca do conceito de prequestionamento surgiu, a nosso ver, em virtude da falta de determinação precisa do alcance do termo “questão federal”, vinculado, muitas vezes, à letra da lei (v.g., “quando se questionar sobre a validade (...) e a decisão recorrida for contra ela”). Não raro, consoante defluiu de diversas decisões emanadas da jurisprudência, citadas supra, tem-se entendido que somente surge a questão se as partes tiverem debatido a respeito.*

*Ocorre, contudo, que, de acordo com as lições de Menestrina e Carnelutti, citadas adiante, o termo questão não se aplica somente quando há contestação de ponto alegado por alguma das partes, mas também quando o próprio juiz tenha suscitado a dúvida sobre determinado ponto. Desse modo, haverá questão federal ou questão constitucional sempre que o juiz aplicar a lei federal ou a Constituição à hipótese, seja em decorrência de as partes terem controvertido acerca de determinado ponto, tornando-o questão a ser resolvida pelo órgão julgador, seja quando o próprio órgão julgador identificar o ponto, colocá-lo em dúvida e sobre ele resolver. Importa, sob esse prisma, que a questão tenha sido resolvida pelo juiz, seja ou não em virtude de provocação da parte. Essa visão acerca do vocábulo questão encontra amparo no próprio sentido vernacular do termo, pois questionar é discutir, fazer questão, controverter, e importa para o recurso extraordinário ou recurso especial, que a questão (constitucional ou federal) esteja presente na decisão recorrida. Pois bem: somando-se a palavra questionar ao termo pré - que dá a idéia de antecedência, antecipação-, infere-se que prequestionamento significa exatamente o ato de discutir ou controverter, antecipadamente, acerca de algum assunto. Ora, se a questão*

*constitucional ou federal deve estar na decisão recorrida, logicamente o prequestionamento deve ocorrer antes da decisão recorrida, porquanto esta decisão é que poderá ser alvo do recurso. Nesse sentido é a feliz afirmação de Theotonio Negrão (...): “Prequestionamento quer dizer questionamento antes, apresentação do tema antes do julgamento, e não depois”.*

*Sob essa ótica, a necessidade da presença da questão federal ou constitucional sempre existiu, independentemente da presença dos termos “questionar ou “ter-se questionado” nas Constituições brasileiras”<sup>26</sup>*

Eduardo Arruda Alvim define o prequestionamento de uma forma simples e clara:

*“Relativamente ao recurso especial, para que tenha cabimento por qualquer das alíneas do inc. III do artigo 105 da CF, é preciso que a questão federal tenha sido tratada pelo acórdão recorrido. É isso que se denomina prequestionamento, requisito essencial à admissibilidade do recurso especial. Quase sempre o prequestionamento sobre questão federal (entendido o termo como decisão do tribunal local sobre a questão federal em pauta) resulta de provocação da parte, ainda que possa defluir de manifestação oficiosa do tribunal local, na hipótese de ter sido “ex officio”, tratada a questão, como, por exemplo, no caso do §3º do art. 267.”<sup>27</sup>*

No mesmo sentido Bruno Dantas também argumenta pela necessidade da matéria ter sido prequestionada e deve estar presente na decisão recorrida:

*“o âmbito dos recursos excepcionais, o pressuposto constitucional de que as causas tenham efetivamente sido decididas quer significar que o ponto sobre o qual o recorrente deseja que o STJ ou o STF se pronuncie deve estar contido no bojo da decisão recorrida.”<sup>28</sup>*

Theotonio Negrão cita no seu Código de Processo Civil comentado:

*“O tribunal de apelação, ainda que decidido o mérito na sentença, poderá conhecer de ofício da matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação. Nas instâncias ordinárias não há preclusão para órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa, pela prolação da decisão definitiva”(RSTJ 64/156)<sup>29</sup>*

Ainda há uma súmula do Supremo Tribunal Federal que esclarece sobre questões não suscitadas anteriormente: Súmula 282 “É inadmissível o recurso

<sup>26</sup> MEDINA, José Miguel Garcia, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, p.222 e 223.

<sup>27</sup> ALVIM, Eduardo Arruda, *Direito Processual Civil*, p. 950.

<sup>28</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*, p. 175.

<sup>29</sup> NEGRÃO, Theotonio, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, p.386.

extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”<sup>30</sup>

Referente ao assunto Eduardo Arruda Alvim também argumenta a temática:

*“Exige-se, pois, que a questão federal tenha sido apreciada pelo tribunal local, para que tenha cabimento o especial. Esta súmula tem fundadas raízes históricas, inreiramente justificáveis e que revelam inteiramente atuais. Se a questão não houver sido ventilada, a rigor, não há que decidir novamente a respeito, justamente porque não foi decidida. Na realidade, o significado real de ventilada é o constar do acórdão recorrido, ter sido por ela decidida.”<sup>31</sup>*

Esclarece ainda as fases do exame de admissibilidade da seguinte forma:

*“Usualmente, a lei, em atendimento ao princípio da economia processual, confere competência ao juízo “a quo” para decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso ( assim é no caso específico do recurso especial), conquanto o juízo de admissibilidade definitivo caiba sempre ao tribunal destinatário do recurso. Objetiva-se, com isso, evitar que o recurso que não preencha condições de admissibilidade suba desnecessariamente ao tribunal. Reafirme-se, contudo, que o tribunal “ad quem, desde que instalado a se manifestar sobre eventual decisão denegatória de admissibilidade do recurso pela instância “a quo”, poderá, sempre, rever esse posicionamento, já que o pronunciamento da instância originária acerca da admissibilidade do recurso não vincula a instância “ad quem”<sup>32</sup>*

Para o mesmo autor o juízo de admissibilidade do tribunal *a quo* é provisório pela seguinte questão:

*“Fixe-se bem a idéia de que o juízo de admissibilidade do recurso exercido pelo órgão “a quo” é sempre provisório, de modo que o seu entendimento não condiciona, em absolute, o pronunciamento do tribunal “ad quem”, ao qual é dirigido o recurso acerca do preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso. Doutra parte, se positivo o juízo de admissibilidade exercido pelo órgão “a quo”, esse entendimento provisório não impede, absolutamente, que o tribunal destinatário do recurso entenda que o recurso não deva ser conhecido, porque ausentes um ou alguns requisitos de admissibilidade.”<sup>33</sup>*

<sup>30</sup> Se a material só é levada ao ensejo da interposição do recurso especial, não há como conhecê-lo, por ausência de prequestionamento (STJ, REsp 16/SP, 3ª T.j.05.09.1989, rel. Min Eduardo Ribeiro, DJ25.09.1989). Consta de parte da ementa: “Matéria não examinada em qualquer fase e só levantada no extraordinário, convolado em especial”. Relativo ao prequestionamento consta do voto: “Está claro que não houve prequestionamento. Envolve matéria de fato que deveria ter sido deduzida perante o juiz, ou, pelo menos, o agravo, para que pudesse ser examinada. Não versada pela decisão recorrida, inadmissível sirva de fundamento para recurso especial”.

<sup>31</sup> ALVIM, Eduardo Arruda, *Direito Processual Civil*, p. 950

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 969 e 970.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 970

Para o doutrinador supra citado há casos específicos em que o juiz pode agir de ofício no que tange o prequestionamento:

*“Normalmente decorre o prequestionamento de postulação prévia, por um ou outro litigante. Em hipóteses específicas, contudo, ainda é dado ao juiz, sobre determinados assuntos, agir de ofício, como nos casos dos arts. 267, §.3º, e 301, §.4º, por exemplo. Nesses casos, se o tribunal enfrenta a matéria em primeira mão no acórdão, dentro do espectro de agir oficioso que lhe é ensejado, cabe recurso especial, pois a material foi enfrentada no acórdão, estando, pois, presente o requisito do prequestionamento.”<sup>34</sup>*

A doutrina é majoritária a cerca do assunto, sendo forte a corrente que entende não ser possível o reconhecimento do efeito translativo no recurso especial, em caso de não tiver sido prequestionado o assunto, o exigido pelo art. 105, III, da Constituição, porém, parte minoritária da doutrina diverge dessa posição, alegando a possibilidade de ser aplicado esse efeito no recurso especial mesmo não havendo prequestionamento anterior, fortalecendo ainda a tese baseada no art. 257 do Regimento do Superior Tribunal de Justiça, que solidifica a argumentação.

*“O Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 257 de seu Regimento Interno e na Súmula 456/STF, tem-se posicionado no sentido de que, superado o juízo de admissibilidade e conhecido por outros fundamentos, o recurso especial produz o efeito translativo, de modo a permitir o exame de ofício das matérias de ordem pública. Todavia, não é o que se verifica no caso concreto, em que o recurso especial é manifestamente inadmissível.”*

O Superior Tribunal de Justiça tem a posição de que para haver o conhecimento do recurso especial, faz-se necessário o prequestionamento, alguns julgados a seguir demonstram tal posicionamento:

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. PREQUESTIONAMENTO. AUSENTE.**

*1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o requisito do prequestionamento, que viabiliza a abertura desta instância especial, aplica-se mesmo às matérias de ordem pública.*

*2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”<sup>35</sup>*

**“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. JUIZ DA CAUSA. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF.**

<sup>34</sup> ALVIM, Eduardo Arruda, *Direito Processual Civil*, p. 970

<sup>35</sup> (AgRg nos EDcl no REsp 1320863/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 31/10/2014)

1. *É inadmissível o recurso especial quanto a matéria suscitada, ainda que de ordem de pública, não tenha sido objeto de debate no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos de declaração. Incidência da Súmula n. 282/STF.*

2. *Agravo regimental desprovido.*<sup>36</sup>

*“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APONTADA OMISSÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. VERIFICADA FALTA DE APRECIÇÃO DA ALEGAÇÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO ESPECIAL. COISA JULGADA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO.*

1. *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame ex officio de questão não debatida na origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública.*

2. *Não tendo sido discutida nas instâncias ordinárias a questão da prescrição, é inviável sua apreciação nesta instância. Incidem no caso as Súmulas 282 e 356/STF.*

3. *Embargos de declaração parcialmente acolhidos.*<sup>37</sup>

Para reforçar tal exposição jurisprudencial, o artigo de Alexandre Reis de Siqueira reforça e esclarece ainda mais a posição do Superior Tribunal de Justiça:

*“ O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a possibilidade de efeito translativo no recurso especial desde que admitido. Dessa forma assentou entendimento que nulidades suscitadas em sede especial, ausência de pressupostos processuais, condições da ação entre outras matérias de ordem pública podem ser conhecidas de ofício. Porém, o enfrentamento dessas matérias só será realizado se o tema tiver sido devidamente ventilado e debatido no tribunal recorrido.*

*De acordo com o PLS n. 166/2010, a matéria de ordem pública não suscitada apenas poderá ser decidida após a devida intimação das partes a respeito desta possibilidade. Por fim, entende-se que esta regra aplicar-se-á em todo grau de jurisdição. Portanto, a condição para que se manifeste o efeito translativo será a prévia intimação da partes envolvidas, evitando, assim, surpresas no processo.”*<sup>38</sup>

A posição que antes prevalecia no Superior Tribunal de Justiça, era contrária a atual, ou seja, era submetido à apreciação das questões de ordem pública apenas à admissibilidade e o cabimento do recurso especial, sem a necessidade de exigir o prequestionamento relativo à ordem pública conforme o julgado infra destacado e julgado em 2011:

<sup>36</sup> (AgRg no REsp 1259151/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014)

<sup>37</sup> (STJ - EDcl no AgRg no REsp: 948003 PR 2007/0094776-9, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 17/10/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/12/2013)

<sup>38</sup> FREIRE, Alexandre Reis Siqueira, *O recurso especial no novo Código de Processo Civil*, p.26.

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSIONISTAS. MILITARES. REAJUSTE DOS 28,86%. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA TRAZIDA SOMENTE NAS RAZÕES DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. EFEITO TRANSLATIVO AO RECURSO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. **Consoante precedentes orientadores que vêm se firmando no STJ, o efeito translativo do recurso especial, no qual é possível a análise de questão de ordem pública em sede de recurso especial ainda que ausente o prequestionamento**, somente se verifica após a abertura da instância especial, o que não ocorreu na espécie, visto que o recurso sequer foi conhecido. 2. Embargos de declaração rejeitados.”<sup>39</sup> (g.n)*

Como supra mencionado nos julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, é exigido que a matéria tenha sido julgada anteriormente tem prevalecido, inclusive no Supremo Tribunal Federal conforme o julgado infra citado:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESACATO. ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL. SUPOSTA QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. PRECEDENTES DA CORTE. 1. O prequestionamento da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. 2. A Súmula 282 do STF dispõe, verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. 3. A matéria de ordem pública, conquanto cognoscível de ofício pelo juiz ou Tribunal em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º, do CPC), não prescinde do requisito do prequestionamento em sede de Recurso Extraordinário. Precedentes: AI 539.558-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 30/11/2011, e AI 733.846-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 19/6/2009. (...)”<sup>40</sup>*

O posicionamento de que questões de ordem pública devem ser ventiladas no juízo *a quo* é acertada, tendo em vista que para o recurso especial ser admitido, um dos requisitos para admissão é o prequestionamento, caso não tenha sido a temática discutida anteriormente, não existe a possibilidade de análise do tribunal *ad quem*. Ademais, o julgamento do recurso especial é limitado aos assuntos abordados pelo recorrente, ou seja, impossibilita o reconhecimento de matéria de ordem pública de ofício.

<sup>39</sup> (STJ - EDcl no AgRg no Ag: 1185325 RJ 2009/0083436-4, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 22/02/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2011)

<sup>40</sup> (RE 801065 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014)

A possibilidade do reconhecimento de matéria de ordem pública em sede de recurso especial é possível, porém, em casos em que a temática já tenha sido discutida nos autos no decorrer do processo, nesse caso o juízo *ad quem* não estaria agindo de ofício, apenas estaria julgando a matéria.

Isto posto, o conhecimento das matérias de ordem pública fica subordinado ao prequestionamento, assim, o recorrente deve discutir a análise da referida matéria ainda no Tribunal *a quo*, sob pena de ela não poder ser reconhecida posteriormente na relação jurídica processual.

No que tange à preclusão na discussão referente à possibilidade da aplicação do efeito translativo no recurso especial, não há preclusão tendo em vista que o processo está em última instância para julgamento, dessa forma não há prejuízo às partes.

Ademais, o Próprio Enunciado do Superior Tribunal de Justiça, com base no artigo 257 de seu Regimento Interno e na Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal já esclarece divergências e se posicionam a cerca do assunto.

## 5

**AS ALTERAÇÕES NO NOVO CPC**

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105/2015, em seu parágrafo único do artigo 1.034, veio solucionar a divergência jurisprudencial dos tribunais superiores, no que tange à possibilidade de haver efeito translativo em sede de recursos especiais e extraordinários:

Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

No caput do artigo observa-se a presença da Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal <sup>41</sup> expressamente reproduzida, porém não se mostra completamente correta no que tange a eficácia do efeito translativo em recursos excepcionais, tendo em vista que, os Ministros do STJ e do STF entendem de forma diversa, de que deve haver o prequestionamento para o conhecimento de matérias que tratem de ordem públicas.

Com objetivo de reforçar o posicionamento da possibilidade da aplicação do efeito translativo no recurso especial e no recurso Extraordinário, independente do prequestionamento, o parágrafo único do novo artigo expõe a incidência do efeito.

O doutrinador Fredie Didier já defendia essa posição:

“Conhecido o recurso excepcional, a profundidade do seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há de especial no julgamento de um recurso excepcional; o “excepcional” em um recurso excepcional está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento”<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do Recurso Extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

<sup>42</sup> DIDIER JUNIOR, 2014, v. 3, p. 301.

A mudança de posição ocorreu com objetivo de aproveitar o processo de “forma plena” conforme demonstra a exposição de motivos do novo Código de Processo Civil:

“Significativas foram as alterações, no que tange aos recursos para o STJ e para o STF. O Novo Código contém regra expressa, que leva ao aproveitamento do processo, de forma plena, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou ao improvimento do recurso. Sendo, por exemplo, o recurso extraordinário provido para acolher uma causa de pedir, ou a) examinam-se todas as outras (...).”

Com todo exposto, fica demonstrado no novo Código de Processo Civil que caminhamos para uma mudança de entendimento nos tribunais superiores no que tange as matérias de ordem públicas, que tendem a ser conhecidas *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nestes recursos ainda ocorre a mudança, que com a apresentação das contrarrazões, os autos são enviados diretamente aos tribunais superiores, independentemente do juízo de admissibilidade

## CONCLUSÃO

Após o estudo das diversas posições doutrinárias que pretendeu-se analisar a possibilidade a aplicabilidade do efeito translativo em sede de recurso especial.

Entende-se que o recurso especial por ter como requisito constitucional o prequestionamento da matéria, não possibilitado órgão *ad quem* julgar *de ofício* matéria de ordem pública que não tenha sido ventilada no decorrer do processo.

Ainda o art. 257 do Regimento do Superior Tribunal de Justiça determina que o recurso deve admitido ou seja tem como pressuposto o prequestionamento, dessa forma matéria não prequestionada não deve ser admitida conforme argumetado.

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça entende pela impossibilidade de aplicar o efeito translativo quando a matéria não tiver sido prequestionada no decorrer do processo.

Por se tratar o recurso especial, é julgado em última instância, portando não há que se falar em duplo grau de jurisdição no caso em tela, ainda, por se tratar de matéria de ordem pública ela não preclui, mas há a ressalva que não tendo sido ela discutida anteriormente à interposição do recurso especial, não poderá ser admitido o recurso por não estar presentes os requisitos para interposição do mesmo, exceto em casos de recursos que foram ensejados justamente pela discussão de matéria de ordem pública.

Por fim, com a exposição das alterações do novo Código de Processo Civil, conclui-se que a posição minoritário que tange do antigo código, superou a maioria e irá prevalecer no novo código de 2015, o objetivo é dirimir conflitos jurisprudenciais, porém ainda há de se notar como os tribunais superiores irão se posicionar nos julgamentos das matérias em questão.

**BIBLIOGRAFIA**

**ALVAREZ**, Anselmo Prieto, SILVA, Nelson Finotti, *Manual de processo civil e prática forense*, vol.1, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

**ALVIM**, Eduardo Arruda, *Direito Processual Civil*, 4ª Ed. rev, atual, e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

**BUENO**, Cássio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol.5, São Paulo: Saraiva, 2008.

**BUENO**, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3024>>. Acesso em: 24 de outubro 2015. 7:25, p. 2.

**CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

**DANTAS**, Bruno. *Repercussão geral*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

**DIDIER JR**, Fredie; **CUNHA**, Leonardo José Carneiro, *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3ªed. Bahia: Ed. Podivm, 2007, v.3.

**ESTEVES**, Welton, É possível suscitar matérias de ordem pública em sede de recurso extraordinário, ainda que o tema não tenha sido ventilado em instâncias inferiores, nem mesmo tenha sido objeto deste recurso excepcional?  
[\[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,e-possivel-suscitar-materias-de-ordem-](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,e-possivel-suscitar-materias-de-ordem-)

[publica-em-sede-de-recurso-extraordinario-ainda-que-o-tema-nao-tenha-sid,32314.html](http://publica-em-sede-de-recurso-extraordinario-ainda-que-o-tema-nao-tenha-sid,32314.html)] Acesso em: 23 de outubro de 2015.

**FREIRE**, Alexandre Reis Siqueira, *O recurso especial no novo Código de Processo Civil*, Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 48, n. 190, abr./jun, 2011.[<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242878/000923076.pdf?sequenc e=1>] Acesso em 26 de outubro de 2015.

**GONÇALVES**, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil, Volume II, procedimentos especiais*, São Paulo: Saraiva, 2005.

**MARINNONI**, Luiz Guilherme, **ARENHART**, Sérgio Cruz, *Manual do Processo de Conhecimento*, Soa Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 2003.

**MEDINA**, José Miguel Garcia, **WAMBIER**, Teresa Arruda Alvim, *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*, 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

**MEDINA**, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 4ª Ed. rev. e atual., de acordo com a EC n.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

**MOREIRA**, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

**NEGRÃO**, Theotônio, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 45ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

**NERY JUNIOR**, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

**PEREIRA**, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

**GONÇALVES**, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.36.

**THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

**WAMBIER**, Luiz Rodrigues; **ALMEIDA**, Flavio Renato Correia de; **TALAMINI**, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. v.2