

PUC – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

Recursos Extraordinários:

Análise da extensão do efeito devolutivo

MILENA GROSSI DOS SANTOS

São Paulo – 2012

PUC – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

Recursos Extraordinários:

Análise da extensão do efeito devolutivo

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do Grau de Especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do professor Fabiano Carvalho

MILENA GROSSI DOS SANTOS

São Paulo – 2012

PUC – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

O presente trabalho monográfico, intitulado “**Recursos Extraordinários: Análise da extensão do efeito devolutivo**”, elaborado pela pós graduada Milena Grossi dos Santos, foi aprovado pela banca examinadora, composta pelos professores abaixo assinados.

São Paulo, 30 de outubro de 2012.

Banca Examinadora

Fabiano Carvalho

Examinador 2

Examinador 3

Aos meus pais, meu irmão e ao Maximilian J. Meyknecht pelo apoio de sempre.

Agradeço ao Professor Fabiano Carvalho pelos ensinamentos e estímulo ao estudo durante o curso.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo propor uma reflexão acerca da extensão do efeito devolutivo no âmbito dos recursos extraordinários. Questiona-se o limite da interferência do juízo de admissibilidade, principalmente do prequestionamento, quanto à devolução da matéria recorrida ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de instância extraordinária, sem a pretensão de esgotar o assunto. Para tanto, analisa-se, primeiramente, o objeto dos recursos no sistema processual. Em seguida, passa-se a análise específica dos recursos extraordinários, desde sua origem histórica, finalidade até os requisitos de admissibilidade. Após, aborda-se a função das Cortes Superiores no sistema Processual Civil Pátrio, fazendo-se a distinção entre corte de cassação e corte de revisão e entre o juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Faz-se, ainda, uma análise acerca das súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o recebimento do recurso extraordinário por um fundamentado e a sua não vinculação para o julgamento final. Aborda-se, ainda, a previsão do anteprojeto do novo código de processo civil acerca da matéria. Por fim, expõe-se a conclusão quanto à extensão do efeito devolutivo dos recursos extraordinários.

Palavras-chave: Efeito devolutivo. Extensão. Recursos Extraordinários. Juízo de Admissibilidade. Juízo de mérito. Corte de Revisão. Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This work aims to propose a reflection about the extent of the *devolutive effect* regarding to extraordinary appeals. It question about the interference threshold of judgment of admissibility, especially relating to “*prequestionamento*” (one of the admissibility requirement), regarding to the subject that will be return to the Superior Court of Justice and the Supreme Court for analysis, since they are an extraordinary instance, without the pretension of exhausting the subject. To this end, examines, first, the object of the procedural system resources. Then, it passes to the specific examination of extraordinary appeals from its historical origin, purpose until the admissibility requirements. After, deals with the function of the Superior Courts in Brazilian Procedural Civil Law, making the distinction between Court of Cassation and Reviewer Court and between the judgment of admissibility and judgment of merit. It also makes a critical analysis about decisions already rendered by the Supreme Court regarding to the judgment of admissibility of the appeal non-binding for the judgment of merit. Deals with the prediction of the draft of the new code of civil procedure concerning the matter. Finally, presents the conclusion regarding to the extension of the *devolutive effect* of extraordinary appeals.

Keywords: Devolutive effect. Extent. Extraordinary appeals. Judgment of admissibility. Judgment of merit. Court of Cassation. Reviewer Court. Superior Court of Justice. Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS	
1.1 Recurso Extraordinário “stricto sensu” – Origem e cabimento	11
1.2 Recurso Especial – Origem e cabimento	14
1.3 Justificativa e funções dos “Recursos Extraordinários”	15
1.3.1 Função nomofilática	16
1.3.2 Função uniformizadora da jurisprudência	16
1.3.3 Função paradigmática.....	17
1.3.4 Funções após reforma do Judiciário de 2004 até agora	17
1.4 Requisitos de Admissibilidade dos Recursos Extraordinários:	
1.4.1 Esgotamento das vias ordinárias	18
1.4.2 Prequestionamento	19
1.4.3 Matéria de direito e fundamentação vinculada	24
1.4.4 Ofensa direta à Constituição Federal e repercussão geral da matéria	25
1.5 Dupla Triagem dos Requisitos de Admissibilidade	27
CAPÍTULO II – DOS EFEITOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS	
2.1 Noções Gerais dos efeitos dos Recursos no Sistema Processual	29
2.2 Efeitos relativos à interposição:	
2.2.1 Obstativo	29
2.2.2 Suspensivo	31
2.2.3 Regressivo e Diferido	32
2.3 Efeitos relativos ao julgamento:	
2.3.1 Devolutivo	32
2.3.2 Translativo	33
2.3.3 Expansivo	35
2.3.4 Substitutivo	36
CAPÍTULO III - DAS CORTES SUPERIORES	
3.1 Funções das Cortes Superiores	37

3.2 Corte de Cassação e Corte de Revisão	39
3.3 Juízo de mérito e Juízo de Admissibilidade	40

**CAPÍTULO IV – EFEITO DEVOLUTIVO E PREQUESTIONAMENTO À LUZ
DOS ENUNCIADOS DAS SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

4.1 – Análise da súmula 456 do STF	45
4.2 – Súmula 292 do STF	48
4.3 – Súmula 528 do STF	49

CAPÍTULO V – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA 51

**CAPÍTULO VI - PREVISÃO DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

6.1 Artigo 988.....	58
---------------------	----

CONCLUSÃO 60

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 63

INTRODUÇÃO

Primeiramente, antes de adentrar no tema que será abordado no presente trabalho, faz-se indispensável tecer breves comentários sobre os “Recursos” de uma maneira geral, assim como sobre o que se entende especificamente por “Recursos Extraordinários”, que serão objeto de análise.

Como se sabe, dentro do sistema processual pátrio, os recursos estão inseridos no rol dos meios de impugnação das soluções dadas pelo Poder Judiciário aos conflitos dos litigantes e estão intimamente relacionados ao inconformismo do ser humano às situações que lhes são desfavoráveis.

E, nesse sentido, o vencido tende a requerer o reexame da matéria, com a esperança de que será reconhecido o erro da decisão atacada, com sua consequente reforma. Ou, ao menos, em caso de ratificação, busca uma melhor aceitação/conformação à situação.

Sobre o assunto, o Ilustre doutrinador Araken de Assis comenta, em seu Manual dos Recursos, que: “*A permissão ao vencido para impugnar a decisão assegura o aprimoramento do ato e, se não assegura, ao menos aumenta a possibilidade de real pacificação dos litigantes*”.¹

No que se refere ao “aprimoramento do ato”, se justifica em razão das decisões proferidas pelos órgãos do judiciário serem passíveis de apresentar vícios e/ou defeitos do ponto de vista, tanto processual, quanto material, uma vez que articuladas pelo subjetivismo dos seres humanos.

Nessa linha, não há dúvidas de que o reexame da questão qualifica a decisão, seja ao retificá-la ou ratificá-la, com novos argumentos. Além disso, auxilia e garante uma menor margem de erro na solução do conflito. E, por este motivo, também proporciona uma maior confiança aos jurisdicionados quanto à correta aplicação da Lei.

¹ASSIS, Araken de - Manual de Recursos - 3ª Edição – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011- p. 37.

Feitas essas considerações iniciais, cumpre distinguir os recursos considerados “comuns” ou “ordinários” dos recursos denominados “excepcionais” ou “extraordinários”.

Os recursos “comuns” são os recursos que priorizam e se prestam a satisfação do direito individual/particular da parte vencida e, via de regra, tem como pressuposto somente a sucumbência, a exemplo do recurso de apelação e agravo de instrumento.

Já os recursos considerados “extraordinários”, quais sejam o Recurso Especial e Recurso Extraordinário *stricto sensu*, tem outro foco: priorizam o interesse coletivo/público da correta aplicação da Lei Federal e da Carta Magna, respectivamente, servindo o interesse singular apenas como instrumento para tanto.

Corroborando isso, importante destacar o ensinamento de Athos Gusmão Carneiro:

“O interesse privado do litigante vencido funciona, então, mais como móvel e estímulo para a interposição do recurso extremo, cuja admissão, todavia, liga-se à existência de uma questão federal constitucional ou infraconstitucional, à defesa da ordem jurídica no plano do direito federal, assegurando-lhe, como referiu Pontes de Miranda, a “inteireza positiva”, a “autoridade”, a “validade” e a “uniformidade de interpretação”.²

Abre-se parênteses, aqui, para observar, contudo, que esta é uma das interpretações que se dá a distinção entre recursos ordinários e extraordinários, aparentemente mais compatível com o sistema processual civil pátrio.

Isso porque, há entendimento de que os recursos ordinários seriam aqueles que objetivam impedir a coisa julgada e os recursos extraordinários, aqueles que visam desconstituir a coisa julgada – que teriam aplicação, por exemplo, no Direito Português, que prevê expressamente hipóteses de recursos para atacar decisões transitadas em julgado – o que não faria muito sentido no Direito Pátrio.³

Retornando ao raciocínio anterior - exatamente por serem considerados extraordinários, o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário *stricto sensu*

²CARNEIRO, Athos Gusmão - Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno; 4ª Edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005 – p. 3.

³AZZONI, Clara Moreira – Recurso Especial e Extraordinário – São Paulo: Atlas, 2009 – p. 18. (Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona)

pressupõem a presença de inúmeros requisitos para sua admissibilidade (que serão abordados adiante), cuja conferência é dotada de extrema rigidez.

Referida rigidez está intimamente relacionada ao objetivo taxativo dos recursos “extraordinários”, bem como às funções específicas das Cortes Superiores. E, neste contexto, o que se pretende demonstrar a seguir é o limite da interferência do juízo de admissibilidade quanto à devolução da matéria ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para análise de mérito e julgamento da causa.

CAPÍTULO I - DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

1.1 Recurso Extraordinário *stricto sensu* – Origem e cabimento

O recurso extraordinário *stricto sensu* foi recepcionado pela Constituição Federal de 1891, migrado do Decreto nº 848/1890 e estava previsto em seu artigo 59, §1^o. Naquela época, o Recurso Extraordinário era o remédio, endereçado ao Supremo Tribunal Federal, contra as decisões dos Tribunais dos Estados que contrariavam a validade ou aplicação de tratados e leis federais ou também quando se pretendia contestar a validade de leis ou de atos dos governos em face da Constituição Federal ou das leis federais.

Dessa forma, o recurso para o Supremo Tribunal Federal visava garantir a supremacia da Constituição Federal e a correta e uniforme aplicação do Direito Federal, de modo que já demonstrava sua natureza de recurso de fundamento vinculada.

Araken de Assis, ao citar Ruy Barbosa, menciona que:

⁴“Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

§ 1^o - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

– (CF de 1891 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm);

*“No alvitre de Ruy Barbosa, o dispositivo consagrou a supremacia da Constituição, visando “manter a legalidade nacional, na sua lei suprema, nas suas leis ordinárias, ou nas suas convenções internacionais contra erros e abusos dos Estados, na sua legislatura, na sua administração e na sua justiça”.*⁵

Em 1926, houve emenda à Constituição Federal, ampliando as hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário, na medida em que acrescentou a admissibilidade do recurso também em caso de divergência na interpretação da lei federal por 2 (dois) ou mais tribunais locais, alargando o campo de incidência do recurso.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal, portanto, cumulava as funções, hoje, destinadas também ao Superior Tribunal de Justiça.

Com a Constituição de 1934, o recurso passou a ser chamado de “extraordinário”.

Todavia, o excesso de recursos para o reduzido número de ministros gerava uma sobrecarga de trabalho não suportável pelo Supremo Tribunal Federal.

E, diante deste cenário de crise, para desafogar a Suprema Corte, com a Constituição Federal de 1988, criou-se o Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Especial. Assim, o Recurso Extraordinário ficou limitado à análise das questões constitucionais, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial, tornou-se responsável pelo controle das questões infraconstitucionais.

Nesse sentido, o artigo 102, inciso III, da Carta Magna prevê as quatro hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário. São elas:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

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

⁵BARBOSA, Ruy. Comentários à Constituição Brasileira, 1993 *apud* ASSIS, Araken de. Manual de Recursos; 3ª Edição – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011 – p. 699.

- 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. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Além de se enquadrar em uma das hipóteses expressas acima, há outras quatro condições ou requisitos que delas decorrem, que são indispensáveis para o cabimento do recurso extraordinário e serão, em tópico a seguir, abordadas em detalhes: i) Esgotamento das vias ordinárias; ii) Prequestionamento; iii) Matéria de direito e fundamentação vinculada e iv) ofensa direta à Constituição Federal e repercussão geral da matéria.

Das hipóteses de cabimentos e requisitos de admissibilidade, verifica-se que o Recurso Extraordinário funciona como uma forma de controle difuso de constitucionalidade, forma de controle esta, realizada por meio de todos os órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, vejamos comentários de Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal:

“O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público.

(...)

Um importante mecanismo do controle difuso da constitucionalidade é o recurso extraordinário, por meio do qual as questões constitucionais suscitadas nos diversos tribunais do país chegam ao crivo da Suprema Corte. O recurso extraordinário consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância judicial (CF, art. 102, III, a a d).

(...)

Sob a Constituição anterior, o recurso extraordinário destinava-se não só a proteger a ordem constitucional, mas a ordem do direito federal, de modo que a impugnação poderia alegar afronta direta tanto à Constituição como ao direito federal”⁶

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira - **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas** – disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf

Frise-se, portanto, que, com a Constituição Federal de 1988, dividiu a competência para analisar ofensas ao texto constitucional e infraconstitucional, em sede de Recurso Extraordinário e Recurso Especial.

1.2 Recurso Especial – Origem e cabimento

No que se refere aos Recursos Especiais, como mencionado acima, adentraram no sistema processual pátrio em 1988, com a Constituição Federal em vigor, como um desmembramento do Recurso Extraordinário.

Até referido momento, sua história se confunde com a do Recurso Extraordinário, tendo sido criado com o intuito de desafogar o Supremo Tribunal Federal, com a redução dos “Recursos Extraordinários”.

A partir do desmembramento, instituiu-se, como dito acima, que os Recursos Especiais abordariam exclusivamente matérias relacionadas à ofensa da legislação federal infraconstitucional.

Nesse diapasão, prevê a Constituição Federal atual, em seu artigo 105, inciso III, as três hipóteses de cabimento do Recurso Especial, quais sejam:

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;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

E, dessa forma, atua como instrumento para que o Superior Tribunal de Justiça possa garantir a integridade e correta aplicação da lei, bem como a uniformidade da interpretação da legislação infraconstitucional.

1.3 Justificativa e Função dos “Recursos Extraordinários”

Como mencionado anteriormente, os recursos, de um modo geral, se justificam por dois motivos principais: i) desejo natural da parte vencida de ter a sua causa revista na esperança de ter a decisão desfavorável reformada e ii) aperfeiçoamento das decisões, uma vez que proferidas por seres humanos e que são passíveis de equívocos.

Dessa forma, o reexame da decisão traz uma maior probabilidade de aceitação social, sempre na busca do valor *Justiça*.

Por outro lado, deve-se equilibrar a possibilidade de interposição de recursos com a segurança jurídica, até mesmo para que haja o momento de fazer valer, de se concretizar, o que restou decidido pelo Estado e para que o bem da vida, que estava em litígio, seja entregue a um dos jurisdicionados para fruição. Caso contrário, os processos se arrastariam por toda a vida.

E, nessa linha, os recursos extraordinários estão inseridos no topo da estrutura processual, como últimas alternativas à disposição dos jurisdicionados.

Reiterando o exposto em tópico anterior, os recursos comuns/ordinários limitam-se aos interesses das partes litigantes, enquanto os recursos extraordinários/excepcionais transcendem o interesse do particular, preocupando-se em fazer valer a correta aplicação das normas jurídicas, precipuamente a Lei Maior e a legislação federal.

Nesse diapasão, os recursos extraordinários visam tutelar o direito federal, prestam-se somente a análise de questões de direito, com hipóteses de cabimento taxativas previstas na Constituição Federal, sujeitam-se a rigoroso controle de admissibilidade e são dirigidos às Cortes Superiores.

Assim, para Clara Moreira Azzoni⁷, os recursos extraordinários apresentam quatro funções principais, que podem ser divididas em: i) função nomofilática, ii) função uniformizadora da jurisprudência; iii) função paradigmática; iv) funções após reforma do Judiciário de 2004 até agora.

1.3.1 Função Nomofilática

A função nomofilática está relacionada ao papel de buscar a interpretação “exata, única e verdadeira da lei”, visando garantir a certeza e estabilidade jurídica.

Dentro desta ideia, em seu conceito original, pressupõe-se que o juiz exerceria atividade passiva, de mero aplicador na lei, não cabendo a ele interpretá-la, ao passo que, às Cortes Superiores, fiscalizariam a correta atuação dos juizes, “tolhendo a eficácia do ato judicial que tenha excedido as fronteiras de seus poderes”.

Atualmente, não se fala mais em unidade da lei, mas do direito, admitindo-se que o juiz, dentro das interpretações possíveis, defina a que melhor se enquadra ao caso, em razão das suas peculiaridades, criando-se a jurisprudência⁸. Dessa forma, a função nomofilática das Cortes Especiais diz respeito ao controle da “criação normativa do Poder Judiciário”.

1.3.2 Função Uniformizadora

Já a função uniformizadora, como o próprio nome sugere, visa uniformizar o entendimento da jurisprudência, para que seja todo no mesmo sentido, evitando-se o “caos”.

⁷ AZZONI, Clara Moreira – Recurso Especial e Extraordinário – São Paulo: Atlas, 2009 – p. 23. (Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona)

⁸ Jurisprudência: “*O Direito aplicado com sabedoria. Assim é que se entende a jurisprudência como sábia interpretação e aplicação das leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Ou seja, o hábito de interpretar e aplicar as leis aos fatos concretos, para que, assim, se decidam as causas.*” SILVA, De Plácido e – Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004 – p. 807

Dessa forma, objetiva garantir a igualdade entre os jurisdicionados (todos aqueles sujeitos às situações idênticas receberão o mesmo tratamento) e, como consequência, propiciar a segurança jurídica.

Assim, ainda que os Tribunais regionais exerçam livremente suas interpretações, caberá às Cortes Superiores, uniformizar, por meio dos recursos extraordinários, as decisões proferidas em todo país.

1.3.3 Função Paradigmática

A função paradigmática pode ser conhecida também como função persuasiva. Como se sabe, as decisões das Cortes Superiores não são dotadas de efeito “erga omnes”, ou seja, atingem somente as partes do processo.

Contudo, servem de orientação para os demais julgadores quando da análise de casos semelhantes.

E, diante da importância do papel que as Cortes Superiores desempenham, notadamente pela função nomofilática e uniformizadora, não há como ignorar o respeito, o prestígio e a autoridade do entendimento das Cortes Especiais.

Assim, caso os julgadores decidam de maneira diversa é indispensável que haja, ao menos, uma justificativa plausível, apesar de não haver fundamento legal expresso nesse sentido.

1.3.4 Funções após reforma do judiciário de 2004 até agora

Com a emenda Constitucional de 2004, criou-se a súmula vinculante, prevista no artigo 103-A da Constituição Federal e, em 2006, incluiu-se no ordenamento jurídico o requisito da “repercussão geral” da matéria que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 543-A do Código de Processo Civil.

Estes institutos inovaram o conceito dos recursos extraordinários. A repercussão geral pressupõe, para que o recurso seja admitido, a “existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Seu objetivo é limitar a atuação da mais alta Corte do Brasil.

Assim, verifica-se, desde logo, uma ampliação do efeito da decisão, que ultrapassará o interesse das partes envolvidas.

Até porque, caso seja detectada a ausência de repercussão geral, todos os recursos de matéria idêntica, serão liminarmente indeferidos, nos moldes do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

E, quando as decisões sobre matéria de relevância foram reiteradamente julgadas, formarão as súmulas vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Desse modo, haverá redução dos recursos levados a julgamento pelo Supremo, sendo que somente as questões efetivamente significativas serão objeto de apreciação, enquanto as súmulas vinculantes darão maior eficácia às decisões.

1.4 Requisitos de Admissibilidade dos Recursos Extraordinários

Como mencionado acima, para que seja cabível a interposição dos Recursos excepcionais, é essencial a presença dos seguintes requisitos: i) o esgotamento das vias ordinárias; ii) o prequestionamento; iii) matéria de direito e fundamentação vinculada; iv) a ofensa direta à Constituição Federal e a repercussão geral da matéria (no caso do recurso Extraordinário *stricto sensu*), sendo relevante comentar cada requisito:

1.4.1 Esgotamento das vias ordinárias

No que se refere ao esgotamento das vias ordinárias dos recursos extraordinários, cumpre destacar que se trata do fato de que a decisão recorrida não é passível de mais nenhum outro recurso na instância ordinária. Note-se que não estão inseridos neste conceito de “recurso na instância ordinária”, os outros meio de impugnação autônomos, como a Ação Rescisória ou Mandado de Segurança.

Sobre este assunto, importante destacar o enunciado da Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal que dispõe: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada*”.

Nesse sentido, a maior parte das decisões passíveis de recurso extraordinário, são decorrentes de acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais (órgãos de segunda instância) – não mais sujeitos aos Embargos Infringentes (seja porque incabíveis ou seja porque já julgados). Interessante aqui citar, também, o enunciado da súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “*Inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido pelo Tribunal de origem*”.

Configuram-se exceções à “regra” acima, as execuções fiscais cujo valor não ultrapasse à alçada⁹, já que incabível recurso ao Tribunal local, bem como as ações oriundas dos juizados especiais, já decididas pela Turma Recursal (órgão do Judiciário de primeira instância), uma vez que, apesar de não configurem decisões de segunda instância, por não haver mais outros recursos, admitem a interposição direta do Extraordinário *stricto sensu*.

1.4.2 Prequestionamento

O conceito de prequestionamento adotado no presente trabalho está relacionado à necessidade de que a matéria discutida em sede, tanto de Recurso Especial, quanto de Recurso Extraordinário, tenha sido efetivamente decidida na instância anterior –

⁹Artigo 34 da Lei 6.830/1980 que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências: *Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.* (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm)

evitando, assim, a inovação no âmbito das Cortes Especiais.

Em outras palavras, é necessário que a causa tenha sido decidida à luz dos artigos legais envolvidos (tidos como violados nos Recursos Extraordinários), com emissão de juízo de valor quanto à sua aplicação ao caso concreto.

Esse entendimento decorre da expressão “*causas decididas*” previstas nos artigos 102, inciso III e artigo 105, inciso III da Constituição Federal que preveem a competência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça para julgar o recurso extraordinário e o recurso especial, respectivamente.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria A. Nery, ao comentar o artigo 541 do Código de Processo Civil, ressaltam que a questão não decidida na instância anterior não enseja revisão por Recurso Extraordinário, “*o que não foi decidido, não pode ser redecidido (revisto).*”¹⁰

Sobre o assunto, importante citar os enunciados das súmulas de nº 282 e nº 356 do Supremo Tribunal Federal:

STF - Súmula 282: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.*

STF - Súmula 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 presquestionamento.*

O que se diz, é que a tese jurídica envolvida deve ser explicitamente prequestionada pelo acórdão/decisão recorrida. Já o dispositivo legal em si, pode ou não ser comentado expressamente. Nesse sentido, Nelson Nery e Rosa Maria Nery mencionam: “*Outrossim, quanto ao prequestionamento do dispositivo legal, argumentou-se que pode ser explícito ou implícito; já quanto à tese jurídica, entretanto, deve ser sempre explícita*”.¹¹

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 – p. 963

¹¹ Idem - p. 970.

Nessa linha, cumpre esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça afasta, assim, eventual alegação de imprescindibilidade de que os dispositivos federais devam ser expressamente mencionados no acórdão, admitindo, dessa forma, o “prequestionamento implícito” do artigo. Senão vejamos:

***Ementa:** ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO EXTINTO DNER. DNIT. SUCESSOR DO DNER. VINCULAÇÃO DO INATIVO AO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DO DNIT. EXTENSÃO À PENSIONISTA. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A questão sub judice é eminentemente infraconstitucional, uma vez que diz respeito à relação jurídica existente entre os antigos servidores do DNER que, após sua extinção, foram transferidos para o quadro de servidores do Ministério dos Transportes - e, por conseguinte, aos respectivos aposentados e pensionistas - tendo em vista a posterior edição da Lei 11.171/05, que trata das carreiras e do Plano de Cargos e Salários do DNIT. 2. "Esta Corte admite o prequestionamento implícito nos casos em que as questões debatidas no recurso especial foram decididas no acórdão recorrido, sem a explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão" (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.160.719/PE, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 14/3/11).3. "Em sede de recurso especial, é defeso o exame de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento" (AgRg no Ag 1.057.084/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 2/9/09). (...) (Grifamos - AgRg no REsp 1276551 / CE – Primeira Turma – Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima – Julgado em 28/08/2012) (Grifamos)*

Já o Supremo Tribunal Federal parece defender que mesmo o prequestionamento do texto legal deve ser expresso. Nesse sentido:

*EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. **Pquestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação.** 2. Se o acórdão recorrido, para decidir o mérito da questão objeto do extraordinário, não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido. (Segunda Turma - RE nº 351132/CE – Relator Maurício Corrêa – Julgado em 17/12/2002) – (Grifamos)*

Outra questão que se discute é se o prequestionamento seria considerado “ato da parte”. Pelo conceito acima exposto, parece que não. Ora, basta que a instância anterior tenha efetivamente decidido e declarado juízo de valor acerca da questão para que seja

declarada prequestionada.

Nesse sentido, muito esclarecedor o ensinamento de Athos Gusmão Carneiro¹², que cita também Arruda Alvim:

“Todavia, parece-nos correta a posição de Arruda Alvim, de que não se deve confundir prequestionamento com “postulação pela parte”, a respeito de uma dada questão federal: a questão federal considera-se prequestionada *quando decidida no acórdão*, haja ou não sido, expressa ou implicitamente, suscitada pelo litigante. O prefixo “pré” significa anterioridade com relação ao momento processual em que a parte manifesta o recurso extraordinário ou especial, e não ao momento em que prolatada a decisão recorrível.”

E de Medina:

“A exigência de realização de prequestionamento pelas partes, perante a instância local, contudo, não se encontra expressa na Constituição Federal. Para nós, o que exige a Constituição Federal é que a questão federal ou constitucional esteja presente na decisão recorrida, o que não equivale ao prequestionamento realizado pelas partes, que deve ocorrer necessariamente antes da decisão recorrida. Exige-se, assim, seja bem delineada a importância da atividade realizada pelas partes, perante a instância local, com o intuito de provocar a manifestação do órgão jurisdicional sobre a questão constitucional ou federal, a fim de se abrir caminho à admissibilidade de recurso extraordinário ou especial que se pretenda interpor no futuro”.¹³

Sobre esse assunto é importante ressaltar que há divergência entre as Cortes Superiores quanto à solução a ser dada nas hipóteses em que a parte, cumpriu seu papel e prequestionou explicitamente a matéria, mas, ainda assim, o órgão “a quo”, não a apreciou.

Para o Superior Tribunal de Justiça, neste caso, não haverá prequestionamento, uma vez que o Tribunal local não analisou a matéria, cabendo à parte interpor Recurso Especial, mas para alegar ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, relativo aos embargos de declaração, com a negativa da prestação jurisdicional. Nesse contexto, a Corte Superior editou a súmula 211:

STJ – Súmula 211: Inadmissível Recurso Especial quanto á questão que, a

¹² CARNEIRO, Athos Gusmão - Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno; 4ª Edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005 – p. 40.

¹³ MEDINA, José Miguel Garcia – Pquestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário; 5ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 – 204 e 205.

despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal “a quo”.

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, reconhece a existência de prequestionamento, com a simples oposição, pela parte, dos embargos de declaração – ainda que o Tribunal não os tenha apreciado.

Dessa forma, garante ao jurisdicionado o cabimento e análise do seu recurso, independente da omissão do Tribunal acerca do que lhe foi expressamente exposto.

Para Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha, o posicionamento do Supremo parece mais adequado para fazer com que o recurso cumpra seu objetivo. Justificam seu posicionamento da seguinte forma:

“(…) - 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 direito.”¹⁴

Por todo o exposto, acredita-se que a melhor interpretação acerca do prequestionamento é no sentido de que, se a matéria foi abordada pelo acórdão recorrido (independentemente de ter ou não sido suscitada pela parte ou verificada de ofício, por exemplo), não há dúvida do preenchimento deste requisito legal, sendo cabível o recurso especial ou extraordinário para discussão acerca do ponto discutido.

Todavia, se a parte verifica que a questão federal que ela discute em suas manifestações não está sendo apreciada, cabe a ela cuidar para que seja analisada, provocando o Poder Judiciário por meio dos embargos aclaratórios, desde a primeira oportunidade. Por outro lado, a parte não pode ser prejudicada com a negativa de admissibilidade de seu recurso, caso cumpra com seu papel e, ainda assim, o Estado deixe de apreciar seu pedido.

Dessa forma, acredita-se que o prequestionamento, como considerado acima, cumpre a sua função, pois evita que as partes tentem inovar teses e argumentos em sede

¹⁴ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da – Curso de Direito Processual Civil – Volume III; 9ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2011– p.264

de recurso especial e extraordinário.

1.4.3 Matéria de direito e fundamentação vinculada

Além disso, os recursos extraordinários são também conhecidos como recursos de fundamentação vinculada. Isso porque, suas hipóteses de cabimento são taxativas e estão expressamente previstas na Constituição Federal. Nenhuma outra matéria, além das dispostas nos artigos 102 e 105, pode ser arguida por estas vias.

E, como exposto anteriormente, as hipóteses tratadas nos mencionados dispositivos legais restringem-se a garantir a correta aplicação da legislação federal, não dando margem à análise de questões fáticas, mas somente de direito.

Assim, não há que se falar em reexame das provas produzidas durante o curso do processo, em sede de recurso especial ou extraordinário.

A questão é tão pacífica e sedimentada que está refletida em súmulas antigas do STF e do STJ, respectivamente, de nº 279 (*“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”*) e 07 (*“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”*).

Isso se justifica porque eventual erro na aplicação do direito contagia e influencia os demais juízes, servindo de precedente na jurisprudência, o que não ocorre com o erro no exame dos fatos que não ultrapassa a lide. Além disso, a análise de questões de fato em nada auxilia para a uniformização da interpretação de lei federal e constitucional.

Observe-se, contudo, que não se pode confundir a análise e juízo de valor, acerca das provas efetivamente produzidas nos autos (o que é vedado) – com a discussão acerca da aplicação das normas de direito probatório ao caso, o que evidentemente pode ser objeto de recurso – por se tratar de direito federal.

1.4.4 **Ofensa direta à Constituição Federal e a repercussão geral (no caso do recurso Extraordinário *stricto sensu*)**

Outrossim, há, ainda, outros dois requisitos de admissibilidade que se referem especificamente ao recurso extraordinário *stricto sensu*. Os demais acima mencionados aplicam-se também ao Recurso Especial.

O primeiro está relacionado à *ofensa direta ao texto constitucional*, isto é, sem lei federal de permeio.

Isso se justifica porque a função do Supremo Tribunal é garantir o respeito à Constituição Federal, sendo que as questões federais infraconstitucionais são de competência do Superior Tribunal de Justiça. Além do que, o artigo 102 não admite interpretação extensiva para abarcar também as leis federais.

Refletindo esse entendimento, o STF editou a súmula 636: “*Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida*”.

Assim, a ofensa deve ser direta. Ressalte-se que se a norma infraconstitucional se constituir em mera repetição do texto constitucional, haverá ofensa direta.

E, o outro requisito exclusivo do recurso extraordinário *stricto sensu* é a necessidade de que a matéria recorrida seja dotada de repercussão geral.

A repercussão geral das questões constitucionais foi inserida no artigo 102 (§3º) da Constituição Federal com a emenda nº 45 de 2004, tendo sido disciplinada pela lei 11.418 de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B¹⁵ ao Código de Processo Civil.

¹⁵ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. ([Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006](#)).

Nos termos do § 1º do artigo 543-A, haverá repercussão geral quando se tratar de “*questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.*”

É indispensável que o recorrente demonstre expressamente o preenchimento deste requisito em sede preliminar. Na primeira parte do juízo de admissibilidade realizada na origem, caberá ao órgão “a quo” tão somente analisar se a parte recorrente demonstrou, do ponto de vista meramente formal, a existência da repercussão geral.

§ 1º 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. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

Isso porque, a verificação da relevância da matéria para configuração da repercussão geral é de competência exclusiva do Supremo. Primeiramente, é apreciada pela Turma julgadora, caso seja negada por dois Ministros (ou seja, tiver 3 votos a favor ou menos dos 5 membros que a compõe), deverá ser apreciada pelo plenário. E, o recurso somente terá seguimento negado por ausência de repercussão geral se 2/3 dos membros do plenário assim entenderem (8 dos 11 ministros).

Cumpra observar que a decisão que não reconhece a existência da repercussão geral é irrecurável, cabendo somente oposição de Embargos de Declaração, caso configura uma das hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Outro ponto relevante diz respeito à possibilidade de se reconhecer a repercussão geral tanto para as questões contrárias às decisões dominantes do STF, quanto para as que estiverem em conformidade com as súmulas. Isso se justifica, nas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha,¹⁶ para que se evite o chamado *“engessamento da jurisprudência e contribui para a constante revisitação de temas cuja solução pode variar ao sabor das contingências sociais, políticas, econômicas ou jurídicas (...), de sorte que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do momento.”*

1.5 Dupla Triagem dos Requisitos de Admissibilidade

Como já ressaltado, em razão do caráter excepcional, são exigidos inúmeros requisitos para o cabimento dos recursos extraordinários, conforme acima ilustrado.

E, nesse sentido, como não poderia deixar de ser, o juízo de admissibilidade destes recursos também é realizado em duas etapas.

Os recursos são endereçados para o Presidente ou Vice Presidente do Tribunal local, sendo que estes serão os responsáveis pela primeira análise acerca do devido

¹⁶ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da – Curso de Direito Processual Civil – Volume III; 9ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2011 – p.332.

preenchimento dos requisitos de admissibilidade - tanto os intrínsecos, tais como cabimento, legitimidade, observância das súmulas do Tribunal Superior e existência de repercussão geral, quanto os extrínsecos, como a tempestividade, regularidade formal e preparo.

A este respeito, deve-se ressaltar que a decisão a ser proferida pelo Presidente ou Vice do Tribunal de origem deve ser bem fundamentada. Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula de nº 123, que dispõe: “ *A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada com exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais*”.

E o objetivo disso é evitar que inúmeros recursos fadados ao insucesso sejam direcionados de imediato às Cortes Superiores e, nessa linha, Athos Gusmão Carneiro ressalta ainda que não há nenhuma inconstitucionalidade nisso, na medida em que a oportunidade da análise dos recursos de admissibilidade pelos Tribunais Superiores, de todo modo, é assegurada às partes.¹⁷

Isso se diz porque, se o Tribunal “a quo” determinar o seguimento do recurso, caberá às Cortes Superiores reapreciar os requisitos, sem nenhuma vinculação ao que restou decidido na origem, de modo que podem negar ou dar seguimento aos recursos por outros fundamentos.

E, caso seja negado seguimento, é resguardado à parte recorrente o direito de interpor Agravo, nos moldes do artigo 544 do Código de Processo Civil.

Recentemente, com a Lei 12.322 de 2010, a necessidade de formação de um instrumento para que o agravo permitisse a reapreciação do julgamento de admissibilidade do recurso pelas instâncias superiores foi substituída pela simples interposição de agravo nos próprios autos.

Referida alteração facilitou, do ponto de vista prático, na medida em que não é mais necessária a formação do instrumento, tampouco a manutenção dos autos no

¹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão, Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno; 4ª Edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005 – p. 89.

tribunal “a quo” para posterior remessa ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, no caso de reforma da decisão. E, também, do ponto de vista processual, já que possibilita ao Relator e a Corte Superior o conhecimento direto e completo da causa.

CAPÍTULO II – DOS EFEITOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

2.1 Noções Gerais dos efeitos dos Recursos no Sistema Processual

No Código de Processo Civil, estão previstos expressamente dois efeitos - suspensivo e devolutivo – todavia, quanto à classificação e nomenclatura de outros efeitos que decorrem dos recursos a doutrina é controvertida, sendo que, para o presente trabalho, será observada a classificação sugerida por Clara Moreira Azzoni na obra *Recurso Especial e Extraordinário – Aspectos Gerais e Efeitos* (2009), já citada.

Para autora, deve-se separar os efeitos em razão do momento: assim, tem-se, primeiro, os efeitos relativos à interposição do recurso e, depois, os efeitos relacionados ao seu julgamento.

2.2 Efeitos relativos à interposição:

2.2.1 Obstativo

O primeiro efeito, denominado Obstativo, como o próprio nome sugere, obsta a formação da coisa julgada, na medida em que o processo se prolongará até o julgamento do recurso, mantendo-se a litispendência na esfera recursal.

Ressalte-se que a existência desse efeito é incontroversa para os recursos que são admitidos pelo órgão “ad quem”.

Contudo, a questão não é tão simples nos casos em que os recursos não ultrapassam o juízo de admissibilidade. Isso porque, conforme explica Araken de Assis (2011) a decisão negativa de juízo de admissibilidade tem natureza declaratória e, por consequência, teria efeito *ex tunc*, de modo que, em tese, o trânsito em julgado retroage à data da interposição do recurso não conhecido: “*Em outras palavras, o trânsito em julgado do pronunciamento sujeito a recurso inadmissível ocorrerá na data em que se verificou a causa da admissibilidade, em regra no momento da interposição.*”¹⁸

Esse é o entendimento do Ilustre Barbosa Moreira.

“ [...] a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: não a partir da decisão que a pronuncia, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limite-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que preexiste”.¹⁹

Ocorre que, não se pode ignorar que, até a decisão de inadmissão, o recurso subsistiu e atos foram realizados. Até referido momento, por exemplo, o recurso manteve a litispendência, de modo que, se outra ação fosse ajuizada, seria extinta.

Além disso, se acolhido o entendimento de que o trânsito em julgado ocorrerá no momento da interposição do recurso inadmissível, a parte recorrente será extremamente prejudicada na medida em que, quando o Tribunal *ad quem* reconhecer a inadmissibilidade do recurso, provavelmente já terá decorrido o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento de ação rescisória.

E, por isso, Araken de Assis (2011) entende que a decisão que inadmite o recurso, com exceção dos casos em que o recurso não é conhecido por erro grosseiro, deverá ter efeito *ex nunc*.

Dessa forma, acredita-se que este efeito, nos casos de recursos inadmissíveis, deve ser interpretado com cautela, considerando-se o tempo de espera para o julgamento dos recursos nos Tribunais, bem como o motivo pelo qual o recurso não foi conhecido.

¹⁸ ASSIS, Araken de. Manual de Recursos; 3ª Edição – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011 – p. 227.

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Comentários ao Código de Processo Civil, 12º Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2005.v.V - p. 265-266.

2.2.2 Suspensivo

Já o efeito suspensivo, visa suspender a eficácia da decisão recorrida, enquanto não julgado o recurso pelo órgão “ad quem”.

Para os recursos excepcionais, dispõe o artigo 542 do Código de Processo Civil, que serão recebidos no efeito devolutivo. Interpretada *a contrario sensu*, verifica-se que os recursos extraordinários não serão dotados de efeito suspensivo.

Costa Machado ressalta a importância dessa norma, na medida em que, a falta de norma explícita acerca do efeito em que o recurso será recebido, implica no entendimento de que o recurso será recebido no “duplo efeito” (devolutivo e suspensivo).²⁰

A falta de efeito suspensivo admite que a decisão recorrida tenha eficácia de imediato, produzindo efeitos desde logo e ensejando execução provisória, nos termos dos artigos 475-O e 587 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que, presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* é admitido pela doutrina e jurisprudência, em caráter excepcional, a propositura de Medida Cautelar inominada, com objetivo de atribuir efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

Em princípio, a medida cautelar deve ser dirigida às Cortes Superiores somente após o primeiro juízo de admissibilidade a ser proferido pelos Tribunais locais.

Todavia, caso a urgência não permita a espera pelo juízo de admissibilidade, tem-se autorizado, em caráter excepcional, a propositura da medida cautelar perante o Presidente, ou Vice, do Tribunal local.

²⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil interpretado e anotado – 4ª Ed.- Barueri/SP: Manole, 2012 – p. 1072.

Sobre a matéria destaca-se a existência das súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal.²¹

2.2.3 Regressivo e Diferido

Os recursos, de uma maneira geral, apresentam, ainda, outros efeitos como regressivo e diferido.

O regressivo está relacionado à devolução da matéria ao próprio juiz prolator da decisão, oportunizando a retratação. São exemplos disso, o agravo na forma retida e os embargos de declaração com efeitos infringentes.

Já o que efeito diferido, diz respeito ao recurso cujo processamento dependa do recebimento de outro recurso, que é o que ocorre com os recursos adesivos.

2.3 Efeitos relativos ao julgamento:

2.3.1 Devolutivo

No que tange ao efeito devolutivo dos recursos extraordinários, como mencionado acima, está expressamente previsto no § 2º do artigo 542 do Código de Processo Civil.

Oportuno salientar, contudo, que a devolução operada nestes recursos sofre limitações inerentes ao próprio cabimento dos referidos recursos.

O que se diz é que efeito devolutivo é restrito às questões federais suscitadas e não pode ser estendido às questões fáticas.

²¹ **Súmula 634 do STF:** 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. **Súmula 635 do STF:** Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Nesse sentido, as Cortes Superiores analisam os fatos do modo como reconhecidos e apurados pelas instâncias ordinárias, sendo possível, contudo, rever a sua qualificação jurídica.

Além disso, há outra limitação natural dos recursos extraordinários. Em tese, é necessário que a matéria devolvida tenha sido prequestionada – já que o prequestionamento é dos requisitos indispensáveis de admissibilidade.

Nesse sentido, interessante trazer o entendimento exposto por Araken de Assis ao comentar o efeito devolutivo do recurso extraordinário *stricto sensu*:

“Enquadrado o juízo de censura do STF, no tocante às questões de fato, o efeito devolutivo do recurso extraordinário acaba confinado por dois vetores: primeiro, a revisão é tão só *in iure* das questões prequestionadas, embora a admissão por um dos fundamentos constitucionais autorize o exame dos demais (Súmula do STF, nº 528); segundo, o reexame nessa área cinge-se às questões constitucionais diretamente decorrentes da CF/1988, vez que rejeitada a ofensa indireta e oblíqua. Por decorrência, a devolução da matéria impugnada (art.515, *caput*) reduzir-se-á consideravelmente no extraordinário.”

Verifica-se, desse modo, que o efeito devolutivo está intimamente relacionado às restrições impostas para o cabimento dos recursos extraordinários, como será melhor explorado em capítulo a seguir.

2.3.2 Translativo

O efeito translativo é um desdobramento do efeito devolutivo, relacionado exclusivamente à apreciação pelo Tribunal “*ad quem*” de questões de ordem pública.

Tendo em vista as restrições acima mencionadas para o efeito devolutivo, questiona-se na doutrina se o efeito translativo está presente nas Cortes Superiores.

Se, de um lado, há regra no sistema processual pátrio de que as questões de ordem pública devem ser apreciadas de ofício e em qualquer grau de jurisdição (artigos 245, § único, 267, § 3º e 301 § 4º do Código de Processo Civil), há, de outro, a

interpretação de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não são instâncias ordinárias e não funcionam como um terceiro grau de jurisdição, de modo que sua atuação deve ser limitada ao controle da questão federal e constitucional suscitada.

Esta ideia, do mesmo modo, está relacionada ao fato destes recursos possuírem fundamentação vinculada e da exigência do prequestionamento, que impede que questões não apreciadas pelas instâncias anteriores sejam abordadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Surge, daí, a dúvida quanto à possibilidade das Cortes Superiores conhecerem de ofício de matéria de ordem pública não apreciada na decisão impugnada ou mesmo se poderia, o recorrente, trazer este novo argumento em sede de recurso especial e extraordinário.

A doutrina encontra-se dividida. Para um lado, do qual faz parte Candido Rangel Dinamarco, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier²², caso a matéria não tenha sido abordada, pela ausência de prequestionamento não poderá ser apreciada pelo Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça, cabendo a correção do vício por via autônoma, como ação rescisória:

“Essa posição é adotada por Nery Júnior, para quem não há o efeito translativo nos recursos excepcionais “[...] Caso o Tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente será impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os STF 282 e 356, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional”.²³

Contudo, há entendimento doutrinário em sentido diverso, por meio do qual se reconhece a indispensabilidade do prequestionamento para que o recurso seja apreciado pelas Cortes Superiores. Mas, uma vez, admitido o recurso, caberá ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça julgá-lo como um todo, reconhecendo-se, sim,

²² DINAMARCO, Candido Rangel, Instituições de direito processual civil, v.II, NERY JUNIOR, Nelson; Aspectos Polêmicos e Atuais dos recursos cíveis, 2002 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória *apud* AZZONI, Clara Moreira, 2009 – p. 204 a 211

²³ AZZONI, Clara Moreira – Recurso Especial e Extraordinário – São Paulo: Atlas, 2009 – p. 206 (Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona)

das matérias de ordem pública, evitando-se o trânsito em julgado de uma decisão viciada. Compartilham este entendimento Ada Pellegrini Grinover e José Miguel Garcia Medina.²⁴

“Medina coloca muito bem a questão, e sustenta que, no âmbito da admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, ‘se a decisão não se manifesta acerca da questão constitucional ou federal, incabíveis serão o recurso extraordinário e o recurso especial, mesmo se a matéria constituir objeção, substancial ou processual’. Contudo, esclarece que esse raciocínio diz respeito somente ao juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial; no que toca ao juízo de mérito essa restrição não pode existir, pois ‘uma vez admitido o recurso, se o Tribunal Superior não reconhecer, por exemplo, da ausência das condições da ação, não estará aplicando o direito à espécie. Ficará livre o tribunal, assim, para apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como de outras objeções, no julgamento do mérito do recurso’”.

Note-se que a justificativa desse raciocínio está na separação entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito.

O objetivo do presente trabalho é analisar esta controvérsia à luz das súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, em conjunto com a função das Cortes Superiores. Assim, reservam-se maiores comentários para os capítulos que seguem.

2.3.3 Expansivo

Por meio do efeito expansivo, o julgamento do recurso dá ensejo a uma decisão mais abrangente do que o reexame do mérito pleiteado pelo recorrente. E pode ser classificado em efeito expansivo interno, externo e subjetivo.

O efeito expansivo interno atinge a própria decisão recorrida. O que ocorre, por exemplo, quando a decisão recorrida possui vários capítulos e o Tribunal reforma um deles, os capítulos dependentes são automaticamente atingidos, como os relativos aos honorários advocatícios e custas processuais.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini . Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. especí, 2003 e MEDINA, José Miguel Garcia, O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial *apud* AZZONI, Clara Moreia, 2009 – p. 204 a 211

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, o efeito expansivo interno pode ser verificado também, nas hipóteses abordadas no tópico acima, quando se admite a análise de questões de ordem pública.

Já o efeito expansivo externo, atinge outras decisões/atos, além dos recorridos. Isso ocorre, por exemplo, quando há o julgamento de um recurso especial ou extraordinário (de forma não retida) decorrente de agravo de instrumento sem efeito suspensivo. A nova decisão anulará os atos praticados que não forem, com ela, compatíveis. Ocorre, também, com os atos praticados em execução provisória de sentença.

E, o efeito expansivo subjetivo, com o nome sugere, diz respeito às partes atingidas pela decisão, nos limites do artigo 509 do Código de Processo Civil, que admite o aproveitamento da decisão por litisconsortes.

2.3.4 Substitutivo

Por fim, quanto ao efeito substitutivo, cumpre esclarecer que está previsto no artigo 512 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

Como restará demonstrado a seguir, as Cortes Superiores tem o poder de cassar as decisões em caso de *error in procedendo* e, nas hipóteses de *error in iudicando*, de proferir nova decisão, julgando a causa e aplicando o direito à espécie (súmula 456 do STF – a seguir abordada), decisão esta que terá o poder de substituir a anterior.

Ressalte-se que a função substitutiva está limitada ao objeto da decisão recorrida e da impugnação do recurso. Senão vejamos o entendimento de Clara Moreira Azzoni:

“Desse modo, se a devolução ao Tribunal Superior não for integral, seja em razão de impugnação parcial pelo recorrente, seja em razão do não conhecimento parcial do recurso, seja ainda em razão da impossibilidade de amplo julgamento pelas Cortes Superiores, por decorrência da limitação da cognição, equaciona-se a questão do modo já mencionado quando tratamos

do efeito substitutivo dos recursos. Ou seja, ocorrerá o trânsito em julgado do capítulo que não for objeto de novo julgamento, em virtude de algum dos motivos acima e, após o trânsito em julgado da decisão do Tribunal Superior, unificam-se os dois julgamentos, formando, em conjunto, uma decisão complexa. Será esse acórdão, de natureza complexa, que constituirá o título executivo judicial, se for o caso.”²⁵

Assim, se a devolução não for integral, equaciona-se o trânsito em julgado dos capítulos não recorridos da decisão anterior, com os pontos abordados na nova decisão, formando um título executivo de natureza complexa.

CAPÍTULO III - DAS CORTES SUPERIORES

3.1 Funções das Cortes Superiores

Para que se possa alcançar o objetivo do presente trabalho e verificar até onde as Cortes Superiores devem analisar os Recursos especial e extraordinário, é indispensável que se comente, primeiro, qual a real função do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Como ressaltado no primeiro capítulo, quando foram abordadas as funções dos recursos extraordinários, restou demonstrado que o Superior Tribunal de Justiça tem como função primordial interpretar a legislação infraconstitucional e, como consequência, uniformizar a jurisprudência nacional por meio de decisões paradigmáticas. Não se discute a importância desta função, na medida em que está relacionada à segurança jurídica – garantindo aos jurisdicionados o mesmo posicionamento diante de situações idênticas.

O mesmo ocorre com o Supremo Tribunal Federal relativamente às questões constitucionais. Ao Supremo compete preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, proferindo decisões paradigmáticas, até mesmo como forma de exercer o controle difuso de constitucionalidade.

²⁵ AZZONI, Clara Moreira – Recurso Especial e Extraordinário – São Paulo: Atlas, 2009 – p. 257 (Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona)

Outrossim, é importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não constituem órgãos somente de cassação, mas também de revisão. Isto é, não se limitam a cassar a decisão para que seja proferido um novo julgamento, mas julgam efetivamente a causa – substituindo a decisão anterior, nos moldes do artigo 512 do Código de Processo Civil.

Esse entendimento deu origem ao artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e a súmula 456 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe, respectivamente:

STJ – RI - 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.

STF - Súmula 456: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

A questão é complexa, posto que, de um lado, as Cortes Superiores não são consideradas terceiro grau de jurisdição e não se preocupam com interesse subjetivo da parte.

Por outro lado, uma vez admitido o recurso, deverão julgar seu mérito e não devolvê-lo a instância anterior para nova decisão. A este respeito:

“A nosso ver, talvez seja justamente esse fato que dificulte a compreensão da sistemática desses meios de impugnação: de um lado, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são Tribunais da Superposição, que não constituem terceiro grau de jurisdição e não têm como função precípua a defesa do direito subjetivo da parte; de outro lado, ao exercer sua função fundamental, de controle da aplicação e interpretação do direito federal e constitucional em todo o território nacional, eles devem efetivamente julgar a causa que lhe é colocada, aplicando o direito à espécie (em casos de *error in iudicando*).”²⁶

Deve se ter em mente, contudo, que o julgamento do mérito nas Cortes Superiores limita-se à legislação federal e constitucional violada, em razão das restrições do efeito devolutivo, como a não apreciação de fatos.

²⁶ AZZONI, Clara Moreira – Recurso Especial e Extraordinário – São Paulo: Atlas, 2009 – p. 38. (Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona)

Desse modo, a finalidade precípua do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é realizar o controle da validade, autoridade e uniformidade interpretativa do direito federal e constitucional. Não tendo espaço, assim, para análise de eventuais injustiças da decisão recorrida – papel este destinado aos Tribunais locais.

3.2 Corte de Cassação e Corte de Revisão

Ainda sobre a função do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal, cumpre esclarecer o que se entende por Corte de Cassação e Corte de Revisão mencionadas no item acima.

Por meio do direito comparado, nota-se a predominância de dois modelos de Cortes Superiores - Corte de Cassação, adotada pela França e pela Itália e a Corte de Revisão, adotada pela Alemanha e Portugal.

A Corte de Cassação é um órgão político, separado da hierarquia judiciária, que tem por finalidade precípua verificar a regularidade do julgado e correta aplicação da lei para anulá-lo, se o caso, devolvendo a causa à Corte anterior para nova decisão. Tem competência exclusiva para declarar a nulidade, mas não para julgar o mérito.

Já a Corte ou Tribunal de Revisão, faz parte da hierarquia judiciária e ocupa o lugar mais alto no escalão. Apesar do objetivo não ser um terceiro grau de jurisdição, julga efetivamente a controvérsia, com a aplicação da Lei, mas, quanto aos fatos, devem ser considerados tais como apreciados pelo Tribunal de Apelação.

A este respeito, importante ressaltar os ensinamentos de Alfredo Buzaid²⁷:

²⁷ BUZOID, Alfredo. Nova conceituação de recurso extraordinário na Constituição do Brasil (1968) *apud* BERTOLDI, Thiago Moraes e RAUCH, Rafael – Artigo: Superior Tribunal de Justiça: Tribunal de sobreposição? 2008 – disponível em <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/192-artigos-jul-2008/5921-superior-tribunal-de-justica-tribunal-de-sobreposicao>.

“O sistema de cassação confere ao Tribunal a competência para verificar se houve violação da lei e, no caso positivo, devolve a causa à instância de origem para novo julgamento. O juízo da cassação é apenas rescindente, cabendo ao tribunal de origem o juízo rescisório. O Tribunal de Revisão reúne, ao contrário, os dois juízos, não se cingindo a anular a sentença impugnada. Aplica desde logo o direito ao caso concreto. Aí, pois, o julgamento não é parcial senão conjunto.”

BERTOLDI e RAUCH (2008) ressaltam, ainda, que as diferenças entre os dois modelos têm sido atenuadas na prática. Isso porque, têm-se reconhecido à Corte de Cassação o poder de julgar sem reenvio da matéria ao Tribunal de Apelação em determinadas circunstâncias.

3.3 Juízo de Admissibilidade e Juízo de mérito

Após as considerações sobre a função das Cortes Superiores, tendo em vista que a parte da doutrina que entende pela extensão do efeito devolutivo dos recursos extraordinários, a justifica na diferença entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, faz-se indispensável comentar também este ponto.

Juízo de Admissibilidade

Juízo de Admissibilidade é o nome que se dá ao exame dos requisitos específicos necessários para a interposição do recurso. Se verificado o preenchimento de todos eles, tem-se o juízo positivo de admissibilidade, que faz o recurso ser conhecido.

Caso negativo, o recurso não será conhecido (ou, em outras palavras, terá seu seguimento negado). Isto significa que o órgão “ad quem” não chegará a apreciação do mérito do recurso.

Vê-se, portanto, que o juízo de admissibilidade obrigatoriamente antecede o juízo de mérito.

Conforme abordado quando estudado o efeito obstativo dos recursos em tópico acima, para Araken de Assis (2011), apesar da natureza declaratória das decisões proferidas em sede do juízo de admissibilidade, estas possuem efeito “ex nunc”, para que não prejudique o prazo decadencial da ação rescisória, em razão da lentidão para apreciação dos recursos, exceto em situações de erro grosseiro.

Quanto à competência, nos casos dos recursos extraordinários, são primeiramente do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local, e tem caráter provisório, uma vez que se trata de órgão hierarquicamente inferior.

O que se diz é que as decisões das Cortes Superiores acerca do juízo de admissibilidade não estão vinculadas ao que restou decidido pelo Tribunal “a quo”.

Ressalte-se, outrossim, que as decisões devem ser sempre motivadas, nos moldes da súmula 123 do Superior Tribunal de Justiça²⁸, principalmente quando se tratar de decisão negativa, uma vez que trancará o seguimento do recurso. No primeiro juízo de admissibilidade a motivação faz-se necessária também para que se possibilite a interposição de eventual agravo, previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil.

Outro ponto importante, diz respeito à possibilidade de reexame do juízo de admissibilidade pelo órgão do judiciário, seja *ex officio* ou pelo requerimento da parte contrária. Uma vez arguida pela parte recorrida, o julgador deverá apreciá-la expressamente e, também, de forma motivada. Nesse sentido:

“É preciso assinalar, de toda sorte, relativamente a quaisquer recursos, a possibilidade de o órgão judiciário rever o juízo de admissibilidade, quer *ex officio*, quer por iniciativa do recorrido. Em princípio, o julgamento do recurso põe termo a tal reexame. Resta ao recorrido provocar tal apreciação através de embargos de declaração. Não ocorre, a este propósito, preclusão”.²⁹

Contudo, no que se refere especificamente aos recursos extraordinários, o juízo de retratação da decisão proferida acerca da admissibilidade, raramente ocorrerá, uma

²⁸ Súmula 123 do STJ: *A decisão que admite, ou não, o recurso especial, deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais.*

²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos*; 3ª Edição – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011 – p. 126.

vez que, da leitura do artigo 542 “caput” e § 1º do Código de Processo Civil, verifica-se que o primeiro juízo de admissibilidade somente se realizará após a apresentação de contrarrazões pelo recorrido.

Juízo de mérito

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, o recurso será apreciado em seu mérito pelo órgão “ad quem”. Isso significa, nos casos dos recursos extraordinários, que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, analisarão a pretensão recursal que visa à reforma ou invalidação do provimento recorrido.

Ao julgar o recurso, a nova decisão assumirá, em regra, força declaratória, quando o recurso for improvido, e força constitutiva, quando provido, em razão do novo estado jurídico que surgirá.

As decisões de mérito sempre serão expressas e também motivadas, a teor do artigo 165 do Código de Processo Civil.

Cumprе esclarecer que o mérito do recurso pode não ter relação com o mérito da causa. Pode ocorrer, por exemplo, que uma questão de admissibilidade da causa, seja o mérito do recurso, como no caso em que se discute legitimidade.

Ainda sobre o assunto, importante diferenciar os casos em que se pretende a reforma da decisão por *error in iudicando* ou a sua invalidação por *error in procedendo*.

O *error in iudicando* consiste na má apreciação da matéria pelo juízo, seja acerca da matéria de fato ou de direito. Ocorre no julgamento da causa, com aplicação equivocada da norma à espécie – trata-se de um vício de juízo existente na própria decisão.

O *error in procedendo*, por sua vez, diz respeito a um vício na atividade do julgador, que não observou corretamente as normas de procedimento para proferir a decisão, causando prejuízo à parte. Ocorre, por exemplo, quando o juiz deixa de intimar

as partes para se manifestarem sobre o resultado da perícia – trata-se de erro na condução dos atos processuais, externo à decisão.

É possível que o mesmo recurso englobe questões de *error iudicando* e *error in procedendo*. Nesta hipótese, até mesmo por uma questão de lógica, deve-se abordar, primeiro, o *error in procedendo* (que implicará na invalidação do ato) e, caso superado, o *error in iudicando*, para sua reforma.

No que se refere especificamente aos recursos extraordinários, importante destacar o que ocorre, por exemplo, quando o órgão *a quo* deixa de se manifestar sobre matéria expressamente impugnada pela parte, até mesmo por meio de embargos de declaração.

Como destacado anteriormente, caso não seja apreciada a matéria pelo órgão “a quo”, não haverá o devido prequestionamento, um dos requisitos mais importantes, essencial e indispensável para a admissibilidade e o conhecimento do recurso pelas Cortes Superiores.

Assim, ao deixar de analisar a questão, mesmo sendo expressamente provocado por meio de embargos de declaração, incorrerá em *error in procedendo*.

Nesse cenário, seria possível ao recorrente opor novos embargos de declaração, uma vez que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, anunciado por meio da súmula 211, não admite o Recurso Especial se, mesmo com a oposição dos embargos de declaração, a omissão persistir.

Por outro lado, o artigo 538, § único do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de incidência de multa em caso de oposição de novos embargos de declaração, considerados protelatórios.

Diante desse impasse, nos casos em que houver dúvida quanto à suficiência ou não do prequestionamento, é interessante que o recorrente interponha o Recurso Especial, pleiteando a reforma da decisão e, como pedido subsidiário, no caso do Superior Tribunal de Justiça entender que o recurso não apresenta o devido

prequestionamento, que seja invalidada a decisão, por ofensa ao disposto no artigo 535 do Código de Processo Civil. Senão vejamos:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CARACTERIZADA. 1. Deixando o Tribunal a quo de apreciar tema relevante para o deslinde da controvérsia, o qual foi suscitado em momento oportuno, fica caracterizada a ofensa ao disposto no art. 535 do CPC. 2. No caso concreto, o Tribunal de origem se limitou a aplicar o disposto na Súmula 156/STJ, desconsiderando a alegação no sentido de que a ora recorrente é empresa industrial que se dedica à fabricação de embalagens para acondicionamento ou transporte de produtos que são postos em circulação pelo adquirente das embalagens, sujeitando-se à incidência do IPI e do ICMS no desempenho de tal atividade. É oportuno registrar que é necessário o exposto enfrentamento da questão, especialmente em razão do entendimento firmado no julgamento do REsp 725.246/PE (1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 14.11.2005). 3. Recurso especial provido.

(...)

Para fins de conhecimento do recurso especial, é indispensável a prévia manifestação do Tribunal a quo acerca da tese de direito suscitada, ou seja, a ausência de prequestionamento impede o conhecimento do recurso (Súmulas 282 e 356 do STF e Súmula Assim, tratando-se de questão relevante para o deslinde da causa que foi suscitada no momento oportuno e reiterada em sede de embargos de declaração, a ausência de manifestação sobre ela caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. **Verificada tal ofensa, em sede de recurso especial, impõe-se a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração, para que seja proferido novo julgamento suprindo tal omissão.**

(...)

Assim, merece ser provido o presente recurso, a fim de se anular o aresto de fls. 44/51 (Apenso 1), determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja proferido novo julgamento.

(Superior Tribunal de Justiça – Ministro Relator Mauro Campbell Marques – Recurso Especial nº 1.185.230-PE (2010/0047790-7 – Julgado em 16 de agosto de 2012)³⁰

Assim, apresentar os pedidos subsidiários, mostra-se como uma alternativa, em caso de dúvida sobre o correto prequestionamento, também sob o ponto de vista da economia processual, para tentar evitar o retorno dos autos à origem para nova decisão que, muito provavelmente, ensejará a interposição de um novo recurso especial, para posterior apreciação também de *error iudicando*.

Todavia, caso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça seja realmente no sentido de que não houve o prequestionamento, não haverá opção, senão o retorno dos autos ao Tribunal “a quo” para nova decisão, nos moldes do aresto acima transcrito.

³⁰ Disponível em www.stj.jus.br.

CAPÍTULO IV – EFEITO DEVOLUTIVO E PREQUESTIONAMENTO À LUZ DOS ENUNCIADOS DAS SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 – Análise da súmula 456 do STF

Tendo em vista o objetivo do presente trabalho, acredita-se que este capítulo seja o mais importante, pois expõe argumentos para interpretação das súmulas do Supremo Tribunal Federal relativas à extensão do efeito devolutivo dos recursos excepcionais.

A principal súmula a ser analisada é a de número 456, que dispõe que:

STF - Súmula 456: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Observe-se que o texto da referida súmula é repetido no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo 257:

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.³¹

O entendimento da maior parte da doutrina acerca dos referidos enunciados é no sentido de que, uma vez admitido o recurso, ultrapassado o juízo de admissibilidade (“conhecendo do recurso extraordinário”), caberá ao Supremo Tribunal Federal analisar, livremente, toda a matéria posta a julgamento (com a ressalva das matérias de fato).

Em outras palavras, as restrições e rigor das Cortes Superiores aplicam-se tão somente ao juízo de admissibilidade. Nesse sentido:

“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 recurso excepcional está em seu

³¹ O antigo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal também trazia esta redação no artigo 324: **Art. 324** - No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento”.³²

A dúvida que surge, a partir daí, diz respeito à matéria que eventualmente não foi prequestionada, mas que é relevante para o julgamento da causa (“aplicando o direito à espécie”), a exemplo do que ocorre com as questões de ordem pública.

Como se sabe, é indispensável para a admissibilidade do recurso que haja o prequestionamento da matéria. Assim, se o recurso está nas mãos das Cortes Superiores, é sinal de que passou pelo duplo juízo de admissibilidade, de modo que, não há dúvida quanto ao preenchimento do requisito do prequestionamento.

E, o entendimento que prevalece na doutrina é de que o prequestionamento, assim como os demais requisitos, limita-se ao juízo de admissibilidade. Ou seja, deve estar presente para que o recurso seja conhecido - mas, após admitido, aplica-se o raciocínio retro exposto de que caberá ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal julgar efetivamente à causa – sem as limitações próprias do juízo de admissibilidade.

Senão vejamos os pensamentos que corroboram o acima exposto:

“Sucedem que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3º do art. 267 e a prescrição ou decadência), bem como de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, relacionadas ao capítulo decisório objeto do recurso extraordinário, mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido”.³³

“A exigência de que a questão de direito tenha sido examinada na decisão recorrida aplica-se, em princípio, apenas em relação à admissibilidade do recurso (extraordinário e especial). Mas, uma vez ultrapassado o juízo de admissibilidade, deve o Tribunal, ao realizar o juízo de mérito do recurso (extraordinário e especial), examinar outros fundamentos jurídicos, ainda que

³² DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da – Curso de Direito Processual Civil – Volume III; 9ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2011 – p.283

³³ Idem – p.282

não suscitados expressamente pelo recorrente, e até, mesmo que não examinados expressamente pela decisão recorrida.”³⁴

Na mesma linha, é o entendimento de Nelson Nery Junior, que vai além e não descarta, ainda, a possibilidade de análise de questões de prova:

“Não é de todo correto afirmar-se que é vedado o exame de prova no RE e no REsp. É verdade que somente as *quaestiones iuris* poder ser objeto de RE e REsp, ou seja, podem constituir-se o mérito desses recursos. (...) esses recursos têm, também, o juízo de revisão, que se constitui no segundo momento do julgamento do RE e do REsp, ou seja, na consequência do provimento dos recursos excepcionais. Provido o recurso com a cassação ou decisão do acórdão, é necessário que o STF ou STJ passem a julgar a lide em toda a sua inteireza”³⁵

De todo modo, para este entendimento, a resposta para a possibilidade de se analisar questões relevantes e não prequestionadas se justifica pela separação entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. O prequestionamento deve estar presente no primeiro momento (juízo de admissibilidade), após, abrem-se as portas para jurisdição das Cortes Superiores (DIDIER JR. e CUNHA, 2011).

Por outro lado, há entendimento no sentido de que, mesmo quando conhecido o recurso, a cognição do Tribunal, ao julgar o mérito, deverá ser limitada às questões de violação à legislação federal e constitucional impugnadas, vedando-se a apreciação de matérias que não foram prequestionadas.

Isso porque, a ampliação da cognição do tribunal transformaria as Cortes Superiores em mais uma instância de revisão (terceiro grau de jurisdição). Contudo, apesar de também figurarem como Tribunais de Revisão, tem a função primordial de zelar pela correta aplicação da legislação federal e constitucional – o que impede a dispensa do prequestionamento no juízo de mérito.

Nesse sentido:

³⁴ MEDINA, José Miguel Garcia – Pquestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário – 5ª Edição – São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 2009 – p.98

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson – Teoria Geral dos Recursos. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 – p. 442

“Não obstante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal sejam Tribunais de Revisão, eles também possuem inafastável função constitucional de controle da aplicação e da interpretação da legislação federal e constitucional em todo território nacional. Se, ao abrir a via especial ou extraordinária, pelo conhecimento do recurso, o Tribunal estiver livre para julgar, independentemente de ultrapassar os limites da sua cognição e dispensando-se o prequestionamento, ele jamais cumprirá sua função precípua de controle da legalidade. As restrições relacionadas aos recursos especial e extraordinário, tais como a proibição do reexame de provas e prequestionamento, estão diretamente ligadas à limitação do efeito devolutivo desses meios de impugnação, e exercem determinante influência na função atribuída pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal”³⁶

Azzoni, conclui que as mencionadas restrições estão intimamente relacionadas com o efeito devolutivo dos recursos excepcionais e não podem ser afastadas, cabendo à Corte Superior, nos termos da súmula, *“julgar a causa, aplicando o direito à espécie, dentro das suas limitações constitucionais e respeitado o limite da devolução operada para os Tribunais Superiores.”*

Todavia, para a primeira corrente, existem outras súmulas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que embasam seu entendimento, conforme segue.

4.2 – Súmula 292 do STF

A primeira corrente mencionada no item acima, que reconhece a possibilidade dos Tribunais Superiores decidirem as questões impugnadas, mesmo que não prequestionadas, após o juízo de admissibilidade, pode-se utilizar também do enunciado da súmula 292 do Supremo Tribunal Federal para embasar seu posicionamento.

Referida súmula dispõe que:

STF - SÚMULA Nº 292: Interposto o Recurso Extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no Art. 101, inciso, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.

³⁶ AZZONI, Clara Moreira – Recurso Especial e Extraordinário – São Paulo: Atlas, 2009 – p.175 (Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona)

Assim, por meio desta súmula, autoriza-se e amplia-se a jurisdição da Corte Superior para apreciar fundamento, ainda que tenha sido inadmitido na origem. Note-se que, extrai-se desta súmula, novamente a distinção entre o juízo de admissibilidade do juízo de mérito.

Como a referida súmula foi editada em 1963, o artigo 101 mencionado era da Constituição Federal de 1946, correspondente, hoje, aos artigos, 102, inciso III, e artigo 105, inciso III.

Dessa forma, como exemplo para ilustrar a situação descrita na súmula, tem-se a interposição de um Recurso Especial, com fundamento na alínea “a” do inciso III do Artigo 105 da Constituição Federal – contrariedade à legislação federal e também com fundamento na alínea “c” do referido dispositivo - divergência jurisprudencial.

Admitido por um dos fundamentos e inadmitido pelo outro, todos poderão ser apreciados pela Corte Superior.

Ou seja, pela interpretação da referida súmula, verifica-se que, na análise de mérito, o Tribunal Superior não estará vinculado ao juízo de admissibilidade – assim como ocorre na hipótese de apreciação de questão não prequestionada.

Ressalte-se, porém, que o Tribunal poderá analisar mais de um fundamento de um mesmo capítulo que tenha sido impugnado – porque não transitou em julgado. Mas não pode analisar outros capítulos que não fazem parte do recurso, sob pena de ofender a coisa julgada.

4.3 – Súmula 528 do STF

Além disso, há outra súmula vinculada ao efeito devolutivo dos recursos excepcionais, de número 528, cujo enunciado dispõe que o seguinte:

STF - SÚMULA Nº 528: Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal “a quo”, de Recurso Extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo

Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de Agravo de Instrumento.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a referida súmula também se aplica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente da 5ª Turma do STJ – Resp nº.125.993/RS.

Quanto ao seu enunciado, verifica-se que reforça a tese de que o efeito devolutivo dos recursos excepcionais tem ampla profundidade e extensão.

Critica-se a expressão “partes autônomas” utilizada pela súmula, na medida em que, se “parte autônoma” for interpretada como “capítulo” da decisão (o que seria coerente como o nome), se não tiver sido impugnada, diferente do que parece indicar a súmula, não poderá ser objeto do recurso exatamente pelo trânsito em julgado dessa parte da decisão.

Assim, acredita-se que, tanto a súmula 292 acima, quanto esta, deverão ser aplicadas somente na hipótese de existir um capítulo impugnado com mais de um fundamento. Senão vejamos o entendimento da doutrina:

“Na realidade – diz Gustavo Felipe Barbosa Garcia – “estas súmulas só deveriam ser aplicadas na hipótese de um mesmo capítulo da decisão ser objeto de recurso, com mais de um fundamento”. E, prossegue o autor para concluir que o enunciado 528 da Súmula 528 do STF, “apesar de mencionar, de forma expressa, ‘partes autônomas’ da ‘decisão’, afasta a necessidade de interposição de agravo de instrumento, parecendo, com a devida vênia, não atentar para a questão aqui analisada, relativa ao trânsito em julgado dos capítulos autônomos da decisão, em razão do recurso extraordinário (ou do recurso especial) respectivo ter seu seguimento negado através de decisão (interlocutória) do órgão *a quo*, eis que não impugnada, Não custa frisar que partes autônomas da decisão, como o próprio nome já diz, sem dúvida significam os mencionados capítulos do provimento jurisdicional”.³⁷

De todo modo, o que se conclui e se extrai da referida súmula é novamente a ideia de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, devem rejulgar a causa quando da apreciação do mérito, conhecendo de todos os fundamentos suscitados e relevantes para a solução da lide – não limitados ao juízo de admissibilidade.

³⁷ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado *apud* DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2011– p. 301.

CAPÍTULO V – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Como demonstrado acima, o posicionamento da doutrina acerca da possibilidade das Cortes Superiores decidirem pontos eventualmente não prequestionados relativos ao capítulo decisório é divergente. E, a situação na jurisprudência não é diferente.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça caminhava em um sentido até este ano, quando houve mudança de entendimento.

O entendimento que prevalecia, corroborava a corrente doutrinária que separa juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Assim, superado o juízo de admissibilidade, mitigava-se o conceito do prequestionamento em razão do efeito devolutivo amplo.

Entendia, de forma pacífica, o Superior Tribunal de Justiça que não era viável limitar as suas funções, como ocorre no modelo de Corte de Cassação e que o efeito devolutivo amplo visa conferir celeridade e dar efetividade à prestação jurisdicional, sem ofender o devido processo legal.

Nesse sentido, senão vejamos trechos das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e as suas justificativas:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL - FRAUDE À EXECUÇÃO - AVERIGUAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROVA DA INSOLVÊNCIA PELO CREDOR – TAREFA AFETA À INSTÂNCIA *A QUO* - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM - NECESSIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça deve, em um primeiro momento, debruçar-se sobre a matéria de direito trazida no recurso especial, a fim de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação federal. 2. Afastado o fundamento jurídico do acórdão *a quo*, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando, se necessário, o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF. **3. Ao aplicar o direito à espécie, o Superior Tribunal de Justiça poderá mitigar o requisito do prequestionamento ao valer-se de questões não apreciadas diretamente pela Instância de origem nem ventiladas no apelo nobre. 4. Quando, porém, a aplicação do direito à espécie reclamar o exame do acervo probatório dos autos, convirá o retorno dos autos à Corte de origem para a últimação do procedimento de subsunção do fato à norma. 5. Agravo regimental improvido.** (AgRg nos EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 961.528 – SP – Ministro Relator Massami Uyeda – Julgado em 21 de outubro de 2008) – grifamos.

Importante observar desta decisão que o Sr. Ministro Relator mitigou o requisito do prequestionamento no juízo de mérito, mas ressaltou expressamente a impossibilidade de análise de questões fáticas.

Em seguida, cumpre destacar o julgado de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, que abordou a fundo a questão e serviu para embasar as decisões posteriores proferidas pela Corte - senão vejamos:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ. CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. HARMONIA ENTRE DECISÃO EMBARGADA E ACÓRDÃOS PARADIGMAS. NÃO CONHECIMENTO.- Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.- Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação. - A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional.- Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma. Embargos de divergência não conhecidos. (EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 41.614 – SP – Ministra Relatora Nancy Andrichi - Julgado em 28 de outubro de 2009) - grifamos

Na íntegra da decisão, a Ministra ressalta e justifica que o Superior Tribunal de Justiça não está limitado como uma Corte de Cassação, que a própria Constituição Federal abre exceções ao duplo grau de jurisdição e que se deve conferir efetividade e celeridade à prestação jurisdicional, principalmente quando não se verificar ofensa ao devido processo legal – conforme que segue:

“Com efeito, superada a base jurídica da decisão recorrida, cabe ao STJ aplicar o direito à espécie, porque não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação. Em segundo lugar, deve-se ter em mente que o duplo grau não detém *status* de garantia constitucional. A despeito de a Constituição fixar a competência dos Tribunais para o julgamento de recursos, ela própria estabelece exceções à regra, como a previsão de hipóteses de competência originária dos Tribunais. Na realidade, o duplo grau de jurisdição caracteriza-se mais como uma regra técnica de processo e, como tal, admite que o ordenamento jurídico apresente soluções mais condizentes com a efetividade do processo, afastando o reexame específico da ma-

téria impugnada. Não há sentido na proteção desmedida ao duplo grau de jurisdição, quando ele não se mostrar indispensável à preservação do devido processo legal. Como bem ressaltou o i. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, um dos líderes da Comissão de Reforma do CPC, “*uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISTJ e também em observância à regra do § 3º do art.515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal*” (REsp 469.921/PR, 4ª Turma, DJ de 26.05.2003). Por derradeiro, há de se considerar que a aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional. Luiz Guilherme Marinoni observa que o duplo grau de jurisdição “*não é garantido constitucionalmente*”, e que, à frente dele, se posta “*o princípio que garante a todos o acesso à justiça, o qual tem como corolário o direito à tempestividade da tutela jurisdicional*” (Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Malheiros, 2000, 4ª ed., p. 209). **Dessa forma, a aplicação do direito à espécie não é incompatível com o requisito do prequestionamento, tampouco atenta contra o duplo grau de jurisdição ou o devido processo legal. Constitui, sim, ferramenta legítima e importante na agilidade da prestação jurisdicional, que, na hipótese dos autos, se arrasta desde 29.06.1990, ou seja, por quase 20 anos.**”

No mesmo sentido:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. CARÁTER INFRINGENTE DA PRETENSÃO. FINALIDADE INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DO RECURSO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. 1. Os embargos de declaração, cujos pressupostos estão relacionados no art. 535 do Código de Processo Civil, visam a eliminar contradição ou obscuridade, ou suprir omissão a respeito de questão jurídica de especial relevância para o desate da lide. Ausentes essas hipóteses, não há como prosperar irresignação recursal. 2. **"Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação" (EREsp n.41614/SP).** 3. O reexame de matéria já decidida com a simples intenção de propiciar efeitos infringentes ao *decisum* impugnado é incompatível com a função integrativa dos embargos declaratórios. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 592.839 - RS – Ministro Relator João Otávio de Noronha - Julgado em 23 de fevereiro de 2010) Grifamos

Outra decisão interessante é a relatada pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, que ressalta a possibilidade de análise de questões de ordem pública *ex officio*, como já decidido anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça, também com base na súmula 456 do STF:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS. AÇÃO VILANDO A EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA. ASSEMBLEIA LE-

GISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS. CAPACIDADE RECURSAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. SÚMULA 456/STF. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Doutrina e jurisprudência entendem que as Casas Legislativas – câmaras municipais e assembleias legislativas – têm apenas personalidade judiciária, e não jurídica. Assim, podem estar em juízo tão somente na defesa de suas prerrogativas institucionais. Não têm, por conseguinte, legitimidade para recorrer ou apresentar contrarrazões em ação envolvendo direitos estatutários de servidores. 2. Tratando-se de ação ordinária em que os autores, servidores do quadro de pessoal da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, postulam a equiparação de seus vencimentos, a qual fora julgada procedente, a legitimidade recursal recai na Fazenda Pública do Estado de Goiás, tendo em vista que tal matéria extrapola a mera defesa das prerrogativas institucionais da Assembleia Legislativa, assim compreendidas aquelas eminentemente de natureza política. Precedentes do STJ. **3. O Superior Tribunal de Justiça pode enfrentar a matéria prevista nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, porquanto "Os temas que gravitam em torno das condições da ação e dos pressupostos processuais podem ser conhecidos ex officio no âmbito deste egrégio STJ, desde que o apelo nobre supere o óbice da admissibilidade recursal, no afã de aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e Súmula n.º 456 do STF"** (REsp 864.362/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe15/9/2008). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 44.971 – GO – Julgado em 22 de maio de 2012) – grifamos.

A questão parecia pacificada quando o Superior Tribunal de Justiça surpreendentemente começou a questionar seu posicionamento. Para ilustrar esta situação, mencionam-se as decisões de relatoria dos Ministros Castro Meira e Humberto Martins, respectivamente:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FATO NOVO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No âmbito dos embargos de divergência, não é possível modificar a base fática da controvérsia, sendo irrelevantes as alterações ocorridas posteriormente ao julgamento do recurso especial. Matéria pacificada pela Corte Especial. 2. Segundo a firme jurisprudência do STJ, na instância extraordinária, as questões de ordem pública apenas podem ser conhecidas, caso atendido o requisito do prequestionamento. Aplica-se, no caso, o óbice da Súmula 168/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 999.342 - SP (2009/0165484-2) – Julgado em 24 de novembro de 2011)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUNAL DE CONTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS INFRINGENTES. 1. Conforme consignado no acórdão embargado, hodiernamente impera nesta Corte o entendimento no sentido de que, mesmo as matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas para ensejar o pronunciamento deste Tribunal em sede de recurso especial. 2. O embargante, inconformado, busca com

a oposição destes embargos declaratórios ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese. 3. A inteligência do art. 535 do CPC é no sentido de que a contradição, omissão ou obscuridade, porventura existente, só ocorre entre os termos do próprio acórdão, ou seja, entre a ementa e o voto, entre o voto e o relatório etc, o que não ocorreu no presente caso. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 32.420 – PB – Julgado em 28 de agosto de 2012).

Note-se, contudo, que o novo posicionamento não é compartilhado por todos. Conforme se observa das recentes decisões abaixo, inclusive de setembro deste ano, a questão é realmente controversa na Corte Superior:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS. DECRETAÇÃO DE NULIDADE EM FACE DA CF/88. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. 1. É inquestionável que o objeto da ação, além da condenação ao pagamento à União dos prejuízos patrimoniais e morais sofridos, é a declaração de nulidade da concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros, bem como dos correlatos contratos firmados entre o Estado de Goiás e a recorrente, com a nulificação da regularização efetuada pelo DNER, em 29/12/1989. 2. A jurisprudência do STJ já reconheceu a imprescritibilidade das ações que visam a declaração de nulidade de ato por falta de licitação, razão pela qual deve subsistir o acórdão impugnado ao afastar a prescrição da pretensão do Ministério Público, autor da ação e ora agravado. Precedentes. 3. Independentemente de o tribunal de origem ter reconhecido o ato como nulo ou anulável, a matéria relativa à prescrição da pretensão autoral foi prequestionada. 4. **De qualquer forma, uma vez superado o juízo de admissibilidade (em que se entendeu por prequestionada a matéria relativa à eventual prescrição da pretensão autoral), o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e à luz do Enunciado Sumular n. 456 do STF, que procuram dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixarem de atender para o devido processo legal.** Aliás, tal entendimento revela-se em diversos precedentes desta Corte, entre os quais vale trazer à baila o proferido recentemente pela Primeira Seção (AR 4.373/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 06/05/2011). 5. Nessa linha, muito embora a corte de origem tenha acolhido a imprescritibilidade da pretensão autoral por entender existente a má-fé e, por esse motivo, inaplicável o artigo 54 da Lei n. 9.784/1999, este Tribunal não está impedido de afastar a base jurídica do aresto impugnado e aplicar o direito à espécie, reconhecendo a imprescritibilidade da pretensão em razão de esta consistir na declaração de nulidade da concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros, bem como dos correlatos contratos firmados entre o Estado de Goiás e a recorrente, bem assim na nulificação da regularização efetuada pelo DNER, em 29/12/1989. 6. Vale destacar, ainda, que, mais recentemente, a Primeira Seção apontou pela nulidade absoluta do ato administrativo que prorrogou contrato sem a necessária licitação e pela impossibilidade de tal vício ser convalidado pela execução do ajuste no EREsp 1079126/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 13/12/2010, DJe 6/5/2011. 7. Nesse mesmo precedente, não obstante alguns entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a imprescritibilidade da pretensão de se atacar ato inquinado de vício de inconstitucionalidade em ação civil pública em que se pede ou se deixa de pedir ressarcimento ao erário, fato é que o mesmo órgão fracionário concluiu que a nulidade se perpetua durante toda a vigência do contrato e "somente cessa por ocasião do término da vigência contratual", razão pela qual "o ter-

mo inicial da prescrição de nulidade do referido ato ocorre com o encerramento do último contrato". 8. No caso dos autos, ainda que se acolha como prescritível o ato administrativo, o tempo contratual ainda não havia encerrado-se quando foi ajuizada a ação (2000). 9. Agravo regimental não provido. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 91.443 – GO – Ministro Relator MAURO CAMPBELL MARQUES – Julgado em 02 de agosto de 2012) - grifamos.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86%. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. NULIDADE PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE (SÚMULA Nº 456/STF E ART. 257 DO RISTJ). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PRAZO QUINQUENAL (SÚMULA 150/STF). TERMO INICIAL: TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO DA CATEGORIA PARA PROMOVER A DEMANDA EXECUTIVA. SUSPENSÃO/INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA DOS INTERESSADOS. AÇÃO INDIVIDUAL PROPOSTA EM TEMPO. **1. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de que, nos termos do art. 257 do RISTJ e do enunciado da Súmula nº 456 do STF, o recurso especial, desde que superado o juízo de admissibilidade, comporta amplo efeito devolutivo, cumprindo ao Tribunal, ao julgar a causa, aplicar o direito à espécie.** 2. A prescrição da ação executiva conta-se a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo ser considerado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos em demandas contra a Fazenda Pública. Isso porque, consoante o enunciado da Súmula nº 150 do STF, "*prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*". 3. Se houve lide acerca da legitimidade ativa da entidade de classe para a propositura da demanda executiva (hipótese de substituição processual), não tem curso, no período, o prazo prescricional, pois não caracterizada a inércia dos interessados em executar o título, seja coletiva ou individualmente. 4. Destarte, considerando o prazo de cinco anos, bem como a sua suspensão/interrupção no período em que se discutia judicialmente a legitimidade sindical ou da entidade de classe, não há falar em ocorrência da prescrição da pretensão executória, dado que a demanda individual foi ajuizada pelo servidor antes do termo final. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.368 – SC – Ministro Relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE – Julgado em 20 de setembro de 2012) – grifamos.

Note-se que, no recurso acima, a parte alegava a ocorrência de nulidade processual, pois a decisão impugnada utilizou, para solucionar a controvérsia, de fundamentos **não ventilados** nas razões do recurso especial, em contraposição ao Princípio da Congruência.

Outrossim, referida divergência jurisprudencial atinge também o Supremo Tribunal Federal. Sobre o assunto, importante trazer o julgado do RE nº 298.694, de 2003 e relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se debateu a questão e alterou-se o posicionamento da Corte à luz da distinção entre juízo de admissibilidade e mérito. Foi sugerido pelo Relator:

“II.Recurso extraordinário: letra **a**: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, **a**, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, **a** – para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados – e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob o prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário.”

Senão vejamos posicionamento exarado pelo Ministro Moreira Alves, contrário ao do Relator:

“Sobre essa questão preliminar, não me parece possível, em recurso extraordinário que foi interposto pela letra “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição, que se deixe de examinar o fundamento dele (inexistência, no caso, de direito adquirido, e, portanto, má aplicação do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna) que ataca o fundamento exclusivo do acórdão recorrido (reconhecimento da existência de direito adquirido) que lhe serviu de base para chegar ao seu dispositivo que dá pela procedência da ação dos servidores. Com efeito, o recurso extraordinário se destina a julgar a tese jurídica do acórdão recorrido. Por isso, se o acórdão recorrido não atacá-la, mas versar sobre outra tese jurídica, não pode ele ser conhecido e provido (pela letra “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição, o conhecimento do recurso implica necessariamente o seu provimento) por falta de prequestionamento dessa questão; se o acórdão recorrido, porém, se basear numa tese jurídica (assim, por exemplo, na existência de direito adquirido) e o recurso extraordinário com base nessa mesma letra “a” atacá-la indicando o dispositivo constitucional do direito adquirido como tendo sido mal aplicado, terá ele de ser julgado com base nessa questão (existir, ou não, direito adquirido) e não com base em outra questão (como a irredutibilidade de vencimentos) que não foi versada nem no acórdão nem no recurso extraordinário. O princípio “*iura novit curia*” cúria não se aplica a recurso extraordinário pela natureza extraordinária dele.”

Contudo, os Ministros Carlos Ayres Bitto e Cezar Peluso, acompanharam Sepúlvera Pertence, argumentando que a Constituição Federal não veda que o Supremo Tribunal Federal julgue por meio de novos argumentos, que a extraordinariedade do recurso não pode limitar a atuação do Supremo e qualquer entendimento em outro sentido, contraria a própria Constituição e o ordenamento jurídico, conforme os seguintes e importantíssimos votos, respectivamente:

“ Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator por entender, convictamente, que o Supremo pode decidir com inovação de fundamento. Nada na Constituição, nada na lógica jurídica autoriza a aplicabilidade do *iura novit curia* às decisões da Casa, em sede de recurso extraordinário. Não é a extraordinariedade do recurso que vai forçar o Supremo Tribunal Federal a restringir o seu próprio âmbito de apreciação da matéria.”

“Por isso, a proposta do voto do eminente Relator, no sentido de que a Corte abandone a praxe de não discernir entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, parece-me científica e irrecusável. (...) E, no juízo de mérito, também penso que o Tribunal não está vinculado ao fundamento que o recorrente invoque no recurso extraordinário. E, aqui, a segunda questão que me parece importantíssima, suscitada novo do eminente Relator. Considero que interpretação restritiva quanto à profundidade do efeito devolutivo do extraordinário implica duas graves contradições, muito bem percebidas por V. Exa.

A primeira contradição indicada pelo Ministro Cezar Peluso diz respeito à função precípua de zelar pela Constituição na sua inteireza. Não se poderia negar/ignorar a incidência de determinada norma constitucional simplesmente porque não foi questionada no recurso ou em suas contrarrazões. E, a segunda, diz respeito à ordem jurídica em si, Cezar Peluso rejeita a possibilidade de se analisar o recurso sob uma norma prequestionada, quando está claro nos autos que “o conteúdo decisório deve subsistir por outra norma ou princípio constitucional.”

Por estas razões, o posicionamento do Relator prevaleceu no julgamento do referido recurso.

CAPÍTULO VI - PREVISÃO DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

6.1 Artigo 988

Por fim, importante mencionar que o anteprojeto do novo Código de Processo Civil traz disposição acerca da matéria que poderá auxiliar na interpretação da extensão do efeito devolutivo dos recursos extraordinários.

Senão vejamos o que foi proposto inicialmente e a redação atual que está sob apreciação, disponíveis no site do Senado³⁸:

³⁸ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>

Redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010	Alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira
Art. 949. Sendo o recurso extraordinário ou especial decidido com base em uma das causas de pedir ou em uma das razões de defesa, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal examinará as demais, independentemente da interposição de outro recurso.	Art. 988. Sendo o recurso extraordinário ou especial decidido com base em uma das causas de pedir ou em um dos fundamentos de defesa, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal examinará as demais ainda não julgadas , independentemente da interposição de outro recurso, desde que tratem de matéria de direito.

Note-se que o artigo normatiza a ideia refletida na súmula n° 528 do Supremo Tribunal Federal, corrigindo a imperfeição da expressão “partes autônomas”, que, conforme exposto acima, dispõe:

STF - SÚMULA N° 528: Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal “a quo”, de Recurso Extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de Agravo de Instrumento.

Assim, a sugestão do texto legal corrobora o efeito devolutivo amplo dos recursos extraordinários e pode servir como base para a corrente que autoriza a análise de matérias e utilização de novos argumentos, ainda que não prequestionados pelas Cortes Superiores.

Ainda mais porque a atual redação dispõe expressamente que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão analisar as demais causas, **ainda não julgadas**.

Por esta expressão (“ainda não julgadas”), pode-se entender, que o prequestionamento, como ato do juiz/tribunal local, de efetivamente abordar e analisar a causa, não seria necessário.

Contudo, em princípio, o prequestionamento como ato da parte, não estaria dispensado, já que se admite a apreciação de outra “causa de pedir” ou de outro “fundamento de defesa”, diverso do decidido, mas, que tenha obrigatoriamente sido apresentado pela parte em algum momento nos autos e não trate de matéria de fato.

Contudo, a dúvida, caso mantida a referida redação, permanecerá quanto à possibilidade de aplicação e análise pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo de matérias e fundamentos eventualmente não mencionados nos recursos e reconhecidos *ex officio* pela Corte Especial.

Portanto, ao que parece, a nova redação do Código de Processo Civil, tal como exposta, não encerrará a discussão tratada neste trabalho.

CONCLUSÃO

Como exposto durante o presente trabalho, discute-se a extensão do efeito devolutivo, principalmente à luz da possibilidade das Cortes Superiores analisarem e julgarem os recursos excepcionais/extraordinários por meio de fundamentos e argumentos não apreciados pela instância anterior, tidos, por isso, como “não prequestionados”.

Engloba-se também nesta ideia a possibilidade de se analisar questões de ordem pública reconhecidas *ex officio* pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, pelo efeito translativo (desdobramento do efeito devolutivo).

Como visto, a doutrina e jurisprudência se dividem em duas correntes principais.

De um lado, há a interpretação de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não são instâncias ordinárias e não funcionam como um terceiro grau de jurisdição, de modo que sua atuação deve ser limitada ao controle da questão federal e constitucional suscitadas.

De outro, há o entendimento de que a excepcionalidade/extraordinariedade dos referidos recursos limita-se ao juízo de admissibilidade, sendo que, uma vez superado, caberá à Corte Especial, no juízo de mérito, julgar a causa na sua inteireza.

Frise-se que, o primeiro posicionamento acima fundamenta sua ideia no fato dos recursos extraordinários possuírem fundamentação vinculada e na exigência do prequestionamento que impede que questões não apreciadas pelas instâncias anteriores sejam abordadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, o segundo posicionamento resolve a problemática levantada pela primeira corrente. Não se nega a importância e imprescindibilidade do “prequestionamento”, mas o limita ao juízo de admissibilidade.

Ressalte-se que a soberania do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não é afetada por este entendimento e não se transformarão em um simples terceiro grau de jurisdição, como alegam os filiados da referida corrente.

Isso porque, exatamente por figurarem como Cortes Especiais e excepcionais, que os recursos especial e extraordinário devem preencher estreitos requisitos e passam por um rigoroso controle de admissibilidade. Por isso é que se diz que a excepcionalidade dos referidos recursos limita-se ao juízo de admissibilidade.

Mesmo porque, dúvidas não há de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atuam como Corte de Revisão, incumbindo-lhes o efetivo rejuízo da causa. Sendo assim, as limitações próprias do modelo de Corte de Cassação se mostram incompatíveis com o modelo brasileiro adotado.

Dessa forma, inclusive para que se possa cumprir o papel de zelar pela aplicação da legislação federal e constitucional, não se mostra razoável que as Cortes Especiais “fechem os olhos” para o correto texto da lei a ser claramente aplicado ao caso, ou ainda, para uma questão de ordem pública, simplesmente porque não aventada pela parte ou abordada pela decisão recorrida.

Não se pode admitir que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça permitam o trânsito em julgado de uma decisão viciada, para que depois seja ajuizada eventual ação rescisória, quando se podia regularizá-la desde logo. A correção do vício parece legítima e essencial para que se confira agilidade à tutela jurisdicional, principalmente quando não se verifica ofensa ao devido processo legal.

Qualquer interpretação em sentido contrário prejudica o acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional.

Por todo o exposto, acredita-se que o reconhecimento do efeito devolutivo amplo, com a separação do juízo entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, mostra-se como a solução mais adequada, pois impede o trânsito em julgado de decisões claramente viciadas e, ao mesmo tempo, observa o rigor dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários e, sobretudo, respeita a função do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de - Manual de Recursos - 3ª Edição – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011;

AZZONI, Clara Moreira – Recurso Especial e Extraordinário – São Paulo: Atlas, 2009 (Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona);

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Comentários ao Código de Processo Civil, 12º Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2005.v.V;

BERTOLDI, Thiago Moraes e RAUCH, Rafael – Artigo: Superior Tribunal de Justiça: Tribunal de sobreposição, 2008, disponível em <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/192-artigos-jul-2008/5921-superior-tribunal-de-justica-tribunal-de-sobreposicao>;

CARNEIRO, Athos Gusmão - Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno - 4ª Edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005;

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da – Curso de Direito Processual Civil – Volume III; 9ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2011;

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil interpretado e anotado – 4ª Ed.- Barueri/SP: Manole, 2012;

MEDINA, José Miguel Garcia – Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário; 5ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

_____. -Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

MENDES, Gilmar Ferreira - Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf ;

MORAES, Alexandre de – Direito Constitucional – 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2005;

NEGRÃO, Theotonio. GOUVEA, José Roberto Ferreira. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor – 44ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012;

NERY JÚNIOR, Nelson – Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

_____ e NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

REIS, José Carlos Vasconcellos – Apontamentos sobre o novo perfil do recurso extraordinário no direito brasileiro – Revista de Processo, 2008 – RePro 164 – p.57 a 83;

SILVA, De Plácido e – Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004;

THEODORO JÚNIOR, Humberto – Curso de Direito Processual Civil– 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 – V.I;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim – Omissão judicial e embargos de declaração – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

Endereços eletrônicos visitados para consulta ao texto de lei, súmulas e jurisprudências:

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.stf.jus.br>