

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

VANESSA CATANEO BARREIROS

PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS: ENFOQUE NAS
MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA E NOVO CPC

FLORIANÓPOLIS

2015

VANESSA CATANEO BARREIROS

PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS: ENFOQUE NAS
MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA E NOVO CPC

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado junto ao curso de graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC, na área de Direito Processual
Civil.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

FLORIANÓPOLIS

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Prequestionamento nos recursos excepcionais: enfoque nas matérias de ordem pública e Novo Código de Processo Civil**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Vanessa Cataneo Barreiros**, defendido em **09/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

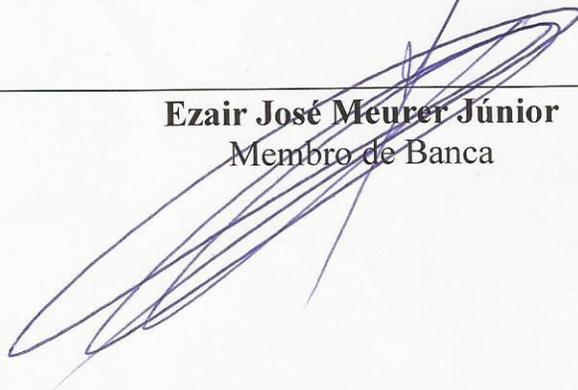
Florianópolis, 9 de Julho de 2015



Pedro Miranda de Oliveira
Professor(a) Orientador(a)



Ana Paula Trivisani
Membro de Banca



Ezair José Meurer Júnior
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Dos valores que aprendemos na vida, sempre me foi ensinado que a gratidão era um dos mais importantes; dessa forma, não poderia deixar de agradecer a quem sempre esteve ali para me estender a mão, os braços e, se necessário, fazer das tripas, coração, para me ajudar.

Agradeço inicialmente à minha mãe, Cássia, pelo amor incondicional e pela paciência comigo todos os dias: és o maior presente que a vida me deu. Também ao meu pai, Edu, que mesmo não estando comigo todos os dias, sempre se fez presente e esteve pronto para me aconselhar.

Aos meus amigos de sempre, pois são a família que escolhi: Melissa, Nathalia, Mateus, George, Anna Paula, Stefânia, Bruna Jummes, Bruna Machado, Paulo, Luiz Guilherme. Obrigada por estarem sempre comigo, sei que poderei contar com vocês até o mar virar sertão e o sertão virar mar, e até depois que a cerveja acabar.

Aos amigos que fiz na faculdade e levarei para a vida: Luiza e Guilherme. Desejo nada mais do que imenso sucesso a vocês; se sentirei falta da faculdade, será devido à nossa rotina divertida. Obrigada.

Às profissionais com quem trabalhei durante a faculdade, com destaque para a minha eterna chefe, Ana Paula: sou grata por todo o conhecimento e experiência que me proporcionastes, bem como por ter visto além da casca no primeiro momento e apostado em mim. Obrigada não é o suficiente.

Ao professor, Dr. Pedro Miranda de Oliveira, por ter aceitado me orientar neste estudo.

Por fim, sei que os agradecimentos são direcionados a quem está comigo sempre, mas não posso deixar de agradecer àqueles que já tiveram suprema importância na minha vida e que, em algum momento dessa jornada, contribuíram para que eu viesse a concretizar este trabalho e finalizar a faculdade.

*“Se desmorono ou me edifico,
se permaneço ou me desfaço,
— não sei, não sei. Não sei se fico
ou passo.
Sei que canto. E a canção é tudo.
Tem sangue eterno a asa ritmada.
E um dia sei que estarei mudo:
— mais nada.
- Cecília Meireles, Motivo*

RESUMO

O prequestionamento é visto pela jurisprudência atual como um requisito específico de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, contudo, há inúmeras divergências acerca de sua exigência, bem como sobre o seu conceito em embate com o que se considera, neste trabalho, o verdadeiro requisito, a *causa decidida*. Nesse mesmo tocante, há dúvidas acerca do prequestionamento das matérias de ordem pública e da aplicação do efeito translativo nos recursos excepcionais, as quais serão dirimidas neste trabalho, através de análise feita através das doutrinas mais atuais e sob o amparo do Novo Código de Processo Civil, o qual soluciona a maioria das questões polêmicas decorrentes do atual Código de Processo Civil.

Palavras-chave: prequestionamento; recursos excepcionais; ordem pública; efeito translativo; causa decidida; Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	11
1.1 Recursos excepcionais: conceito.....	11
1.2 Juízo de admissibilidade <i>versus</i> juízo de mérito.....	18
1.2.1 Requisitos de admissibilidade.....	21
1.2.1.1 Hipóteses de cabimento.....	22
2. PREQUESTIONAMENTO.....	30
2.1 Prequestionamento: breve histórico e atuais entendimentos.....	30
2.2 Prequestionamento das matérias de ordem pública.....	38
2.3 Efeito translativo e a devolutividade ampla.....	44
3. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	49
3.1 Recursos excepcionais no Novo CPC: principais alterações.....	49
3.2 Prequestionamento no Novo Código de Processo Civil.....	56
3.2.1 O voto vencido como prequestionamento.....	56
3.2.2 O prequestionamento ficto como regra no Novo CPC.....	57
3.2.3 O efeito translativo e as questões de ordem pública no Novo CPC.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre o prequestionamento nos recursos especial e extraordinário, fazendo-se análise de tal instituto, que é tido por muitos ainda como requisito de admissibilidade, e dando-se enfoque ao prequestionamento das questões de ordem pública; inevitavelmente, portanto, realizar-se-á estudo do efeito translativo nos recursos excepcionais, com base na Súmula 456, do STF.

Ainda, todas as questões acima abordadas serão analisadas também sob a ótica do Novo Código de Processo Civil, já sancionado, uma vez que o Novo CPC traz soluções para praticamente todas as questões que ainda são alvo de polêmicas e divergências jurisprudenciais e doutrinárias sob a vigência do Código de Processo Civil atual.

Para tanto, subdividiu-se este trabalho em três capítulos. O primeiro capítulo, intitulado “Recursos Excepcionais”, introduz o tema, iniciando por fazer breve conceituação e histórico dos recursos especial e extraordinário – não se trata dos embargos de divergência neste trabalho – no ordenamento jurídico pátrio.

Além da conceituação, traçar-se-ão as discrepâncias que ensejam a nomenclatura “recursos excepcionais”, colocando-os em face dos recursos ordinários e apontando suas principais diferenças, como o fato dos recursos ordinários terem forma e procedimentos mais maleáveis, e os excepcionais terem limites formais rígidos.

Ainda, os recursos ordinários são dirigidos a tribunais inferiores, não possuem requisitos específicos de admissibilidade, têm fundamentação livre (exceto embargos de declaração), comportam discussão sobre a matéria de fato e têm como vocação a correção de “injustiças”, permitindo reanálise fático-probatória.

Os recursos excepcionais, por sua vez, são dirigidos a tribunais superiores, possuem requisitos específicos de admissibilidade, têm fundamentação vinculada prevista na Constituição Federal (art. 102, III e 105, III), não comportam discussão sobre matéria de fato e não têm como vocação a correção de “injustiças”.

Posteriormente, analisar-se-ão os recursos especial e extraordinário através das similaridades existentes entre estes, quais sejam: o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, o fato de não visarem corrigir injustiças do julgado recorrido, bem como de não revisarem matéria de fato; o sistema de admissibilidade bipartido; ambos têm seus requisitos de admissibilidade expostos na Constituição Federal, não no Código de Processo Civil e, por fim, a execução realizada nas suas pendências são provisórias.

Após, faz-se contraposição entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito nestes recursos excepcionais, utilizando-se de tal explanação como gancho para tratar especificamente dos requisitos de admissibilidade, posteriormente, pois, no que tange aos recursos excepcionais, cabe análise minuciosa acerca dos requisitos formais, especificamente, neste trabalho, das hipóteses de cabimento.

Far-se-á brevíssima explanação acerca dos pressupostos gerais e específicos de admissibilidade dos recursos excepcionais, fazendo cisalhamento entre requisitos extrínsecos e intrínsecos, atentando para as hipóteses de cabimento, decorrentes do texto constitucional, as quais serão estudadas com afinco.

No tocante às hipóteses de cabimento, último subitem deste primeiro capítulo, analisar-se-á com minúcia cada uma das hipóteses de cabimento contidas nos artigos 102, III, e 105, III da Constituição Federal, destrinchando o texto constitucional e apontando seus desfolhamentos.

O segundo capítulo, nomeado “Prequestionamento”, como o próprio título já indica, cuidará do instituto do prequestionamento. Inicialmente, far-se-á um breve histórico acerca do tema, passando por Constituições pretéritas até chegar aos dias atuais, e atentando para assuntos polêmicos, como o da exigibilidade ou não do prequestionamento para admissibilidade do recurso excepcional.

Ainda no tema do prequestionamento, colocar-se-ão em xeque as principais correntes doutrinárias sobre o instituto, sendo estas: o prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; o prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, sendo atribuído como ônus da parte; o prequestionamento como junção das duas concepções, ou seja, seria o prévio debate sobre o tema de direito federal ou constitucional, que tenha gerado manifestação expressa do Tribunal a respeito.

Ultrapassadas as polêmicas e adotada teoria pela autora, aprofundar-se-á no prequestionamento das matérias de ordem pública, iniciando-se por fazer breve introdução sobre o que são as referidas questões de ordem pública, e analisando, posteriormente, as teorias que permeiam o ordenamento jurídico atualmente sobre tal tema.

Na mesma linha, o próximo subitem tratará do efeito translativo nos recursos excepcionais, sob a luz da Súmula nº 456, do STF, uma vez que o efeito translativo anda de mãos dadas com o prequestionamento das matérias de ordem pública, sendo impreterível estudá-los em conjunto.

Por fim, o último capítulo, intitulado “Novo Código de Processo Civil”, cuidará de mencionar as principais alterações tangentes aos recursos excepcionais previstas no NCPC, atentando para o princípio da primazia da decisão de mérito, em total contraposição ao antigo Código, que primava pela formalidade.

Após, tratar-se-á das principais modificações no que concerne ao prequestionamento: o voto vencido como prequestionamento, revogando-se a Súmula nº 320, do STJ, e o prequestionamento ficto como regra, revogando-se a Súmula nº 211, também do STJ.

Por fim, analisar-se-á como fica a situação do efeito translativo no Novo Código de Processo Civil, com a positivação das matérias de ordem pública no art. 485, § 3º, do NCPC, bem como da Súmula nº 456, do STF, através do art. 1.034, do NCPC.

Para fins técnicos, expõe-se que o método de pesquisa empregado foi o dedutivo, utilizando-se de premissas maiores acerca dos recursos excepcionais e do prequestionamento para atingir as conclusões finais sobre os temas. Para atingir tal fim, utilizou-se a pesquisa bibliográfica em livros, revistas jurídicas e jurisprudência.

É sabido que o presente trabalho não abarca os temas enfocados em sua totalidade, não exaurindo o tema, pois há a premente necessidade de que seja tratado de forma objetiva; apesar desta ressalva, espera-se que os temas principais tenham sido abordados de forma satisfatória e aprazível à leitura.

1. RECURSOS EXCEPCIONAIS

Os recursos excepcionais subdividem-se em: recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência. A seguir, far-se-á análise detalhada acerca dos recursos especial e extraordinário, bem como sobre suas peculiaridades e similaridades, a fim de introduzir o tema central deste estudo, que é o prequestionamento.

1.1 RECURSOS EXCEPCIONAIS: CONCEITO

Antes de adentrar o vastíssimo campo dos recursos excepcionais para realizar sua conceituação, é cabível alguma introdução, iniciando-se pela análise terminológica da palavra “recurso”. *Recorrer* tem como significado “tornar a correr, a percorrer”, de forma que todo indivíduo que recorre, no sentido judicial, pretende uma *restitutio in integrum* – reconduzir a situação processual ao seu *status quo ante*. (MANCUSO, 2013, p.17).

Partindo dessa premissa, vê-se uma infinidade de tentativas de definições do termo *recurso*, sendo imperioso destacar algumas para refinada introdução do tema. Para José Afonso da Silva, o recurso é um direito público subjetivo, autônomo e abstrato, contra o Estado, bem como um direito-meio da parte sucumbente de contestar a decisão insatisfatória, sob o argumento de *error in procedendo* ou *in iudicando*. (CÔRTEZ, 2014, p. 3).

Araken de Assis afirma que os recursos e quaisquer outros meios de impugnação às resoluções judiciais tutelam interesse público, pois, uma vez que os atos do órgão judiciário contém defeitos quanto ao fundo e à forma, não seria possível o Estado desinteressar-se da correta aplicação do direito material e processual. (2011, p. 44)

Ainda, salienta Araken de Assis que nem todo meio para impugnação das decisões judiciais constitui recurso, pois há ações que visam impugnar atos decisórios do juiz, como o *habeas corpus* e outros mecanismos informais. (2011, p. 44)

Côrtes define o recurso como o meio de impugnação que se utiliza dentro de relação processual em andamento, por intermédio do qual a parte insatisfeita integral ou parcialmente, busca a anulação ou a reforma da decisão antes proferida, demonstrando suas razões. (CÔRTEZ, 2014, p. 5).

Para Nelson Nery Jr., *recurso*, em sentido amplo, “é o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu”. (NERY JR, 2004, p. 204-205)

A definição de Nelson Nery Jr. é bastante completa e elucidativa, de maneira que, somada às outras explicações, é satisfatória à breve introdução do tema *recurso*, exaurindo maiores discussões acerca do aspecto terminológico do verbete bem como de sua significação jurídica.

Adentrando no universo recursal, de pronto são cabíveis certas obtemperações; conforme se vê, a temática deste trabalho envolve os recursos excepcionais, de maneira que se presume a existência de recursos alcunhados *comuns* ou *ordinários*.

Mister se faz a breve diferenciação entre recursos ordinários e extraordinários: Nelson Luiz Pinto fica no objeto do recurso o critério distintivo, sendo que o recurso extraordinário seria aquele que tem como objeto imediato a proteção do direito objetivo (incidentalmente protegendo o direito subjetivo), enquanto o ordinário visa diretamente à prestação jurisdicional relativa à tutela dos interesses das partes em litígio, tendo como objeto o direito subjetivo. (CÔRTEZ, 2014, p. 19).

Os recursos ordinários têm forma e procedimentos mais maleáveis, enquanto os recursos excepcionais têm maior rigidez e certa dureza nas exigências formais. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 89).

Regra geral: os recursos ordinários têm forma menos rígida; são dirigidos a tribunais inferiores; não existem requisitos específicos de admissibilidade; a fundamentação é livre (com exceção dos embargos de declaração); comportam discussão quanto à matéria de fato; são vocacionados para corrigir “injustiças”. São eles: a apelação, os agravos, o recurso ordinário, os embargos de declaração e os embargos infringentes. Os recursos excepcionais (também chamados de extraordinários *lato sensu* e de estrito direito), por sua vez, têm forma mais rígida; são dirigidos aos Tribunais Superiores; obedecem a requisitos específicos de admissibilidade; a fundamentação é vinculada; não comportam discussão em relação a fatos e provas; não se prestam para fazer justiça no caso concreto. São eles: o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 89)

Feitas as devidas introduções acerca do termo recurso, bem como da diferenciação entre recurso ordinário e extraordinário, passa-se ao enfoque deste capítulo, a conceituação dos recursos excepcionais e explanação sobre suas principais características.

Os recursos excepcionais subdividem-se em *recurso especial* e *recurso extraordinário*. Antes de realizar explanação detalhada sobre cada um dos recursos, impreterível delinear os paralelismos existentes entre o mesmos, salientando suas características afins.

Assim como para ajuizar ação é necessário que se respeite a requisitos formais como as condições da ação, para a interposição de recursos é também impreterível o respeito

aos pressupostos processuais. Aliás, é possível traçar paralelo entre estes: ao interesse de agir, da ação, tem-se como correspondente o interesse de recorrer e à possibilidade jurídica do pedido, tem-se a adequação do recurso ao modelo legal previsto em lei. (MANCUSO, 2013, p. 117)

Há, entre o recurso especial e o extraordinário, pontos de convergência que formam um núcleo comum entre estes, justificando fazerem parte de um mesmo contingente – o do recursos excepcionais. Inevitável, pois, seria inexistirem similaridades, eis que o recurso especial foi extraído do recurso extraordinário, para abarcar as questões federais. (MANCUSO, 2013, p. 120)

As características em comum aos recursos excepcionais, as quais algumas explorar-se-ão a seguir, são: o prévio esgotamento das instâncias ordinárias; não visam corrigir injustiças do julgado recorrido; não revisam matéria de fato; têm sistema de admissibilidade bipartido – uma fase perante o Tribunal *a quo* e outra perante o *ad quem*; têm seus requisitos de admissibilidade expostos na Constituição Federal, não no Código de Processo Civil e, por fim, a execução realizada na sua pendência é provisória. (MANCUSO, 2013, p. 121)

Quanto ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias, conforme a própria alcunha já delibera, trata-se da necessidade de exaurimento das possibilidades de impugnação nas instâncias ordinárias ou em instância única, originária. Depreende-se da leitura dos próprios artigos 103 e 105 da Constituição Federal que os recursos excepcionais só podem ser exercitados contra “causas decididas”, impedindo o exercício *per saltum*.

Tal exigência, inexistente nos recursos ordinários, explica-se pelo fato do STF e o STJ serem órgãos da cúpula judiciária, tendo suas decisões alcance em território nacional; logo, tais Cortes primam por pronunciar-se apenas acerca de questões federais (STJ) e constitucionais (STF).

Ou seja, há que se verificar a *definitividade* da decisão recorrida para que seja possível a interposição do recurso excepcional. Nas palavras de José Afonso da Silva, “o núcleo do pressuposto do recurso extraordinário (...) é a definitividade da decisão judicial de que se recorre para o STF. Definitividade que se consubstancia no esgotamento de todos os recursos ordinários, via comum, existentes no sistema judiciário que conheceu da causa”. (MANCUSO, 2013, p. 121-122)

Reforça-se, ainda, que a questão da exigência do esgotamento das vias ordinárias é imperativa e rígida quanto à interposição dos recursos excepcionais; assim, existente alguma possibilidade de interposição de outra modalidade recursal pelas vias ordinárias – como os embargos infringentes –, descabido é o recurso excepcional, seja ele especial, seja extraordinário. (MANCUSO, 2013, p. 122)

Nesse sentido, colaciona-se acórdão do STF:

“...2. Embargos de divergência e recurso extraordinário. Interposição contra uma mesma decisão. Impossibilidade. Enquanto não apreciados os embargos opostos pela parte interessada não se pode afirmar que o juízo *a quo* tenha esgotado a prestação jurisdicional, nem que se trata de decisão de única ou última instância. Pressuposto constitucional de cabimento do recurso extraordinário. Agravo regimental não provido” (AI/AgRg 563505/MS, rel. Min. Eros Grau, 1ª T., j. 27.09.2005, v.u., DJ 04.11.2005, p. 21).

E, no âmbito do STJ:

A presente *quaestio* não pode ser discutida em sede de recurso especial, uma vez que não ocorreu o esgotamento das instâncias ordinárias. Assim, cabia à parte interpor embargos infringentes para fazer prevalecer tal posicionamento. No entanto, da análise dos autos verifica-se que o recurso não fora interposto, razão pela qual se torna inviável a apreciação da controvérsia por este tribunal. “Nesse sentido enuncia a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: ‘É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem’” (REsp 712.816, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24.04.2007, DJ 21.05.2007, p. 584)

Quanto ao esgotamento das instâncias ordinárias, faz-se mister ressaltar mais duas pontualidades: primeiramente, em determinado ponto, podem-se verificar exauridas as várias faculdades recursais disponíveis, bem como a única passível de exercício, como no caso dos Juizados Especiais (arts. 42 e 82 da Lei 9.099/95) e nas execuções fiscais (art. 34, Lei 6.830/80).

Nessas hipóteses, apesar de se verificar instância de primeiro grau, vê-se que são únicas, portanto, ensejam o manejo do recurso extraordinário contra suas decisões, claro, desde que respeitados os outros requisitos de admissibilidade do recurso.

E, em segundo, tem-se que a exigência do esgotamento das vias ordinárias é restrito às modalidades recursais propriamente ditas, de forma que não alcança às possibilidades impugnativas não inclusas na nomenclatura “recurso”, como as ações autônomas de impugnação: rescisória, embargos de terceiro e mandado de segurança. (MANCUSO, 2013, p. 125)

Apesar de ser um ponto de exigência convergente, há certa discrepância entre o conteúdo dos dispositivos constitucionais que versam sobre os recursos excepcionais no que

tange ao prévio esgotamento das vias recursais ordinárias. Enquanto o RE condiciona o seu cabimento às “*causas decididas* em única ou última instância”, o REsp enuncia “*causas decididas* em única ou última instância, por tribunais”. Assim, o RE pode atacar decisões de primeiro grau, e o REsp, em tese, ataca acórdãos. (ASSIS, 2011, p. 738)

Apontando-se desde já que explanar-se-á de forma mais detalhada no próximo item deste capítulo acerca da necessidade do prévio esgotamento das instâncias ordinárias, assim como do conceito de causa decidida, passa-se à análise da segunda similaridade entre os recursos excepcionais: a não vocação à correção de injustiças no julgado recorrido.

Não é a intenção dos recursos excepcionais voltar-se à análise fático-probatória dos julgados, de forma que se pode afirmar, com veemência, que as Cortes Superiores limitam-se a agir de maneira revisora, corrigindo erros procedimentais, jamais modificando entendimentos. (MANCUSO, 2013, p. 143)

Os recursos excepcionais não foram concebidos para corrigir erros ou injustiças, sendo que a finalidade do recurso especial é garantir a aplicação adequada da lei federal, uniformizando-lhe a interpretação em todo o território pátrio, enquanto a do recurso extraordinário é a de garantir a guarda da Constituição Federal, dando-lhe cumprimento. (MANCUSO, 2013, p. 144)

José Afonso da Silva salienta:

O recurso extraordinário, entretanto, não visa fazer justiça subjetiva, justiça às partes, a não ser indiretamente, tanto que não tem cabimento por motivo de sentença injusta; é certo que a parte, ao servir-se dele, quer ver reformada a decisão desfavorável, e nisto está o seu caráter eminentemente processual; e o Supremo Tribunal, ao julgá-lo, exerce função jurisdicional, mas com finalidade diversa dos outros órgãos jurisdicionais. (AFONSO DA SILVA, 1963, p. 105)

Muito se pode colocar em xeque, todavia, quanto à referida função de revisão essencialmente procedimental dos recursos excepcionais, tendo em vista que as Cortes Superior e Suprema, ao aplicarem o direito à espécie (Súmula 456, STF), atingem a esfera jurídica individual dos recorrentes.

É inevitável que o Supremo Tribunal Federal, ao reformar decisão que antes denegava direito ao cidadão, no sentido de provê-lo, por considerá-la afrontosa à Constituição Federal, atinge o direito subjetivo individual do recorrente, fazendo-se, então, a famigerada “justiça” que se afirmou não ser a finalidade dos recursos excepcionais.

Todavia, o que se utiliza para classificar os recursos excepcionais como *recursos propriamente ditos* é a finalidade precípua dos mesmos, a qual, mais uma vez, sustenta-se

não ser a de fazer justiça. O STF, ao prover recurso extraordinário, o faz, pois acredita haver ofensa a dispositivo constitucional.

Uma vez reformada a decisão e dado provimento ao recurso, o que o STF exerceu foi um *controle objetivo de legalidade ou de constitucionalidade* das normas que haviam sido aplicadas ao caso. O alcance de tal decisão na esfera individual, portanto, nada mais é do que consequência da aplicação do direito ao caso invocado.

Dessa maneira, torna-se simples concluir que a finalidade principal dos recursos excepcionais é tão somente a de revisar, no recurso especial, a violação de lei federal, e no recurso excepcional, a violação de norma constitucional, sendo que o fato de se fazer ou não justiça vem como pura consequência de tal análise paradigmática. (MANCUSO, 2013, p. 144-5)

Portanto, pode-se dizer que os recursos extraordinário e especial devem ser vistos em dois planos: 1) precipuamente, estão voltados a um objetivo de ordem pública, de interesse nacional, qual seja o de servirem como instrumento tutelador dos valores indicados por Pontes de Miranda: inteireza positiva, validade, autoridade e uniformidade de interpretação do direito federal, comum e constitucional; nesse sentido, acabam por propiciar um *contencioso objetivo*, de legalidade ou de constitucionalidade; 2) corolariamente, dado que nem o STF nem o STJ são Cortes apenas de cassação, senão (e até principalmente) de revisão (RISTJ, art. 257; Súmula 456, STF), o conhecimento do mérito daqueles recursos e seu provimento implicará no descarte da decisão recorrida e na prolação de outra que a “substitui” (CPC, art. 512), do que decorrerá – presumivelmente – melhor resposta judiciária, ou, quando menos, a *última e definitiva*. (MANCUSO, 2013, p. 149)

Assim, passando-se à análise de mais uma característica dos recursos excepcionais, similar a esta já exposta, tem-se que estes não servem para revisar matéria de fato. Tal ponto parece, à primeira vista, mais do mesmo, levando-se em consideração que já se elaborou quanto ao fato de os Tribunais Superiores não estarem vocacionados à correção de injustiças, porém, faz-se mister delinear, brevemente, sobre o que é ou não matéria de fato.

Teresa Arruda Alvim Wambier assinala que “a questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, ‘houver necessidade de se reexaminarem provas’”. Dessa forma, “a matéria de fato que fica excluída do âmbito dos recursos excepcionais é aquela cujo conhecimento pelo STF *apenas* levaria a um reexame de prova” (MANCUSO, 2013, p. 152).

Os recursos especial e extraordinário são recursos de direito estrito, não se tratando de terceiro ou quarto grau de jurisdição; por corolário, o espectro do que pode ser trazido nestes recursos é deveras reduzido se comparado a um recurso de apelação, por

exemplo, pois nos recursos excepcionais examina-se, fundamentalmente, os aspectos jurídicos da decisão recorrida. (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2008, p. 245)

Os recursos excepcionais, portanto, possuem fundamentação vinculada, ou seja, atrelada às hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal, mais precisamente nos arts. 102, III e 105, III.

Nos recursos de fundamentação vinculada, é imperioso à parte demonstrar um prejuízo específico, previamente valorado pelo legislador, sendo que, ausente este, não se abre a via recursal. São recursos, portanto, “que possuem como fim a correção de específicos vícios de atividade ou de julgamento, que, se ausentes, não dão margem ao contraste da decisão”. (SCARPINELLA BUENO, 2010, p. 249)

Nos recursos de fundamentação livre, pode o recorrente alegar qualquer tipo de vício existente na decisão recorrida; já nos de fundamentação vinculada, o recorrente pode alegar apenas algumas matérias ou vícios expressamente designados pela norma jurídica. (ARRUDA ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2013, p. 49)

Conclui-se, portanto, que os recursos especial e extraordinário têm fundamentação vinculada, não visando à discussão da matéria de fato, mas sim, buscando a correção de aspectos jurídicos que tenham sido julgados de maneira equivocada pelo juízo *a quo*. (REIS, 2008, p. 61)

Quanto ao sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, tem-se que os recursos excepcionais seguem o rito constante no artigos 541 e 542 do Código de Processo Civil, uma vez que a Constituição Federal não lhes atribuiu procedimento diferenciado.

Os recursos cíveis podem ser interpostos perante o próprio órgão que proferiu a decisão recorrida, bem como perante o órgão que detém a competência de julgar o recurso. E, ainda, há casos em que o próprio órgão que proferiu a decisão julga o recurso interposto.

Assim, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam que podem ocorrer três situações diante da interposição de um recurso:

a) O recurso é *interposto perante o órgão que proferiu a decisão recorrida, sendo que a competência para julgá-lo é de órgão hierarquicamente superior*: Neste caso, ainda que a competência para falar sobre a admissibilidade e o mérito do recurso seja do juízo *ad quem*, permite-se, em regra, que também o órgão *a quo*, perante o qual o recurso é interposto, realize o juízo de admissibilidade. O juízo de admissibilidade desses recursos, assim, é bipartido (ou desdobrado), podendo ser realizado tanto pelo órgão *a quo* quanto pelo *ad quem* (ex: agravo retido, apelação, recurso especial)

b) O recurso é *interposto perante órgão hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão recorrida, e por aquele órgão é julgado* (ex: agravo de instrumento, cf. art. 524, *caput*), ou, então,

c) O recurso é interposto perante o órgão que proferiu a decisão recorrida, que tem competência para julgá-lo (tal como ocorre com os embargos de declaração (art. 536) ou com os embargos infringentes previstos no art. 34, da Lei 6.830/1980) (ARRUDA ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2013, p. 84)

Vê-se, portanto que o RESp e o REX têm o seu juízo de admissibilidade e de mérito bifurcados, havendo cisão entre os órgãos que os julgam; o Tribunal ou juízo *a quo* trata de analisar o juízo de admissibilidade, enquanto as Cortes Superiores, STJ ou STF, fazem o juízo de mérito. (MANCUSO, 2013, p. 162)

Por ora, a explanação é suficiente, levando-se em consideração que tal tema será melhor abordado no próximo item, o qual dedicar-se-á à diferenciação entre os dois juízos, bem como suas características.

Por fim, uma vez expostas as principais características dos recursos excepcionais, cuidando-se, mormente, de suas similaridades, faz-se um retrospecto rápido do esposado. São os recursos meios de impugnação de decisões insatisfatórias; os recursos excepcionais, por sua vez, os quais englobam o Recurso Extraordinário e Especial.

Os referidos recursos, por sua vez, diferenciam-se dos ordinários, devido às suas características: possuem rigidez nas regras formais e são dirigidos às Cortes Superiores (STJ e STF), contando também com determinadas peculiaridades, já expostas neste capítulo introdutório.

Assim, passa-se à análise dos juízos de admissibilidade e de mérito nos recursos extraordinário e especial, delineando suas diferenças, bem como aprofundando-se em cada uma de suas características.

1.2 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE VERSUS JUÍZO DE MÉRITO

É sabido que os recursos excepcionais passam por dois crivos judiciais: o juízo de admissibilidade e, posteriormente, o juízo de mérito. Ainda, notório é o conhecimento de que estes dois juízos são discrepantes entre si, sendo, inclusive, realizado por órgãos diferentes.

A diferenciação entre o juízo de admissibilidade e o de mérito, pode, a primeira vista, parecer pouco relevante para análise dos recursos excepcionais, todavia, é de suma importância voltar-se para as disparidades entre ambos, bem como se trata de matéria de caminho espinhoso no direito pátrio.

Rodolfo de Camargo Mancuso aponta dois casos práticos na vida do jurista que demonstram a importância da precisa diferenciação entre os dois juízos:

A resolução do problema tem bastante relevância. Por exemplo, basta que se mencione o disposto no art. 500, III, do CPC, segundo o qual o recurso adesivo será conhecido caso também não o seja o recurso principal: não sendo conhecido o recurso principal, os dois recursos não serão conhecidos. Lembre-se, também, da questão atinente à definição do juízo competente para o julgamento de ação rescisória, cuja resolução dependerá do resultado do julgamento, quanto ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial. (MANCUSO, 2013, p. 64)

Para que se ajuíze demanda no Judiciário, é impreterível que se respeite determinados requisitos, elencados no artigo 282, do Código de Processo Civil; da mesma maneira, para que se interponha recurso excepcional, também é mister a observação de determinadas condições, as quais constituem o chamado “juízo de admissibilidade”. (MEDINA, 2012, p. 64) (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 99)

Quanto ao paralelo que pode ser traçado entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide e do recurso, bem como do mérito dos mesmos, Teresa Arruda Alvim Wambier é imperativa ao afirmar que pode ser feita analogia entre tais mecanismos. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 99)

Assim, tem-se que o juízo de admissibilidade é a primeira etapa do recurso, quando verificar-se-á se restam cumpridos os requisitos impreteríveis ao julgamento do mérito do recurso. O juízo de mérito, por corolário, é a segunda etapa, quando se analisa a procedência do objeto do recurso. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 99)

Uma das características, aliás, que dá a natureza de excepcionalidade aos recursos especial e extraordinário é, justamente, os seus requisitos de admissibilidade. Estes não se limitam aos pressupostos gerais dos recursos, sendo-lhes exigido um *plus*, que consiste nas exigências específicas para sua admissibilidade, constantes estas no texto constitucional (artigos 102, III e 105, III). (MANCUSO, 2013, p. 220)

No que tange aos requisitos dos recursos, a boa doutrina processualista subdivide seus requisitos em duas partes: os requisitos intrínsecos, quais sejam, relativos ao direito de recorrer – cabimento, legitimação para recorrer, interesse de recorrer e inexistência de fato impeditivo do poder de recorrer –, e os extrínsecos, pertinentes estes ao exercício do direito de recorrer – tempestividade, regularidade formal e preparo. (MEDINA, 2012, p. 64).

Uma vez que o juízo de admissibilidade resta positivo, o órgão competente – aquele que deverá, por coação normativa, julgar o recurso, no caso, o STJ ou STF – realizará o juízo de mérito, julgando pelo provimento ou desprovimento do recurso interposto. Ou seja, o juízo de mérito é a simples verificação dos argumentos do recorrente, culminando no

acolhimento ou não dos pedidos existentes no recurso. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 103)

O conteúdo do juízo de mérito, portanto, é a matéria devolvida ao órgão competente com a interposição do recurso e que pode levar à anulação ou reforma da decisão impugnada. Com a ressalva dos embargos de declaração, que possuem o objetivo de esclarecer ou integrar a decisão, os demais recursos, todos, estão voltados sempre para a reforma ou para a anulação da decisão. Esta é a sua pretensão, seu objetivo e seu mérito. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 103)

Uma vez elucidado o âmago das diferenças entre juízo de admissibilidade e de mérito, urge trazer à baila certas problemáticas existentes no direito pátrio em decorrência da especificidade do juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial.

Os recursos excepcionais são recursos de fundamentação *vinculada*, ou seja, a legislação, ao estipular suas hipóteses de cabimento, limita sua argumentação; dessa maneira, o recorrente pode apenas alegar determinadas matérias ou vícios procedimentais, expressamente preconizados no ordenamento jurídico. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 104)

No recurso extraordinário, é sabido que só é possível se impugnar matéria de cunho constitucional, o que torna o juízo de admissibilidade uma etapa deveras complexa. Conforme Pedro Miranda de Oliveira, “para que seja conhecido o recurso extraordinário, por exemplo, é necessário apenas que se alegue ter havido ofensa à Constituição. Demonstrá-la é problema de mérito”. (2013, p. 104)

Reside problemática nesse sentido, pois a própria redação do art. 102, III, da Constituição Federal é abstrusa; o legislador impõe como hipótese de cabimento do recurso extraordinário a contrariedade a dispositivo constitucional, contudo, a referida contrariedade é, também, o objeto a ser analisado pelo juízo de mérito, o que pode causar problemas de ordem prática bastante sérios. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 105)

É comum que muitas das decisões dos Tribunais Superiores, ao deixarem de conhecer dos recursos excepcionais devido à inexistência de violação do dispositivo legal, utilizam-se da expressão “negar conhecimento”, quando, de fato, o mérito do recurso foi apreciado, sendo a expressão mais exata “negar provimento”.

O referido equívoco pode parecer simples à primeira vista, todavia, pode acarretar alguns problemas práticos no futuro, referentes à ação rescisória e ao recurso adesivo.

Essa indevida sobreposição do juízo de admissibilidade e de mérito traz consigo ao menos duas consequências de ordem prática: (1) a competência para julgar eventual ação rescisória; (2) a sorte do recurso extraordinário interposto pela via adesiva. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 104)

Em suma, o sistema de admissibilidade dos recursos excepcionais é bipartido, dividindo-se em juízo de admissibilidade, realizado este pelos Tribunais *a quo*, e juízo de mérito, feito pelos Tribunais Superiores. O cumprimento do juízo de admissibilidade se dá pela observância dos requisitos específicos e formais preconizados na Lei, enquanto o juízo de mérito é a apreciação da matéria ventilada no recurso.

Conclui-se, ainda, que a habilidade de diferenciação entre os referidos juízos é de vital importância, uma vez que a sobreposição do juízo de admissibilidade e de mérito pode gerar problemas de ordem prática, como a competência para julgar ação rescisória, bem como o destino do recurso extraordinário pela via adesiva.

Uma vez elucidadas as diferenças entre o juízo de admissibilidade e de mérito, passar-se-á à análise aprofundada do juízo de admissibilidade, assinalando cada um de seus requisitos intrínsecos e extrínsecos, já neste item citados.

1.2.1 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

É de conhecimento notório aos juristas que para que se interponha recurso, é necessário que se respeitem determinados pressupostos processuais, os quais são denominados pressupostos processuais *genéricos*. Em se tratando de recursos de nomenclatura *excepcional*, porém, não basta a observância aos referidos pressupostos, sendo imprescindível que se respeitem também os requisitos específicos de admissibilidade. (MANCUSO, 2013, p. 225)

José Carlos Barbosa Moreira aponta que o objeto do juízo de admissibilidade são os requisitos imprescindíveis para que se possa apreciar legitimamente o mérito do recurso, dando-lhe ou negando-lhe provimento. (2005, p. 117)

Os referidos pressupostos processuais genéricos podem ser subdivididos em *objetivos* e *subjetivos*, sendo que são os objetivos: a) cabimento e adequação (unirrecorribilidade, em regra); tempestividade (sob pena de preclusão); b) regularidade procedimental (preparo, motivação, pedido de nova decisão e contraditório); c) inexistência de fato impeditivo ou extintivo (deserção, desistência, renúncia, transação), e os subjetivos: a) legitimidade (parte, MP e terceiro interessado); interesse decorrente do “fato objetivo da derrota” ou frustração de expectativa entre o que foi pedido e o que foi concedido. (MANCUSO, 2013, p. 224)

Já os pressupostos específicos de admissibilidade podem ser divididos em *extrínsecos* e *intrínsecos*, de acordo com o já citado neste capítulo, sendo os *extrínsecos*: a) tempestividade; b) preparo; c) regularidade formal; d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e os *intrínsecos*: a) cabimento; b) legitimação para recorrer; c) interesse em recorrer. (MANCUSO, 2013, p. 225)

É possível perceber discrepância entre autores; Medina, Mancuso e Barbosa Moreira utilizam-se da dissociação dos pressupostos específicos de admissibilidade em intrínsecos e extrínsecos, entretanto, José Miguel Garcia Medina e José Carlos Barbosa Moreira incluem a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer* nos pressupostos intrínsecos, enquanto Mancuso usa a classificação de Nelson Nery Jr, colocando-o nos extrínsecos.

Assim, focar-se-á no próximo item na análise das hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário, um dos requisitos intrínsecos que possui mais peculiaridades em comparação às outras modalidades recursais.

1.2.1.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO

As hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais estão previstas nos artigos 102, III e 105, III, ambos da Constituição Federal. Imperioso transcrever os referidos artigos:

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

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

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

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.

Iniciar-se-á esta análise partindo do art. 102, a, III, da CF, o qual elenca as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário, traçando-se paralelos em relação ao recurso especial. José Carlos Barbosa Moreira assinala que enquanto as alíneas *b*, *c* e *d* são

axiologicamente neutras, a alínea *a* apresenta juízo de valor (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 580-581).

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, todavia, já demonstram explicação diferenciada, apontando que enquanto no art. 102, III, b, c e d tem-se hipóteses de cabimento, o art. 102, III, a conta com a única fundamentação possível: a contrariedade à CF. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 110). Parte-se, então, da alínea *a* para iniciar-se a análise das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, passando-se também pelo art. 105, III, a, referente ao recurso especial.

Os dispositivos supra mencionados (102, III, a e 105, III, a) seriam aqueles que preveem não apenas a hipótese de cabimento dos recursos excepcionais, como também o seu fundamento. Contudo, pairam algumas dúvidas oriundas da redação dos referidos artigos.

Nesse tocante, faz-se necessário mencionar que a Constituição Federal de 1988, diferentemente da Carta Magna ab-rogada, não repetiu a cláusula limitativa que versava “causas decididas em única ou última instância *por outros Tribunais*”, finalizando a nova redação na palavra “instância”.

O art. 114, III, da CF/1967 fazia menção às causas decididas por “outros tribunais e juízes”, explicitando a possibilidade de recorrer de decisões de primeiro grau. O Ato Institucional nº 06, de 1969, contudo, suprimiu o texto “e juízes”, o que levou o STF a aprovar a Súmula nº 527 a qual dizia que “não cabe recurso extraordinário das decisões do juiz singular”. (ASSIS, 2011, p. 738)

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e sua redação neutra nesse sentido, mormente se comparada à do recurso especial, bem como com a revogação da Súmula 527, do STF, concluiu-se, assim, que caberia recurso extraordinário em face de decisão de primeiro grau. (ASSIS, 2011, p. 738)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula 640, a qual enuncia: “é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”, suprimindo qualquer dúvida que possa ter restado do texto constitucional.

O ordenamento jurídico pátrio, portanto, prevê como cabível o recurso extraordinário das decisões proferidas nos embargos de “alçada” da Lei 6.830/1980 (art. 34) e das decisões proferidas nos juizados especiais (CF, art. 98, I). Assim, o recurso extraordinário

é cabível em face de decisões monocráticas, como nos casos acima esposados, devido à não limitação no texto constitucional. (ARRUDA ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2013, p. 235)

Após, quanto à expressão “contrariar”, vê-se que esta pode ter interpretações divergentes no que tange ao juízo de admissibilidade: para que seja cabível o recurso, a mera alegação de contrariedade é suficiente? Ou há que restar cabalmente provada para que o recurso seja admitido?

Pedro Miranda de Oliveira aponta, com alicerce em José Carlos Barbosa Moreira, que a simples alegação já é suficiente para o cabimento do recurso, sendo que o panorama fica da seguinte forma: contrariar a Constituição ou lei federal é pressuposto para o provimento do recurso extraordinário/especial; para que haja o conhecimento, é suficiente a alegação. (2013, p. 111)

José Miguel Garcia Medina segue na mesma esteira quanto à hermenêutica do termo *contrariedade*, já adicionando que, no recurso extraordinário, não basta a mera alegação de contradição à Constituição, sendo necessário, ainda, que a referida contrariedade ostente repercussão geral. Dessa maneira, tem-se que a questão constitucional suscitada não pode ser simples, devendo ser qualificada pelo requisito da repercussão geral. (MEDINA, 2012, p. 79)

Ainda na discussão terminológica, tem-se que o texto do art. 105, III, a, referente ao cabimento do recurso especial, conta ainda com outra expressão, a de “*negar vigência*”. Compulsando-se a Constituição de 1967, com a Emenda 1/1969, é possível verificar que se previa apenas a hipótese de negativa de vigência da lei federal como hipótese de cabimento do recurso especial. (MEDINA, 2012, p. 79)

Na redação da Constituição Federal de 1988, todavia, incluiu-se, no art. 105, III, a, os dois termos “*contrariar* tratado o lei federal, ou *negar-lhes vigência*”, de forma que a questão merece atenção, pois, por óbvio, não se tratam das mesmas condições.

Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que o termo “contrariar”, à primeira vista, parece possuir maior abrangência do que “negar-lhe vigência”, pois “contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; [...] negamos vigência a um texto, porém, quando declinamos de aplicá-lo, ou aplicamos outro, aberrante da *fattispecie*”. (MANCUSO, 2013, p. 227)

Em resumo, contrariar dispositivo da Constituição é, em seu íntimo, macular norma constitucional através de sua não aplicação ao caso em exame, quando deveria fazê-lo,

“ou com desvirtuamento do preceito constitucional, quando de sua aplicação no julgado”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 116)

Negar a vigência, por sua vez, seria “negar a aplicação do texto legal no qual a parte estava realmente amparada para ter a causa decidida em seu favor, ou seja, deixar de reconhecer eficácia à norma legal aplicável ao caso concreto. É ignorar a lei que obrigatoriamente teria de ser aplicada”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 116)

Nesse sentido, já decidiu o STF: “Nega vigência à lei federal não só a decisão que afirma não estar ela em vigor, porque já não vigora, ou ainda não vigora, mas também a que não a aplica, quando ela é aplicável, ou pretendendo ou fingindo aplicá-la, faz o frontalmente oposto do que diz, na letra e no espírito, o texto traído”. E no âmbito do STJ já se decidiu: “Processual civil – Honorários advocatícios. Não aplicar o art. 20, § 4º, do CPC quando a Fazenda Pública é vencida significa negar-lhe vigência. Recurso não conhecido”. (MANCUSO, 2013, p. 229)

Conclui-se, portanto, que se ainda estivessemos à vigência da Constituição de 1967, seria deveras restrita a hipótese de cabimento do recurso especial, eis que só se daria em caso de negativa de vigência à lei federal. Com o advento da Constituição de 1988 e a colocação do termo “contrariar tratado ou lei federal”, abriu-se um maior leque de possibilidades para a interposição do referido recurso excepcional. (MEDINA, 2012, p. 81)

Ainda, quanto ao recurso extraordinário, vê-se que a leitura do art. 102, III, a, deve ser feita em consonância ao art. 102, § 3º, o qual impõe a impreteribilidade da repercussão geral para interposição recursal, qualificando, de certa forma, a mera alegação de contrariedade à Constituição. (MEDINA, 2012, p. 82). Assim, não basta a alegação de contradição à norma constitucional, esta deve ter um *plus*, ostentando repercussão geral.

Passada a análise do art. 102, III, a, segue-se, em sequência, ao art. 102, III, b, CF/88, o qual versa sobre a hipótese de cabimento em caso de “decisão que declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Rodolfo de Camargo Mancuso, de pronto, destaca duas questões: a qual decisão se refere o texto constitucional, bem como se a declaração de inconstitucionalidade mencionada é a que se faz via direta ou incidental. (MANCUSO, 2013, p. 270)

Ab initio, perlustrando o texto constitucional, tem-se que o propósito do recurso interposto no caso da aludida alínea é diretamente inverso ao previsto na alínea *a*, pois tem por fim questionar a inconstitucionalidade reconhecida por decisão recorrida. É possível denotar do texto, portanto, “que a decisão de única ou última instância, ao solucionar a lide, declarou que determinado dispositivo de tratado ou lei federal é contrário ao texto constitucional”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 122)

Assim, é possível responder ao questionamento acima feito; a decisão a que se refere o texto constitucional é aquela que declara que o determinado dispositivo é contrário ao texto constitucional, não sendo cabível, por tal alínea, interpor recurso extraordinário contra decisão que afirmar a *constitucionalidade* de tratado ou lei federal. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 122)

Quanto ao segundo questionamento, assevera-se brevemente que se trata, restritivamente, o cabimento do recurso extraordinário pela alínea b à hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, pois, conforme leciona Rodolfo de Camargo Mancuso, “de declaração em via principal não se poderá cuidar, na hipótese, pois tal declaração – através de ação direta de inconstitucionalidade – é competência *originária* do STF, a teor do disposto no art. 102, I, a, da CF/1988”. (MEDINA, 2012, p. 90)

Ultrapassada a análise ao art. 102, III, b, o subsequente é a alínea c, a qual dispõe sobre decisão que “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”, aproveitando-se para abarcar também a alínea d, de redação similar (“*julgar válida lei local contestada em face de lei federal*”) e traçando-se paralelo com o art. 105, III, b, “*julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal*”, hipótese de cabimento de recurso especial incluída pela Emenda Constitucional nº 45/2004. (MANCUSO, 2013, p. 278)

Não é por acaso que se encontram similaridades nas redações acima transcritas; na Constituição Federal de 1967, as referidas hipóteses enquadravam-se todas no recurso extraordinário, em um mesmo dispositivo. Com a promulgação da Constituição de 1988, houve dissociação entre as hipóteses e, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, novo desmembramento, o qual incluiu no art. 105 a alínea c. (MANCUSO, 2013, p. 278)

Nos dois casos há um *núcleo comum*: “lei ou ato de governo local”; e um importante *discrímen*: no caso do especial, a validade do ato de governo local implicou na preterição da lei federal (art. 105, III, b); no caso do extraordinário, o contexto se bifurca: (i) a decisão recorrida julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF (art. 102, III, c) ou (ii) a decisão recorrida julgou válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, d). (MANCUSO, 2013, p. 278)

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe significativas mudanças para as hipóteses de cabimento de recurso especial ou extraordinário. Houve a inclusão da alínea d no art. 102, III, da CF, estabelecendo que contra decisão final que julgar válida lei local contestada em face de lei federal, cabe recurso extraordinário.

José Miguel Garcia Medina explica as razões da alteração: no caso, a controvérsia “não concerne meramente à legislação infraconstitucional. Em verdade, a disputa diz respeito à distribuição *constitucional* de competência para legislar”. Ou seja, se lei local está sendo contestada em face de lei federal, se deve ao fato daquela tratar de matéria que, por ordem constitucional, deveria ter sido tratada por esta. (2012, p. 87)

Analisando-se em paralelo o art. 105, III, b, tem-se que a Emenda Constitucional versou sobre o cabimento de recurso especial contra acórdão que reputa válido *ato de governo* em face de lei federal; assim, a admissibilidade do recurso especial é restrita às hipóteses em que tenha prevalecido, equivocadamente, ato de governo local (ato, portanto, infralegal) em face de lei federal. (MEDINA, 2012, p. 87)

Em suma:

O verdadeiro sentido da alínea *b* do art. 105, III, da CF não resulta muito claro à primeira vista, mas o que o constituinte quis dizer se bifurca em duas possibilidades: a) o acórdão recorrido teve por *inválido* o ato de governo local, no confronto com uma lei federal; essa hipótese afasta o recurso especial porque aí não se contrariou nem se negou vigência a uma lei federal, mas, ao contrário, com isso se prestigiou a *normação federal*; b) a decisão julgou válida (entenda-se: *fundou-se em*) lei local, não recepcionando, pois, a alegação de que ela afrontava lei federal. Aqui, sim, surge a “questão federal”, em sentido largo, porque, então, privilegiou-se a normação local em detrimento da federal, e então se admite o recurso extraordinário para que o STF verifique se a opção feita no julgado recorrido estava correta ou se o afastamento da lei federal na espécie foi equivocado (art. 102, III, d); idem, se se prestigiou o ato de governo local, contestado em face da CF (art. 102, III, c). (MANCUSO, 2013, p. 279)

Assim, resume-se: o art. 102, III, *c*, da CF, versa sobre a hipótese de cabimento do recurso extraordinário quando o acórdão declara validade de lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição, de forma que o recorrente buscaria, na interposição do recurso, a declaração de invalidade da referida lei ou ato do governo local. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 125)

A via reversa, por sua vez, não seria possível – tribunal local negou aplicação de lei ou ato de governo local por julgá-los inválidos, recorrente deseja a validade –, pois não haveria ofensa à Constituição, não sendo cabível, por corolário, o recurso extraordinário. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 125)

O art. 102, III, *d*, relaciona-se à validade de lei local em face de lei federal, sendo cabível o recurso extraordinário, pois se trata de controvérsia a respeito de distribuição constitucional de competência. Já o art. 105, III, *b*, abarca a questão da validade de ato do

governo local em face de lei federal, uma vez que se trata de disputa entre ato infralegal em face de lei federal. (MEDINA, 2012, p. 87)

Finalizando as hipóteses de cabimento, resta apenas tratar do art. 105, III, c, o qual enuncia que cabe recurso especial ao STJ quando a decisão recorrida “*der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*”. A referida alínea advém das Constituições pretéritas, tendo deslocado a competência para julgar as divergências jurisprudenciais para o STJ. (CÔRTEES, 2014, p. 144)

Por óbvio, depreende-se do texto constitucional que a função precípua do art. 105, III, c é a uniformização da jurisprudência no âmbito nacional, visando dar à norma jurídica “um único sentido entre os vários que se lhe podem atribuir, sempre relacionando-se a unidade com a constância da realidade social que, se alterada, levará a outros posicionamentos”. (CÔRTEES, 2014, p. 146)

Contudo, é possível observar, também, que o recurso especial limita-se às divergências jurisprudenciais acerca de lei federal, não abarcando, aliás, as súmulas. (CÔRTEES, 2014, p. 146).

Araken de Assis preleciona que o recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial presume a existência de quatro requisitos simultâneos: a identidade do objeto do dissídio, a natureza federal do dissídio, a atualidade do dissídio e a diversidade de tribunais do dissídio. (ASSIS, 2011, p. 839)

Quanto à identidade do objeto do dissídio, tem-se que o acórdão impugnado e o paradigma devem fazer referência à aplicação da mesma lei federal (regra ou princípio); ou seja, só há recurso especial baseado em dissídio jurisprudencial quando se verificar diferentes soluções para uma mesma questão, e não soluções idênticas para questões diferentes.

Após, no que concerne à natureza federal do dissídio, assevera Araken que a divergência deve repousar sobre questão federal, exclusivamente, escapando os dissídios acerca da Constituição Federal e direito local da competência do STJ, cabendo dirimir seus dilemas ao STF e aos tribunais locais, respectivamente.

Sobre a atualidade do dissídio, faz-se mister que a questão ainda não haja sido dirimida pelo STJ, apresentando-se atual. Nesse sentido segue a Súmula 83, do STJ, que versa: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Por fim, acerca da diversidade de tribunais no dissídio, Araken aponta que o acórdão sobre o qual se diverge deve ter sido prolatado por “outro tribunal”, sendo que os exarados pelo mesmo tribunal não servem como paradigma.

O dissídio composto pelo especial pode ocorrer “entre dois tribunais federais” – ressalva feita à colação de julgado paradigma oriundo de tribunais trabalhistas, conforme fixou a Súmula do STF n. 432 –, “entre um tribunal federal e outro local, ou entre tribunais locais de distintas unidades federadas, ou da mesma unidade”. (ASSIS, 2011, p. 841)

Por fim, conclui Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que ao se transmutar a legislação constitucional, atribuindo a competência do julgamento de divergências jurisprudenciais a nível federal para o STJ e não se prevendo o mesmo para as mazelas constitucionais (2013, p. 308), tem-se como consequência que:

a) o dissenso pretoriano passou a referir-se apenas à lei federal *stricto sensu*, como fundamento específico de recurso especial; b) o STJ não pode conhecer de recurso especial fundado em divergência de interpretação de texto constitucional, porque essa hipótese não está prevista nos permissivos que regem esse recurso; c) o STF procede, *indiretamente*, à *uniformização* da interpretação do texto constitucional, quando conhece de extraordinário interposto com base em qualquer das alíneas do art. 102, III. (MANCUSO, 2013, p. 308)

Assim, percebe-se que o dissídio pretoriano, mesmo que baseado em norma constitucional, não configura hipótese autônoma de cabimento de recurso extraordinário, pois, na condição de guardião da Constituição, o STF pode interpretar a decisão com base em quaisquer das alíneas do art. 102, III, da CF.

2. PREQUESTIONAMENTO

O instituto do prequestionamento encontra-se inserido no ordenamento jurídico pátrio desde que se previu pela primeira vez a modalidade de recurso extraordinário, na Constituição de 1891. Com o passar dos tempos, houve a supressão desse termo nas Cartas Magnas subsequentes, o que suscitou muitas dúvidas acerca de sua exigibilidade.

Ademais, o instituto do prequestionamento em si é deveras polêmico, contando com diversos entendimentos doutrinários acerca de sua necessidade ou não, de sua classificação como requisito de admissibilidade ou apenas como meio para atingir o requisito da *causa decidida*, sobre a qual explanar-se-á de forma mais aprofundada a seguir.

Ainda, necessário introduzir o tema das questões de ordem pública e a necessidade de serem prequestionadas, porquanto podem ser deduzidas de ofício pelo magistrado.

Dessa forma, neste capítulo explanar-se-á acerca do instituto do prequestionamento em si e os seus desdobramentos, como no caso das questões de ordem pública e quanto ao efeito translativo aplicado ou não aos recursos excepcionais.

2.1 PREQUESTIONAMENTO: BREVE HISTÓRICO E ATUAIS ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO

É de conhecimento público aos operadores do direito que o prequestionamento é tido como um requisito específico de admissibilidade, tanto para o recurso extraordinário quanto para o recurso especial. Faz-se mister, porém, realizar breve retrospecto histórico acerca de tal requisito, a fim de melhor compreensão do seu significado no atual ordenamento jurídico.

Houve previsão do prequestionamento na primeira Carta Magna que preconizou o recurso extraordinário; a Constituição de 1891, em seu art. 59, 3, § 1º, *a*, estabelecia que o recurso era cabível “quando se questionar sobre a validade e a aplicação de tratados e leis federais e a *decisão do tribunal dos Estados for contra ela*”.

Dessa forma, entende-se que há dois núcleos: o fato de se questionar a validade de tratado ou lei federal, bem como o de que a decisão recorrida deve ser contrária à validade de tratado ou lei federal. (MEDINA, 2012, p. 110)

A Constituição de 1946 trouxe certa inovação à redação do artigo que tratava das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, enunciando que este tinha vez quando “quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada” (art. 101, III, *b*, CF/1946).

Com a supressão do termo “*questionar*” do texto legal, surgiram diversos entendimentos, com, inclusive, alguns doutrinadores acreditando ser preterível o prequestionamento. A jurisprudência, porém, não comungou do entendimento, direcionando-se no sentido da exigência implícita do prequestionamento pelas partes. (MEDINA, 2012, p. 200)

As Constituições posteriores continuaram a suprimir o vocábulo *questionar* do texto constitucional, o que colocou em xeque a sua necessidade na interposição do recurso extraordinário. Osmar Mendes Paixão Côrtes demonstra, com o auxílio de Antônio de Pádua Ribeiro, que, após a Constituição de 1967 “houve quem sustentasse a desnecessidade do prequestionamento. Isso porque a referida Constituição não faz referência à palavra ‘questionar’”. (CÔRTEES, 2014, p. 111)

Apesar da supressão do termo “questionar” na CF/46 e CF/67 parecia inexorável o entendimento jurisprudencial que enunciava sobre a necessidade rígida do prequestionamento para admissibilidade dos recursos excepcionais; salienta-se que algumas vozes fortes da doutrina já se mostravam contrárias a tal entendimento, contudo, a jurisprudência já se encontrava sedimentada, ocasionando a edição das Súmulas 282 e 356. (MEDINA, 2012, p. 200)

Em suma: antes da Constituição Federal de 1946, a doutrina era pacífica no sentido da necessidade do prequestionamento e da admissibilidade do Recurso Extraordinário quando a questão constitucional ou federal aparecesse na decisão recorrida sem a provocação das partes.

Travou-se, contudo, divergência doutrinária e jurisprudencial, exacerbando-se a importância do prequestionamento como atividade das partes e tornando-se mais importante para a jurisprudência que a questão tivesse sido suscitada do que a presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida.

Quanto à necessidade de prequestionamento, muitos autores se manifestaram, destacando-se alguns entendimentos. O Min. Eduardo Ribeiro de Oliveira, do STJ expõe que: “tendo o prequestionamento a apontada razão de ser fundado no direito positivo

constitucional, forçoso concluir que sua exigência é indeclinável”. (MANCUSO, 2013, p. 290)

José Afonso da Silva, por outra via, acredita que o silêncio constitucional seja significativo, desonerando “o recorrente da demonstração do prequestionamento”, encontrando a referida exegese correspondência em Pontes de Miranda e Pedro Baptista Martins. Da mesma forma entende o Min. Carlos Velloso, do STJ, afirmando que a exigência do prequestionamento *não terá vez*. (MANCUSO, 2013, p. 291)

O Min. Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, por sua vez, postula de forma mais moderada, entendendo que o prequestionamento é ainda atual, pois “decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição”, contudo, tal exigência deve ser “escoimada, porém, dos exageros do formalismo”, quais sejam estes a “indicação expressa do artigo de lei, [...] e a necessidade de oposição de Embargos de Declaração, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido”. (MANCUSO, 2013, p. 291)

O prequestionamento, porém, continua, porque não é exigência descabida, mas serve para pôr freio a situações sem sentido processualmente, pois, se assim não for, a controvérsia não fica circunscrita à propositura da ação e à contestação, alargando-se assim, de modo sem limite, para surgirem questões novas apenas no final da causa, em verdadeira surpresa para o adversário, tumultuando o processo. O mesmo requisito serve para o recurso especial pelo objetivo similar ao recurso extraordinário. (LIMA, 2006)

Nesse movimento é que se passou a exigir que, caso as partes não tivessem feito o prequestionamento da matéria, mas o Tribunal tivesse resolvido determinada questão federal ou constitucional, ainda assim a parte deveria prequestionar, através dos Embargos de Declaração prequestionadores.

Ou seja, apesar da CF/1946 ter suprimido o termo “questionar”, a jurisprudência migrou, inexplicavelmente, para o sentido inverso, exigindo irrestritamente o prequestionamento em todos os casos, apesar de inexistir previsão constitucional para tanto.

Tantas incertezas e inseguranças tornam mais dificultoso traçar um perfil do instituto do prequestionamento, porém, o autor encontra solução na própria Constituição Federal:

Há questão constitucional ou federal não somente quando há contestação de ponto alegado por alguma das partes, mas também quando o próprio juiz tenha suscitado a dúvida sobre determinado ponto. Desse modo, haverá questão federal ou questão constitucional sempre que o juiz aplicar a lei federal ou a Constituição Federal à hipótese, seja em decorrência de as partes terem controvertido acerca de determinado ponto, tornando-o questão a ser resolvida pelo órgão julgador, seja

quando o próprio órgão julgados identificar o ponto, coloca-lo em dúvida e sobre ele resolver. (MANCUSO, 2013, p. 290)

O requisito do prequestionamento, todavia, persistiu, por acreditar-se já estar arraigado em nosso sistema jurídico. Nas palavras de Antônio de Pádua Ribeiro, “Sem que, concretamente, o acórdão haja apreciado as questões pertinentes aos citados objetivos, consubstanciados nas três letras do permissivo constitucional, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente”. (CÔRTEZ, 2014, p. 111)

Hodiernamente, os entendimentos acerca do prequestionamento se multiplicaram e evoluíram, contando-se com diversas correntes doutrinárias para explicar o referido requisito que não se encontra, literalmente, positivado, havendo determinadas teses que mereçam destaque.

Faz-se mister uma breve análise semântica do termo “prequestionamento” antes de adentrar o campo de suas teorias. A palavra prequestionamento é composta pelo prefixo “pré” e pelo substantivo “questionamento”, sendo que o prefixo “pré” significa anterioridade, enquanto questionamento se traduz como o ato de questionar ou indagar. Ou seja, trabalha-se com o significado semântico de “questionar antes”. (SEOANE, 2013)

Ou seja, de pronto ter-se-ia o entendimento de que o prequestionamento seria levantar uma questão anteriormente e, como quem suscita algo na relação processual seriam as partes, e não o magistrado, conclui-se que o prequestionamento deveria ser atividade das partes. (SEOANE, 2013)

Araken de Assis, contudo, preleciona que o prequestionamento não se subordina à atividade das partes, indo contra a semântica do próprio termo:

Das alegações das partes, contra ou a favor do ato decisório recorrido, distingue-se de modo irretorquível: o novo pronunciamento talvez nelas não se baseie, provendo o julgador *ex officio*. Talvez as alegações do recorrente, o objeto do recurso, interposto nas instâncias ordinárias, e a resposta do recorrido suscitem a questão constitucional e predeterminem a respectiva afloração no novo pronunciamento. No entanto, as exceções expostas demonstram que inexistente vínculo obrigatório entre a atividade das partes e o prequestionamento. (ASSIS, Araken, 2011, p. 745)

Dessa forma, notório se torna que há muitos embates travados acerca do instituto do prequestionamento no sistema recursal brasileiro, seja quanto à sua definição, seja quanto à necessidade de sua aplicação, entre outras tantas dúvidas, as quais tentar-se-á dirimir no decorrer deste trabalho.

José Miguel Garcia Medina divide as teorias acerca do prequestionamento em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de

determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é, majoritariamente, atribuído como ônus da parte; c) a junção das duas concepções, de forma que o prequestionamento seria o prévio debate sobre o tema de direito federal ou constitucional, que tenha gerado manifestação expressa do Tribunal a respeito. (2012, p. 111)

Ou seja, o grande embate de ideias polariza-se entre aqueles que defendem que o prequestionamento é decorrente de manifestação do Tribunal *a quo* a respeito da matéria federal ou constitucional, e os que sustentam ser o prequestionamento tarefa que incumbe à parte, devendo, portanto, ser provocada por esta. (MEDINA, 2012, p. 112)

De pronto, imperioso salientar que, sob quaisquer dos entendimentos acima descritos, não se faz óbice à aplicação da Súmula 282, do STF, a qual enuncia que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Entende-se, através da leitura da Súmula, que há a necessidade da questão ser *suscitada*, ou seja, a parte deve tê-la levantado, em algum momento do processo. Ainda, a decisão recorrida deve ter feito manifestação a respeito da referida questão federal. Todavia, como expõe José Miguel Garcia Medina, apesar do disposto na súmula, não se ficou claro em qual dos dois momentos se perfectibiliza o prequestionamento. (2012, p. 113)

Antes de iniciar a explanação acerca de um dos temas mais polêmicos que envolve o cabimento dos recursos excepcionais, o famigerado “prequestionamento”, há que se entender a razão pela qual o tema causa tantas dúvidas e cria inúmeras vertentes.

Medina aponta que a incerteza acerca do prequestionamento reside no alcance do termo *questão federal*, o qual, à primeira vista, parece se referir apenas à contestação de ponto alegado pelas partes, contudo, também é cabível quando o juiz tenha suscitado a dúvida sobre determinado ponto. (2012, p. 114)

Há, porém, expressão no dispositivo constitucional que enseja ainda mais dúvidas e que tange diretamente ao prequestionamento, que é o conceito de “*causa decidida*”; a CF, ao tratar da competência do STF e do STJ, aponta que lhes cabe julgar “as *causas decididas*, em única ou última instância, [...]” (102, III e 105, III, CF)

Inicia-se tratando do conceito de *causa*, o qual deve ser encarado da forma mais ampla possível. O termo abarca a totalidade dos processos em que haja sido proferida decisão jurisdicional, independentemente de ser no âmbito contencioso ou voluntário, bem como

abrange também as hipóteses em que não houve julgamento do mérito. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 169)

Ainda, não se limita também, no referido termo, a natureza do processo, podendo ser cognitivo, execução, cautelar ou procedimento especial, assim como o tipo de decisão (terminativa, definitiva, interlocutória). Ou seja, *causa* é a existência de uma questão, de uma controvérsia judicial. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 169-170)

Salienta-se que a Constituição de 1988 inovou ao contrariar a dicção da Carta anterior, a qual impunha que era cabível recurso extraordinário contra as “causas decididas em única ou última instância *por outros tribunais*”. Ao retirar tal expressão, a CF/88 estabeleceu que poderá ser exercitado o recurso extraordinário mesmo contra decisões de 1º grau, como as proferidas nas decisões dos Juizados Especiais Cíveis. (MANCUSO, 2013, p. 128)

Outro fator que alicerça o fato de ser prescindível a decisão ser exarada por tribunal é a análise em conjunto do texto do art. 102, III, com o art. 105, III, CF. No dispositivo que versa sobre o recurso especial, deixou-se claro que só são recorríveis as decisões *de tribunais*. Ora, se a cláusula restritiva não é presente no texto do art. 102, III, CF, nítido é que não há essa exigência para o recurso extraordinário. (MANCUSO, 2013, p. 129)

O constituinte falou em “causas decididas”, *tout court*, quando tratou do recurso extraordinário, ao passo que, ao versar sobre o recurso especial, atrelou aquela expressão ao termo “Tribunal”, tudo indicando que quis estabelecer uma diferenciação entre os dois recursos, descabendo cogitar-se que tenha havido um lapso terminológico. E a intenção, a nosso ver, foi justamente a de estabelecer certo *contrapeso*: o recurso extraordinário perdeu, para o recurso especial, o controle da validade, autoridade, uniformidade, enfim, da *inteireza positiva* do direito federal; *em compensação*, ganhou a possibilidade de ser o recurso extraordinário oponível contra decisões de 1º grau, quando prolatadas em causa de instância única. (MANCUSO, 2013, p. 130)

Ou seja, qualquer decisão judicial, seja sentença, seja decisão interlocutória, pode ser alvo de recurso excepcional, excluindo-se, portanto, as possibilidades de interposição de RESp e REx em face de decisões administrativas proferidas por “tribunais” administrativos, como Tribunal de Contas, Tribunal Marítimo, entre outros. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 170)

Ainda, não é suficiente à interposição de recurso excepcional a existência de *causa*, é necessário que a causa tenha sido *decidida*. Nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira, “*causa decidida* não é só a decisão final da lide principal, mas também a decisão

final de um incidente ou de uma questão processual resolvida por intermédio de uma decisão interlocutória”. (2013, p. 171)

Soma-se ainda ao conceito acima transcrito que não é suficiente se tratar de *causa decidida*; esta deve ter sido decidida *definitivamente*. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 171). Conforme já exposto no capítulo anterior, é plenamente plausível que se interponha RESp e REx simultaneamente, entretanto, estes só são cabíveis quando não mais cabível recurso ordinário.

Resgatando a súmula 282, do STF, tem-se que, para boa parte da doutrina processualista, esta “consagrou o verdadeiro sentido de um dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, qual seja a existência de *causa decidida* sobre a questão legal suscitada”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 171)

José Miguel Garcia Medina assinala que o prequestionamento não ocorre na decisão recorrida, mas antes desta, podendo se verificar situações nas quais o juízo, independentemente de suscitação das partes, manifeste-se sobre o assunto. Isso equivaleria ao prequestionamento erigido pelas partes litigantes, eis que, no fim, restou ventilada a questão federal ou constitucional. (2012, p. 114)

Dessa forma, o prequestionamento não poderia ser considerado requisito de admissibilidade, eis que seria apenas um dos meios para se chegar ao verdadeiro requisito, o da *causa decidida* sobre a aplicação de dispositivo legal constitucional ou infraconstitucional na decisão recorrida, englobado pelo requisito do cabimento. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 171)

Assim, a questão (constitucional ou federal) pode surgir na decisão, seja em virtude de prequestionamento realizado pela parte – e aqui usamos a expressão no sentido que temos por efetivamente correto –, seja por “prequestionamento” realizado pelo próprio órgão jurisdicional. O que importa, no entanto, para que seja cabível o recurso extraordinário ou especial, é que a questão constitucional ou federal reste decidida – dê-se a este fenômeno o nome de “prequestionamento” ou não. (MEDINA, 2012, p. 115)

Ou seja, conclui-se que o primordial para que seja cabível o recurso extraordinário ou especial é que reste decidida, definitivamente, na decisão recorrida a questão federal ou constitucional, independente de ter sido ou não suscitada pelas partes em algum momento do processo. (MEDINA, 2012, p. 115)

Nelson Nery Junior aponta, de forma a resumir o exposto, que o prequestionamento é meio para se instar o juízo ou tribunal de origem a *decidir* sobre a questão federal ou constitucional que será arguida perante o STJ ou STF. O

prequestionamento, por sua vez, não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, sendo o verdadeiro requisito “o cabimento, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente ‘decididas’ pelas instâncias ordinárias”. (MEDINA, 2012, p. 116)

A expressão *prequestionamento* é equívoca, porque pode dar a entender que bastaria ao recorrente “suscitar” (prequestionar) a matéria para o cabimento do REsp. A CF 105 III não fala em suscitar nem em prequestionar, mas em “causa decidida” para que seja cabível o REsp. Portanto, para o sistema constitucional brasileiro, prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se *efetivamente* sobre a questão legal, previamente à interposição do REsp. (NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 66-7)

Athos Gusmão Carneiro mostra o cerne da questão, asseverando que não basta que determinado ponto tenha sido levantado pelas partes em algum momento processual, sendo impreterível que a matéria reste *decidida* pelo juízo. Ou seja, não é necessário para o prequestionamento que se mencione expressamente os textos de lei contrariados, bastando que a questão tenha sido objeto de apreciação. (2003, p. 31 e 43)

José Miguel Garcia Medina se manifesta no mesmo sentido, indo além ao asseverar que não existe exigência constitucional quanto à existência de prequestionamento, pois, “o que se exige, para a interposição dos recursos extraordinários, é a presença de uma questão (constitucional ou federal) na decisão recorrida, tenha ou não havido prequestionamento”. (2012, p. 115)

No tocante ao recurso extraordinário, conforme já dito neste trabalho, a questão constitucional não é suficiente, devendo esta ser qualificada por mais um requisito específico de admissibilidade, a repercussão geral. Nessa toada, a jurisprudência recente do STF vem imprimindo ao REX função mais abrangente, passando esse a ter certas características antes tangentes apenas ao controle concentrado de constitucionalidade. Tal fenômeno é conhecido como *objetivação* do recurso extraordinário. (MEDINA, 2012, p. 116)

É nítido que tal exigência, inserida pela EC/2004, restringiu ainda mais as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. Por tal razão, já existe julgado do STF reconhecendo a tendência à “flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada”. (MEDINA, 2012, p. 118)

A referida flexibilização se volta, mormente, à hipótese prevista no art. 543-A, § 3º, do CPC, o qual dispõe que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Ou seja, vê-se que,

neste caso, a repercussão geral é, de certa forma, presumida. Assim, caso se siga tal orientação jurisprudencial, sempre que for o caso do aludido artigo, haveria “flexibilização” do prequestionamento. (MEDINA, 2012, p. 118)

Em resumo, tem-se que o prequestionamento surgiu juntamente com a primeira previsão de recurso extraordinário, e se manteve presente no ordenamento jurídico mesmo sem estar literalmente descrito nas Cartas Magnas. Hodiernamente, sob a égide da CF/88, o prequestionamento é ainda presente e necessário, contando com diversas teorias para resolver as lacunas que o dispositivo constitucional deixa.

Há fortes correntes doutrinárias em várias vertentes, porém, a doutrina processualista atual converge seus entendimentos no sentido de que o prequestionamento seria atividade das partes, o ato de suscitar alguma questão, e que não seria requisito específico de admissibilidade dos recursos excepcionais, sendo o verdadeiro requisito a “*causa decidida*”.

Ainda, à *causa decidida* não é suficiente que tenha apenas se proferido manifestação, mas a manifestação deve ser *definitiva*. Assim, para que se possa interpor RESp ou REx é impreterível que tenha havido *causa decidida*, em definitivo, por determinado juízo.

No caso do recurso extraordinário tal exigência se qualifica, eis que a causa decidida deve ser qualificada pela repercussão geral; isso não se verifica no recurso especial, o qual presume apenas a existência de questão federal. Contudo, apesar da repercussão geral parecer restringir as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, a jurisprudência atual do STF vem decidindo pela flexibilização do prequestionamento, de forma a objetivar o recurso extraordinário e deixá-lo mais abrangente.

Uma vez ultrapassada a problemática acerca do prequestionamento em si, cabe passar à análise de um dos temas centrais deste trabalho, qual seja, o prequestionamento referente às matérias de ordem pública.

2.2 PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Ab initio, antes de adentrar na temática principal, imperioso realizar a explanação sobre premissas básicas do tema. Uma vez já elucidado acerca do prequestionamento, cabe, portanto, fazer breve introdução sobre o que são as matérias de ordem pública.

As questões de ordem pública são imperativos que demonstram a supremacia do interesse público sobre o interesse do particular. Estas não se encontram inseridas em rol

exemplificativo/taxativo no Código de Processo Civil, bem como a expressão “matéria de ordem pública” sequer consta no atual CPC.

Ressalta-se, de plano, que a definição de matéria de ordem pública é complexa, pois a doutrina não apresenta unanimidade quanto à sua definição, sendo que alguns autores limitam sua aplicação a determinados artigos, a seguir citados, e outros expandem as suas possibilidades.

Cândido Rangel Dinamarco aduz que:

São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao *interesse público*. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.

Não é possível traçar conceitos muito rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para a distinção entre umas e outras. Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes. Não o são aquelas que têm em conta os interesses das partes em primeiro plano, sendo relativamente indiferente ao correto exercício da jurisdição a submissão destas ou eventual disposição que venham a fazer em sentido diferente. (DINAMARCO, 2004, p. 69-70)

Teresa Arruda Alvim Wambier faz uma correlação entre matéria de ordem pública e matéria examinável de ofício, todavia, ressalta que nem tudo que é examinável de ofício é matéria de ordem pública. Paulo Henrique dos Santos Lucon também faz relação com os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, uma vez que as matérias de ordem pública podem e devem ser reconhecidas *ex officio* pelo juízo, bem como sobre elas não se opera a preclusão.

Kátia Mangone utiliza como definição em sua obra:

No presente trabalho, considera-se questão de ordem pública toda aquela que, apesar de não especificada em rol taxativo pelo legislador, apresenta características de interesse público, visando a proteção do sistema e da coletividade, e não especificamente aos interesses individuais das partes. Deve ser analisada de ofício pelo juiz em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinário (arts. 245, parágrafo único, 267, § 3º, 301, § 4º, e 303, inc. II, do CPC), sendo sua observância um ditame imperativo e irrenunciável. Ressalta-se que nem toda matéria cognoscível *ex officio* é matéria de ordem pública. (MANGONE, 2013, p. 135)

Dessa forma, entende-se que há no Código de Processo Civil determinados dispositivos que versam sobre as aludidas matérias de ordem pública. O primeiro artigo seria o 245, parágrafo único, o qual enuncia que sobre a nulidade dos atos, e que define algo *impreluível* no parágrafo único: “Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento”.

O art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil também traz matérias de ordem pública, *ipsis litteris*: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante no n. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

Nessa mesma senda, segue a redação do art. 301, § 4º, do CPC: “Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”. Os artigos, por sua vez, elencam os pressupostos processuais e as condições da ação, respectivamente. Dessa forma, conclui-se que estas são as matérias de ordem pública, as quais podem ser arguidas a qualquer tempo. (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 262)

O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, enquanto não proferida a sentença de mérito, dos pressupostos processuais (salvo a convenção de arbitragem, art. 301, § 4º, CPC) e das condições da ação. Os pressupostos processuais e as condições da ação só podem ser conhecidos de ofício nas instâncias ordinárias (STJ, 4ª Turma, REsp 302.905/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.04.2001, p. 194; contra, permitindo o conhecimento de ofício na instância especial, STJ, 4ª Turma, REsp 94.458/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 15.02.2001, DJ 09.04.2001, p. 365).

Por fim, o art. 303, II, menciona que após a contestação só se pode deduzir novas alegações quando “competir ao juiz conhecer delas de ofício”. Assim, vê-se que o art. 245, parágrafo único e o 303, II, do CPC, tratam de hipóteses intraprocessuais nas quais cabem a alegação de matérias de ordem pública, enquanto o 267 e o 301, do CPC, tratam das matérias em si.

Dessa forma, são as matérias de ordem pública, conforme o artigo 267, do Código de Processo Civil: ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (267, IV, CPC); preempção, litispendência e/ou coisa julgada (267, V, CPC); ausência de possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual (267, VI, CPC).

E, de acordo com o art. 301, CPC: inexistência ou nulidade da citação (301, I); incompetência absoluta (301, II); inépcia da petição inicial (301, III); preempção (301, IV); litispendência (301, V); coisa julgada (301, VI); conexão (301, VII); incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização (301, VIII); carência de ação (301, X); e falta de caução ou outra prestação que a lei exige como preliminar (301, XI). (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p. 263 e 310)

Uma vez ultrapassado o conceito das questões de ordem pública, imperam ainda algumas incertezas, sendo a primeira quanto à preclusão após análise do juízo. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apontam que se da decisão recorrível que trata de matéria de ordem pública não se interpuser agravo, não deverá incidir a preclusão.

Isso, pois “o limite final para a apreciação das questões de ordem pública e de direitos indisponíveis é a preclusão máxima, denominada impropriamente de ‘coisa julgada formal’ (nas instâncias ordinárias) ou, em se tratando do juiz de primeiro grau, a prolação da sentença de mérito”. (NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 708)

Humberto Theodoro Junior corrobora com o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, apontando que “matéria de ordem pública, as condições da ação e os pressupostos processuais são indisponíveis e insuscetíveis de preclusão, mesmo quando a questão já tenha sido objeto de decisão sem oportuno recurso da parte”. (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 147)

No que tange especificamente ao prequestionamento de matéria de ordem pública, tem-se que se trata de ramo deveras espinhoso no Direito Processual Civil, envolvendo outra questão bastante polêmica: o efeito translativo nos recursos excepcionais. Faz-se mister realizar explanação sobre esses temas.

As condições da ação podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz a qualquer momento do processo e em qualquer grau de jurisdição, concepção esta que decorre da teoria eclética – a ausência das condições da ação importa na própria inexistência do direito de ação –, razão pela qual poderia ser observado em qualquer tempo processual.

A referida questão de *qualquer tempo processual* é deveras controversa, havendo diferentes interpretações da leitura do art. 267, § 3º, do CPC, que versa “o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nº IV, V e VI; [...]”.

A exclusiva – e limitada – interpretação gramatical do referido dispositivo poderia levar a crer que o julgador “somente pode examinar de ofício as condições da ação e extinguir o processo sem resolução do mérito, caso uma delas estiver ausente anteriormente à sentença de mérito. Assim, não haveria decisão terminativa de ofício em grau recursal”. Tal aceção entende, portanto, que o termo “em qualquer grau de jurisdição” abarca somente as instâncias ordinárias.

Notoriamente, o entendimento acima exposto causa polêmicas nas instâncias extraordinárias, pois, caso haja limitação do reconhecimento das matérias de ordem pública ao grau ordinário, não seria possível ao julgador reconhecê-la de ofício no exame dos recursos especial e extraordinário, discussão fortemente travada atualmente.

Outro óbice ao reconhecimento das matérias de ordem pública *ex officio* pelo julgador é o prequestionamento, meio imprescindível para o pressuposto de admissibilidade dos recursos excepcionais que é o cabimento. Assim, questiona-se: seria possível o reconhecimento *ex officio* nas instâncias extraordinárias de matéria de ordem pública quando esta não restou prequestionada? (VALENTE CARDOSO, 2013, p. 126)

Muito se discute no Superior Tribunal de Justiça acerca do reconhecimento destas questões de ofício pelo magistrado:

Discute-se no Superior Tribunal de Justiça se o reconhecimento da carência de ação (de ofício ou mediante provocação) é possível no julgamento do recurso especial, existindo três correntes de opiniões distintas: (a) podem ser analisadas somente se houver prequestionamento específico; (b) o exame pode ser feito de ofício, inclusive em grau recursal excepcional, independentemente de prequestionamento; (c) podem ser verificadas, inclusive de ofício pelo STJ, somente após o conhecimento do recurso, ou seja, depois do exame de admissibilidade dos seus requisitos formais, mas não há necessidade de prequestionamento específico acerca da carência de ação. (VALENTE CARDOSO, 2013, p. 123)

Na mesma toada, colhe-se análise feita por outros autores que põem em xeque duas situações acerca da (im)prescindibilidade do prequestionamento das matérias de ordem pública nos recursos excepcionais, contrapondo-se duas teses: a que diz ser impossível a análise das questões de ordem pública não decididas na decisão impugnada, mesmo quando admitida sob outros fundamentos, e outra, que pugna pela possibilidade sempre que superado o juízo de admissibilidade do recurso excepcional interposto. (NASCIMENTO E SILVA; RAATZ, 2011, p. 73)

Iniciar-se-á pelos pontos defendidos pelos articulistas, aos quais não se filia esta autora, bem como o Novo CPC. Diz-se que não é adequado ampliar de tal forma a devolutividade dos recursos excepcionais, pois estes aproximar-se-iam demasiadamente dos recursos ordinários, travestindo-se o STJ e o STF de Cortes ordinárias.

Ademais, é explanado que a leitura da Súmula 456, do STF, não é feita adequadamente, pois “seria possível pensar que o STF e o STJ, ao julgarem os recursos a eles submetidos, não aplicariam o direito à espécie? Aplicariam o quê, então? Alguma outra coisa que não fosse o direito?”. (NASCIMENTO E SILVA; RAATZ, 2011, p. 75)

Já a tese que defende a possibilidade de análise *ex officio* da matéria de ordem pública nos recursos excepcionais, mesmo que não especificamente prequestionada, tem como carro-chefe a Súmula nº 456, do STF, a qual enuncia: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. (VALENTE CARDOSO, 2013, p. 127)

Afilia-se à teoria que considera possível a apreciação das questões de ordem pública, mesmo que não prequestionadas, desde que admitido o recurso, pois, de pronto, parece um tanto de exagero formal não conhecer de alegações que eivariam todo o processo de erro apenas em decorrência da inexistência de prequestionamento. (MANCUSO, 2013, p. 291)

O Ministro Almeida Santos já decidiu, pelo STJ, nesse mesmo sentido, afirmando que seria “um rematado absurdo não se conhecer da alegação de coisa julgada ou da arguição de incompetência absoluta, da supressão de instância e outras questões do mesmo peso e relevo”.

Também já decidiu o STF (RE 66.103, RT 480/247-248) no sentido de que seria a decadência matéria de ordem pública e “pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não prequestionada”. (MANCUSO, 2013, p. 291)

Nelson Luiz Pinto expõe, acerca das questões de ordem pública, que, por disposição legal, devem ser “conhecidas e declaradas até mesmo *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º), que são, essencialmente, os vícios positivos de existência e de validade do processo, bem como a presença dos pressupostos processuais negativos”.

Conclui ainda afirmando que, por isso, é necessária a dispensa do requisito do prequestionamento, devendo os Tribunais Superiores conhecer destas matérias de ofício, a fim de evitar o trânsito em julgado de decisão eivada de vício, que poderá ensejar a futura proposição de rescisória. (FABRÍCIO DE MELO, 2006)

Utiliza-se conclusão de Andréa Cherem Fabrício de Melo para expor a opinião acerca do tema:

Essa, com o devido respeito à corrente contrária, a tendência mais consentânea com a efetividade e a instrumentalidade do processo, tão chamada pela moderna ordem processual, em respeito não só ao interesse das partes em litígio, mas ao interesse de toda a coletividade, e que, se espera, seja logo uniformizada ao interior das Cortes guardiãs do direito constitucional e infraconstitucional. (FABRÍCIO DE MELO, 2006)

Prosseguindo na análise, o fato é que a admissibilidade ou não do RE e do REsp confronta dois princípios: o dispositivo, que é regra nos recursos excepcionais (CPC, arts. 2º, 128, 515 e parágrafos), e o inquisitório, que traz exceção, já plenamente admitida nos recursos ordinários, e que vem se insurgindo no âmbito dos recursos excepcionais. (MANCUSO, 2013, p. 292)

A devolutividade dos recursos faz menção a dois planos díspares: o horizontal, que se refere à amplitude do recurso, o qual é limitado ao recorrente (CPC, 515, *caput*), e o vertical, “que permite ao magistrado atingir em profundidade a cognição acerca dos fundamentos defendidos (CPC, art. 515, § 2º). (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 197)

Nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira, “pode-se dizer que o chamado efeito *translativo* é um *plus* ao princípio do efeito devolutivo, pois amplia a devolutividade do recurso no que tange ao seu *plano horizontal*, ou seja, devolve ao tribunal até mesmo matérias que não foram objeto de impugnação (CPC, art. 515, § 1º, e art. 516)”. (2013, p. 197)

O aludido *efeito translativo* seria, então, “a possibilidade de o órgão julgador examinar, sem que conste das razões ou contrarrazões recursais, questão de ordem pública, nos termos dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 198)

Assim, finaliza-se a análise da necessidade do prequestionamento das matérias de ordem pública nos recursos excepcionais inclinando-se para a corrente que diz ser prescindível o respeito a tal pressuposto, desde que o recurso especial ou extraordinário já tenha sido admitido sob premissa de matéria diversa prequestionada, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas bem como da efetividade do processo.

Aproveita-se, ainda, para introduzir a questão a ser abordada no próximo item e que se conecta diretamente com o tema acima esposado, sendo, também, tema ainda polêmico no ordenamento jurídico pátrio: o da existência de efeito translativo nos recursos especial e extraordinário.

2.3 EFEITO TRANSLATIVO E A DEVOLUTIVIDADE AMPLA

A interposição de um recurso no processo enseja determinadas consequências, decorrentes desta novidade processual que se agrega ao feito; essas consequências, por sua vez, consistem em efeitos jurídicos diversos, que nascem em virtude do novo ato processual – o recurso. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 191)

O primeiro efeito dos recursos é o de obstar a coisa julgada. Para Pedro Miranda de Oliveira, “é uma consequência inerente a todo e qualquer recurso, decorrente da sua interposição, qual seja o efeito de prolongar a pendência da causa, evitar a formação da coisa julgada e, destarte, impedir o trânsito em julgado da decisão recorrida”. (2013, p. 191)

Além do referido efeito, porém, a doutrina clássica converge no sentido de apontar dois efeitos recursais: o devolutivo e o suspensivo. A doutrina mais recente, por sua vez, já enumera outros efeitos recursais, como o *expansivo*, o *translativo* e o *substitutivo*. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 191) Focar-se-á, neste capítulo, no confronto entre os efeitos devolutivo e translativo.

O efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, o qual pode ser observado na leitura dos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil, e impede que o Tribunal conheça de matéria que não foi objeto de pedido do recorrente, limitando-se a julgar o que constar nas razões recursais, nos limites do pedido da nova decisão. (MANGONE, 2014, p. 10)

O princípio dispositivo concerne, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “ao alcance da atividade jurisdicional, representando o maior limite a essa atividade”. Do referido princípio é que surgem as possibilidades de se julgar *extra*, *ultra* ou *infra petita*. (2011, p. 178)

O recurso deverá devolver ao tribunal o conhecimento da matéria efetivamente contestada pela parte (*tantum devolutum quantum appellatum*) e, daquilo que foi devolvido, veda-se o *reformatio in pejus*. Ou seja, em sede recursal, incabível é a invocação de causa de pedir estranha ao processo e, por consequência, torna-se descabida também a inovação no juízo do recurso. (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 545)

A referida *devolutividade* está diretamente conectada com o princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira, “trata-se, assim, de preceito extraído do próprio princípio dispositivo, segundo o qual a parte que deixou de recorrer resignou-se com o gravame que lhe foi imposto, não podendo o tribunal, *ex officio*, melhorar sua situação em detrimento da outra”. (2013, p. 193)

O efeito devolutivo é, então, a possibilidade que se concede à parte derrotada de pedir a reapreciação da decisão impugnada pelo Poder Judiciário. E, ainda, por ser consequência do princípio dispositivo, limita o magistrado a julgar nos limites do pedido, vedando-se o *extra*, *ultra* ou *infra petita*. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 193)

Nelson Luiz Pinto, bem como Pedro Miranda de Oliveira, entendem que o efeito devolutivo proporciona à parte possibilidade de requerer reapreciação da decisão impugnada ao Judiciário, mas que isso não vem atrelado à necessidade desta ser julgada por órgão superior ao que prolatou a sentença. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 192 e PINTO, 2003, p. 39)

No que tange aos recursos excepcionais, entretanto, há particularidades na devolutividade. Cássio Scarpinella Bueno aduz que o efeito devolutivo dos recursos excepcionais acarreta na devolutividade apenas da *questão federal ou constitucional*. (2010, p. 117).

Na mesma senda, José Miguel Garcia Medina afirma que, em relação aos recursos especial e extraordinário, o efeito devolutivo é restrito, de maneira que o objeto do recurso deve ser causa já decidida definitivamente pelo juízo *a quo*, bem como sobre a matéria decidida só poderá ser impugnada a parte tangente à questão federal ou constitucional. (MEDINA, 2012, p. 90)

Osmar Mendes Paixão Côrtes faz crítica à letra da lei que prevê o efeito devolutivo (art. 542, § 2º, do CPC). Afirma que pode soar, de pronto, que a devolutividade mencionada é ampla, sendo devolvida à apreciação do STF/STJ toda a matéria tratada na decisão recorrida, quando, de fato, há a aludida *devolutividade restrita*. (2014, p. 130)

Em suma, conclui-se que o efeito devolutivo é decorrente do princípio dispositivo, o qual obriga o juízo a julgar nos limites do pedido do recorrente. Ainda, no tocante dos recursos excepcionais, vê-se que não se trata de ampla devolutividade, não se devolvendo toda a matéria para que seja apreciada pelos Tribunais Superiores, mas apenas aquelas que se encaixam nas delimitações do cabimento dos recursos, ocasionando uma *devolutividade restrita*.

Contudo, há hipóteses na casuística em que o sistema processual permite, através do efeito translativo, que o órgão recursal julgue matérias não suscitadas no recurso, como é o caso das questões de ordem pública, sobre as quais não vigora a preclusão, não violando, portanto, o princípio da *reformatio in pejus*. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 193)

Conforme já visto, o Tribunal superior, no juízo de admissibilidade, fica adstrito a verificar se estão presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos especial ou extraordinário. Havendo o desrespeito aos requisitos, o recurso não será conhecido.

Caso, todavia, o Tribunal conheça do recurso interposto, deverá, no juízo de mérito, “julgar a causa aplicando o direito à espécie”, o que se depreende da leitura da Súmula 456, do STF. (MEDINA, 2012, p. 90) Em função da referida Súmula, costuma-se dizer que os Tribunais Superiores, na análise dos recursos excepcionais, exercem o *reajulgamento da causa*. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 195)

José Miguel Garcia Medina aponta que “ficará livre o Tribunal para apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como de outras objeções, no julgamento do mérito do recurso. [...] No caso, uma vez admitido o recurso, se o Tribunal Superior não se manifestar, por exemplo, sobre a ausência das condições da ação, não estará aplicando o direito à espécie”. (2012, p. 91)

Ou seja, ao apreciar o recurso especial ou extraordinário, a Corte Superior julga novamente a causa antes decidida de modo equivocado, saindo da limitação da *devolutividade restrita* para uma *ampla devolutividade*; há, porém, que se definir os limites desse *reajulgamento da causa*. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 195)

Teresa Arruda Alvim Wambier assevera que se pode depreender da Súmula 456, do STF, que os nossos Tribunais Superiores não se limitam a ser Cortes de Cassação, de forma que, admitidos os recursos de estrito direito, haverá reajulgamento da causa, observando-se os limites dos recursos excepcionais que, em regra, impedem o reexame das provas constantes nos autos. (2013, p. 195)

José Miguel Garcia Medina afirma que a referida orientação sumulada não dispensa a necessidade do prequestionamento para que o recurso seja conhecido. Ou seja, “não se admite recurso especial fundado em falta de condição da ação, se este tema não tiver sido enfrentado pela decisão recorrida. No entanto, interposto e conhecido o recurso especial com base em outro fundamento, a ausência da condição da ação poderá ser examinada, *ex officio*, pelo STJ”. (2012, p. 92)

Dessa possibilidade de ampla devolutividade é que se exsurge o *efeito translativo*. Em discrepância ao efeito devolutivo, que decorre do princípio dispositivo, o efeito translativo decorre do princípio inquisitório. (MANGONE, 2014, p. 69)

Seriam, portanto, nas palavras de Nelson Nery Junior, casos “em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contrarrazões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*”. (1997, p. 59)

O efeito translativo é definido por Yoshikawa como o conhecimento de certas questões de ordem pública, mesmo com a inoportunidade de provocação da parte recorrente e da discussão do tema em instância inferior.

Tal fenômeno se verifica nas matérias de ordem pública, as quais devem ser conhecidas *ex officio* pelo magistrado e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, nos casos dos arts. 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC). A translação dessas questões ao juízo *ad quem*, por sua vez, está autorizada nos arts. 515, §§ 1º a 3º e 516, do CPC. (YOSHIKAWA, 2011)

A presença do efeito translativo nos recursos excepcionais é, porém, pauta ainda polêmica no sistema recursal brasileiro; a doutrina processualista mais atual afilia-se à possibilidade de existência de efeito translativo nos recursos excepcionais, tendo, inclusive, o Novo Código de Processo Civil positivado o texto da Súmula nº 456, do STF, alcunhada como carro-chefe do efeito translativo, em respeito ao princípio da primazia das decisões de mérito, conforme melhor explanar-se-á no próximo capítulo, dedicado à análise dos recursos excepcionais e suas peculiaridades no Novo Código de Processo Civil.

3. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, é fácil deduzir que muitas alterações surgirão, pois se trata da edição de novo *códex*, o qual foi feito sob a égide de alguns princípios processuais diferentes dos que norteavam o Código de Processo Civil de 1973, como ocorre no caso do sistema recursal.

Se no antigo regime, no sistema recursal, predominavam princípios que primavam pela formalidade dos recursos, assim que vigente o Novo Código de Processo Civil haverá significativa mudança de panorama, sendo preponderante o princípio da primazia das decisões de mérito, sobre o qual aduzir-se-á a seguir.

Ademais, este capítulo volta-se à explanação das principais alterações ocorridas no sistema recursal, no âmbito dos recursos excepcionais, salientando-se que não se mencionarão todas as modificações, a fim de não se perder a objetividade, mas apenas as mais pertinentes tematicamente com este trabalho.

Primeiramente, far-se-á uma comparação no que tange aos recursos excepcionais em geral e as alterações trazidas pelo Novo CPC e, posteriormente, dar-se-á enfoque nas modificações concernentes ao tema central deste trabalho, qual seja, o prequestionamento das questões de ordem pública, passando-se pelo efeito translativo.

3.1 RECURSOS EXCEPCIONAIS NO NOVO CPC: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, notório é que houve alterações nos dispositivos legais, as quais acarretam significativas mudanças na prática processual. No caso dos recursos para o STF (recurso extraordinário) e para o STJ (recurso especial), há determinadas modificações que merecem atenção.

No Código de Processo Civil de 1973, os recursos excepcionais eram disciplinados pelos artigos 541 e seguintes; no Novo CPC, estes vêm elencados nos artigos 1.029 e posteriores, sendo que no corpo do dispositivo há relevantes inserções de texto legal, bem como modificação dos já existentes.

No Código Buzaid, o artigo que disciplinava os recursos especial e extraordinário contava com três incisos e um parágrafo único; no CPC/2015, por sua vez, o artigo 1.029 conta com os três incisos já existentes e mais cinco parágrafos, este último contando com mais três incisos. Dessa forma, pode-se perceber que as discrepâncias são grandes e

significativas, sendo de suma importância pontuá-las em trabalho que versa sobre o questionamento, um dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Quanto ao cabimento, notório é que não há mudanças, uma vez que este encontra-se preconizado na Constituição Federal, nos artigos 102, III e 105, III, e não em legislação infraconstitucional. Nessa mesma toada, pode-se deduzir que também não há alterações quanto aos requisitos específicos de admissibilidade, eis que também constantes do texto constitucional.

A primeira alteração pode ser verificada no art. 1.029, inciso III, do NCPC; o texto anterior mencionava que deveria conter na petição “as razões do pedido de reforma da decisão recorrida”, enquanto o novo texto menciona “as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida”.

Nessa oportunidade, deverá o recorrente consignar o seu interesse e o pleito expresso da modificação pretendida com a interposição do recurso; nitidamente, a mudança se deu, pois já era sabido, mesmo durante a vigência do CPC/1973 que há possibilidade tanto de reforma quanto de invalidação das decisões recorridas, de forma que apenas se adequou o texto legal à correta praxis processual. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2295)

Quanto ao parágrafo primeiro do art. 1.029, do NCPC, tem-se que este traz o antigo texto do art. 541, parágrafo único, porém levemente reformulado. Tal parágrafo nos redireciona à hipótese de cabimento do REsp elencada no art. 105, III, *c*, da Constituição Federal, referente ao dissídio jurisprudencial, sem alterações significativas.

Pertinente, porém, fazer alguns comentários acerca do art. 1.029, § 1º; para que reste demonstrada a divergência jurisprudencial, deve o recorrente demonstrar o seguinte:

(a) Deverá ser demonstrada a existência de decisão divergente, proferida por outro tribunal: “Não se configura a divergência jurisprudencial se o recorrente: a) *aponta julgados paradigmas oriundos do mesmo tribunal que prolatou a decisão recorrida*; b) não procede à demonstração analítica da divergência; c) não cuida, de qualquer forma, de indicar arestos que se contraponham à tese esposada pelo acórdão recorrido” (STJ, AgRg no Ag 10.288/SP, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro) Exige-se a indicação da fonte de onde foi extraída a decisão, com a finalidade de permitir-se a conferência quanto à *existência* do julgado e a *fidelidade* do teor transcrito àquilo que consta na página do tribunal. Não fosse assim, não seria possível o controle objetivo acerca da existência e conteúdo da decisão apontada como paradigma. (MEDINA, 2015, p. 1433)

Ainda, é necessário que se realize demonstração analítica da divergência, com comparação de excertos da decisão recorrida e das decisões divergentes que apontem que foram dadas soluções diferentes a casos similares. (MEDINA, 2015, p. 1433)

No que tange ainda aos casos de recurso especial por dissídio jurisprudencial, importante mencionar a situação das decisões finais proferidas nos juizados especiais. A jurisprudência encontra-se sólida no sentido de que é cabível reclamação para o STJ, como sucedâneo do recurso especial, no caso em que decisão final de juizado especial divergir da jurisprudência desse tribunal.

Já decidiu o STF que “embora seja responsável pelo exame da legislação infraconstitucional, o STJ não aprecia recurso especial contra decisão proferida no âmbito dos juizados especiais”, o que possibilita a verificação da “perpetuação de decisões divergentes da jurisprudência do STJ”. (RE 571.572/BA) (MEDINA, 2015, p. 1434)

A partir do art. 1.029, § 1º, todos os parágrafos subsequentes são inovações trazidas pelo Novo CPC, e, ao analisá-los de forma conjunta, nota-se modificação de idiossincrasia utilizada para nortear o novo *códex*. Pedro Miranda de Oliveira aponta que no CPC/1973 se verificava a primazia da inadmissibilidade dos recursos, sendo prevalente a alcunhada *jurisprudência ofensiva*. (2015, p. 2297)

Hodiernamente, é notória a tentativa de reduzir a quantidade de recursos que sobem para os Tribunais Superiores, tendo sido criados inúmeros obstáculos jurisprudenciais para a interposição dos recursos excepcionais. Tornou-se deveras dificultoso interpor recurso excepcional, pois, devido ao exacerbado grau de formalismo exigido, muitos sequer são conhecidos desde a origem; a tal fenômeno chamou-se *jurisprudência defensiva*.

Pedro Miranda de Oliveira, conforme já anunciado, assevera tratar-se, de fato, de *jurisprudência ofensiva*, pois a quantidade de óbices criados para a interposição de recurso excepcional “ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação”. (2015, p. 2297)

O excesso de formalismo exigido denota a preponderância da análise da forma sobre o conteúdo; os Tribunais Superiores deixam de analisar questões de mérito em decorrência de supostos vícios formais que impedem o julgamento meritocrático da questão a que se suscitou reforma ou invalidação.

A situação da *jurisprudência ofensiva* possui legitimidade discutível, porquanto muitas de suas manifestações “não têm base legal ou decorrem de interpretação distorcida do texto da lei”. A prática demonstra negativa de prestação jurisdicional, o que preocupa a comunidade jurídica, “pois tem sido usada de forma desenfreada pelos tribunais para evitar o

grande número de recursos que lhe são encaminhados, significando evidente vedação ao direito do recorrente”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2297)

Em virtude dessa nova corrente de juristas que vinha se tornado vítima da jurisprudência ofensiva é que o Novo CPC surge, sob nova ideologia, adotando posicionamento discrepante; agora, vigora o princípio da *primazia do julgamento do mérito dos recursos excepcionais*. (2015, p. 2298)

Em contraposição ao antigo CPC, o novo Código de Processo Civil preza pela preponderância do conteúdo sobre a forma; o magistrado deve focar suas atenções para o mérito recursal, não devendo perscrutar falhas formais para inadmitir o recurso excepcional sem analisar o seu conteúdo. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2298)

O princípio da *primazia da decisão de mérito* é vertente do princípio da instrumentalidade das formas “e apresenta íntima relação com as premissas do formalismo-valorativo em detrimento do formalismo excessivo”. Ou seja, vê-se uma vitória do direito material sobre o direito processual.

No âmbito recursal a discrepância é ainda mais contundente; o Novo CPC consagra um tripé formado pelos seguintes dispositivos legais:

(a) art. 4º, que positivou expressamente o princípio da primazia da decisão de mérito; (b) art. 932, parágrafo único, que obriga o relator a intimar o recorrente para sanar eventual vício antes de o recurso ser inadmitido; (c) art. 1.029, § 3º, que permite aos Tribunais Superiores desconsiderar vício formal não grave de recurso tempestivo ou determinar sua correção. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2298)

Assim, vê-se que além de o Novo CPC revogar o sistema de admissibilidade bipartido (arts. 1.010, § 3º, e 1.030, parágrafo único), este ainda flexibiliza os requisitos de admissibilidade. Com a nova roupagem, os recursos excepcionais deixam de ser apenas defesa de interesse das partes para assumirem função central de uniformização da jurisprudência relativa ao direito substancial. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2298)

Prosseguindo no estudo dos novos parágrafos inclusos no dispositivo que versa sobre os recursos excepcionais, tem-se que o art. 1.029, § 2º veda a fundamentação genérica, possível no antigo CPC. A partir de então, não pode mais o magistrado inadmitir “recurso especial sob a premissa genérica de inexistência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma apresentado”, devendo fundamentar especificamente a sua decisão (2015, p. 2299)

O art. 1.029, § 3º segue na linha de flexibilização dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais ao positivizar a desconsideração de vício formal não

grave. Na nova redação, “os defeitos formais não graves devem ser ignorados ou sanados, sendo ‘dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais’ (Enunciado 82 do FPPC)”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2299)

O art. 1.029, § 3º segue a regra geral prevista no art. 932, parágrafo único, do Novo CPC (“Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”). (MEDINA, 2015, p. 1436)

No tangente à competência, “o relator ou o órgão colegiado poderá desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave” (Enunciado 219 do FPPC). Na sequência, o STJ e o STF deverão inadmitir “o recurso extraordinário ou o recurso especial quando o recorrente não sanar o vício formal do qual foi intimado para corrigi-lo” (Enunciado 220 do FPPC). (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2299-2300)

Isso posto, da leitura do inciso em estudo pode-se ver que há certa abstração que pode gerar dúvidas: o *vício formal não grave*. Pedro Miranda de Oliveira preleciona que, em primeira análise, a regra está adstrita aos requisitos extrínsecos de admissibilidade (tempestividade, preparo e regularidade formal). A gravidade, por sua vez, é conceito abstrato, cuja concretude dependerá do entendimento a ser sedimentado pelos Tribunais Superiores. (2015, p. 2300)

José Miguel Garcia Medina, no tocante à análise da gravidade do vício aponta que, por vício grave, entende-se ser aquele não passível de correção, pois, se corrigível o equívoco formal, deverá ser oportunizada à parte a correção. (MEDINA, 2015, p. 1436)

Assim, entende-se que o aludido dispositivo afasta o rigor formal no que concerne a:

- (a) preliminar da repercussão geral no recurso extraordinário (Enunciado 224 do FPPC), (b) ausência de procuração (o Enunciado 83 do FPPC afasta a Súmula 115 do STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado em procuração nos autos”); (c) não juntada do acórdão paradigma em recurso especial interposto com fundamento na divergência jurisprudencial; (d) defeito no preparo (o Enunciado 215 do FPPC afasta a Súmula 187 do STJ: “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”). (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2300)

Mudança significativa também se encontra disciplinada no art. 1.030, parágrafo único, do NCPC, positivando modificação sobre tema que foi discutido no primeiro capítulo

deste trabalho, referente às características do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Dentre algumas especificidades tangentes ao recurso especial e extraordinário, uma destas era o juízo de admissibilidade bipartido; relembra-se: nos recursos excepcionais, primeiro é feito o juízo de admissibilidade pelo Tribunal de origem. Tendo este conhecido o recurso especial/extraordinário, daí sim este sobe para o STJ/STF, para passar por novo juízo de admissibilidade feito pelo relator. Ultrapassado este com sucesso, julgar-se-á o mérito.

No Novo Código de Processo Civil, finda-se tal prática. Conforme se depreende da leitura do art. 1.030, *caput*, prossegue sendo o Tribunal *a quo* o local da interposição do recurso excepcional, o qual deve ser protocolado na secretaria do tribunal e endereçado ao Presidente ou Vice-Presidente do mesmo. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2301)

O Novo CPC, porém, através do art. 1.030, parágrafo único, impõe fim ao juízo de admissibilidade bipartido entre tribunal local e Tribunal Superior. O CPC/1973 previa que a admissibilidade fosse verificada em duas fases, entretanto, na prática, o recurso excepcional passava por três exames: do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local; do ministro relator, no Tribunal Superior; e, finalmente, do órgão colegiado. (MEDINA, 2015, p. 1436)

Torna-se fácil concluir que, diante de tantas análises acerca dos requisitos formais dos recursos especial e extraordinário, a grande maioria destes acabava por não ter o seu mérito analisado, encontrando óbice em alguma das aferições feitas pelos juízos de admissibilidade. Assim, grande parte dos recursos excepcionais sequer subia aos Tribunais Superiores, sendo de pronto inadmitido nas Cortes inferiores.

Conforme exposto no início deste capítulo, o Novo Código de Processo Civil preconiza o princípio da *primazia da decisão de mérito*, de forma que seria contraditório manter regra que culminava exatamente no sentido contrário, prevalecendo as decisões que inadmitiam os recursos sem analisar o seu conteúdo. Pedro Miranda de Oliveira preleciona:

Dessa forma, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade nos tribunais locais foi extinto, devendo os autos serem remetidos ao respectivo Tribunal Superior, independentemente de juízo de admissibilidade. Esta solução é a que melhor atende o sistema recursal do CPC vigente, pois evita a proliferação de meios de impugnação contra o indeferimento de RE e REsp pelo tribunal de origem. (2015, p. 2302)

O art. 1.032, do NCPC, insere nova regra no ordenamento jurídico processual, a qual estabelece a vigência do princípio da fungibilidade no âmbito dos recursos excepcionais.

In verbis:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o *caput*, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

É sabido que, caracterizando-se a questão de direito como constitucional ou infraconstitucional federal, justifica-se o cabimento de recurso extraordinário ou recurso especial, sendo estes julgados, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. (MEDINA, 2015, p. 1440)

A nova regra imposta no art. 1032 surgiu da dificuldade presente na distinção de ofensa à legislação infraconstitucional federal de ofensa à Constituição. Pedro Miranda de Oliveira aduz que há questões que podem ser, concomitantemente, constitucionais e legais, comportando análise sob os dois vieses. (2015, p. 2305)

Esta divisão formulada na Constituição Federal de 1988 acarretou um sério problema que, com o passar do tempo, tornou-se ainda mais evidente: em grande parte da casuística, é tarefa difícil afirmar que a questão suscitada é constitucional e não federal, ou vice-versa. (MEDINA, 2015, p. 1440)

Tal dificuldade na discriminação das questões federal infraconstitucional/constitucional ensejou um sério problema: na vigência do CPC/1973, era comum que nenhum dos dois órgãos acabasse por julgar o recurso, uma vez que cada tribunal inadmitia o recurso alegando tratar-se de hipótese de cabimento da outra modalidade recursal, culminando em uma extrema deficiência no julgamento dos recursos especial e extraordinário de forma simultânea, consequência da flagrante negativa de prestação jurisdicional. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, 2303)

Com a sanção do Novo CPC, a regra incutida no art. 1.032 vem amparada pelo princípio da fungibilidade, o qual “consiste na possibilidade de recebimento de recurso inadequado, como se correto fosse, sempre que houver dúvida objetiva acerca de qual seja o recurso cabível contra determinada decisão judicial”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, 2303)

Nessa toada, Pedro Miranda de Oliveira elucida que os requisitos da *existência de dúvida e inexistência de erro grosseiro* constituem um único pressuposto, pois, se para

incerteza sobre a adequação de determinada modalidade recursal, por óbvio que o equívoco na interposição não pode ser configurado como erro grosseiro.

No CPC/1973 não havia norma jurídica expressa sobre o princípio da fungibilidade e sua aplicação nos recursos, valendo, portanto, a teoria da *adequação recursal*, a qual prevê que há um recurso específico para cada decisão. No âmbito dos recursos excepcionais, tal alteração no *códex* será relevantíssima, eis que, conforme já esposado, era prosaica a inadmissão de REsp por se julgar ser matéria constitucional e vice-versa.

3.2 PREQUESTIONAMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.2.1 O VOTO VENCIDO COMO PREQUESTIONAMENTO

Além do Novo Código de Processo Civil ter ampliado as noções do prequestionamento com a questão dos embargos de declaração, disciplinada no art. 1.025, sobre a qual se discorreu no item anterior, houve outra alteração significativa, constante do art. 941, § 3º, do NCPC:

Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando pra redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 3º. O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Quanto à questão do voto vencedor e do voto vencido, notório é que em decisões proferidas por colegiados, comum é a existência de divergências, debates e conclusões diferentes por parte dos magistrados. Em relação a essa questão, mantém-se a regra do CPC/1973, não tendo havido alteração no *caput* do art. 941.

A grande inovação trazida pelo Novo CPC é constante do art. 941, § 3º. Osmar Mendes Paixão Côrtes aponta que no Código de Processo Civil de 1973 não se verifica a obrigatoriedade de que o voto vencido seja declarado e integre o acórdão. O Novo CPC, por sua vez, traz tal impreteribilidade como regra. (CÔRTEES, 2015, p. 2101)

Os tribunais têm decidido que é desnecessária a fundamentação de voto concordante com o relator do acórdão, quando unânime o resultado do julgamento (p. ex., STJ, REsp 45.840/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 08.05.1996; STJ, REsp 176.528/MG, rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., j. 29.09.1999; STJ, EDcl no REsp 49.564/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª T., j. 24.04.2007). (MEDINA, 2015)

O mesmo, porém, não se pode admitir no que tange ao voto dissonante, pois, “em decisões tomadas por maioria, é exatamente a fundamentação dos votos (vencedor e divergentes) que permite compreender os porquês de se ter chegado a um ou outro resultado”. (MEDINA, 2015)

Dessa forma, importantíssimo é que “sejam consignados os fundamentos do voto vencido, notadamente considerando o preenchimento do requisito do prequestionamento”. Sabido é que o prequestionamento é a decisão de tese suscitada pelas partes, e requisito específico de admissibilidade dos recursos excepcionais – “para se verificar se uma decisão, por exemplo, violou determinado dispositivo legal ou divergiu de outra, essencial que a matéria a ser objeto do recurso tenha sido apreciada”. (CÔRTEZ, 2015)

Assim, quando vigente o Novo Código de Processo Civil, passará a ser obrigatória a composição do acórdão contando-se com o voto vencido – e este, por sua vez, deverá conter a devida fundamentação legal –, pois poderá servir para fins de prequestionamento em futuras interposições de recurso especial ou extraordinário.

3.2.2 O PREQUESTIONAMENTO FICTO COMO REGRA NO NOVO CPC

Na vigência do atual CPC, sedimentou-se entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de ser imprescindível a realização de prequestionamento pelas partes para que seja cabível o recurso especial ou extraordinário. De acordo com tal corrente, mesmo que a decisão se manifeste sobre questão federal ou constitucional, ainda assim seria impreterível a manifestação da parte para configuração do prequestionamento. (MEDINA, 2012, p. 221)

Todavia, tal corrente doutrinária não é a única, havendo três fortes teorias acerca de uma certa “classificação” do prequestionamento. A primeira delas é o *prequestionamento explícito*, teoria defendida por aqueles que acreditam que deve constar expressamente o número do artigo constitucional ou da lei federal na decisão recorrida; constando na decisão a matéria decidida, mas não declinado o número do artigo, diz-se haver *prequestionamento implícito*. (MANGONE, 2014, p. 95)

O *prequestionamento ficto*, por sua vez, ocorreria quando ausente menção expressa da matéria na decisão prolatada, apesar de suscitada pela parte em embargos de declaração, como forma de interpretação da Súmula 356, do STF. (MANGONE, 2014, p. 95)

Ou seja, em hipótese de a decisão já ter sido prolatada, não haveria às partes outra saída para efetivar o prequestionamento que não através dos embargos de declaração. Tal entendimento, segundo José Miguel Garcia Medina, deu-se devido à equivocada interpretação da Súmula 356, do STF, a qual enuncia: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. (MEDINA, 2012, p. 222)

Quanto aos “níveis” de prequestionamento, Rodolfo de Camargo Mancuso adota posição moderada, apontando a desnecessidade do prequestionamento explícito, ou seja, considerando desnecessário declinar-se o dispositivo, desde que constante na decisão prolatada o tema a ser recorrido. (2013, p. 315)

Nelson Nery Junior assevera ser inócua a dicotomia entre prequestionamento implícito e explícito para fins de cabimento do recurso excepcional, pois pouco importa qual das formas de prequestionamento se verificou, o RE ou REsp só será admissível caso a matéria tenha sido efetivamente *decidida* dentro do acórdão que se pretende impugnar. (2007, p. 67)

Ademais, prova de que o prequestionamento explícito é desnecessário decorre do próprio texto constitucional, pois este não faz exigência quanto ao apontamento do artigo da Constituição ou lei federal na decisão recorrida, mas sim, impõe que a decisão recorrida tenha se manifestado de forma clara sobre a matéria constitucional ou federal objeto do RE ou do REsp. (NEGRÃO; GOUVÊA, 2008, p. 2089/2090)

Dessa forma, mais prudente é se tratar o prequestionamento de forma una, não se dividindo entre explícito e implícito, configurando-se o requisito constitucional *causa decidida* na decisão recorrida. A diferenciação entre os “níveis” de prequestionamento é, portanto, irrelevante, eis que não consta do texto constitucional. (MANGONE, 2014, p. 101)

Imperioso trazer, portanto, a visão de Cássio Scarpinella Bueno:

(...) o que realmente importa para o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal é o conteúdo, aí incluída a correção procedimental, da *decisão recorrida – a causa decidida* –, convenço-me cada vez mais de que os adjetivos usualmente apostos ao prequestionamento são falsos problemas. Prequestionamento *explícito, implícito, ficto ou numérico* são, apenas e tão somente, *formas* de apresentação – mera *materialização*, portanto – do que foi ou não decidido pela instância *a quo*, e que, na exata proporção do que se decidiu ou se deixou erradamente de decidir, poderá ser impugnado pela via especial ou extraordinária fundamentando-se em *error in judicando* ou *error in procedendo*, respectivamente. O que importa, pois, é o que foi objeto de decisão e não a *forma* pela qual ela se apresenta. (SCARPINELLA BUENO, 2003, p. 50/51)

Como matéria consequente deste destrinchamento do prequestionamento, surge o prequestionamento por meio dos embargos de declaração. É sabido que os embargos declaratórios não se prestam a modificar o julgamento, de forma que a finalidade precípua dos mesmos não pode ser a infringência. (MANGONE, 2014, p. 102)

Ou seja, os embargos de declaração têm a sua finalidade prevista em lei, qual seja, suprir omissão, obscuridade ou contradição constante na decisão embargada. Assim, a rigor, o “eventual provimento dos embargos de declaração não poderá resultar, no julgado, qualquer modificação além do esclarecimento, da eliminação da contradição ou do suprimento da omissão, com as repercussões acaso necessárias na matéria restante”. (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 157)

Sobre o prequestionamento através dos embargos de declaração, elucidam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional, previamente à interposição do RE. Não havendo sido decidida a questão, se efetivamente alegada anteriormente, a parte terá de opor embargos de declaração (STF 356), para provocar o julgamento do tribunal inferior sobre a questão por ela arguida. Mesmo com a oposição dos EDcl, caso o tribunal permaneça sem julgar a questão, entende-se que houve decisão negativa por omissão e, portanto, admite-se o RE. (NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 205)

Ou seja, se o tribunal não se manifesta sobre determinada matéria, sendo que a decisão ainda não transitou em julgado, é necessário a parte instar o órgão a se manifestar sobre o tema, com a finalidade de cumprir o requisito da *causa decidida*. Para tanto, há o expediente dos embargos de declaração com fundamento na omissão. (NERY JUNIOR, 2004, p. 294/295)

Assim, utilizam-se os alcunhados embargos de declaração *prequestionadores* quando “o tribunal tinha o dever de pronunciar-se sobre a matéria – quer porque o apelante alegou em razões, quer porque o apelado suscitou-a em contrarrazões, que porque o tribunal tinha o dever de ofício de assim agir, por tratar-se de questão de ordem pública, mas não o fez”. (NERY JUNIOR, 2004, p. 294/295)

Alfredo Buzaid, idealizador do Código de Processo Civil de 1973 expôs em decisão exarada no ano de 1983 que “através dos embargos declaratórios se prequestiona no Tribunal de origem a questão federal, a qual fica, portanto, ventilada, *independentemente da solução dada*”. (MEDINA, 2012, p. 222)

Dessa forma, depreende-se da lição de Buzaid que, em sua concepção, tão ou mais importante que a decisão ventilar a questão federal ou constitucional era o ato das partes de a

suscitarem e defenderem nas instâncias ordinárias, no recurso de apelação ou, por fim, por meio dos embargos declaratórios. (MEDINA, 2012, p. 222)

As numerosas decisões dos Tribunais Superiores nesse sentido traduzem ideologia que se criou desde a Constituição de 1946 e arraigou-se no sistema recursal pátrio até os dias atuais, qual seja esta: “para que o recurso especial seja admissível, de duas, uma: ou a questão é enfrentada pela decisão recorrida, ou a parte realiza o prequestionamento através dos embargos de declaração”. (MEDINA, 2012, p. 223)

O referido entendimento doutrinário e jurisprudencial que se criou desde a Constituição de 1946 foi efetivado no ordenamento jurídico brasileiro através da edição da Súmula 211/STJ, a qual versa que: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

A partir disso, a doutrina passou a edificar o entendimento de que existiriam dois tipos de embargos de declaração: os *esclarecedores*, vocacionados a elucidar dúvidas, obscuridades ou contradições, e os *prequestionadores*, que visam abordar questões federais ou constitucionais não ventiladas pelo acórdão, no intuito de superar os óbices estipulados pelas Súmulas 282 e 356, do STF.

Nesse tocante, parte da doutrina passou a entender de forma discrepante daquela já esposada anteriormente, sustentando que “interpostos os embargos de declaração ‘prequestionadores’ perante a instância ordinária, aberta estaria a via do recurso extraordinário ou especial, [...], *mesmo que o recurso de embargos de declaração não fosse sequer conhecido*”. Este seria o alcunhado *prequestionamento ficto*, o qual foi positivado como regra com a sanção do Novo Código de Processo Civil. (MEDINA, 2012, p. 223)

Este entendimento, todavia, proporciona o surgimento de três problemas:

- (a) o de haver necessidade de interposição de embargos de declaração para que ocorra o prequestionamento, mesmo havendo manifestação explícita da decisão acerca da questão constitucional ou federal;
- (b) o de se admitir, para parte da jurisprudência, especialmente do STF, como prequestionada determinada questão apenas em decorrência da simples interposição dos embargos de declaração, e independentemente da resposta dada a tal recurso, orientação, no entanto, extremamente controvertida na jurisprudência dos Tribunais Superiores; e
- (c) o de se criar uma nova figura recursal, qual seja a dos embargos de declaração “prequestionadores”, que não teriam as finalidades do art. 535 do CPC, mas, sim, a finalidade de “prequestionar”. (MEDINA, 2012, p. 223)

José Miguel Garcia Medina apresenta solução às próprias questões que levanta, acima transcritas, bem como todas estas encontram-se elucidadas com o Novo Código de Processo Civil, conforme mostrar-se-á na sequência.

Medina assevera que o prequestionamento é realizado, em regra, pela parte, quando da formulação de suas razões recursais, na interposição do recurso de apelação. O levantamento das questões apresentadas nas razões do recurso ensejará a manifestação do juízo sobre o assunto; ocorrendo tal procedimento regularmente, tem-se o prequestionamento no momento em que o órgão *a quo* ventila a causa.

O dito prequestionamento realizado por meio dos embargos de declaração, portanto, tem como pressuposto prévio debate estabelecido nas razões recursais, já que, sendo vedado ao juízo pronunciar-se sobre questão não suscitada, “de igual modo não seriam sequer passíveis de conhecimento os embargos de declaração que visassem apenas e tão somente incitar o órgão julgante a declarar-se acerca de determinado tema, se o assunto já não tivesse sido levantado em razões recursais”. (MEDINA, 2012, p. 223)

Ou seja, verifica-se que em sede de embargos declaratórios não ocorre o prequestionamento em si, como ato das partes de suscitar questão para que o juízo decida sobre esta, mas, no máximo, perfectibiliza-se o prequestionamento, eis que antes tratava-se de matéria suscitada pela parte e omitida pelo magistrado e, com a oposição dos embargos, busca-se a manifestação sobre o ponto que restou omissivo, contraditório ou obscuro.

Assim, aduz José Miguel Garcia Medina que se poderia entender que a parte, então, “re-prequestionaria” a matéria através da oposição dos embargos de declaração, “isso porque já teria ocorrido o prequestionamento e, não havendo manifestação do órgão julgador, a respeito da questão constitucional ou federal, através dos embargos de declaração se visaria a alcançar a supressão da omissão, mas não o prequestionamento, que já é de ter ocorrido”.

Quanto ao momento da parte prequestionar, Pedro Miranda de Oliveira assevera que o prequestionamento deve ser feito antes do julgamento, “seja na inicial, na contestação, nas razões do recurso de apelação ou de agravo de instrumento, ou, ainda, nas contrarrazões”. (2013, p. 182)

No mesmo viés de Medina, Pedro Miranda de Oliveira também afirma que apenas em hipótese de omissão do tribunal sobre a aplicação dos dispositivos indicados como violados na sentença é que são cabíveis os alcunhados embargos de declaração prequestionadores, sendo defeso às partes levantar questão nova em sede de embargos declaratórios. (2013, p. 182)

No mesmo sentido segue Athos Gusmão Carneiro, asseverando que “os embargos só se prestam se, antes de proferido o acórdão embargado, o recorrente já suscitara a *questão*

federal, e a respeito manteve-se todavia omissa o aresto; não se prestam os embargos, portanto, para suscitá-la originalmente, para inovar na matéria”. (1999, p. 38)

Quanto à necessidade de interposição de embargos de declaração, mesmo quando houve manifestação explícita da decisão sobre a questão constitucional ou federal, leciona Medina:

Quando a própria decisão recorrida viola a norma jurídica, não há falar em necessidade de prequestionamento pela parte, através de embargos de declaração. Efetivamente, não há razão lógica para tal exigência, pois o requisito imposto pela Carta Magna à admissibilidade do recurso extraordinário ou especial já se encontra presente. Ademais, os embargos de declaração não se podem prestar a apresentar matéria que já existe na decisão embargada, a não ser que haja contradição, obscuridade ou omissão. (MEDINA, 2012, p. 225)

Conforme já explicitado neste capítulo, o Novo Código de Processo Civil traz novas noções sobre os embargos de declaração prequestionadores, solucionando algumas das dúvidas que pairavam sobre o sistema recursal pátrio desde que os recursos excepcionais foram preconizados.

O art. 1.025 do Novo Código de Processo Civil enuncia:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Conforme já esposado neste item, viu-se que quando omissa o acórdão e interpostos embargos de declaração para suprir o vício, estes deveriam ser necessariamente julgados para que se cumprisse o requisito do prequestionamento. Tal entendimento consolidou-se no STJ com a edição da Súmula 211. (MEDINA, 2015, p. 1419)

Levando-se em consideração que somente serão consideradas prequestionadas as *causas decididas*, os embargos de declaração *prequestionadores* podem se mostrar uma saída para o recorrente atingir a instância excepcional, porquanto através do seu julgamento, “a decisão derivada poderá sanear a decisão embargada, examinando questões (*causas*) que se pretende levar às Cortes Superiores”. (MAZZEI, 2015, p. 2283)

Para que isso se perfectibilize, é necessário que estejam indicadas nos embargos de declaração as questões não apreciadas no acórdão recorrido, bem como a pertinência e importância de sua análise. Assim, pode-se concluir que não se verifica um outro tipo de embargos de declaração, como dantes já se elucubrou, mas sim, de manejo do recurso para que os pontos omissos do acórdão primitivo sejam decididos.

Rodrigo Mazzei aponta que essa nova noção trazida pelo CPC/2015 é proveniente da conjunção da Súmula 282, do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”) com a Súmula 356, do STF (“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”). (2015, p. 2284)

Essa inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, sem dúvidas, traz ampliações quanto à noção de prequestionamento, uma vez que o fenômeno passa a admitir também uma situação nova: “ser considerada prequestionada a questão não examinada, a partir do exame dos elementos que foram indicados nos embargos de declaração, e que não foram prestigiados no seu respectivo julgamento”. (MAZZEI, 2015, p. 2285)

José Miguel Garcia Medina assevera, através de jurisprudência: “O Supremo Tribunal tem reafirmado a sua jurisprudência – já assentada na Súm. 356 –, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o Tribunal *a quo* a manifestar-se a respeito”. (STF, RE 231.452/PR, j. 31.08.2004, rel. Min. Sepúlveda Pertence) (2015, p. 1420)

É possível depreender, através da leitura do art. 1.025, do NCPC, que esta colide frontalmente com o texto da Súmula 211/STJ; assim, conclui-se que o referido dispositivo supera o entendimento firmado pela Súmula 211, derrubando concepção que já estava fortemente alicerçada no ordenamento jurídico brasileiro ao afirmar ser desnecessário o exame dos pontos suscitados nos embargos de declaração prequestionadores.

Havia nítida divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal, o qual admitia o prequestionamento ficto, e o Superior Tribunal de Justiça, o qual não o permitia, de maneira que o Novo Código de Processo Civil surgiu com o intuito de uniformizar os entendimentos.

Assim, optou o legislador pela orientação dominante manifestada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, “tendo as partes apresentado embargos de declaração, e sendo esses indevidamente rejeitados, consideram-se examinados e repelidos os fundamentos apresentados pelas partes”. (MEDINA, 2015, p. 1421)

Ainda, quanto à aplicação do art. 1.025 do NCPC nos outros ambientes processuais, Rodrigo Mazzei assevera que:

Não existindo dispositivo semelhante em outros ambientes processuais, tais como nos processos trabalhista e eleitoral, sua aplicação deve se efetuar de forma supletiva e subsidiária (art. 15, do NCPC). No âmbito do processo penal, o art. 1.025 do NCPC também merece ser recepcionado, em razão do disposto no art. 3º do CPP, que prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica. (MAZZEI, 2015, p. 2285)

Por fim, faz-se ressalva importantíssima ainda no âmbito do art. 1.025, do NCPC, salientando-se que, apesar do dispositivo ser lacônico ao afirmar que deve ser considerada prequestionada a matéria ainda que não apreciada pelo juízo, isso não se aplica em caso de embargos protocolados de forma intempestiva, uma vez que estes não possuem efeito interruptivo.

3.2.3 O EFEITO TRANSLATIVO E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO NOVO CPC

O art. 1.034, do Novo CPC, traz a última mudança significativa e pertinente ao tema abordado nesse trabalho, que é, praticamente, a positivação da Súmula 456, do STF, a qual enuncia que os Tribunais Superiores julgarão os recursos, aplicando-se o direito. Conveniente transcrever o texto do art. 1.034:

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

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

Retomando o já dito, vê-se que o *caput* do art. 1.034, do NCPC, positiva a Súmula 456, do STF. Em decorrência desse enunciado, tornou-se comum dizer que os Tribunais Superiores, ao analisar os recursos especial e extraordinário, *rejulgam a causa*, não sendo meras Cortes de Cassação – tema já abordado em capítulo anterior.

O problema, todavia, residia em estabelecer e delimitar as diretrizes para esse rejulgamento da causa. Nesse sentido, Pedro Miranda de Oliveira resume os fatos apontando que os Tribunais Superiores deverão receber os fatos tais como foram postos no acórdão recorrido e “rejugarão as questões decididas na instância de origem, já que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso extraordinário (Súmula 279 do STF), tampouco recurso especial (Súmula 7 do STJ)”. (2015, p. 2307)

Com a edição do novo dispositivo legal, verifica-se a questão da ampla devolutividade nos recursos excepcionais. Pedro Miranda de Oliveira introduz o tema,

ensinando que é prosaico que se formulem pleitos perante o Judiciário alicerçados em pluralidade de causas de pedir; por corolário, a defesa sustenta sua tese em mais de um fundamento. (2015, p. 2307)

Em suma, pode-se dizer que “a causa de pedir é a razão em virtude da qual se formula um pedido (se propõe uma ação) perante o Poder Judiciário”. Assim, vislumbra-se certo paralelismo entre os conceitos de *causa de pedir* e *fundamentos da defesa*, o que demanda tratamento jurídico simétrico aos mesmos.

Conclui-se: a causa de pedir “é toda aquela *ratio* que, por si só, pode levar à procedência da demanda; assim como fundamento da defesa é a *ratio* que, por si só, pode levar à improcedência do pedido, ou à extinção do processo sem julgamento do mérito”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2308)

Pedro Miranda de Oliveira utiliza exemplo para melhor realizar sua explanação acerca da ampla devolutividade dos recursos excepcionais, novidade trazida pelo Novo CPC:

Imagine-se que A impetre mandado de segurança contra o Fisco, afirmando não poder ser cobrado por certo tributo, por ter havido prescrição e também por ser ilegal alíquota aplicada. Na sentença, o juiz acolhe a prescrição. O mesmo se faz no acórdão, que julga o recurso interposto pelo Fisco. O Fisco maneja, então, recurso especial, e neste recurso se decide não ter havido prescrição. Então, é claro, deve haver pagamento. É claro? Mas e a questão (=outra causa de pedir) da ilegalidade da alíquota? Fica sem solução? Não tendo sido aquela causa de pedir examinada, a ação poderia ser reproposta? Os autos deveriam retornar à segunda instância, para que houvesse decisão a respeito da outra causa de pedir? (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2308)

Explica o doutrinador que, na vigência do CPC/1973, os recursos especial e extraordinário não eram dotados de efeito devolutivo em dimensão vertical, pois o Tribunal Superior, via de regra, limitava-se a compulsar o *acórdão recorrido* e o *recurso*, para fins decisórios.

“*Se os tribunais superiores admitissem certa dose de verticalidade no efeito devolutivo do recurso especial e no recurso extraordinário, este dever do Tribunal não seria tão relevante, e seu descumprimento não geraria consequências desastrosas. Foi exatamente por esta solução que o legislador optou*”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2308)

No Novo Código de Processo Civil, então, há a expressa permissão para que o Tribunal Superior decida acerca das demais causas de pedir, contrariando os ditames até então predominantes na doutrina e jurisprudência processuais, e dando aos recursos excepcionais o efeito devolutivo em sua dimensão vertical.

Nesse mesmo tocante, porém, indo por um viés um pouco diferente, cabe fazer um à parte acerca de outro tema deveras polêmico no regime anterior: a existência do efeito translativo no âmbito dos recursos excepcionais.

É sabido que a devolutividade dos recursos dá-se de forma bidimensional; enquanto o plano horizontal refere-se à extensão do recurso (matérias), sendo limitado ao recorrente, o plano vertical é aquele que possibilita ao magistrado atingir em profundidade a cognição acerca dos fundamentos defendidos.

Isso posto, Pedro Miranda de Oliveira assevera que o “efeito translativo é um *plus* ao princípio do efeito devolutivo, pois amplia a devolutividade do recurso no que tange a seus dois planos”. (2015, p. 2309)

Quanto ao plano horizontal, prossegue o autor assinalando que o efeito translativo ativa a possibilidade de se devolver ao Tribunal até mesmo as matérias que não restaram abordadas na decisão/impugnação; no plano vertical, devolve ao tribunal fundamentos que não foram objeto da decisão/impugnação. (2015, p. 2309)

O efeito translativo tem sua origem no princípio inquisitório, conforme já estudado no capítulo 2, o qual enuncia que “as questões de ordem pública podem ser apreciadas de ofício pelo juiz ou tribunal, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte”. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2039)

Dessa forma, nestes casos de matéria de ordem pública, o órgão julgador se vê livre para julgar para além dos rígidos limites recursais – tanto extensão quanto profundidade –, inclusive na seara dos recursos excepcionais, inovação trazida pelo Novo CPC (art. 485, § 3º) que pôs fim às discussões travadas na vigência do antigo Código de Processo Civil.

Nesse tocante, impreterível mencionar o texto do art. 485, § 3º, do Novo CPC, que traz modificação em relação à redação de seu artigo correspondente, o 267, § 3º, do atual CPC:

**Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
§ 3º. O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.**

Primeiramente, vê-se que houve acréscimo na redação do artigo, incluindo-se o inciso IX (“em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal”) nas ditas matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo magistrado. O

restante das matérias de ordem pública, antes prevista no art. 301, CPC, agora encontra correspondência no art. 337, NCPC. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2039)

A mudança significativa para o âmbito dos recursos excepcionais, porém, encontra-se na redação final do art. 485, § 3º, tendo havido alteração do texto anterior, que versava “[...] em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, [...]”, para “[...] em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”. (MEDINA, 2015, p. 1520)

Ou seja, não mais se pode suportar a corrente doutrinária que pregava o conhecimento de ofício de matérias de ordem pública apenas em instâncias ordinárias, possibilitando a nova redação do art. 485, § 3º, conjugada com o art. 1.034, verificar-se a plena possibilidade do conhecimento das matérias de ordem pública de ofício nos recursos excepcionais, ainda que não restem prequestionadas, aplicando-se o efeito translativo.

Assim, conclui-se que para que se opere o efeito translativo, basta que o recurso excepcional seja admitido. Uma vez ultrapassada tal etapa, sendo este admitido por um fundamento, “abre-se a instância e aí a causa deverá ser re julgada. Na oportunidade, poderá o Tribunal Superior apreciar de ofício qualquer questão de ordem pública (matéria ou fundamento), aplicando o direito à espécie”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os recursos excepcionais são ramo peculiar do sistema recursal brasileiro, uma vez que lidam com modalidades recursais previstas na Constituição Federal, não no Código de Processo Civil, e possuem características que os tornam deveras díspares dos recursos ordinários, devido às suas muitas exigências formais.

Técnica à parte, uma das muitas exigências formais acima mencionadas é o prequestionamento, instituto polêmico e de discussão atualíssima; muitas são as indagações acerca do tema: deve ser exigido? É requisito de admissibilidade? É atividade da parte ou do juízo? Deve ser explícito, implícito ou ficto?

Dentre as muitas dúvidas, natural é que surjam inúmeras teorias, fruto da doutrina e também da jurisprudência dos tribunais superiores; como toda questão abstrusa no âmbito do Direito, as respostas também são das mais divergentes possíveis, ao ponto de STF e STJ sedimentarem entendimentos totalmente contrários acerca do mesmo tema – por exemplo, o prequestionamento ficto, aceito pelo STF e renegado pelo STJ.

Dentro do prequestionamento, há tema que se exsurge e se destaca: o prequestionamento das matérias de ordem pública. É possível ser feito de ofício, sem restar a matéria prequestionada? Opera-se o efeito translativo nos recursos especial e extraordinário? Mais uma vez, depara-se com muitas inquietudes e uma torrente de respostas.

Neste trabalho, procurou-se estruturar os capítulos de forma a apresentar as problemáticas e incertezas acerca do tema, apontando, após, as soluções encontradas por alguns doutrinadores dos quais a autora corrobora o entendimento; ou seja, ofertar o problema e, por corolário, a possível solução.

Quanto ao prequestionamento, possível perceber que este é instituto que deve ser exigido, contudo, não se trata de requisito de admissibilidade, mas de meio para atingir o verdadeiro pressuposto, que é a *causa decidida*. Optou-se por manter-se a nomenclatura *prequestionamento* por certo apego formal à mesma, todavia, não se entende tratar-se de requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

O prequestionamento é atividade das partes, é suscitar o tema para que o magistrado venha a ventilá-lo em sua decisão; a partir do momento em que a causa suscitada é decidida, perfectibiliza-se o requisito do cabimento dos recursos excepcionais. Assim,

acredita-se que, paulatinamente, passar-se-á a fazer o câmbio da nomenclatura *prequestionamento* para *causa decidida*.

No que concerne ao prequestionamento das matérias de ordem pública e a aplicação do efeito translativo em sede de recursos excepcionais, esta autora coaduna com os entendimentos de grande parte da doutrina atual, sedimentado pela Súmula 456, do STF, que acredita ser operante o efeito translativo inclusive no âmbito dos recursos excepcionais.

Ainda, buscou-se trazer as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, focando-se naquelas que são tematicamente pertinentes com o tema central deste trabalho. Assim, traçaram-se paralelos entre os antigos dispositivos e os correspondentes no Novo CPC, bem como se demonstrou as novidades trazidas com a redação deste *códex*.

A análise perante o Novo Código de Processo Civil foi de suma importância para este trabalho, uma vez que grande parte das problemáticas existentes na vigência do regime anterior foram solucionadas com a redação do Novo CPC.

Viu-se que o prequestionamento é indispensável, contudo, deve imperar o prequestionamento ficto quando os embargos de declaração forem rejeitados, revogando-se a Súmula 211, do STJ. Também, agora o voto vencido é válido para fins de prequestionamento, revogando-se a Súmula 320, do STJ.

Positivou-se, por fim, a Súmula 456, do STF, no art. 1.034, do Novo Código de Processo Civil, praticamente afirmando-se que é imperativo o efeito translativo, inclusive no âmbito dos recursos excepcionais, da forma como já foi defendido por esta autora no decorrer deste trabalho.

Conforme já exposto na introdução, tem-se a cognição de que este trabalho não é exauriente, restando muitos temas a ser discutidos dentro da esfera dos recursos excepcionais; entretanto, primou-se pela objetividade e direcionamento, focando-se no tema central e, a partir dele, delineando os pontos que o rodeiam.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963. (AFONSO DA SILVA, 1963)
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (ARRUDA ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2013)
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (ASSIS, 2011)
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5. (BARBOSA MOREIRA, 2003)
- _____. *O Novo Processo Civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (BARBOSA MOREIRA, 2005)
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*. Revista Forense. São Paulo, 1999. (CARNEIRO, 1999)
- _____. *Recurso especial, agravo e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. (CARNEIRO, 2003)
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014. (CÔRTEZ, 2014)
- _____. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. (Coord.) Vários colaboradores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015. (CÔRTEZ, 2015)
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. (DINAMARCO, 2004)
- FABRÍCIO DE MELO, Andréa Cherem. *O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 133. (FABRÍCIO DE MELO, 2006)

GOUVÊA, José Roberto Ferreira; NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. (GOUVÊA; NEGRÃO, 2008)

LIMA, Alcides de Mendonça. *Recurso extraordinário e recurso especial*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 132. (LIMA, 2006)

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (MANCUSO, 2013)

MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. (MANGONE, 2013)

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (MARINONI; MITIDIERO, 2011)

_____. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (MARINONI; MITIDIERO, 2010)

MAZZEI, Rodrigo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. (Coord.) Vários colaboradores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015. (MAZZEI, 2015)

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (MEDINA, 2012)

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (MEDINA, 2015)

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013)

_____. *Recursos cíveis no TJSC: legislação, doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2004)

_____. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. (Coord.) Vários colaboradores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015)

NASCIMENTO E SILVA, Frederico Leonel; RAATZ, Igor. *Crítica à tese do julgamento de ofício das “questões de ordem pública” em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 202. (NASCIMENTO E SILVA; RAATZ, 2011)

NERY JUNIOR, Nelson. *Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores*. In: DIDIER JR, Fredie. *Leituras complementares de Processo Civil*. Salvador: Edições Podivm, 2007. (NERY JUNIOR, 2007)

_____. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (NERY JUNIOR, 2004)

_____. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. (NERY JUNIO, 1997)

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (NERY JUNIOR; NERY, 2007)

ORTENEY HIPÓLITO, Jaqueline Brizante. *O prequestionamento como requisito de admissibilidade para os recursos especial e extraordinário*. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2013, v. 121. (ORTENEY HIPÓLITO, 2013)

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2003. (PINTO, 2003)

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. (SCARPINELLA BUENO, 2010)

_____. *Quem tem medo do prequestionamento?* In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, v. 1/23. (SCARPINELLA BUENO, 2003)

SEOANE, Diego Sales. *Críticas ao instituto jurídico do prequestionamento*. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2013, v. 122. (SEOANE, 2013)

STEFEN ELIAS, Carlos Eduardo. *Os fundamentos da estrutura do sistema recursal no Código de Processo Civil de 1973 e no projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.) Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011. (STEFEN ELIAS, 2011)

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Liquidação de sentença – Desvio do procedimento legal – Nulidade do julgado por ofensa à condição de procedibilidade – Questão de ordem pública insuscetível de preclusão*. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2009, v. 73. (THEODORO JUNIOR, 2009)

VALENTE CARDOSO, Oscar. *O prequestionamento de questões de ordem pública no recurso especial*. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2013, v. 121. (VALENTE CARDOSO, 2013)

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Limites ao efeito translativo dos recursos*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.) Vários colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011. (YOSHIKAWA, 2011)