

LÍLIAN FRUET

Análise das questões de ordem pública nos recursos excepcionais – efeito
translativo e prequestionamento.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2011

LÍLIAN FRUET

Análise das questões de ordem pública em recursos excepcionais – efeito
translativo e prequestionamento.

Monografia apresentada para o Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para obtenção do título de especialista em direito processual civil, sob a orientação do Professor Mestre Sidney Palharini Junior.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2011

À Banca examinadora

Monografia para o Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Título: Análise das questões de ordem pública em recursos excepcionais – efeito translativo e prequestionamento.

Autor: Lílian Fruet

Orientador: Professor Mestre Sidney Palharini Junior _____

Comissão julgadora: _____

A Banca, após examinar o candidato, considerou-o _____, com a nota _____.

São Paulo/SP, _____, _____, _____.

Aos meus pais, Alfredo e Gilda, pelo apoio e incentivo recebido ao longo de minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Gilda e Alfredo, por ter proporcionado meus estudos.

Ao Professor e Orientador, por seu apoio e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que me levaram a execução e conclusão desta monografia.

À Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO

Debate-se na doutrina e jurisprudência a respeito da possibilidade de análise das questões de ordem pública não prequestionadas em recursos excepcionais. Há duas correntes bem delimitadas, ganhando terreno na atualidade aquela que entende ser perfeitamente possível o conhecimento de tais questões caso o recurso tenha preenchido os requisitos de admissibilidade previstos na Constituição Federal, reconhecendo-se assim o efeito translativo ou também chamado de profundidade do efeito devolutivo nos recursos especial e extraordinário.

Palavras- chave: questões de ordem pública; prequestionamento; requisitos de admissibilidade; efeito devolutivo; efeito translativo; admissibilidade.

SUMÁRIO

Introdução.....	01
-----------------	----

Capítulo I

Recursos no processo civil.

1.1. Conceito de recurso.....	03
1.2. Princípios recursais.....	04
1.3. Atos sujeitos a recursos.....	06
1.4. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos	06
1.4.1. Juízo de admissibilidade.....	07
1.4.2. Juízo de mérito.....	09
1.5. Efeitos dos recursos.....	09
1.5.1. Impedimento do trânsito em julgado.....	10
1.5.2. Efeito suspensivo.....	10
1.5.3. Efeito devolutivo.....	12
1.5.4. Efeito translativo.....	12
1.5.5. Efeito regressivo.....	15
1.5.6. Efeito expansivo subjetivo.....	15
1.5.7. Efeito substitutivo.....	15

CAPÍTULO II

Recursos extraordinários.

2.1. Características gerais dos recursos extraordinários	16
2.1.1. Hipóteses de cabimento.....	17
2.1.2. Prazo.....	20
2.1.3. Efeito suspensivo.....	20
2.1.4. Efeito devolutivo.....	21
2.1.5. Do prévio esgotamento dos recursos ordinários.....	21
2.1.6. Do prequestionamento.....	22

CAPÍTULO III

Questões de ordem pública, prequestionamento e efeito translativo nos recursos excepcionais.

3.1. Questões de ordem pública.....	26
3.2. Pquestionamento de matéria de ordem pública, efeito translativo e recursos excepcionais.....	29
Considerações Finais.....	37
Bibliografia.....	39

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil vem passando, nas últimas décadas, por diversas alterações legislativas com o objetivo de melhor servir os operadores do direito e satisfazer as partes de modo eficiente e por um tempo razoável.

É o que se pode perceber, mais recentemente, com o tão aguardado novo Código de Processo Civil, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Além das alterações legislativas o direito como um todo está passando por uma fase de mudanças completamente perceptível ao se analisar a força que a jurisprudência dos tribunais superiores vem adquirindo perante outros tribunais e juízes de primeira instância, com a previsão constitucional da súmula vinculante, da repercussão geral em recursos extraordinários, entre outras inovações.

Os princípios constitucionais também ganharam nova roupagem, sendo analisados, inclusive, no direito entre particulares, consagrando-se a força normativa da constituição. É o que se denominou de neoconstitucionalismo e mais especificamente, no direito processual, de neoprocessualismo.

Diante de todas essas mudanças, nunca antes no direito brasileiro ficou tão visível a evolução por que teve que passar o operador do direito, não cabendo mais aquele velho papel de aplicar ao caso em concreto a lei abstrata, sem realizar uma interpretação sistemática dela, como se para cada processo analisado por ele já houvesse uma resposta pronta na lei.

É em decorrência disso que surgem para o direito atual questões onde se deve analisar a relação entre particulares sem se esquecer, no entanto, dos princípios constitucionais como o da razoabilidade e o da efetividade.

Esta é a situação do magistrado que tem que julgar um recurso especial onde não foram prequestionadas questões de ordem pública, as quais, em tese, podiam ter sido reconhecidas *ex officio* por outro magistrado em instâncias inferiores.

Depara-se, portanto, com duas correntes doutrinárias, sendo que uma primeira, contrária a análise das matérias de ordem pública não prequestionadas, que traz como argumentos, entre outros, a supressão de instâncias e a preclusão de tais direitos. Uma segunda corrente, que hoje vem ganhando força e com a qual me filio, aduz ser completamente possível à análise de questões de ordem pública pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial, desde que sejam obedecidos alguns requisitos, tais como a admissibilidade do recurso.

É o que o presente texto pretende trazer a discussão em seus capítulos, enumerando-se as razões e argumentos de cada corrente, e posicionando-se no sentido favorável a uma delas.

O estudo divide-se em três capítulos, sendo que num primeiro, será realizada uma abordagem geral dos recursos no direito processual brasileiro.

Num segundo capítulo serão especificamente tratados do recurso especial e recurso extraordinário, seus requisitos e peculiaridades.

Por fim, no terceiro capítulo é que a temática do presente trabalho será desenvolvida e discutida aprofundadamente, realizando-se um estudo sobre as matérias de ordem pública e o requisito do prequestionamento do recurso especial e seu efeito translativo.

CAPÍTULO I

Recursos no processo civil.

1.1 - Conceito de recurso.

O conceito de recurso, como preleciona De Plácido e Silva provêm “do latim *recursus*, possui o vocábulo, na terminologia jurídica, um sentido amplo e um sentido estrito”¹.

Explica ainda que:

Em sentido amplo, recurso é todo remédio, ação ou medida ou todo socorro, indicados por lei, para que se proteja ou se defenda o direito ameaçado ou violentado. (...) Mas, em sentido restrito, naquele em que é tido na linguagem forense, recurso corresponde a *provocatio* dos romanos: é a provocação a novo exame dos autos para emenda ou modificação da primeira sentença, segundo bem define João Monteiro. Nesta razão, o recurso mostra-se o ato pelo qual se encaminha ao próprio juiz, a outro juiz ou ao tribunal o conhecimento da questão já decidida, para novo exame, e alteração ou anulação da decisão já tomada².

Trata-se de um conceito jurídico-positivo de forma a abranger todo o ordenamento jurídico de um local e não apenas uma conceituação pertencente à teoria geral do processo.

No direito brasileiro o recurso é um meio de impugnação voluntário que deve estar legalmente previsto e servirá para, no mesmo processo, reformar, invalidar ou esclarecer uma decisão dada por um juiz.

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 14 ed., p. 684.

² SILVA, De Plácido e. *Op. Cit.*, 14 ed., p. 684.

O ilustre doutrinador José Carlos Barbosa Moreira aduz que o recurso “é simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo”³.

Um conceito não jurídico, mas que muito bem abrange a essência do recurso é aquele de Gabriel Rezende Filho, citado na obra de Humberto Theodoro Júnior que aduz que “psicologicamente – lembra Gabriel Rezende Filho – o recurso corresponde a uma irresistível tendência humana” e resume a origem dos recursos em dois motivos, quais sejam, “(...) a) a reação natural do homem, que não se sujeita a um único julgamento; b) a possibilidade de erro ou má-fé do julgador”⁴.

1.2 – Princípios recursais.

Os recursos apresentam princípios gerais aplicáveis a todas as espécies previstas. São eles os principais: princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da fungibilidade, da unirrecorribilidade ou unicidade, princípio da taxatividade e princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”.

É o princípio do duplo grau de jurisdição que sem dúvida alguma apresenta maior discussão entre os doutrinadores do direito. Isto porque se analisa se ele teria previsão constitucional ou não.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, assegurou a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, mas não fez referência expressa ao referido princípio, garantindo instrumentos inerentes à ampla defesa.

Apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Federal, o ilustre doutrinador Luiz Rodrigues Wambier defende o caráter constitucional do princípio, visto estar ligado à moderna noção de Estado de Direito⁵.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed., p.236.

⁴ REZENDE FILHO, Gabriel, *Apud*, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 42 ed. P. 510.

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. V.1., 10 ed., p. 587.

Em sentido contrário posiciona-se o Professor Luiz Guilherme Marinone ao sustentar que o legislador infraconstitucional pode deixar de prever a revisão do julgado por um órgão superior, não possuindo, portanto, caráter constitucional. Chega inclusive a sustentar a dificuldade de acesso à justiça causada, afirmando que “O duplo grau, em resumo, é uma boa desculpa para o réu que não tem razão retardar o processo”⁶.

Tal posicionamento pode ser reforçado utilizando-se, inclusive, a própria Constituição, que prevê situações onde não haverá o duplo grau de jurisdição, como ocorre com as causas de competência originária do STF previstas no artigo 102, inciso I, da CF/88.

O melhor posicionamento, isto é, o que melhor se assenta a realidade do direito brasileiro é aquele que defende que o princípio do duplo grau de jurisdição está sim previsto na Constituição Federal, mas não como uma garantia, como fez a Constituição de 1824, que o previa como garantia absoluta. Desta forma, é possível ao legislador infraconstitucional a restrição da previsão de recursos. Nesse sentido é o posicionamento do festejado doutrinador Delosmar Mendonça Junior:

Todavia, a presença constitucional do duplo grau de jurisdição não significa o seu caráter absoluto. Por ser princípio, deve se harmonizar no sistema, convivendo com outros princípios, mesmo diante da colisão no plano empírico, resultante da tensão das normas. Os princípios, diferente das regras, não funcionam no regime de exclusão no caso de conflito, e sim de ponderação⁷.

Os demais princípios próprios e gerais dos recursos não trazem maiores discussões. O princípio da fungibilidade, apesar de não mais previsto expressamente no Código de Processo Civil, como fazia o CPC/39 continua a ser aplicado, sobretudo pelas diretrizes que informam o processo civil, em especial a matéria de nulidade processual. O que se entende é que o princípio permanece como consequência do princípio da instrumentalidade das formas, previsto no artigo 244 do Código de Processo Civil.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2 ed., p.217.

⁷ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *A decisão monocrática do relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos*, p.55.

É conceituado como o princípio que permite a conversão de um recurso por outro em caso de equívoco da parte, mas desde que não tenha havido erro grosseiro ou precluído o prazo para a interposição do recurso correto.

O princípio da unirrecorribilidade, unicidade ou então singularidade, como já indica o próprio nome, para cada decisão há apenas um recurso cabível, não sendo possível, portanto a utilização simultânea de dois recursos. Se tal fato ocorrer, a consequência será a inadmissibilidade do último recurso interposto.

O princípio da taxatividade garante que nenhuma parte seja surpreendida com um recurso inventando pela outra parte. É necessário, portanto, expressa previsão legal, sendo o seu rol “*numerus clausus*”.

Por fim, há que se fazer referência ao princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”, que apesar de não estar expressamente previsto no Código de Processo Civil, é amplamente aceito pela doutrina. A “*reformatio in pejus*” ocorre quando o órgão julgador do recurso profere decisão desfavorável à parte que está recorrendo.

Este último princípio apresenta uma problemática ao presente trabalho e que será desenvolvida com mais detalhes futuramente em outro capítulo. Refere-se às questões de ordem pública e a proibição da “*reformatio in pejus*”. Estas, se acolhidas, poderão levar o recorrente a uma situação pior que a anteriormente decidida.

1.3 – Atos sujeitos a recursos.

Os atos sujeitos a recurso são as decisões judiciais. Os despachos são irrecorríveis, conforme expõe o artigo 504 do Código de Processo Civil.

As decisões judiciais se dividem em decisões de juiz singular e decisões proferidas por um tribunal. As do juiz singular, por sua vez, podem ser de dois tipos: a decisão interlocutória e a sentença; e as proferidas por um tribunal são: decisões monocráticas e acórdãos.

Contra todas essas decisões são cabíveis os recursos.

1.4 – Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos.

1.4.1 – Juízo de admissibilidade.

O juízo de admissibilidade de um recurso consiste no preenchimento de determinados requisitos para que o mérito seja analisado após. Assim, se o recurso for admitido ou conhecido, o Tribunal ou juiz terá necessariamente que analisar o mérito dele.

No Brasil vigora a regra de que os recursos deverão ser interpostos no órgão que proferiu a decisão recorrida, isto é, no órgão “*a quo*”. A competência para se fazer o juízo de admissibilidade é uma competência dupla. O primeiro é realizado pelo órgão “*a quo*”, que conhecendo remeterá ao Tribunal. Este, por sua vez, realizará outro juízo de admissibilidade. Como exceção a essa regra apresenta-se o recurso de agravo de instrumento, que é interposto diretamente no juízo “*ad quem*”.

O juiz, ao analisar o juízo de admissibilidade de um recurso, acaba, na verdade, por verificar se foram preenchidos requisitos fundamentais que podem ser classificados em dois grupos: os requisitos de admissibilidade intrínsecos e os extrínsecos.

Os requisitos intrínsecos dizem respeito à própria existência do direito de recorrer. São eles: cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de fatos impeditivos e modificativos do direito de recorrer. Já os extrínsecos são relativos ao exercício do direito de recorrer, consistindo no preparo, tempestividade e regularidade formal.

Cabimento significa saber se a decisão é recorrível e também se o recurso é o cabível para a decisão. Relacionam-se com três princípios recursais gerais já citados, quais sejam o da taxatividade dos recursos, da singularidade ou unirrecorribilidade e da fungibilidade.

A legitimidade para recorrer é bastante ampla. Podem recorrer à parte vencida, o Ministério Público e o terceiro prejudicado que é aquele sujeito que até então poderia ter intervindo no processo e não interveio.

Quanto ao requisito do interesse recursal entende-se que o recurso deve ser útil e necessário. É preciso que a parte recorrente demonstre no recurso um proveito que somente poderia ser alcançado ao interpo-lo. Não deve, portanto ser admitido um recurso para simplesmente mudar-se o fundamento da decisão.

O último requisito intrínseco de admissibilidade de um recurso se refere à inexistência de fatos que impeçam ou extingam o recurso. A doutrina costuma identificar três fatos impeditivos. São eles: 1) a renúncia ao recurso, sempre anterior à interposição e independente de aceitação do recorrido; 2) a aceitação da decisão que ocorre quando a parte vencida cumpre

espontaneamente a decisão, ocorrendo preclusão lógica; 3) a desistência do recurso, sempre posterior a sua interposição e independente de homologação judicial e aceitação da parte contrária, podendo inclusive ocorrer até o momento de sua votação.

O preparo é considerado por grande parte da doutrina como um requisito extrínseco do recurso. Refere-se ao pagamento das despesas relacionadas ao processamento do recurso. O valor é a soma das custas com as despesas postais (os portes de remessa e de retorno dos autos) e o pagamento do preparo deve ser realizado antes da interposição para que junto com esta se faça a comprovação, como regra.

A insuficiência do preparo não gera, desde o início, a sua inadmissibilidade. É preciso intimar o recorrente que este faça o complemento.

Há situações inclusive, havendo justa causa, em que se pode relevar a falta do preparo ou deserção, concedendo o magistrado à parte novo prazo para se efetuar o preparo. O Código de Processo Civil prevê no artigo 519 dispositivo para complementação do preparo no recurso de apelação que acabou por ser estendido a todos os recursos.

Ressalta-se, no entanto que não é previsto a todos os recursos o preparo. Assim, não há necessidade de preparo para os seguintes recursos: agravo regimental, embargos de declaração, agravo retido, entre outros.

Há também sujeitos dispensados do preparo. São eles: a Fazenda Pública, o Ministério Público e também os beneficiários da Justiça Gratuita.

O requisito da tempestividade significa que o recurso deve ser interposto no prazo previsto na lei. Tal prazo é peremptório e seu termo inicial ocorre com a intimação da decisão, conforme expõe o artigo 506 do Código de Processo Civil.

Sua tempestividade é aferida pela data em que é feito o protocolo. Interessante questão foi levantada pelo Supremo Tribunal Federal, que considera intempestivo o recurso interposto antes do prazo, isto é, antes da intimação da decisão. É o que se denominou de recurso prematuro.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto considerou possível a interposição de recursos antes da publicação das decisões na imprensa oficial.

Ressalta-se que o Ministério Público, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública possuem prazo em dobro para recorrer. O mesmo ocorre quando há no processo litisconsortes com diferentes advogados, conforme expõe o artigo 191 do Código de Processo Civil.

É importante trazer ao trabalho a Súmula nº. 641 do Supremo Tribunal Federal que aduz não se contar em dobro o prazo para recorrer quando apenas um dos litisconsortes tenha sucumbido.

O último requisito extrínseco do recurso é a sua regularidade formal, que pode ser basicamente definida como sendo as formalidades que um recurso deve seguir. Assim, ele deve ser escrito, assinado por advogado e fundamentado. Vigora em relação aos recursos o princípio da dialeticidade, exigindo-se a fundamentação para permitir o diálogo entre as partes do processo.

1.4.2- Juízo de mérito.

Realizado o juízo de admissibilidade e conhecido ou admitido o recurso o magistrado poderá adentrar a análise do mérito.

O mérito do recurso é a pretensão que a parte deseja que seja reconhecida. Pode a parte requerer a invalidação, integração, reforma ou esclarecimento da decisão tomada. A todo pedido corresponde uma causa de pedir.

Quando se pede a reforma de uma decisão se diz que a decisão é ruim. É o que se chama de “*error in iudicando*”, o erro de justiça, pois o juiz decidiu mal.

Já a invalidação é requerida quando há um “*error in procedendo*”, pois está relacionado ao conteúdo. Aqui não se discute o conteúdo da decisão, mas apenas a sua validade.

O esclarecimento é requerido quando há obscuridade ou contradição na decisão e a integração quando houver omissão.

Todos esses pedidos correspondem ao mérito recursal, o que é diferente do mérito da causa, que é o pedido da petição inicial da ação. Assim, caso seja indeferido o pedido de produção de determinada prova, o mérito do recurso será requerer a reforma da decisão para que a prova seja produzida, o que nada tem de semelhante com o mérito da causa.

1.5 – Efeitos dos recursos.

Os recursos de uma maneira geral apresentam efeitos semelhantes, sendo que alguns deles com peculiaridades que até o presente momento causam muita divergência entre os tribunais e doutrinadores, o que será tratado no decorrer dos capítulos do presente trabalho. São sete os efeitos, quais sejam: impedimento do trânsito em julgado, efeito suspensivo, efeito devolutivo, efeito translativo, efeito regressivo, efeito expansivo subjetivo e efeito substitutivo.

1.5.1 - Impedimento do trânsito em julgado.

O recurso prolonga a litispendência, impedindo assim o trânsito em julgado.

O ilustre Professor José Carlos Barbosa Moreira possui ainda o entendimento de que apenas os recursos admitidos possuem o efeito do impedimento do trânsito em julgado⁸.

Assim, caso o recurso seja admitido à data do trânsito em julgado é a data do trânsito em julgado da última decisão. Caso este não seja conhecido à doutrina apresenta três soluções, a saber: 1) o trânsito em julgado retroagirá à da interposição do recurso ou da decisão que indeferiu o julgamento do mérito; 2) retroage à data da expiração do prazo para a interposição de recurso e; 3) a data do trânsito em julgado é a data da última decisão.

1.5.2 – Efeito suspensivo.

Consiste o efeito suspensivo no prolongamento da ineficácia da decisão. Na verdade, o que se suspende não é exatamente o recurso, mas sim a recorribilidade (o fato de a decisão ser recorrível).

É o que brilhantemente expõe o Professor Barbosa Moreira ao demonstrar o equívoco da denominação ‘efeito suspensivo’:

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. Cit., p. 256.

Aliás, a expressão 'efeito suspensivo' é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso passem a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se até esse momento estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso⁹.

Neste sentido também defendem os respeitadíssimos processualistas Antonio Scarance Fernandes, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁰.

Isto significa que a denominação efeito suspensivo é mal empregada visto que não suspende algo que já estava em andamento, pois os recursos em que é previsto o efeito suspensivo apenas produzirão efeitos após o escoamento do prazo para sua interposição. É por este motivo que respeitadíssima parcela da doutrina tem chamado referido efeito, mais propriamente de efeito obstativo. É nesse sentido a lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

A expressão efeito suspensivo não reflete com precisão a realidade, já que há suspensão apenas quando algo já estava fluindo; rigorosamente, nesses casos, o recurso obsta a produção de efeitos do ato decisório, havendo em verdade um efeito obstativo que impede a atuação imediata da decisão. Se a executoriedade é uma característica da decisão sujeita a recurso com efeito meramente devolutivo, a suspensividade é também um atributo da própria decisão impugnada que não projeta imediatamente os seus efeitos; é preciso aguardar, no mínimo, até o fim do prazo para interposição do recurso adequado e, no máximo, até não haver mais a possibilidade de interposição de meio de impugnação dotado de efeito suspensivo¹¹.

No direito processual civil prevalece a regra de que os recursos ordinários possuem efeito suspensivo, devendo haver expressa previsão legal em sentido contrário em caso negativo.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 257.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 3ed. São Paulo: RT, 2001, p. 50.

¹¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p. 219.

1.5.3 – Efeito devolutivo.

Como o próprio nome aduz este efeito devolve ao juiz “ad quem” o exame da matéria impugnada. Tal efeito é comum a todos os recursos, mesmo para aqueles em que o exame da matéria é devolvido para o mesmo órgão prolator da decisão, como ocorre no recurso de embargos de declaração.

O efeito devolutivo será analisado neste tópico apenas em sua extensão e a profundidade no tópico seguinte. Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha aduzem que:

A extensão do efeito devolutivo significa precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) *a quo*. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (CPC, art. 515). Sobre o tema, convém ressaltar, as normas que cuidam da apelação funcionam como regra geral (CPC, arts. 515 a 517). A *extensão* do efeito devolutivo determina o *objeto litigioso*, a *questão principal* do procedimento recursal. Trata-se de sua dimensão horizontal¹².

Cabe, portanto ao recorrente determinar as questões ou pontos que ele deseja que o órgão “ad quem” examine novamente. A extensão do efeito devolutivo está atrelada ao princípio dispositivo.

1.5.4 – Efeito translativo.

O efeito translativo é também chamado pela doutrina de profundidade do efeito devolutivo porque analisado o sentido vertical dos pontos recorridos.

¹² DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil, vol. 3. Ed. Juspodium, 2009, p. 83.

O ilustre doutrinador Paulo Henrique dos Santos Lucon conceitua a profundidade do efeito devolutivo dos recursos como sendo:

A profundidade é medida pelo material jurídico e fático com que o órgão ad quem poderá trabalhar. Consante o disposto nos dois primeiros parágrafos do art. 515, a devolução propiciada pelo recurso, em profundidade, é verticalintegral. De modo que o recurso abrange não somente as questões decididas na sentença, mas também todas aquelas que poderiam ter sido (questões de ofício e aquelas suscitadas e discutidas pelas partes, mas que deixaram de ser apreciadas pelo órgão jurisdicional)¹³.

O estudo do efeito translativo se baseia no artigo 515 e parágrafos do Código de Processo Civil. O parágrafo 1º aduz que todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido julgadas pela sentença, será objeto de apreciação do recurso.

Fredie Didier Junior, ao citar Manoel Caetano Ferreira Filho, analisa com perfeição tal artigo na seguinte passagem:

Assim, se o magistrado extingue o processo pela prescrição, o tribunal poderá, negando-a, apreciar as demais questões de mérito, sobre as quais o juiz não chegou a pronunciar-se. Ora, para julgar, o órgão *a quo* não está obrigado a resolver todas as questões atinentes aos fundamentos do pedido e da defesa. Na decisão poderá apreciar todas elas, ou se omitir quanto a algumas delas: “basta que decida aquelas suficientes à fundamentação da conclusão a que chega no dispositivo da sentença”. E a questão é: o órgão *ad quem* poderá (re)apreciar todas essas questões, examinadas ou não pelo juízo *a quo*? Pode¹⁴.

O parágrafo 2º do artigo 515 do Código de Processo Civil evidencia o efeito devolutivo pois afirma que o efeito devolutivo devolverá ao tribunal o conhecimento de todos os fundamentos suscitados no processo. É importante esclarecer também que apesar deste parágrafo constar no capítulo destinado ao recurso de apelação, é aplicável a todos os recursos de uma maneira geral.

¹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. ano 5. Disponível em: <http://www.mundojurídico.adv.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano apud DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, v. 3, Salvador: Juspodium, 2009, p. 84.

Realiza-se assim a diferenciação entre efeito devolutivo e efeito translativo. É o que se verifica no seguinte trecho:

O efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; 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 que devem ser examinadas pelo órgão ad quem como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal¹⁵.

Importante decisão foi dada no informativo 372 do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Cezar Peluso, valendo a pena reproduzir:

O Tribunal julgou procedente pedido de ação cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TSE e restabelecer sentença que cassara diploma de Prefeito por captação ilícita de sufrágio e que absolvera o Vice-Prefeito, requerente desta ação, da imputação de abuso do poder econômico. Na espécie, da sentença referida, apenas o Prefeito recorrera. Não obstante, o TRE reformara a decisão de 1º grau para cassar também o mandato do Vice-Prefeito, o que ensejara a interposição do recurso especial, sob a alegação de ofensa à coisa julgada, o qual fora improvido pelo TSE, por maioria, ao fundamento de que seria lícita a correção da questão atinente à matéria de ordem pública, qual seja, a subordinação jurídica do Vice-Prefeito ao que decidido em relação ao Prefeito, tendo em conta o efeito translativo do recurso ordinário. Preliminarmente, indeferiu-se, por ausência de interesse jurídico, o pedido de intervenção de terceiro, que alegava ter sido candidato da eleição anulada em que fora derrotada a chapa que encabeçara. No mérito, entendeu-se que a pronúncia do órgão recursal sobre a parcela não impugnada do capítulo decisório de sentença, ao transpor os limites do efeito devolutivo do recurso (CPC, art. 515, § 1º), ofendeu à coisa julgada. Asseverou-se que o efeito translativo é apenas um dos subtipos do efeito devolutivo e que, salvo o caso de vício processual absoluto, que leve à anulação ou extinção do processo, sempre devolvido à cognição do Tribunal por conta daquele efeito, só serão conhecidas pelo Tribunal aquelas questões cuja solução serviu ou devia servir de fundamento dos capítulos decisórios impugnados pelo recurso, ou seja, o órgão recursal terá plena liberdade para análise das questões de fato e de direito debatidas na causa, inclusive as de ordem pública, desde que se restrinja aos limites da parcela impugnada do conteúdo decisório da sentença. Afastou-se, por fim, a possibilidade de o efeito do recurso do Prefeito alcançar o Vice-Prefeito, seu litisconsorte, com base no art. 509 do CPC, visto que a regra de extensão subjetiva do efeito devolutivo dos recursos só incide nos casos de litisconsorte unitário. AC 112/RN, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.12.2004.

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. Cit.*, p. 86.

O efeito translativo e suas repercussões nas questões de ordem pública serão tratados nos próximos capítulos do presente trabalho.

1.5.5 – Efeito regressivo.

Em breve síntese, significa o poder que o órgão *a quo* possui para rever a decisão recorrida e se retratar. Não é, porém um efeito geral dos recursos, mas previsto apenas em alguns deles. É o caso dos agravos e da apelação contra sentença que indefere petição inicial.

1.5.6 – Efeito expansivo subjetivo.

A regra é que o recurso só produz efeitos para quem recorre. Há casos, entretanto em que o recurso produz efeitos para outros sujeitos além do recorrente. Isso acontece no caso de recurso de litisconsorte unitário e recurso de devedor solidário em que se alega defesa comum a todos os devedores, conforme artigo 509 do Código de Processo Civil.

1.5.7 – Efeito substitutivo.

O julgamento do recurso substitui a decisão recorrida. Significa dizer que a decisão recorrida desaparece e entra em seu lugar a decisão que julgou o recurso. Esse efeito só se produz se for julgado o recurso, isto é, se este for admitido. Existe, no entanto uma exceção a esse efeito que consiste no recurso baseado em “*error in procedendo*”, onde se anula a decisão para outra ser proferida.

CAPÍTULO II

Recursos extraordinários.

2.1 – Características gerais dos recursos extraordinários.

Dá-se o nome de recursos extraordinários em sentido lato ou recursos excepcionais ou então de superposição para o recurso extraordinário interposto no Supremo Tribunal Federal (conforme artigo 102, inciso III, da Constituição Federal) e o recurso especial interposto perante o Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso III, CF/88).

Tais recursos apresentam semelhantes características em diversos de seus aspectos que serão analisados.

Uma primeira observação a se fazer é que os recursos extraordinários não correspondem a um terceiro grau de jurisdição. Não se está diante de um recurso de reexame da matéria já decidida, mas sim de fundamentação vinculada, isto é, tais recursos servem à impugnação de questões de direito e não para o reexame de prova ou de fatos. Suas hipóteses de cabimento estão previstas na Constituição Federal, nos artigos 102, inciso III e 105, inciso III.

Seus objetivos são traçados pela Constituição Federal, garantindo-se assim a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo em âmbito nacional.

Humberto Theodoro Júnior, ao iniciar o estudo sobre os recursos especial e extraordinário brilhantemente leciona que:

(...) em nosso sistema, existe a possibilidade de recursos extremos ou excepcionais, para dois órgãos superiores que formam a cúpula do Poder Judiciário nacional, ou seja, para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. O primeiro deles se encarrega da matéria constitucional e o segundo, dos temas infraconstitucionais de direito federal. Cabe-lhes, porém, em princípio, o exame não dos fatos controvertidos, nem tampouco das provas existentes no processo, nem

mesmo da justiça ou injustiça do julgado recorrido, mas apenas e tão-somente a revisão das teses jurídicas federais envolvidas no julgamento impugnado¹⁶.

2.1.1 – Hipóteses de cabimento.

Os recursos especial e extraordinário possuem natureza excepcional, o que quer dizer que não se prestam para provocar o reexame de qualquer decisão.

Assim, além do preenchimento dos requisitos comuns a todos os recursos, a admissão de tais modalidades está diretamente ligada ao controle de constitucionalidade e da inteireza do direito federal.

O inciso III do artigo 102 da Constituição Federal prevê expressamente as hipóteses de cabimento do Recurso extraordinário, quais sejam:

- (...) 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.

O artigo 105, inciso III da CF/88 traz as hipóteses de cabimento do recurso especial:

- (...) 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.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47 ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 714.

É através da análise desses artigos que se pode concluir que tais recursos não se prestam para o simples reexame das matérias de fato envolvidas na lide, como uma terceira instância.

Portanto, para que tais recursos sejam processados é necessário que haja a preexistência de uma causa decidida em única ou última instância, que tenha abordado questões constitucionais ou relacionada com a legislação federal.

Eduardo Arruda Alvim leciona que o recurso especial apresenta especial função no direito brasileiro, qual seja, a de uniformização da jurisprudência, o que se verifica no seguinte trecho:

(...) assevera que os recursos especial e extraordinário são denominados de estrito direito, através dos quais se colima o prevailecimento da ordem constitucional (no extraordinário) e a unidade e a integridade do direito federal, infraconstitucional, em todo território nacional (no caso do recurso especial). Quer isto significar que, através do especial, se colima não sobreviva decisão que tenha violado lei federal (letra a) e nem que subsistam simultaneamente interpretações diferentes das mesmas leis federais (letra c). A finalidade fundamental da letra c do inc. III do art. 105 diz com a essência de uma norma jurídica, vocacionada a comportar um só entendimento e a circunstância de que, na vivência prática, isso acaba ocorrendo. Uma norma jurídica é vocacionada a comportar um único entendimento, durante um dado ou expressivo período ou segmento temporal palpável, pois que norma jurídica é norma de conduta (= norma é o que determina a conduta daqueles aos quais é dirigida) e, por isso mesmo, os seus destinatários (jurisdicionados) terão dificuldade de conduzir-se se há entendimentos diferentes (vale conduta “a”, “b” ou “c”?), e o próprio Judiciário terá menos segurança na aplicação do Direito. Por isto é que, se existe unidade de entendimento no plano lógico-normativo, esta se desfaz no plano da atividade judicante ou aplicação múltipla da lei, por diversos órgãos, porque diversas são as cabeças dos julgadores. Desta forma, o confronto dos julgados, e a “opção” pelo que é tido como correto, expressada no julgamento concreto de recurso especial (art. 105, III, letra c, CF de 1988), procura refazer a unidade de inteligência sobre os comandos normativos, e, com isso, reconduzir o Direito à unidade para a qual nasceu. Para isto é que serve, precipuamente, a letra c do inciso III do art. 105, o que não deixa de acontecer com o recurso extraordinário, e como também é finalidade da Uniformização de Jurisprudência, ainda que não haja esta específica hipótese de cabimento no caso do extraordinário¹⁷.

Quanto ao recurso extraordinário convém ressaltar que a Emenda Constitucional nº. 45/2004 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, exigindo mais um requisito para a admissibilidade do recurso, a repercussão geral. Prescreve o dispositivo que o recorrente deverá demonstrar “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no

¹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda, *Apud*, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 1, 10ª ed., p.669.

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”.

Deverá o recorrente, portanto, além de fundamentar o recurso em um dos requisitos do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, também terá que demonstrar o preenchimento desse novo requisito.

O parágrafo 1º do artigo 543-A do Código de Processo Civil define que “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Pode-se perceber que são conceitos jurídicos indeterminados, sendo imprescindível o exame das peculiaridades do caso concreto. Em apenas um caso é possível se afirmar abstratamente que está prevista a repercussão geral, que se refere à decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (conforme artigo 543-A, parágrafo 3º, do CPC).

José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier apresentam a seguinte solução para verificação de tais conceitos indeterminados:

(...) I) repercussão geral jurídica: a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, “de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente”; II) repercussão geral política: quando “de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”; III) repercussão geral social: quando se discutissem problemas relacionados “à escola, a moradia ou mesmo à legitimidade do MP para propositura de certas ações”; IV) repercussão geral econômica: quando se discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais¹⁸.

Ainda no parágrafo 2º deste mesmo artigo, também previu o ônus da parte recorrente na demonstração da repercussão geral em recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal: “O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à nova sistemática processual civil. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p.105.

Ressalta-se que é apenas no segundo juízo de admissibilidade, isto é, somente o STF poderá dizer se há ou não repercussão geral, não podendo o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de interposição realizar.

Cabe ao plenário do STF deixar de conhecer recurso extraordinário se 2/3 (dois terços) de seus membros decidirem que não há repercussão geral.

2.1.2 – Prazo.

O prazo para interposição dos recursos extraordinários é de quinze dias.

2.1.3 – Efeito suspensivo.

Os recursos extraordinários são desprovidos de efeito suspensivo, permitindo-se assim a execução provisória da sentença. Quanto a este efeito há duas súmulas do Supremo Tribunal Federal que tratam do reconhecimento desse efeito através de ação cautelar.

A súmula nº. 634 do STF aduz que “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.

A Súmula nº. 635 do mesmo tribunal, em continuação a anterior ressalta que “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

O ilustre doutrinador Nelson Nery Junior ressalta que:

“Os RE e REsp são recebidos apenas no efeito devolutivo. Não possuem efeito suspensivo. Assim, as decisões por eles impugnadas podem produzir efeitos desde logo, ensejando execução provisória (CPC 587). Quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, admite-se o ajuizamento de ação cautelar no STF ou STJ, a fim de obstar-se a execução provisória da decisão recorrida por meio de RE REsp. Para tanto é necessário que estejam presentes os requisitos de toda cautelar (*fumus boni jûris* e *periculum in mora*) e que o RE ou REsp tenha sido efetivamente recebido por juízo positivo de admissibilidade no tribunal *a quo*. Caso a urgência não

permita ao recorrente aguardar a decisão de recebimento do RE ou REsp no tribunal local, é admissível, em caráter absolutamente excepcional, a concessão de liminar cautelar no STF ou STJ, obstando-se os efeitos da decisão recorrida. No STJ, o relator pode conceder liminarmente a cautelar, *ad referendum* do órgão colegiado competente¹⁹.

2.1.4 – Efeito devolutivo.

Como foi referido anteriormente os recursos extraordinários são aqueles de fundamentação vinculada que só podem ser interpostos para questionar a solução de uma questão jurídica ou de direito. Não é cabível recurso especial ou recurso extraordinário para a simples realização do reexame de provas, conforme os enunciados das súmulas de nº. 279 do Supremo Tribunal Federal e nº. 07 do Superior Tribunal de Justiça. Também não é possível a interposição dos recursos excepcionais para a reinterpretção de cláusula contratual, conforme a súmula de nº. 05 do STJ e nº. 454 do STF.

Complementa-se ao nome deste efeito a expressão ‘restrito’, já que as matérias fáticas não podem ser devolvidas aos tribunais superiores pela via dos recursos excepcionais.

2.1.5 – Do prévio esgotamento dos recursos ordinários.

Para que os recursos excepcionais sejam interpostos, é necessário que tenha havido prévio esgotamento dos recursos ordinários, não sendo possível a parte pular um recurso quando o ordinário ainda seja cabível. Nesse sentido é a posição de ambos os tribunais: Súmula nº. 281 STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”; e Súmula nº. 207 STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Negrão de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 542.

2.1.6 – Do prequestionamento.

Dentre todas as características gerais dos recursos excepcionais, sem dúvida o prequestionamento é aquela que suscita o maior número de discussões entre os doutrinadores. Isto se deve a todas as peculiaridades que tais recursos possuem e que se chocam quando colocadas em discussão com questões que são denominadas de ordem pública. Essas questões serão analisadas em capítulo oportuno, sendo aqui, primeiramente realizada uma visão geral a respeito do requisito do prequestionamento.

Uma primeira discussão quanto ao requisito do prequestionamento se faz já ao se delimitar o seu conceito, havendo três fortes correntes na doutrina.

A primeira corrente define o prequestionamento como a manifestação do tribunal recorrido sobre determinada questão jurídica federal ou constitucional. Assim, haverá o prequestionamento quando constar do acórdão impugnado a adoção de entendimento explícito a respeito. Nesse sentido é a posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio: “o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, incumbindo à parte sequiosa de ver o processo guindado à sede extraordinária instá-lo a tanto²⁰”.

A segunda corrente o prequestionamento é ato da parte, que deve suscitar o debate sobre a matéria, independentemente de o tribunal de origem manifestar-se ou não sobre a questão federal ou constitucional. O STJ assim se posicionou na seguinte ementa: “Em tema de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta (STJ, REsp. 2.336-MG, 2ªT, j. 09.05.1990, rel. Min. Carlos Veloso)”.

Por fim, a terceira corrente exige tanto os requisitos da primeira quanto os da segunda para ver configurado o prequestionamento. É o que se nota no julgado do STF:

A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação em momento procedimental adequado. Não basta, no entanto, só argüir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais

²⁰ AURÉLIO, Marco, *apud*, MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. *Pquestionamento nas questões de ordem pública*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003, Disponível em: [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/4606](http://jus.uol.com.br/revista/texto/4606). Acesso em 14 de janeiro de 2011.

do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária (STF, AgRgAI n. 1341175-1, 1ª T, j. 02.04.1991, rel. Min. Celso de Mello).

Toda essa discussão sobre o momento da ocorrência do prequestionamento é de fundamental importância, pois sem que esteja cumprido esse requisito os tribunais superiores nem mesmo admitirão os recursos para a análise do mérito.

Não há posição predominante ainda nos tribunais a respeito da corrente que prevalecerá sobre as demais, mas podem-se citar diversos julgados em que o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido da primeira corrente: “Carecendo de debate na formação do acórdão recorrido os dispositivos tidos como violados, exsurge a falta de prequestionamento a viabilizar a admissão do recurso especial (AgResp. 422743/CE, 1ª Turma, rel. Min. Luis Fux, DJ 07.02.2002)” e “O prequestionamento é pressuposto inerente aos recursos de natureza excepcional. Para configurá-lo, é necessário que a instância revisora de segundo grau emita expresse juízo de valor acerca dos dispositivos de lei federal tidos por violados (AgA 252552/RS, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 17.04.2000)”.

Não se pode olvidar ainda de esclarecer que o prequestionamento não é um requisito especial de admissibilidade imposto pela jurisprudência, já que esta tarefa é conferida apenas pela Constituição Federal. Isto significa que apenas a Carta Magna poderia criar requisitos específicos de admissibilidade e como ela não fez referência a isso, não poderia o legislador ou muito menos os aplicadores do direito realizar.

José Miguel Garcia Medina leciona nesse sentido no seguinte trecho:

Não há exigência constitucional no sentido da presença do prequestionamento. Por isso, não pode ser indeferido o recurso extraordinário ou especial se não tiver havido prequestionamento. O que se exige, para a interposição dos recursos extraordinários, é a presença de uma questão (constitucional ou federal) na decisão recorrida, tenha ou não havido prequestionamento²¹.

²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: RT, 1998, p. 204.

Nelson Nery Junior também apresenta posicionamento semelhante nesta passagem:

Talvez a conceituação do prequestionamento como requisito imposto pela jurisprudência tenha nascido porque a expressão vem mencionada em dois verbetes da Súmula do STF (STF 282 e 356). Evidentemente a jurisprudência, ainda que do Pretório Excelso, não poderia criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial, tarefa conferida exclusivamente à Constituição Federal²².

O prequestionamento é na verdade um exame de tipicidade do texto constitucional, devendo ser preenchido o acórdão recorrido com questões federais ou constitucionais previstas na Constituição Federal.

Fredie Didier Junior, ao citar Egas Dirceu Moniz de Aragão afirma que o que importa mesmo para o conhecimento dos recursos excepcionais é a efetiva manifestação judicial, a causa decidida e não a pronúncia explícita do texto ou número do dispositivo legal tipo como afrontado²³.

E continua o texto afirmando que:

Não há dúvida de que, enfrentada a questão pelo tribunal recorrido, há o prequestionamento e, pois, o recurso é cabível. No entanto, e se a questão não houver sido examinada pelo tribunal, não obstante ter sido suscitada pela parte? Impõe-se a interposição de embargos de declaração com o objetivo de suprir a omissão. E se a omissão persistir, há o prequestionamento mesmo assim?²⁴

O questionamento que o ilustre doutrinador trouxe é o seguinte: e caso a parte tenha recorrido e no seu recurso tenha feito alusão à questão constitucional ou federal e, mesmo assim, o tribunal não se manifestou a respeito, mesmo com a interposição de embargos de declaração?

²² NERY JUNIOR, Nelson Nery. Ainda sobre o prequestionamento – embargos de declaração prequestionadores. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2000, p.855.

²³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Apud*, DIDIER JUNIOR, Fredie, *Op. Cit.*, p. 262.

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Op. Cit.*, p. 263.

Os tribunais ainda se divergem no tocante a este assunto. O Superior Tribunal de Justiça, no enunciado da súmula de nº. 211 ressalta que “É inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”.

Assim, caso o tribunal não se manifeste sobre violação a direito constitucional ou federal nem mesmo em embargos de declaração, não haverá prequestionamento. Deve assim interpor recurso especial por violação ao dispositivo do artigo 535 do Código de Processo Civil para forçar o pronunciamento do tribunal de origem.

Já o Supremo Tribunal Federal apresenta outra solução para a matéria constitucional e/ou federal que não foi prequestionada, pois este admite o prequestionamento ficto, bastando para tanto a interposição dos embargos de declaração. Assim, mesmo que o tribunal não se manifeste nos embargos, o recorrente estará apto a interpor o recurso extraordinário. Este posicionamento se extrai da súmula de nº. 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Conclui o autor Fredie Didier que:

Essa postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias. Inicialmente, a concepção do STJ é sedutora; impõe-se, contudo, perfilhar a do STF, que se posiciona a favor do julgamento do mérito do recurso extraordinário, a fim de que o recurso cumpra o seu objetivo – e, encarando o problema do juízo de admissibilidade como uma questão de validade do procedimento, qualquer postura no sentido de impedir ou dificultar a aplicação da sanção de inadmissibilidade deve receber a pronta adesão do operador do direito²⁵.

²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Op. Cit.*, p. 264.

Capítulo III

Questões de ordem pública, prequestionamento e efeito translativo nos recursos excepcionais.

3.1 – Questões de ordem pública.

Questões de ordem pública podem ser definidas como sendo um imperativo legal que pode ser conhecido de ofício pelo órgão julgador, prevalecendo o interesse público sobre o privado.

Gladson Rogério de Oliveira Miranda faz brilhante referência a Caio Mário da Silva Pereira ao conceituar a expressão “Ordem Pública” no seguinte trecho:

Há também referência doutrinária quanto à expressão “Ordem Pública”. Caio Mário a ela se refere como princípios de ordem pública, destacando que são princípios de direito privado que, “tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e 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”²⁶.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apud, MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Pquestionamento nas questões de ordem pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/4606](http://jus.uol.com.br/revista/texto/4606). Acesso em: 14 de janeiro de 2011.

No direito processual civil tais questões dizem respeito às condições da ação e aos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, relacionando-se, portanto, aos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional.

Expõe o parágrafo 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil: “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”.

Importante ressaltar também que tais questões, devido a sua importância, não operam a preclusão, conforme se pode extrair dos artigos 301, parágrafo 4º e 303, inciso II, ambos do Código de Processo Civil.

O doutrinador Paulo Henrique dos Santos Lucon aduz que:

O fenômeno da preclusão nada mais é que i) um acontecimento ou, simplesmente, um fato “resultado da ausência de outro (inércia durante o tempo útil destinado ao desempenho de certa atividade)” – preclusão temporal; ou ii) a “ou como consequência de determinado fato que, por ter sido praticado na ocasião oportuna, consumou a faculdade (para a parte) ou o poder (para o juiz) de praticá-lo uma segunda vez” – preclusão consumativa; ou ainda (iii) a “ou ainda como decorrência de haver sido praticado (ou não) algum fato, incompatível com a prática de outro” – preclusão lógica.

Em matéria de preclusão, dúvida não há de que, em grau de importância para o processo civil (e porque não dizer, para a vida dos direitos), os efeitos superam o acontecimento. Como é natural, esses efeitos são de ordem variada, podendo repercutir ou não sobre o desfecho final do processo.

Assim, afastar a ocorrência de preclusão em determinadas situações é, em síntese, tutelar o resultado do processo. Mas, exatamente para que isso não se torne regra e impeça a solução final do processo, para que o fenômeno da preclusão para as partes não ocorra é preciso que haja expressa previsão legal. Daí a razão, eminentemente de caráter metodológico, que justifica a existência do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil. Para o juiz, a preclusão não pode ser causa de perpetuação de injustiças. Em determinadas situações excepcionais, e dentro dos poderes que lhe são conferidos, torna-se imperativo afastar a preclusão²⁷.

²⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Recurso especial: ordem pública e prequestionamento*. Op. cit.

O artigo 301 destaca as matérias que poderão ser conhecidas de ofício pelo juiz, quais sejam: i) a 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) carência da ação e x) falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

Assim, à exceção de convenção arbitral, os demais itens do artigo 301 do CPC são, em regra, questões que dizem respeito à formação e ao desenvolvimento válido da relação jurídica processual (pressupostos processuais), bem como sobre o exercício regular da ação (condições da ação). Cabe ao magistrado se manifestar sobre tais tópicos, independentemente de arguição da recorrente, nos termos do artigo 301, parágrafo 4º, do CPC, em face da existência de interesse público no que diz respeito a tais questões. Dispõe, ainda, o parágrafo único do artigo 245 do CPC que não há que se falar em preclusão quanto às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, que são as absolutas.

Paulo Lucon ainda adverte que:

(...) A cognição ex officio dessas matérias é garantia de boa administração da justiça, sendo que i) a falta de alegação do réu na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, provoca sua responsabilidade patrimonial pelo retardamento, e (ii) eventual inércia do magistrado o torna responsável pelo mau desempenho do cargo em decorrência de grave omissão.

Em função da importância que essas matérias representam, está o Estado-juiz autorizado a declarar não estar disposto a exercer a função jurisdicional²⁸.

É pacífico o entendimento de que as questões de ordem pública sejam conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo ser conhecidas pelos tribunais em recursos ordinários. O que causa grande discussão entre os doutrinadores e jurisprudência diz respeito ao seu reconhecimento em recursos excepcionais que possuem como já visto anteriormente, fundamentação vinculada e prevista na Constituição Federal, mesmo se não atendida a

²⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. Cit.*

exigência do prequestionamento e do efetivo pronunciamento sobre a matéria constitucional ou federal por parte do órgão julgador “*a quo*”. É o que será debatido neste capítulo.

3.2 – Pquestionamento de matérias de ordem pública, efeito translativo e recursos excepcionais.

Como já se ressaltou anteriormente, exige-se, nos recursos excepcionais, o prequestionamento da questão de direito que se pretenda levar à apreciação dos tribunais superiores.

Os tribunais superiores apresentam súmulas que regulam o instituto do prequestionamento. O STF editou as súmulas de nº. 282 e 356 e o STJ editou as súmulas de nº. 98 e 211.

A controvérsia que se faz, portanto é no tocante as matérias de ordem pública não prequestionadas poderiam ser reconhecidas, mesmo assim, pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, dado seu caráter não preclusivo.

Já foi trabalhado anteriormente que as questões de ordem pública não precluem, podendo ser analisadas pelo juiz de ofício a qualquer tempo, nos termos do parágrafo 3º do artigo 267 e do parágrafo 4º do artigo 301, ambos do Código de Processo Civil.

Isso poderá ocorrer na seguinte situação: o recorrente interpõe recurso especial ou extraordinário por outro motivo previsto na Constituição Federal, e esse recurso é admitido. Durante o julgamento desse recurso verifica-se que determinada questão de ordem pública não foi examinada no processo, nem em primeira, nem em segunda instância. Poderá os tribunais superiores reconhecer tais questões relacionadas ao capítulo decisório objeto do recurso extraordinário, mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido?

A doutrina apresenta fundamentos relevantes em ambos os sentidos e a jurisprudência, por muito tempo, caminhou no sentido negativo. Entretanto, em julgados recentes, percebe-se uma mudança de posicionamento das cortes superiores.

Em sentido negativo, isto é, da impossibilidade de se analisar questões de ordem pública pelos tribunais superiores, afirma-se que como o prequestionamento é um pressuposto dos recursos especial e extraordinário, de nada adianta ao litigante tentar em seu recurso de natureza extraordinária debater a questão de ordem pública não abordada pela Corte local.

José Miguel Garcia Medina, em brilhante defesa citada por José Antonio Boccuzzi Neto aduz que:

Além disso, afirma que o efeito translativo que se extrai do art. 515 do CPC não se aplica aos recursos excepcionais, uma vez que a lei inferior não pode ampliar ou restringir os requisitos estipulados pela própria Carta Magna.

Destarte, segundo Medina, se a decisão recorrida não tiver se manifestado sobre a questão de ordem pública, a via do recurso excepcional não estará aberta.

Por primeiro, porque não estará preenchido o requisito de “causa decidida” previsto na Constituição e, por segundo, porque a decisão recorrida não tiver abordado a questão de ordem pública será omissa, o que obrigaria a parte recorrente a se valer dos embargos declaratórios como forma de sanar a omissão e obter uma decisão de última instância.

Em conclusão, Medina afirma, *in verbis*: “Por tal razão, sob qualquer prisma que se analise a questão, não cabe recurso especial ou recurso extraordinário em relação a questões não decididas, mesmo que se trate de matéria de ordem pública que, por força de lei, deva ser conhecida *ex officio*. A omissão da decisão, assim, apesar de ensejar contrariedade à lei, é suscetível de correção por meio de recurso de embargos de declaração, o que impede se considere a decisão omissa como ‘decisão definitiva’”²⁹.

Para o referido autor há apenas uma hipótese em que se admite a apreciação de matéria de ordem pública pelos tribunais superiores, que seria mesmo após a interposição de

²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia, *Apud*, BOCCUZZI NETO, Vito Antonio. *Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública*. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins– v. 11, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2007, p. 441.

embargos de declaração persistir a omissão quanto a essas questões. Afirma que nesta hipótese o recurso excepcional poderá ser admitido porque violou o artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, ficando livre ao tribunal apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação.

O jurista Nelson Nery Junior também apresenta respeitável posicionamento em sentido contrário a possibilidade de conhecimento e análise das questões de ordem pública porque os tribunais superiores não são tribunais de terceiro grau. Para ele, a expressão “qualquer grau de jurisdição” deve ser entendida como qualquer grau de jurisdição em instâncias ordinárias. Vejamos:

Como são matérias de ordem pública, as causas de incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e preempção) e VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal. Entenda-se por “qualquer grau de jurisdição” os da instância ordinária (primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instâncias extraordinárias do RE e do REsp (RTJ 105/267). Assim, não se pode alegar, pela primeira vez, as matérias aqui enumeradas, como objeto do RE ou do REsp, já que se exige que a questão tenha sido efetivamente decidida (CF 102 III e 105 III), circunstância impropriamente denominada de “prequestionamento”, para a admissibilidade desses recursos excepcionais (V. CF 102,III, 105 III; LR 26). Quando o réu não alegar a causa de extinção como preliminar de contestação (CPC 301) ou na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, não obstante possa fazê-lo a qualquer tempo, responde pelas custas do retardamento. V. coment. CPC 301 e § 4º³⁰.

Para o autor, trata-se de regra infraconstitucional, e que, portanto, deve harmonizar-se com o texto constitucional, como é curial. Não se pode redecidir (competência recursal) o que não tiver sido decidido. Daí por que os recursos excepcionais são considerados pela doutrina e jurisprudência como recursos de fundamentação vinculada, pois só podem decidir aquilo que a Constituição Federal autoriza.

Os tribunais também apresentam inúmeras decisões em que não se conheceu das matérias de ordem pública por ausência de prequestionamento:

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Op. Cit.* P. 437.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE DIVISÃO. NULIDADE DE CITAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. I – Mesmo as nulidades absolutas não prescindem do prequestionamento. II – É condição necessária à viabilidade de qualquer recurso que o recorrente, ao manifestar seu inconformismo, tenha impugnado os fundamentos da decisão recorrida. III – A simples transcrição da ementa, em não ocorrendo dissídio notório, não enseja o conhecimento do especial pela divergência, sobretudo quando, pela leitura das ementas cotejadas, se verifica não estarem as peculiaridades do caso concreto abrangidas pelo aresto paradigma. (REsp 66806/SP, 1ª Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 08.04.1996, p. 10444).

Neste sentido é possível citar diversos outros julgados do STJ, mais recentes, tais como REsp.Ag.Rg.EDcl 510930/SP, 5ª T, rel. Min. Gilson Dipp, j. 11.10.2005, REsp. 366095/CE, rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.06.2005, AgAgRg 601611/RS, 4ª T, REL. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.10.2004.

Quanto à aplicação do efeito translativo em recursos excepcionais, afirma Nelson Nery Junior que a incidência do efeito translativo decorrente de interposição de recurso é possível, mas para os denominados tribunais de apelação, ou seja, para os tribunais de segundo grau de jurisdição, dentro ainda dos graus ordinários de jurisdição.

Entretanto, apesar do respeitável posicionamento apresentado, são crescentes as decisões do STF e do STJ em sentido contrário. Atualmente decide-se que caso o recurso especial ou extraordinário seja conhecido, isto é, tenha sido cumprido o requisito do prequestionamento, aberta está à jurisdição para a análise de outras matérias até então não suscitadas em instância ordinária, isto é, a análise das questões de ordem pública.

É preciso realizar a correta interpretação do enunciado da súmula nº. 456 do STF e dos artigos 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e artigo 324 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que afirmam respectivamente:

Súmula nº. 456: O Supremo Tribunal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Art. 257 RISTJ: 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.

Art. 324 RISTF: No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Da análise dos enunciados citados é possível concluir que a partir do momento em que o STF ou o STJ admitiu os recursos excepcionais, e que tais recursos cumpriram todos os requisitos impostos pela Constituição Federal e também o prequestionamento, a instância superior se abre para o exame de questões que apesar de não suscitadas anteriormente, não precluíram.

Não se trata de uma supressão de instância, já que esta foi aberta ao tribunal superior quando da verificação da admissibilidade do recurso, não havendo, após a sua admissão, qualquer limitação cognitiva.

Fredie Didier Junior faz menção à brilhante lição de Bernardo Pimentel Souza na passagem:

Segundo o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, e o artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conhecido como recurso especial, julga-se a causa, com a aplicação do direito à espécie. Os textos constitucional e regimental revelam que o Superior Tribunal de Justiça é uma corte de revisão, e não de mera cassação – própria dos sistemas italianos e francês. Sendo corte de revisão, e após o conhecimento do recurso especial, tudo indica que o Superior Tribunal de Justiça pode examinar questão de fato – frise-se – ainda não solucionada, e cujo exame é essencial para o julgamento do caso concreto³¹.

O autor conclui ainda que:

³¹ SOUZA, Bernardo Pimentel, *Apud*, JUNIOR DIDIER, Fredie, *Op. Cit*, p. 283.

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo ou profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o § 3º do art. 267 do CPC, “porque não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo (ou do próprio direito, acrescente-se), profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial³²”.

Há ainda posicionamentos mais radicais que admitem inclusive o reconhecimento das matérias de ordem pública em recursos onde não foi atendido o requisito do prequestionamento, falando-se no prequestionamento implícito. Esse é o posicionamento de Rodolfo de Camargo Mancuso:

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 – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, § 3º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa³³.

Entretanto, não há como se admitir tal posicionamento, já que o tribunal não conhecerá do recurso e não analisará o mérito deste se os requisitos constitucionais não estiverem presentes.

³² JUNIOR DIDIER, Fredie. *Op. Cit.*, p. 284.

³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2000. P. 90.

As recentes decisões seguem esta tendência. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 1. Os conteúdos normativos dos artigos 236, § 1º, e 247 do Código de Processo Civil não foram objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente, assim, o requisito indispensável do prequestionamento da matéria. 2. Cumpria, então, à recorrente, no presente recurso especial, defender violação ao artigo 535 do CPC, sustentando omissão no acórdão recorrido, a ensejar o retorno dos autos a Corte a quo para manifestação expressa sobre a nulidade ventilada. Esse mister, porém, não foi observado. 3. “A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública, apenas se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abrindo-se a via do especial” (Súmula 456/STF). (AgRg no Ag 939.714/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª T, julgado em 12/02/2008, DJ 21/02/2008, p. 54) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1351663/RJ, Rel. Ministro Vaco Della Giustina – desembargador convocado do TJ/RS – 3ª T, DJ 17/02/2011).

O recorrente opôs exceção de pré-executividade, ao alegar ser parte ilegítima para figurar na ação, mas o juiz a tachou de incabível, ao entender ser o caso de defesa mediante embargos à execução. Anote-se que, de forma alguma, adentrou o mérito da questão. Houve agravo de instrumento e o Tribunal não só entendeu cabível a exceção como julgou o mérito em desfavor do próprio recorrente, em claro *error in procedendo*. Sucede que não houve recurso dessa parte, pois o recorrente insurgiu-se quanto a outras questões referentes ao mérito, todas prequestionadas. Diante disso, a Turma entendeu conhecer do recurso, mas, ao aplicar o direito à espécie, reconheceu a existência de julgamento *extra petita* e *reformatio in pejus* e, por isso, anulou, de ofício, o acórdão recorrido. *Anotou-se que, superado o juízo de admissibilidade, o REsp tem efeito devolutivo amplo, que, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo; a possibilidade de o órgão julgador conhecer, de ofício, as questões de ordem pública.* (REsp nº. 869.534/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.11.2007).

Percebe-se assim que os tribunais superiores vêm tornando tal entendimento cada vez mais presente, o que se concretizará numa pacificação quanto à temática. Já decidiu dessa forma a 1ª Turma do STJ, no REsp nº. 609.144/SC, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06 de maio de 2004.

Ademais, é importante trazer ao presente trabalho trecho da obra de Giuseppe Chiovenda, importante doutrinador italiano que em todas as suas obras sempre priorizou o caráter da efetividade das normas, citado no texto de Vito Antônio Boccuzzi Neto: “(...) o

direito deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir³⁴”.

Numa última conclusão é possível pensar que a restrição unicamente as questões alegadas e discutidas, isto é, apenas as prequestionadas nos autos, é prejudicial ao sistema, visto que os tribunais inferiores têm o condão de decretar a questão de ordem pública e o STF e o STJ não podem, além da possibilidade de se interpor ação rescisória para se reconhecer as questões de ordem pública. Não é, portanto, principalmente na atualidade, com as mudanças que o direito vem sofrendo, razoável e proporcional a restrição ao reconhecimento de tais matérias nos recursos excepcionais.

³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Apud*, BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. *Op. cit.*, p.447.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou o presente trabalho de mostrar a divergência doutrinária e jurisprudencial que gira em torno da problemática análise das questões de ordem pública, até então não discutidas pelos tribunais inferiores, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso acontece porque os recursos excepcionais apresentam diversas peculiaridades, algumas mesmo com o objetivo de barrar os recursos, e que estão previstas na Constituição Federal, são os requisitos de admissibilidade.

Entretanto, o que a moderna doutrina e os recentes julgados vêm incansavelmente debatendo diz respeito à análise de matérias, as questões de ordem pública e demais questões que não precluem, até então não verificadas pelos tribunais de segunda instância, nos recursos especiais e extraordinários já admitidos.

A problemática vai além do âmbito do direito processual civil, isto é, não se restringe ao direito processual, atingindo direitos fundamentais e, portanto, possui uma visão constitucional.

Não se trata aqui de afirmar que os tribunais superiores viraram uma terceira instância para análise de todos os pontos do processo, mas sim de que não se pode admitir que a mais alta corte brasileira deixe passar injustiças ocorridas no processamento de uma causa simplesmente porque cabe a ela julgar apenas as matérias prequestionadas e previstas expressamente na Constituição Federal.

O efeito translativo ou a profundidade do efeito devolutivo dos recursos não decorre apenas de uma previsão do artigo 515 do Código de Processo Civil, mas também na própria definição do princípio do devido processo legal e da coerência que deve existir num ordenamento jurídico.

Ademais, o direito processual deve buscar a efetividade, servindo assim para melhor solucionar o conflito colocado a disposição do judiciário. Ora, sentido nenhum haverá no processo na hipótese de não se conhecer das matérias de ordem pública nos recursos

excepcionais e, posteriormente se admitir e conhecer das mesmas numa ação rescisória ou então em uma “querela nullitatis”.

O conhecimento das matérias de ordem pública em recursos excepcionais é a iniciativa de se conceber um processo como instrumento de realização de justiça, flexibilizando a interpretação do direito formal como meio de ampliar seu campo de atuação e dar maior efetividade ao direito material tutelado pela jurisdição.

Bibliografia

BOCCUZZI NETO, Vito Antonio. Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins– v. 11, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil, vol. 3. ed. Juspodium, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Recursos no processo penal. 3ed. São Paulo: RT, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: RT, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. ano 5. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 6. Ed. São Paulo: RT, 2000.

MARINONE, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 2 ed.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à nova sistemática processual civil. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. A decisão monocrática do relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. *Prequestionamento nas questões de ordem pública*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003, Disponível em: [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/4606](http://jus.uol.com.br/revista/texto/4606). 2005. Acesso em 14 de janeiro de 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed., 1997.

NERY JUNIOR, Nelson Nery. Ainda sobre o prequestionamento – embargos de declaração prequestionadores. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Negrão de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

PINTO, Nelson Luiz. Recurso especial para o STJ. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, v. 1. 10 ed. São Paulo: RT, 2008.