

Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil

ALINE DA SILVA FERREIRA

RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA
E MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA:
O efeito translativo nos Recursos
Extraordinários

BRASÍLIA – DF

2010

ALINE DA SILVA FERREIRA

**RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA
E MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA:
O efeito translativo nos Recursos
Extraordinários**

Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP como requisito à obtenção do título de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil

Orientadora: Inês Porto MsC.

BRASÍLIA – DF

2010

ALINE DA SILVA FERREIRA

**RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA
E MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA:
Efeito translativo nos Recursos Extraordinários**

Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP como requisito à obtenção do título de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Aos meus pais, Dario e Emilia
Ao meu marido, Gláucio
Aos meus filhos, Marina e Daniel
Com amor e admiração

RESUMO

A possibilidade do conhecimento de matérias de ordem pública no julgamento de recursos de natureza excepcional é tema que carece de uniformização no ordenamento jurídico brasileiro, seja no campo doutrinário, seja no campo jurisprudencial. A análise de questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação quando do julgamento do recurso especial e do recurso extraordinário esbarra na exigência constitucional de que esses recursos sejam interpostos apenas contra causas decididas, o que obstaculiza, à primeira vista, o conhecimento das matérias que não tenham sido devidamente prequestionadas no juízo *a quo*. O presente trabalho tem por objetivo entender os institutos que envolvem a incidência do efeito translativo em sede recursal derradeira, a partir da análise dos pressupostos de admissibilidade do processo e ainda das características que fazem dos recursos de natureza excepcional um gênero de recurso diferenciado.

Palavras-chave: pressupostos processuais; condições da ação; matéria de ordem pública; juízo de admissibilidade recursos de natureza excepcional; recurso extraordinário; recurso especial; efeito devolutivo; efeito translativo; causas decididas; e prequestionamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.....	5
1.1 QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO.....	5
1.2 TEORIA DAS NULIDADES E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES	10
1.3 EFICÁCIA PRECLUSIVA DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.....	14
2 DOS RECURSOS.....	18
2.1 TEORIA GERAL DOS RECURSOS: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	18
2.2 EFEITOS DOS RECURSOS.....	20
2.2.1 <i>Efeito devolutivo</i>	22
2.2.2 <i>Efeito translativo</i>	28
2.3 O SISTEMA DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS.....	31
2.3.1 <i>O juízo de admissibilidade</i>	33
2.3.2 <i>O juízo de mérito</i>	35
3 RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA	39
3.1 RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	39
3.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS	40
3.2.1 <i>Previsão dos requisitos específicos de admissibilidade no texto constitucional.</i>	40
3.2.2 <i>Necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias</i>	42
3.2.3 <i>Recursos de estrito direito</i>	44
3.2.4 <i>Impossibilidade de revisão da matéria de fato</i>	46
3.3 PREQUESTIONAMENTO	51
3.4 O EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS DE NATUREZA EXCEPCIONAL	56
CONCLUSÃO	60
BIBLIOGRAFIA.....	64

INTRODUÇÃO

A possibilidade do conhecimento de questão de ordem pública nos recursos de natureza extraordinária é tema que há muito vem despertando discussões em nível doutrinário e jurisprudencial e, seja num ou noutro campo, as vozes que sustentam e que negam a aplicação do efeito translativo na via extraordinária não são vacilantes. Doutrinadores e aplicadores do direito que enfrentam esta questão o fazem com arrimo em argumentos fortes que, em primeira análise, parecem suficientes a sustentar seu ponto de vista.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a viabilidade e as implicações do conhecimento de matérias de ordem pública por ocasião do julgamento dos recursos de natureza extraordinária a partir do estudo dos institutos que permeiam a matéria.

Adotando como enfoque os pressupostos processuais, fatores aclamados pela doutrina como requisitos a serem necessariamente observados a fim de que seja proferido um provimento jurisdicional de mérito, indaga-se até que ponto os Tribunais devem ficar adstrito às matérias impugnadas pelos recursos e em qual medida poderiam analisar as questões de ordem processual não aventadas pelas partes ou sobre as quais não tenha se manifestado o órgão julgador quando da prolação da decisão impugnada.

Ou seja, até que ponto as matérias preliminares e/ou prejudiciais podem influir em um processo em fase recursal derradeira, atingindo-o como um todo?

No caso dos recursos de natureza extraordinária, agrega-se à polêmica a questão do prequestionamento, tema que também carece de uniformidade quanto ao seu entendimento. E, com o advento das reformas processuais, não se pode deixar de mencionar, no caso específico do Recurso Extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto como pressuposto específico de admissibilidade recursal.

Sobre o tema, são duas as principais teorias que se destacam.

A primeira, defendida por renomados doutrinadores como Nelson Nery Júnior, Luiz Guilherme Marinoni e Alexandre Freitas Câmara, sustenta a impossibilidade da incidência do efeito translativo nos recursos extraordinários e, por conseguinte, do conhecimento e do exame de questões de ordem pública de natureza processual que não tenham sido alvo de prequestionamento.

Ao lado desta corrente majoritária perfilia-se a que defende a possibilidade da incidência do efeito translativo nos recursos especial e extraordinário, fundamentado no fato de que o prequestionamento só teria relevância no momento do juízo de admissibilidade dos recursos. Uma vez conhecido o recurso, o Tribunal estaria livre para, analisando a causa, aplicar o direito ao caso concreto, inclusive no que tange às matérias de ordem pública que não tenham sido objeto de prequestionamento.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são cortes especiais de revisão. Não se confundem, pois, com as Cortes de Cassação que, a exemplo do que ocorre em países como a França e a Itália, se limitam a tomar conhecimento da violação do direito, anulando a decisão impugnada e determinando o rejuízo do feito por outra corte do mesmo nível de jurisdição do tribunal cuja sentença fora anulada. No Brasil, uma vez conhecido o recurso, os Tribunais julgam a causa, aplicando o direito à espécie. É o que dispõe a Súmula 456, do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado reproduz o conteúdo das normas contidas tanto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 324) quanto do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ, art. 257).

Alia-se a este fato o caráter cogente das disposições contidas nos arts. 267, § 3º e 301, § 4º, do Código de Processo Civil, que expressamente mencionam a possibilidade de conhecimento das questões de ordem pública, de ofício, pelo magistrado. Com efeito, tais questões não se identificam como imperativos legais de caráter material, muito menos como meras previsões legais que regulam única e exclusivamente o interesse do particular. Relacionam-se à administração do exercício da jurisdição, dirigida ao magistrado, relacionadas ao plano vertical de cognição e que prescindem, por conseguinte, da arguição das partes.

Apesar de não apresentar a presente pesquisa tese inovadora no sistema jurídico processual, ainda é grande a discussão que persiste em relação à possibilidade de, após serem conhecidos os recursos extraordinários, se analisar as chamadas questões de ordem pública, verificando-se a legitimidade da própria relação processual.

Este trabalho foi realizado basicamente mediante estudo doutrinário, com pesquisa a livros e artigos da internet que abordassem tanto os institutos processuais ora tratados quanto a posição firmada pela doutrina e pela jurisprudência propriamente dita.

A legislação que envolve esta pesquisa não é ampla. Restringe-se: a) aos poucos dispositivos constitucionais que tratam da competência dos Egrégios Supremo Tribunal Regional e Superior Tribunal de Justiça no que tange ao julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial; b) a alguns artigos do CPC, especificamente os relativos à pressupostos processuais e condições da ação e, ainda, os relativos aos efeitos dos recursos; c) aos Regimentos Interno das STJ e do STF; d) às Súmulas correlatas e; e) por óbvio, aos princípios que norteiam o Direito Processual Civil e o ordenamento jurídico pátrio.

A pesquisa se desenvolveu em três capítulos.

O primeiro envolve as questões de ordem pública, o seu conceito e a sua influência no julgamento do mérito da ação. Destaca-se neste capítulo a eficácia preclusiva de tais questões, haja vista o objeto do presente trabalho, que é a possibilidade de conhecimento das matérias de ordem pública em sede de recursos de natureza excepcional.

O segundo capítulo foi dedicado aos recursos em geral e aos efeitos que eles produzem quando da sua interposição. Aborda-se, ainda, o sistema de admissibilidade dos recursos, tópico relevante para compreensão do momento exato da análise e do conhecimento das questões de ordem pública em sede recursal.

O terceiro e último capítulo envolve os recursos de natureza extraordinária propriamente ditos, as suas características principais e a polêmica questão do prequestionamento como requisito necessário à admissibilidade desses recursos.

Neste capítulo, recorreu-se com mais ênfase à jurisprudência, a fim de melhor compreender o posicionamento que os Tribunais Superiores têm adotado sobre o tema.

Com o estudo proposto busca-se entender a influência das questões de ordem pública no Recurso Especial e no Recurso Extraordinário, bem como a possibilidade do conhecimento dessas matérias em fase recursal extrema. Somente a partir da compreensão dos institutos apresentados será possível uma análise da matéria, sem que se recorra ao uso indiscriminado das súmulas que envolvem o tema ou ao entendimento ora consolidado nos Tribunais Superiores, haja vista a tendência de cada vez mais acentuada de se obstar a chegada de recursos a essas Cortes.

O tema abordado nesta pesquisa, embora não seja inovador, é de extrema riqueza no campo do Direito Processual Civil, tendo em vista que aborda o processo desde a sua formação, com a análise de seus pressupostos, culminando nos recursos de natureza excepcional, cujo estudo envolve o papel desempenhado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça e pelo Pretório Excelso no ordenamento jurídico nacional.

1 QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

1.1 Questões de ordem pública e juízo de admissibilidade no processo

O direito brasileiro reconhece como requisitos de admissibilidade do processo os pressupostos processuais e as condições da ação.

A identificação dos chamados pressupostos processuais na relação jurídica processual de forma dissociada dos pressupostos inerentes à relação jurídica controvertida (*res in iudicium deducta*) é considerada o marco do surgimento do direito processual moderno e deve-se à clássica obra de Oskar Bülow, *La teoria de las excepciones y los presupuestos procesales*.¹

Em seu livro, Bulow procurou não só evidenciar a existência de uma relação jurídica processual independente da material, como também deixou claro que a relação material somente poderia ser julgada após a constatação da presença dos pressupostos processuais, isto é, da regular constituição da relação processual.²

Sem dúvida, a percepção de um direito de provocar a atividade jurisdicional distinto do direito que se leva à apreciação do magistrado contribuiu, de forma incisiva, para o desenvolvimento científico do direito processual como ramo autônomo na dogmática jurídica.

¹ Em *La teoria de las excepciones y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ejea, 1964, Bülow construiu a teoria da relação jurídica processual, onde buscou demonstrar “a existência de uma relação jurídica que nada teria a ver com a relação jurídica material, na medida em que o eventual reconhecimento de vício na relação processual deixaria intacta a relação jurídica material, ao passo que o reconhecimento da inexistência do direito material não implicaria a negação da relação jurídica processual.” MARINONI, Luiz Guilherme. “A função dos pressupostos processuais no processo civil contemporâneo.” In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005. p. 1533/1534.

² MARINONI, Luiz Guilherme. “A função dos pressupostos processuais no processo civil contemporâneo.” In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005. p. 1533/1534.

O estudo do direito processual, ao seu tempo, lastreou-se na distinção entre processo, ação e mérito. Dentro desta perspectiva, os doutrinadores passaram a classificar as questões processuais de acordo com o seu objeto, o que repercutiu no trinômio: pressupostos processuais, condições da ação e questões de mérito.³

Os pressupostos processuais e as condições da ação compoariam, de acordo com a sistemática adotada pela doutrina brasileira, uma categoria maior de questões: a de admissibilidade do processo, também conhecidos como requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito ou requisitos de admissibilidade do processo.⁴ Consistem em questões preliminares, pois a depender da solução que for conferida, as questões de mérito serão ou não examinadas.

Para a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, os pressupostos processuais são classificados em intrínsecos e extrínsecos. No primeiro grupo reúnem-se os pressupostos processuais de existência (jurisdição, capacidade postulatória, petição inicial e citação) e os pressupostos processuais de validade do processo (competência do juízo, ausência de impedimento do juiz, capacidade e legitimidade processual, petição inicial válida e citação válida). No campo dos pressupostos processuais extrínsecos (ou pressupostos processuais negativos), destaca a autora a litispendência, a coisa julgada e a cláusula compromissória.⁵

Em relação às condições da ação, o direito positivo nacional faz explícita menção à possibilidade jurídica, à legitimidade das partes e ao interesse processual (CPC art. 267, VI).

As questões de mérito, ao seu tempo, podem ser divididas em: a) questões de mérito (*stricto sensu*), as quais são resolvidas pelo magistrado como simples fundamento (defesas do réu, exame de questão prejudicial, exame da causa de

³ DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

⁴ O professor Fredie Didier Júnior distingue os requisitos de admissibilidade do procedimento principal (aquele instaurado pela demanda inicial), cuja falta compromete todo o processo, do requisito de admissibilidade de cada procedimento incidente/recursal que componha a estrutura da relação jurídica processual (requisitos de admissibilidade dos recursos, das exceções instrumentais, etc), cuja falta inviabiliza apenas o procedimento a que se relaciona. O tema tratado nesta monografia, a propósito, versa sobre o requisito de admissibilidade do procedimento principal. DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 74.

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 53/54.

pedir) e; b) o mérito propriamente dito, que é a questão principal, a qual envolve o objeto litigioso. Segundo os ensinamentos do professor Fredie Didier, uma com a outra não se confunde, porquanto somente a decisão acerca da questão principal é que pode ficar imune pela coisa julgada. Define o processualista: “Chama-se de juízo de mérito a decisão sobre a questão de mérito principal, em que se examinam as outras questões de mérito (fundamento).”⁶

Sem atentar-se ao referido trinômio relativo aos pressupostos processuais, condições da ação e questões de mérito, no entanto, o legislador brasileiro optou em subdividir as questões de admissibilidade da ação apenas em duas categorias: as questões relacionadas ao processo, onde se inserem tanto os pressupostos de existência quanto os requisitos de validade do processo, e as questões relacionadas ao direito de ação.⁷

O professor Fredie Didier, fazendo referência à obra de Alfredo Buzaid, alerta que o mais correto seria dividir as questões unicamente em questão de admissibilidade e questão de mérito, sendo a primeira voltada à validade do procedimento, a sua aptidão para permitir a prolação de um ato final e, a segunda, destinada à análise do objeto litigioso propriamente dito, com emissão de juízo de mérito acerca do bem jurídico vindicado no processo. Para ele, não há sentido distinguir três tipos de questão conquanto existam apenas dois tipos de juízo. Ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade.⁸

Na mesma linha, Cândido Rangel Dinamarco afirma que não há necessidade da distinção existente nos pressupostos de admissibilidade, assinalando tratar-se de tendência moderna o agrupamento das questões relacionadas ao processo e as relacionadas ao direito de ação em uma única categoria de pressupostos do julgamento.⁹

⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 74.

⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 72.

⁸ BUZOID, Alfredo. “Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil”. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 115/116. apud DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 72.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 173.

O juízo de admissibilidade é um juízo de validade do procedimento, cuja análise, a ser realizada de acordo com os postulados da Teoria Geral do Processo, é indispensável para a correta aplicação das regras processuais, a fim de evitar que invalidades e nulidades sejam decretadas.¹⁰

Isto significa dizer que a emissão do provimento jurisdicional final depende da presença de certos pressupostos, sem os quais o juiz não poderá decidir sobre o *meritum causae*.¹¹ Faltando algum desses elementos necessários ao regular desenvolvimento da relação jurídica, não é razoável que o processo alcance seu fim e defina a titularidade de um direito que, por razões anteriores, não poderia ser conferido à parte.¹²

Identificam-se nesse contexto questões que, por razões de interesse público, podem ser objeto de análise pelo magistrado independentemente do requerimento das partes. São as chamadas questões de ordem pública.¹³ Nelas incluem-se todos os pressupostos que, por sua natureza e sua relevância, devem ser verificados pelo juiz sempre, independentemente do tipo de ação, dos fundamentos da pretensão deduzida em juízo ou da própria postura das partes.¹⁴

O próprio Código de Processo Civil estabelece, no § 3º do artigo 267, que as matérias tratadas nos incisos IV, V e VI¹⁵ podem ser conhecidas de ofício pelo juiz,

¹⁰ DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

¹¹ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, a averiguação dos pressupostos processuais consiste “no primeiro momento lógico merecedor da atenção do juiz. São elementos cuja presença é imprescindível para a existência e para a validade da relação processual e, de outra parte, cuja inexistência é imperativa para que a relação processual exista validamente, no caso dos pressupostos processuais negativos”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 46.

¹² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 181.

¹³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 180.

¹⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 180/181.

¹⁵ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução do mérito:(...) IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.(...) § 3º O juiz conhecerá, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos incisos 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.

em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito.

Não só as questões ali mencionadas, todavia, constituem questões de ordem pública. A título ilustrativo, citam-se as hipóteses previstas no parágrafo 4º, art. 301, do Código de Processo Civil, cuja redação impõe, à exceção do compromisso arbitral, o conhecimento de ofício pelo órgão julgador. São elas: inexistência ou nulidade da citação; incompetência absoluta, inépcia da petição inicial; perempção; litispendência; coisa julgada; conexão; incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; carência de ação e, por fim, falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar.

Como se percebe, o conceito de matéria de ordem pública carece de uma definição específica. É vago, indeterminado e não é abordado de forma sistêmica na legislação. Não satisfaz dizer que a questão de ordem pública é questão relevável de ofício pelo juiz. Tampouco vale identificar os pressupostos de admissibilidade dos atos processuais como questões a serem necessariamente observadas de ofício pelo órgão julgador. Como adverte o professor Fredie Didier existem, no direito brasileiro, questões de admissibilidade que prescindem da provocação do interessado para serem conhecidas, como por exemplo, os casos de incompetência relativa (CPC, art. 112) e do compromisso arbitral (CPC, art. 301, § 4º), mas que, nem por causa disso, deixam de ser questões de admissibilidade, na medida em que continuam relacionadas à validade do procedimento.¹⁶

O fato é que as questões de ordem pública escapam à disponibilidade das partes. Interessam ao próprio Estado juiz, pois tem como escopo a preservação e a manutenção da estabilidade do ordenamento, além de conferir segurança aos litigantes e o acesso à ordem jurídica justa.

¹⁶ DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo, Saraiva, 2005. p. 75.

1.2 Teoria das nulidades e as questões de ordem pública: breves considerações

O tema da teoria das nulidades é bastante delicado. Sua abordagem no presente trabalho, embora feita de forma bastante restrita e limitada, é de suma importância para melhor compreensão acerca de quais matérias podem ser releváveis de ofício pelo magistrado, bem como o momento processual oportuno para sua identificação, inserindo-se, neste contexto, a questão da preclusão.

O juízo negativo de admissibilidade do processo - que ocorre quando verificada a ausência dos pressupostos processuais e as condições da ação - acarreta a invalidade do procedimento. Logo, a ele se aplica todo o sistema de invalidades regulado pelo Código de Processo Civil, construído, como se sabe, para que nulidades não sejam decretadas.¹⁷

Além dos pressupostos processuais e das condições da ação, há certas nulidades que também podem ser decretadas, de ofício, pelo órgão julgador. Resta entender se as expressões a qualquer tempo e grau de jurisdição a que se reporta o texto legal se restringem apenas às instâncias ordinárias ou se aplicam aos recursos especial e extraordinário, tema que ainda carece de harmonização no sistema processual brasileiro vigente.

Teresa Arruda Alvim Wambier, partindo do pressuposto de que no processo podem haver dois tipos de vícios, classifica as nulidades em nulidade de forma e nulidade de fundo.¹⁸ As nulidades de forma, via de regra, são relativas. Não podem ser decretadas de ofício, mas somente se levantadas pelas partes. Não o sendo tempestivamente, ocorre a preclusão, sanando-se o vício.¹⁹ Já as nulidades de fundo, vícios que dizem respeito aos pressupostos de admissibilidade de julgamento

¹⁷ DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 217.

¹⁹ Acrescenta a Autora que a tendência das nulidades de forma é de não serem absolutas. Não obstante, quando assim previstas em lei, são presunções absolutas de prejuízos, aplicando-se a elas todas as regras das nulidades de fundo. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 218.

de mérito (pressupostos processuais de existência e de validade, pressupostos negativos e condições da ação), podem ser alegadas pelas partes, a qualquer tempo, e decretadas de ofício, não havendo que se dizer em preclusão. Trata-se, ao seu entendimento, de vícios insanáveis, que maculam irremediavelmente o processo.²⁰

De forma bastante sucinta, pode-se dizer sobre os princípios gerais inspiradores do sistema de nulidades no processo que: a) não há invalidades processuais de pleno direito: toda invalidade processual precisa ser decretada; b) somente se deve nulificar um ato do procedimento se não for possível aproveitá-lo; c) a invalidação deve se restringir ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas; d) não há nulidade sem prejuízo.²¹

Esses princípios, como mencionado, também se aplicam ao juízo de admissibilidade, juízo de validade que é, de sorte que a decretação de inadmissibilidade do procedimento somente deve ser aplicada quando não for possível ir adiante, em busca da solução do mérito, ato final para o qual todos os demais atos estão direcionados.²²

Com base nessas premissas, o professor Fredie Didier Júnior admite que o magistrado possa, não obstante a falta de um requisito, ignorando o vício processual, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do demandante. Explica o autor que “a falta de um desses pressupostos não obsta à produção de uma decisão de mérito favorável à parte (ativa ou passiva), cuja posição processual seria protegida com a verificação do pressuposto.”²³ Trata-se, na verdade, de aplicação direta do disposto no art. 249, § 2º, do CPC brasileiro, assim redigido: “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveita a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 218.

²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29/30.

²² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 30.

Especificamente em relação ao processo, tem-se que o sistema das nulidades se baseia em dois enunciados fundamentais, assim descritos pela processualista Teresa Arruda Alvim Wambier, *verbis*:

- a) as nulidades absolutas podem ser alegadas pelas partes, a qualquer tempo, e decretadas pelo juiz de ofício, inexistindo, pois, para aquelas e para este, preclusão. São vícios insanáveis, pois que maculam irremediavelmente o processo.
- b) as anulabilidades não podem ser decretadas de ofício, mas somente levantadas pelas partes. Não o sendo tempestivamente, haverá preclusão, sanando-se o vício.²⁴

Como se observa, as nulidades absolutas, via de regra, não precluem.²⁵ Mas o que ocorre quando uma nulidade é objeto de despacho/decisão e dela não recorre? Pode ela ser argüida em sede de apelação? E em recursos de natureza excepcional?

Para Ricardo de Carvalho Aprigliano, suscitadas questões de ordem pública, surge para o juiz *a quo* o dever de sobre elas decidir. Caso o magistrado rejeite tais questões, cabe a parte recorrer. Não o fazendo, operara-se a preclusão da questão, impedindo que a parte volte a suscitá-la no curso da ação.²⁶

O autor destaca que doutrina e jurisprudência dividem-se sobre a possibilidade ou impossibilidade de o tribunal analisar de ofício as questões de ordem pública que tenham sido decididas pelo órgão *a quo*. Parte da doutrina, dentre a qual se perfila Enrico Liebman, entende que “as questões releváveis de ofício são analisadas em qualquer grau do processo, independentemente de requerimento, mas ressalva que o exame de ofício só ocorre se não houve pronúncia anterior, já transitada em julgado.”²⁷ Isto porque as questões de fato e de rito releváveis de ofício, se já foram examinadas pelo juiz de primeiro grau, perdem a

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 217.

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 218.

²⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 188.

²⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 189.

característica da relevabilidade de ofício por parte do órgão julgador e, para ser reexaminada, deverão ser expressamente repropostas no recurso ou na resposta.²⁸

Entretanto, a posição dominante é a de que o tribunal não só pode como deve julgar as questões de ordem publicam mesmo quando já tenham sido objeto de decisão.²⁹ Inúmeras são as decisões nesse sentido, dentre as quais destaca-se a título ilustrativo:

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL, APRECIANDO QUESTÃO INCIDENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, DE AÇÃO A QUE FALTE REQUISITO INDISPENSÁVEL DE PROSSEGUIMENTO. POSSIBILIDADE (CPC, ARTS.v267, IV, E 301, § 4º).

1. A constatação da existência de vício insanável, relativo à falta de condição indispensável ao regular prosseguimento da ação, é matéria que pode e deve ser conhecida de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição (CPC, arts. 267, IV, § 3º, e 301, § 4º). Não há qualquer óbice, assim, a que o Tribunal, julgando questão incidental, em agravo de instrumento, determine a extinção da ação, reconhecendo a impossibilidade jurídica do pedido.

(....)

(REsp 691912/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 311)

O tema se torna mais delicado quando se trata de recursos excepcionais, dada as suas peculiaridades. Eis então a necessidade de examinar a eficácia preclusiva das questões de ordem pública no que diz respeito ao juízo de admissibilidade do processo.

²⁸ PROTO PISANI, Andrea. "Lezioni di diritto processuale civile". 3 ed. Nápoles: Jovene, 1999. p. 536. apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 189.

²⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 190.

1.3 Eficácia preclusiva das questões de ordem pública no juízo de admissibilidade

A princípio, grande era a controvérsia acerca da ocorrência ou não da preclusão de questões atinentes às condições da ação, se tivesse havido decisão a respeito da matéria por ocasião do saneamento do processo. Não obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 67579-0/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, dirimiu a controvérsia ao decidir: “O tribunal de apelação, ainda que decidido o mérito na sentença, poderá conhecer de ofício da matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação. Em outras palavras, o tribunal da apelação deverá conhecer da matéria concernente às condições da ação, decidida na sentença e agitada nas contrarrazões, sobre a qual não se opera a preclusão pela ausência de recurso do vencedor em primeiro grau, nos termos do art. 515, § 2º do CPC.”³⁰

Em análise apurada sobre o tema José Ignácio Botelho de Mesquita e outros mestres e mestrandos em Direito pela USP, diferenciam o tratamento que deve ser conferido às matérias a que se refere o artigo 267, § 3º, do CPC, com base em sua abordagem no decorrer do processo. Para eles, os pressupostos processuais e as condições da ação podem ser conhecidos originariamente e decididas pelo juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, a qualquer tempo, até que seja proferida sentença (ou acórdão) de mérito. Todavia, se essas matérias se houverem tornado questões (i.e. conflito de razões) no curso do processo, e forem decididas pelo juiz sem recurso da parte prejudicada, ficam preclusas, assim para as partes como para o juiz e, mesmo havendo apelação, o recurso não devolverá ao conhecimento do tribunal.³¹

³⁰REsp 67579/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/1995, DJ 11/09/1995 p. 28835. Esta posição até hoje continua orientando os julgados proferidos pelo STJ, dentre os quais vale conferir, dentre tantos outros: REsp 304.629/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 16/03/2009; AgRg no REsp 847.262/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 31/08/2009; AgRg no Ag 922.099/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 19/06/2008)

³¹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de Mesquita; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da

A partir dessas premissas, concluem os referidos autores que as questões relativas às matérias referidas no art. 267, § 3º, como questões anteriores à sentença que são, só poderão ser conhecidas e decididas pelo tribunal se não o forem antes pelo juiz; se o foram, não ficam submetidas ao tribunal, salvo recurso da parte.³²

À luz do sistema constitucional brasileiro, que com o advento da EC 45/2004 instituiu como dever do Estado assegurar a todos uma “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação” (CF, art. 5º, LXXCIII), o rejuízo de questões de ordem pública já decididas e não recorridas configurar-se-iam fator de desordem processual, “acarretando prejuízo à celeridade do feito e à segurança jurídica, na medida em que deixa em aberto, indefinidamente, questões que tanto o juiz como as próprias partes já deram por encerradas.” Nesse sentido, negar a ocorrência da preclusão das matérias de ordem pública consistiria em conspiração contra o “triângulo formado pelo devido processo legal, pela efetividade do processo e pela garantia da razoável duração do processo.”³³

Com efeito, leitura atenta ao disposto nos §§ 3º, do art. 267 e 4º, do art. 301, ambos do CPC, revela que as duas normas se referem ao ato do juiz de conhecer matérias e não decidir questões. Trata-se, pois, de duas situações distintas, na medida em que “esta última pressupõe a existência de um conflito de razões (questão) a respeito de certa matéria, enquanto a primeira a exclui, ou quando menos a dispensa”.³⁴

Costa Manso Real. “Questões de Ordem Pública: revisíveis ad infinitum?” In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005. p. 1524.

³² MESQUITA, José Ignácio Botelho de Mesquita; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. “Questões de Ordem Pública: revisíveis ad infinitum?” In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005. p. 1531.

³³ Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. “Questões de Ordem Pública: revisíveis ad infinitum?” In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005. p. 1529.

³⁴ Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. “Questões de Ordem Pública: revisíveis ad infinitum?” In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005. p. 1530.

Ou seja, as regras previstas no art. 267 do CPC restringem-se ao conhecimento das matérias a que alude, não abrangendo a decisão das questões que as tenham por objeto. Essas ficam sujeitas ao disposto no art. 471 do CPC, que prescreve: “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo nos casos prescritos em lei.”³⁵

Em suma, emitido algum juízo de valor acerca das matérias atinentes aos pressupostos processuais ou condição da ação e não interposto o recurso cabível, opera-se a preclusão, ainda que se trate de questão de ordem pública.

De forma ainda mais enfática, o processualista Luiz Guilherme Marinoni, explicita:

Diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, torna-se evidente que a ausência de um “pressuposto processual” só tem relevância quando constatada em momento processual em que o juiz não tem condições de definir o mérito, pois é apenas nessa hipótese que surge racionalidade para a extinção do processo. Em caso contrário, isto é, quando se verifica que o direito material pertence à parte protegida pelo pressuposto omitido, o juiz tem o dever de proferir sentença de mérito, seja de procedência ou de improcedência. É que, em caso contrário, a jurisdição estará indisfarçavelmente negando os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF) e à duração razoável do processo (art. LXXVIII, da CF).³⁶

Este posicionamento, no entanto, não é uníssono. Maior parte da doutrina entende que os pressupostos de admissibilidade devem ser observados enquanto o processo estiver em curso. Para os defensores desta tese, não há que se falar em preclusão quando se trata de questões de ordem pública, dado o dever institucional do magistrado na condução e fiscalização do processo.³⁷ Confira-se, nesse sentido, as lições de Cândido Rangel Dinamarco, *verbis*:

Ainda quando a defesa do réu não haja feito alegação alguma a respeito e mesmo que na fase própria nenhuma providência seja tomada pelo juiz, sempre permanece o dever judicial de realizar a fiscalização e determinar

³⁵ A distinção entre “conhecer matérias” e “decidir questão” aparece em outros dispositivos do código de processo civil, como a contida no art. 516, segundo o qual “ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas. *Contrario sensu*, não ficam a ele submetidas as questões já decididas. A mesmo entendimento se chega quando da análise da regra do art. 473, que proíbe à parte “discutir no curso do processo as questões já decididas” e de que não foi interpostos recurso.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: RT. 2008. p. 83.

³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 281.

as consequências adequadas. O juiz de primeiro grau tem o poder-dever de fazê-lo enquanto não tiver publicado a sentença; não depois disso, porque sua competência estará exaurida (art. 267, § 3º, c/c art. 463); os tribunais, até quando realizada a sessão de julgamento e proclamado o resultado (art. 556). É tão forte a disposição contida no § 3º do art. 267, que o juiz não fica impedido de determinar as providências cabíveis ainda quando expressamente se haja pronunciado pelo prosseguimento do processo (p.ex., saneando-se e repelindo a preliminar levantada pelo réu): essa matéria é insuscetível a preclusões, justamente porque inerente à ordem pública e o Estado nega-se de modo absoluto a outorgar a tutela jurisdicional sem a implementação de tais pressupostos. Ainda quando as partes se pusessem de acordo para dispensar algum pressuposto, continua sendo dever do juiz a realização do controle e determinação de providências, porque não se dá acordo algum sobre matéria de ordem pública, que é indisponível.³⁸

Com efeito, faltando algum requisito considerado indispensável, não é razoável que o processo alcance seu fim e defina a titularidade de um direito que, por razões anteriores, não poderia ser conferido às partes.³⁹ Dentro desta perspectiva, reconhecida a falta de um pressuposto processual não se mostra razoável um tribunal manter a decisão de mérito (procedente ou não), quando ausente um dos requisitos que a lei entendeu indispensável para o desenvolvimento da ação.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 145/146.

³⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 181.

2 DOS RECURSOS

2.1 Teoria geral dos recursos: breves considerações

Recurso é um ato de inconformismo mediante o qual a parte sucumbente, o terceiro prejudicado ou o Ministério Público pedem uma nova decisão, diferente da impugnada. O ato de interposição do recurso se dá na mesma relação processual em que houver sido proferida a decisão impugnada. Com ele, tem início um novo procedimento no processo, o procedimento recursal, que se destina à produção de novo julgamento sobre a matéria recorrida.⁴⁰ Instaura-se, pois, um novo curso no processo, daí falar-se em *re-curso*.⁴¹

A interposição do recurso consiste em direito subjetivo da parte, que deste ato pode se valer com o propósito de reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial.⁴²

No processo civil brasileiro, a interposição de um recurso tem o efeito direto e imediato de prevenir a preclusão temporal, a qual fatalmente ocorrerá se recurso algum recurso for interposto. Ao recorrer, independentemente do provimento jurisdicional proferido, a parte evita que o ato judicial recorrido adquira desde logo firmeza e imunidade a questionamentos futuros.⁴³

⁴⁰ Excetua-se a esta regra o agravo de instrumento, recurso aviado contra decisões interlocutórias que, quando não interposto na forma retida nem convertido a esta modalidade, é protocolizado diretamente no tribunal *ad quem*.

⁴¹ DINARMARCO, Cândido Rangel. "Os efeitos dos recursos". In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 23.

⁴² Os dois últimos objetivos do recurso (esclarecimento ou integração da decisão judicial), referem-se exclusivamente aos Embargos de Declaração. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 27.

⁴³ É tradicional na doutrina a afirmação de que a interposição recursal tem o efeito de impedir a preclusão, ou seja, de evitar que ela se consuma. Não obstante, Cândido Rangel Dinamarco ressalta que a interposição do recurso pode tanto impedir como retardar a preclusão. Explica: se o recurso não chegar ao julgamento de mérito, porque indeferido, não conhecido (quando não superado os sucessivos juízos de admissibilidade), ou porque o recorrente veio a desistir, significa que o órgão destinatário não voltou a decidir sobre o que havia sido decidido na instância inferior. Neste caso, a decisão será coberta por uma preclusão retardada. Se ele for conhecido, a preclusão relativa ao ato

Assim como a ação, os recursos também se sujeitam ao crivo da admissibilidade, momento em que se verifica se encontram-se presentes todos os pressupostos indispensáveis à apreciação do recurso. A doutrina, de modo geral, é pacífica quanto aos pressupostos recursais, adotando, excepcionalmente, diferentes denominações ou enquadramentos. A classificação mais utilizada é a definida pelo processualista carioca Barbosa Moreira, que identifica como pressupostos recursais: o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse recursal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.⁴⁴

Quanto à amplitude da matéria recorrida, o recurso pode ser total ou parcial, dependendo da extensão da matéria impugnada. É total quando abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida, e parcial quando, em virtude de limitação voluntária, não compreende o conteúdo impugnável da decisão em sua integralidade.⁴⁵ Ou seja, quem determina o âmbito do recurso é a parte recorrente, de acordo com o princípio do dispositivo.

O recurso pode ser de fundamentação livre ou de fundamentação vinculada. No primeiro tipo, a lei se abstém de fixar limites às críticas do recorrente contra a decisão recorrida, permitindo ao recorrente invocar quaisquer erros, como ocorre, por exemplo, na apelação. Já no recurso de fundamentação vinculada, a lei cuida de discriminar o tipo de erro denunciável por meio do recurso. Sobre o assunto, com propriedade discorre Barbosa Moreira:⁴⁶

impugnado não estará simplesmente adiada, mas definitivamente impedida, porque o conhecimento do recurso importa sempre na substituição do ato sujeito a ele – e isso acontece ainda quando o tribunal nega provimento ao recurso, confirmando o ato recorrido. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 28.

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 262/263.

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 252.

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 253. impugnado não estará simplesmente adiada, mas definitivamente impedida, porque o conhecimento do recurso importa sempre na substituição do ato sujeito a ele – e isso acontece ainda quando o tribunal nega provimento ao recurso, confirmando o ato recorrido. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 28.

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 262/263.

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 252.

Nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente precisa invocar o erro indicado como relevante (ou algum deles, se há mais de um), para que o recurso caiba, e precisa demonstrar-lhe a efetiva ocorrência na espécie, para que o recurso proceda. A tipicidade do erro é, pois, pressuposto do cabimento do recurso (e, por conseguinte, da sua admissibilidade); se o erro não for típico, o órgão *ad quem* não conhecerá daquele. A existência real do erro é pressuposto da procedência do recurso; se o erro alegado, típico, embora, não existir, o órgão *ad quem* conhecerá do recurso, mas lhe negará provimento.

Os recursos de natureza extraordinária são típicos exemplos de recurso de fundamentação vinculada, tendo a lei constitucional previsto, exaurientemente, suas hipóteses de cabimento.

2.2 Efeitos dos Recursos

Tradicionalmente, a doutrina identifica dois efeitos inerentes aos recursos: o devolutivo e o suspensivo.⁴⁷ O primeiro diz respeito à matéria submetida à apreciação pelo órgão jurisdicional a que se recorre e o segundo está vinculado à possibilidade de a decisão vergastada produzir ou não efeitos enquanto não se decide o recurso interposto.⁴⁸

Ocorre que os efeitos produzidos pela interposição do recurso são extremamente variados, não se limitando ao binômio devolução-suspensão, de que ordinariamente a doutrina se ocupa. Atento a esses preceitos, Nelson Nery Júnior identifica, além dos efeitos tradicionais, os efeitos expansivo, translativo e substitutivo.⁴⁹

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 253.

⁴⁷ Apenas esses dois efeitos são contemplados no Código de Processo Civil, que no art. 520 expressamente dispõe, de forma extensiva: "O recurso de apelação deverá ser recebida em seu efeito devolutivo ou suspensivo.

⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo, 2008. p. 345.

⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 428.

De acordo com o referido autor, o efeito que se denomina expansivo ocorre quando o julgamento do recurso enseja decisão mais abrangente do que a decisão impugnada.⁵⁰ A título ilustrativo, cita como exemplo o recurso que acolhe preliminar de litispendência interposto contra sentença de procedência de mérito. Neste caso, o reconhecimento da litispendência faz com que a sentença impugnada seja atingida pelo provimento do recurso, cujo resultado é a extinção do processo sem julgamento do mérito.⁵¹

O efeito substitutivo, por sua vez, se verifica quando a decisão proferida no julgamento do recurso passa a ocupar o lugar da decisão de que se recorre. Tal efeito se evidencia, no entanto, somente quando a sentença impugnada labora em *erro in iudicando*; nunca nas hipóteses de *erro in procedendo*, onde o provimento do recurso tem como consequência não a substituição da decisão impugnada, mas a sua cassação.⁵²

Há quem identifique, ainda, o efeito obstativo, tendo em vista que a interposição de um recurso tem o condão de obstar a preclusão e também a formação da coisa julgada, prolongando a litispendência. Todavia, por se tratar de uma característica comum a todos os recursos, não se reveste este efeito de um caráter diferenciador que justifique esta classificação.⁵³

O efeito devolutivo e o efeito translativo, por fim, serão abordados em tópicos separados, dada a sua relevância para o presente trabalho.

⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 477.

⁵¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 477.

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo, 2008. p. 346.

⁵³ Sob o mesmo argumento, Nelson Luiz Pinto classifica os efeitos dos recursos em suspensivo e não-suspensivos. Ao seu entendimento, o efeito devolutivo, por ser comum a todos os recursos, é desprovido de caráter diferenciador. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 37.

2.2.1 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo é aquele em virtude do qual o conhecimento da matéria é devolvida ao órgão julgante para reexame das questões impugnada.⁵⁴

No âmbito doutrinário, discute-se quanto à presença ou não de efeito devolutivo no caso de o controle sobre a decisão ser feito pelo mesmo órgão, ou seja, quando não há transferência do conhecimento da matéria para um órgão superior.

De um modo geral, considera-se que o efeito devolutivo se concretiza com o simples pedido de reexame da matéria impugnada, ainda que pelo mesmo juiz que proferiu a decisão, não sendo necessário que o recurso seja direcionado a órgão diverso daquele que realizou o julgado recorrido.⁵⁵

O processualista Nelson Nery Jr. defende, nesse sentido, que o efeito devolutivo se evidencia inclusive quando o recurso é endereçado ao próprio órgão que proferiu o ato impugnado. Para o autor, devolução não consiste, necessariamente, na transferência da matéria impugnada a um órgão jurisdicional diverso do que haja proferido a decisão recorrida, mas apenas abertura do procedimento recursal e criação do poder-dever de rejulgar o feito.⁵⁶

De outro lado, há doutrinadores que entendem que a devolução se faz sempre a um órgão judiciário de estatura maior do que a do prolator do ato recorrido.⁵⁷ Para os adeptos dessa teoria, a essência da devolução consiste na

⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 63.

⁵⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 105.

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. "Os efeitos dos recursos". In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: e acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 24.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 31.

transferência ao órgão *ad quem* do conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição, nos limites da impugnação.⁵⁸

Desta feita, não haveria se dizer em efeito devolutivo em relação aos Embargos de Declaração, haja vista esse recurso ser sempre interposto ao mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada. Em relação às matérias inicialmente devolvidas ao próprio órgão recorrido e posteriormente transferido a órgão jurisdicional diverso, tal qual ocorre com o agravo de instrumento (recurso que admite o juízo de retratação), o efeito devolutivo, embora existente, ficaria diferido. Essa corrente doutrinária encontra no processualista Barbosa Moreira seu principal expoente.⁵⁹

Referida discussão, no entanto, assume relevância meramente acadêmica, desprovida de consequência de ordem pragmática. O fato é que a concepção do efeito devolutivo tem por base a interposição do recurso e suas consequências relativamente à decisão recorrida, que é a de submeter ao Poder Judiciário a reapreciação da matéria impugnada.⁶⁰ Conforme salienta Ricardo de Carvalho Aprigliano, a essência do efeito devolutivo está no simples fato de entregar o conhecimento da questão decidida ao reexame de uma autoridade judicial, pouco importando se essa autoridade pertence a órgão diverso ou não.⁶¹

O efeito devolutivo não é pleno em relação a todos os recursos previstos no ordenamento jurídico processual. Manifesta-se com maior ou menor intensidade de acordo com o âmbito de cabimento do recurso.⁶²

Em se tratando o direito de recorrer de extensão do direito de ação, também a ele se aplica o princípio do dispositivo, segundo o qual o juiz deverá se ater aos limites da pretensão encerrada no pedido recursal (CPC, arts. 128 e 460). Especificamente em relação aos recursos, tal princípio se revela no sentido de que o

⁵⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 92.

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 260.

⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 65

⁶¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 106.

⁶² MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 67.

órgão competente para apreciar o recurso interposto só poderá fazê-lo dentro do âmbito delimitado pelo recorrente, em suas razões recursais.⁶³ À situação exposta, consagrada pelo direito positivo no *caput* do artigo 515 do CPC, a doutrina identifica a extensão do efeito devolutivo.

Ou seja, assim como juiz algum pode dar a mais ou coisa diferente do *petitum*, também não pode o juízo recursal dar ao recorrente coisa diversa do que houver sido postulado quando da interposição do recurso. O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o pedido de nova decisão. É justamente pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*).⁶⁴ Com efeito, o órgão a que se recorre deve sempre decidir sobre o mesmo *meritum causae* já decidido, sendo-lhe defeso ir além do objeto do processo delineado na petição inicial: nenhum recurso devolve ao tribunal uma pretensão maior do que a lide posta em juízo.⁶⁵

O limite da devolução pode ser determinado pela vontade do recorrente ou pela própria lei. Quando impõe limites à matéria passível de impugnação, a vontade do recorrente não pode ir além, e a devolução excessiva não se opera ainda que assim a parte requeira. Nesse sentido, explica Nelson Nery Jr. que um ato de vontade do recorrente pode limitar a devolução, ficando aquém do possível, mas jamais ultrapassará os limites do legalmente possível.⁶⁶

Além da extensão, o efeito devolutivo se manifesta também em sua profundidade, representada esta dimensão pelo conjunto de questões suscetíveis de serem apreciadas pelo juízo *ad quem*.⁶⁷

Sobre o tema, pertinente a leitura do eminente processualista Barbosa Moreira.⁶⁸

⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 67.

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 429.

⁶⁵ DINARMARCO, Cândido Rangel. "Os efeitos dos recursos". In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 34.

⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 429.

⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 430.

Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar.

(...)

Por outro lado, a decisão apelada tem os seus fundamentos: o órgão de primeiro grau, para decidir, precisou naturalmente enfrentar e resolver questões, isto é, pontos duvidosos de fato e de direito, suscitados pelas partes ou apreciados *ex officio*. Cumpre averiguar se todas essas questões, ou nem todas, devem ser reexaminadas pelo tribunal, para proceder, por sua vez, ao julgamento; ou ainda se, porventura, não de ser examinadas questões que o órgão *a quo*, embora pudesse ou devesse apreciar, de fato não apreciou. Focaliza-se aqui o problema em perspectiva vertical.

Quando se trata do efeito devolutivo em sua profundidade (dimensão vertical), Barbosa Moreira entende que, por força do art. 516 do CPC, incluem-se no âmbito de conhecimento do órgão julgador todas as questões, as de fato e as de direito, as de mérito e as preliminares. Ao seu entendimento a profundidade da devolução envolve além das questões efetivamente resolvidas na decisão impugnada, as questões que nela poderiam ter sido analisadas, dentre as quais inclui: a) as questões examináveis de ofício, a cujo respeito o órgão *a quo* não se manifestou e; b) as questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, apesar de haverem sido suscitadas e discutidas pelas partes.⁶⁹

O professor Nelson Nery Júnior não partilha desse entendimento. Para ele, o exame das questões de ordem pública ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso por força do disposto no artigo 515 e parágrafos do CPC.⁷⁰

Nos termos do art. 515, § 1º, do CPC, ficam devolvidas ao Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. Não fora isso, tem-se que se o pedido ou a defesa contiver mais de um fundamento, e acolhendo o juiz apenas um deles, os outros fundamentos

⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 431.

⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 447.

⁷⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 482.

poderão ser apreciados pelo Tribunal, conforme se extrai da leitura do § 2º do art. 515 do CPC.⁷¹

Ao seu turno, dispõem o artigo 516 do CPC que “ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.”

Para que se compreenda o disposto neste artigo, é necessário distinguir as questões postas para o julgado em: questões preliminares, questões prejudiciais e questões de mérito.⁷²

Como visto, as questões preliminares são aquelas cuja decisão influencia na possibilidade do julgamento do mérito. Dizem respeito às condições da ação e aos pressupostos processuais. Por serem questões de ordem pública, pode o juiz ou o tribunal conhecer a qualquer tempo, não ocorrendo, via de regra, a preclusão (art. 267, § 3).⁷³

As questões prejudiciais dizem respeito às questões que influenciam no julgamento do mérito. Dependendo da decisão que lhe for atribuída, o mérito será julgado procedente, improcedente ou procedente, em parte.⁷⁴

As questões de mérito, ao seu turno, correspondem aos pedidos, *stricto sensu*. Há obrigatoriedade de que o juiz, na sentença, aprecie e julgue todo o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o. Não pode haver questão de mérito não decidida ou pedido não apreciado, sob pena de nulidade da sentença (sentença *citra petita*).⁷⁵

Observa-se, neste contexto, que as questões anteriores à sentença não se vinculam à profundidade da devolutividade do recurso. As preliminares decorrem da própria atividade jurisdicional; fogem da disponibilidade da parte, vinculada ao

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os efeitos dos recursos”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: e acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 41.

⁷² PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p.105.

⁷³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 482.

⁷⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 69.

⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 70.

princípio do dispositivo. As questões de mérito e as prejudiciais, como visto, não podem deixar de ser decididas, sob pena de comprometer a legitimidade do provimento jurisdicional prolatado.⁷⁶ Infere-se, nesse sentido, que a essas questões não se refere o artigo 516, do Código de Processo Civil.⁷⁷

Daí a razão de Nelson Nery Júnior afirmar que a alteração do texto do art. 516, perpetrada pela Lei 8.950/94 “é inócuo e pleonástico, porque as questões não decididas já estão devolvidas por força do artigo 515 do Código de Processo Civil.”⁷⁸

Já para o professor e advogado Nelson Luiz Pinto, o artigo 516 refere-se à existência de mais de uma questão prejudicial a respeito de uma única causa de pedir. Ou seja: o conhecimento pelo tribunal das questões não apreciadas pelo juiz de primeiro grau que se consubstanciam em elementos de uma mesma causa de pedir, acolhida ou afastada pela decisão inferior.⁷⁹

Complementa referido autor que o conhecimento de questões de ordem pública pode se dar no tribunal, ainda que não tenha havido impugnação a respeito pela via recursal, mas não em virtude do efeito devolutivo em sua dimensão vertical. Isto porque o efeito devolutivo provém do princípio do dispositivo, que em nada se relaciona com a possibilidade de o Tribunal examinar de ofício questões de ordem pública. O efeito devolutivo está atrelado à matéria a respeito da qual a parte litigante se manifesta, enquanto o conhecimento de matéria de ordem pública, pelo tribunal, decorre da própria atividade jurisdicional do órgão julgador.⁸⁰

Teresa Arruda Alvim, analisando os estudos do professor Nelson Nery Jr, conclui que, para ele, “a vinculação entre a horizontalidade e a verticalidade do efeito devolutivo não tem sentido, já que o efeito translativo é independente do efeito devolutivo, tendo origens e fundamentos diversos.”⁸¹

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 69/70.

⁷⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 484.

⁷⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 483/484.

⁷⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 105/106.

⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 482.

⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo, 2008. p. 356.

Independente de como identificado no campo dogmático, se como dimensão vertical do efeito devolutivo ou como efeito translativo, o fato é que existem matérias que, ante a sua relevância, podem ser conhecidas em sede recursal mesmo que não haja impugnação expressa, e mesmo que a decisão recorrida não tenha se manifestado a respeito. É o que ocorre em relação às matérias consideradas de ordem pública.⁸²

2.2.2 Efeito translativo

Como visto, a transferência do exame das questões de ordem pública não é conseqüência do efeito devolutivo, que guarda estreita relação com o princípio do dispositivo. Tampouco decorre do princípio do inquisitório, conforme entende Nelson Nery Júnior.⁸³ Decorre, pois, da própria atividade jurisdicional do juiz, a qual contempla a verificação da competência, dos pressupostos do processo e de eventual nulidade, dentre outros fatores. Dada a natureza das questões de ordem pública, considera-se irrelevante a efetiva provocação das partes para que o tribunal as analise. A este fenômeno dá-se o nome de efeito translativo do recurso.⁸⁴

⁸² Entende Nelson Nery Jr. que, nesse caso, há o chamado efeito translativo, que ocorre quando o sistema autoriza o tribunal a julgar fora do que consta das razões e contra-razões do recurso. Para o Autor, tais matérias não integram o efeito devolutivo, mas o efeito translativo do recurso, que será tratado adiante. NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 482.

⁸³ Para referido autor, o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões não argüidas pelas partes se dá pela atuação do princípio inquisitório. NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 484. Na mesma linha, José Miguel Garcia Medina entende que as hipóteses em que o órgão *ad quem* fica autorizado a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões recursais decorre do princípio do inquisitório, “em virtude do qual, em situações determinadas em lei, pode o órgão judicial agir e pronunciar-se de ofício, independentemente de pedido ou requerimento da parte interessada. MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 76.

⁸⁴ Ricardo de Carvalho Aprigliano alerta, nesse contexto, que, caso as questões sejam mencionadas no recurso e utilizadas como razão de reforma ou manutenção da decisão recorrida, pode-se cogitar que seu exame pelo tribunal advenha do próprio efeito devolutivo, na medida em que terá havido inequívoca intenção da parte em submeter a questão ao exame do tribunal. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 184.

Em virtude do efeito translativo, o julgamento do recurso pode ter como conseqüência a extinção do processo (sentença terminativa), na hipótese de o tribunal reconhecer a falta de algum pressuposto processual, de condição da ação ou de qualquer uma das demais hipóteses previstas no art. 267, incisos IV, V e VI, do CPC, ainda que o objeto do recurso diga respeito ao mérito. Pode, ainda, reconhecer a prescrição ou decadência do direito da parte, hipótese em que o processo será extinto com julgamento do mérito, impossibilitando a repositura da ação.⁸⁵

Quanto às questões de ordem pública não examinadas na sentença, seja pela ausência de requerimento da parte seja na hipótese de juiz quedar-se silente ainda que o réu as tenha suscitado em preliminar, tem-se que a omissão na sentença não interfere no poder do órgão *ad quem* de examiná-las.⁸⁶ Com efeito, se a questão de ordem pública identifica-se como a questão a ser relevável de ofício, é evidente que o silêncio do réu a seu respeito em nada altera o dever do juiz de examiná-la.

Polêmica maior reside quando há questões de ordem pública já decididas que não sejam objeto de recurso. Parte da doutrina entende que a decisão judicial preclui também para o magistrado a possibilidade de novo exame, caso não tenha havido expressa referência ao fato no recurso da parte. Desse modo, as questões de ordem pública, se analisadas pelo primeiro grau e não mencionada pela parte no recurso (ou em contra-razões), adquire eficácia de coisa julgada interna, não mais poderiam ser examinadas de ofício pelo magistrado.⁸⁷

Com efeito, as questões passíveis de serem conhecidas de ofício, se já foram examinadas em primeiro ou segundo grau de jurisdição, perdem a característica da relevabilidade de ofício por parte do juízo a que se recorre e, para

⁸⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 185.

⁸⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 187.

⁸⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 188.

serem reexaminadas, deveriam ser expressamente repropostas no recurso ou em contra-razões.⁸⁸

Defendem essa tese renomados doutrinadores, dentre os quais citam-se Humberto Teodoro Júnior e Frederico Marques. Também o Eg. Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente a que, não tendo havido recurso contra decisão a respeito de uma condição da ação (legitimidade ativa), não poderia o tribunal mais tarde julgar o autor carecer da ação sob o fundamento da ilegitimidade.⁸⁹

Entretanto, a posição que atualmente predomina na doutrina brasileira é a de que o tribunal não só pode como deve julgar as questões de ordem pública, mesmo quando essas tenham sido objeto de decisão. Não poucas são as manifestações nesse sentido, as quais atribuem ao órgão *ad quem* o dever de julgar tais questões ainda que já tenham sido objeto de decisão anterior.⁹⁰

Esse ponto de vista tem por fundamento principal a natureza da questão, que não deixa de ser de ordem pública pelo fato de já ter sido julgada.

⁸⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 189.

⁸⁹ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – CRUZADOS BLOQUEADOS – LEGITIMIDADE DO BACEN – MATÉRIA NÃO ARGÜIDA NO RECURSO ESPECIAL – PRETENSÃO INOVAÇÃO DE TESE – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – RECONHECIMENTO EX OFFICIO – IMPOSSIBILIDADE. (...)2. As chamadas questões de ordem pública, apreciáveis de ofício nas instâncias ordinárias, devem ser prequestionadas, isto é, examinadas no acórdão, para viabilizar o recurso especial.

3. O STJ, ao examinar recurso especial, não atua como instância ordinária que realiza ampla cognição; não lhe cabe rever fatos, como a alegação do embargante sobre a menção na contestação da questão de ilegitimidade, e reexaminar questões de ordem pública relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1019374/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 05/08/2008)

⁹⁰ PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL, APRECIANDO QUESTÃO INCIDENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, DE AÇÃO A QUE FALTE REQUISITO INDISPENSÁVEL DE PROSSEGUIMENTO. POSSIBILIDADE (CPC, ARTS.267, IV, E 301, § 4º). 1. A constatação da existência de vício insanável, relativo à falta de condição indispensável ao regular prosseguimento da ação, é matéria que pode e deve ser conhecida de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição (CPC, arts. 267, IV, § 3º, e 301, § 4º). Não há qualquer óbice, assim, a que o Tribunal, julgando questão incidental, em agravo de instrumento, determine a extinção da ação, reconhecendo a impossibilidade jurídica do pedido. (REsp 691912/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 311)

Sobre o tema, com propriedade conclui o professor Ricardo Carvalho Aprigliano: “a solução dependerá, portanto, de atribuir-se mais ou menos força aos seguintes fatores: de um lado, a preclusão e o princípio da recorribilidade das questões desfavoráveis parecem induzir à conclusão de que não é mais possível um novo julgamento; de outro, os opositores da possibilidade de novo julgamento não conseguiram demonstrar que tais questões perdem sua qualidade de ordem pública por já terem sido julgadas.”⁹¹

Se a divergência de posicionamento já existe quanto à possibilidade de decidir-se sobre questões de ordem pública já decididas que não tenham sido objeto de recurso, a controvérsia aumenta ainda mais quando se trata dos recursos de natureza excepcional, matéria a ser debatida no próximo capítulo.

2.3 O sistema de admissibilidade dos recursos

Da mesma forma que o juiz para se pronunciar sobre o mérito da lide precisa de um processo existente e válido (pressupostos processuais de admissibilidade do processo) e de uma ação revestida de suas condições (interesse processual, legitimação para agir e possibilidade jurídica do pedido), há de se observar, em relação aos recursos, a presença de determinados pressupostos recursais para que o órgão julgador possa adentrar no mérito do recurso.

De acordo com o processualista Rodolfo de Camargo Mancuso, esses pressupostos processuais genéricos podem ser classificados em objetivos (cabimento e adequação, tempestividade, regularidade procedimental, e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer, tais como

⁹¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 191.

deserção, desistência, renúncia, transação) ou subjetivos (legitimidade e interesse recursal).⁹²

Nelson Nery Júnior, na mesma linha que José Carlos Barbosa Moreira, prefere classificar os pressupostos em extrínseco, segundo o direito positivo vigente, e intrínseco, que tem como parâmetro o ato judicial impugnado no momento e do modo como foi prolatado.⁹³ Posicionam-se no primeiro grupo a tempestividade, o preparo, a regularidade formal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Como pressupostos intrínsecos, destacam-se o cabimento, a legitimação e o interesse para recorrer.⁹⁴

Deixando à parte esta diferenciação de cunho meramente didático, o fato é que para que o órgão *ad quem* possa legitimamente atingir o recurso no mérito, apurando se o recorrente tem ou não razão, se merece ou não atendimento ao que pleiteia, é preciso que, antes, faça a constatação de que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade recursal.⁹⁵

O juízo de mérito, ao seu turno, consiste no exame do recurso pelo seu fundamento, onde o magistrado busca saber se o recorrente tem ou não razão quanto ao conteúdo da impugnação à decisão recorrida.⁹⁶

Como a seguir abordado, o juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias, que devem ser examinadas antes do mérito do recurso, pois lhe são antecedentes. É nessa fase que distinguem-se as questões preliminares e as questões prejudiciais.⁹⁷

⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 218.

⁹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 273.

⁹⁴ Barbosa Moreira ressalta que os requisitos extrínsecos são genéricos, podendo a lei dispensar, eventualmente, algum deles, tal como ocorre com o agravo retido, que não depende de preparo (art. 522, parágrafo único). De outro lado, podem tais requisitos genéricos assumir aspectos específicos, variáveis de um para outro recurso, como, por exemplo, o prequestionamento. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 262.

⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*. p. 7/13.

⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 266.

2.3.1 O juízo de admissibilidade

A essência do juízo de admissibilidade reside, pois, na verificação da existência ou inexistência dos requisitos necessários para que o órgão competente possa exercer sua atividade cognitiva, no tocante ao mérito do recurso,⁹⁸ sendo que a admissibilidade do recurso em nada influencia o julgamento do mérito recursal: apenas propicia a sua apreciação.⁹⁹

No âmbito de competência, tem-se que o juízo de admissibilidade é exercido em duas etapas.¹⁰⁰ A primeira é exercida pelo órgão prolator da sentença recorrida e, a segunda, pelo tribunal *ad quem*, quando do efetivo julgamento do recurso.¹⁰¹

O juízo de admissibilidade exercido pelo juízo *a quo* é provisório, de sorte que o órgão *ad quem* julgador não fica vinculado ao resultado do julgamento dos requisitos de admissibilidade então proferido. O poder de admitir ou não o recurso de forma definitiva é sempre da instância superior.¹⁰²

Insta lembrar que as questões preliminares, mesmo as recursais, também são consideradas questões de ordem pública, podendo ser conhecidas de ofício

⁹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 252/253.

⁹⁸ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos." In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001 5*. São Paulo: RT, 2002. p. 224.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 226.

¹⁰⁰ Os autores apontam como exceção ao mencionado procedimento o agravo de instrumento, que com o advento da Lei 9.139/95, passou a ser interposto diretamente perante o órgão competente para seu julgamento. JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos." In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001 5*. São Paulo: RT, 2002. p. 228.

¹⁰¹ A razão jurídica que justifica um prévio juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo* decorre do princípio da economia processual, na medida em que evita a remessa de autos às Cortes Superiores de recursos manifestamente inadmissíveis ou insuscetíveis de serem conhecidos, evitando o funcionamento desnecessário desses tribunais. NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 222.

¹⁰² JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos." In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001 5*. São Paulo: RT, 2002. p. 229.

pelo órgão julgador, independentemente da arguição da parte.¹⁰³ Relembrando os ensinamentos de Barbosa Moreira, os processualistas Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues destacam ser irrelevante a provocação da parte para que o órgão julgador aprecie a presença ou a ausência dos requisitos de admissibilidade recursal, posto que “é do interesse público que o órgão judiciário somente se movimente se presentes as condições que a própria lei estabelece para que este se possa ter como regular”.¹⁰⁴

A decisão do juízo de admissibilidade não é característica exclusiva dos recursos de natureza extraordinária. Também no recurso de apelação o juiz de primeira instância realiza um prévio juízo de admissibilidade, momento em que geralmente decide em qual efeito recebe o recurso de apelação. Somente então os autos são remetidos ao tribunal *ad quem* para a apreciação das razões do recurso, com emissão de um juízo de mérito. A diferença do juízo que se faz em um e outro tipo de recurso reside no fato de exigir-se, em relação aos recursos natureza extraordinária, decisão explícita e fundamentada acerca da admissibilidade (CPC, art. 542, § 1º, com a redação dada pela Lei 8.953/94 e Súmula 123/STJ)¹⁰⁵.

No que diz respeito aos recursos extraordinários, entretanto, esta temática assume maior relevância, tendo em vista que as hipóteses de cabimento desses recursos são bem mais restritas do que as dos chamados recursos ordinários. A título ilustrativo, destaca o ilustre professor Arruda Alvim¹⁰⁶:

(...) se se pode dizer razoavelmente inexpressivo o percentual de recursos de apelação cujo processamento é indeferido pelo juiz de primeiro grau, por ausência de algum requisito de admissibilidade recursal (preparo, v.g.), o mesmo não se pode dizer dos recursos especial e extraordinário, como demonstra o espantoso número de agravos contra decisões denegatórias de seguimento de recurso especial e extraordinário proferidas pelos presidentes dos tribunais.

¹⁰³ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 226.

¹⁰⁴ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 121.

¹⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 121.

¹⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 142.

Com efeito, em se tratando de recursos de índole excepcional, o mero implemento dos pressupostos genéricos dos recursos não são suficientes para que seja ultrapassada a barreira da admissibilidade. É necessário que, também, sejam preenchimentos os requisitos específicos de admissibilidade, expressamente consignados no texto constitucional. Dentre eles, destaca-se à exigência de serem interpostos em face de causas decididas, aspecto inerente ao interesse processual (se a decisão recorrida não é definitiva, não há interesse processual para o recurso extraordinário ou especial) e também a ocorrência de expressa violação à questão federal ou constitucional, matéria a ser aglutinada sob a égide do cabimento do recurso.¹⁰⁷

2.3.2 O juízo de mérito

O conteúdo do juízo de mérito dos recursos é a matéria devolvida ao órgão competente com a interposição do recurso e que pode levar à anulação ou a reforma da decisão impugnada.¹⁰⁸

O mérito do recurso não necessariamente coincide com o mérito da demanda que, tal como ocorre com a ação, possui um pedido imediato e outro mediato.¹⁰⁹ Aquele representada a pretensão ao reexame da matéria decidida, com vistas à reforma ou anulação da sentença, enquanto este liga-se ao bem da vida em

¹⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p 220.

¹⁰⁸ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 236.

¹⁰⁹ No caso de uma ação julgada improcedente, em se tratando de recurso de Apelação, o mérito do recurso provavelmente terá o mesmo objeto da demanda proposta. Em se tratando de sentença terminativa, porém, o mérito do recurso será diferente do mérito da demanda, assim como nos recursos de agravo interpostos, por exemplo, contra decisão que decidem a respeito de questões probatórias.

litígio, à conseqüência processual do pedido refletido no direito material do recorrente.¹¹⁰

O mérito do recurso normalmente está ligado ao defeito apresentado pela decisão recorrida, o que faz com o recorrente utilize-se desse meio de impugnação para sanar vícios do provimento jurisdicional decorrentes de erro *in iudicando* e/ou erro *in procedendo*, aqueles ligados ao vício de natureza formal e estes ao vício de natureza substancial.¹¹¹

Há erro *in iudicando* quando se identifica um erro de juízo, de valoração feita pelo magistrado, que pode haver mal avaliado o fato apresentado em juízo ou aplicado erroneamente o direito à espécie. Liebman, tecendo comentários sobre erros de fato ou erros de direito, demonstra que a decisão em tais situações apresenta-se como injusta, exatamente porque diverge daquela que deveria ser proferida de modo a regular corretamente a relação jurídica existente entre as partes.¹¹²

O erro *in procedendo*, vício de natureza formal, não diz respeito ao conteúdo do ato propriamente dito.¹¹³ Genericamente, pode-se dizer que o vício ocorre em razão da falta ou da violação de um elemento indispensável para o julgamento da causa, seja relacionado aos pressupostos processuais, às condições da ação ou mesmo a qualquer outro elemento que provoque defeito na prestação da tutela jurisdicional, como, por exemplo, a sentença proferida em audiência irregularmente designada; demanda onde houve vício na citação; ausência da participação obrigatória do Ministério Público, etc.¹¹⁴

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 60.

¹¹¹ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 237.

¹¹² LIEBMAN, Enrico Tulio, *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. II. p. 257.

¹¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 215.

¹¹⁴ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 241.

A real importância desta distinção é que o tipo de vício apontado pelo recorrente influenciará diretamente na pretensão recursal. Estando o recorrente diante de erro *in judicando*, o seu pedido deverá ser de reforma da decisão; havendo *in procedendo*, deverá a parte pleitear a anulação da decisão.¹¹⁵

Ao contrário do que ocorre com o juízo de admissibilidade, o exame do juízo de mérito dos recursos somente tem efeito em uma fase. Via de regra, somente o órgão *ad quem* é que possui competência para julgar o mérito do recurso.¹¹⁶

Importante ponto a ser frisado, ainda no que tange ao juízo de mérito dos recursos, diz respeito à substituição da decisão recorrida como efeito do julgamento de mérito do recurso.¹¹⁷ Com efeito, uma das principais conseqüências da distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos é, justamente, a possibilidade de substituição da decisão recorrida pela proferida pelo órgão *ad quem*, tal como previsto no artigo 512 do CPC.

Por todo exposto, conclui-se, em relação aos dois momentos processuais que envolvem a admissibilidade dos recursos, que quando o órgão *ad quem* controla a presença ou a ausência dos requisitos de admissibilidade, ele o faz para verificar não se o recorrente tem ou não tem razão mas, exclusivamente, se lhe é lícito chegar a verificar se o recorrente a tem ou não a tem. Esse é o juízo de admissibilidade, que se põe como preliminar em relação ao juízo de mérito. Negativo que seja o juízo de admissibilidade, o órgão *ad quem* não conhece do recurso, com o que nada diz sobre faltar ou assistir razão ao recorrente; positivo que seja aquele Juízo, o órgão *ad quem* conhece do recurso, ou para dar-lhe provimento, se

¹¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 110/111.

¹¹⁶ Os doutores Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues apotam, como exceções a essa regra a possibilidade de retratação do juiz diante de uma apelação interposta contra sentença que indeferiu liminarmente a petição inicial (CPC, art. 269), situação em que se o mérito do recurso é apreciado através da retratação, e também no caso de interposição do agravo de instrumento, nas suas diversas modalidades, onde o juiz pode, apreciando as próprias razões recursais, reformar ou anular a decisão por ele proferida. JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 240.

¹¹⁷ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 241.

entender que assiste razão ao recorrente, ou para negar-lhe provimento, no caso contrário.¹¹⁸

Em relação aos recursos extraordinários, a temática atinente ao juízo de admissibilidade assume foros de maior relevância, dado que seu cabimento é muito mais restrito do que os recursos chamados ordinários.¹¹⁹ É que no juízo de admissibilidade o órgão julgador deverá, além de observar a presença dos pressupostos genéricos de admissibilidade, os pressupostos constitucionais específicos atinente a tais recursos.

Registre-se, nesse passo, que a boa técnica recomenda que a corte *a quo*, ao apreciar a admissibilidade do recurso interposto, não emita juízo acerca do mérito recursal, devendo a presidência do tribunal limitar-se a aferir o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso interposto, não cabendo-lhe proferir, nessa oportunidade processual, juízo a respeito do seu mérito.¹²⁰

Não obstante, o art. 542, § 1º do CPC exige que mesmo em caso de admissibilidade de tais recursos, a decisão seja explícita e fundamentada. Eis a razão porque, ao contrário da regra geral, a admissibilidade dos recursos extraordinários deve ser feita posteriormente a apresentação das contrarrazões.¹²¹

¹¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*. p. 264/268.

¹¹⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. "Recurso especial e recurso extraordinário". In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 142.

¹²⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. "Recurso especial e recurso extraordinário". In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. pags. 143.

¹²¹ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos". In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 231.

3 RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA

3.1 Recursos de natureza extraordinária: considerações iniciais

O recurso especial e o recurso extraordinário perfazem, no ordenamento jurídico brasileiro, um gênero maior de recursos, nominados recursos extraordinários. São assim reconhecidos porque além de constituírem recursos de estrito direito, que tem por escopo firmar o prevaecimento da ordem constitucional (recurso extraordinário) e da unidade e integridade do direito infraconstitucional (recurso especial) no território nacional, trazem as hipóteses de seu cabimento na própria Constituição Federal.¹²²

Alguns doutrinadores não concordam em identificar tais recursos como recursos de natureza extraordinária, posto que em outros ordenamentos jurídicos os chamados recursos extraordinários são meios de impugnação interpostos contra decisão já transitada em julgado.¹²³

Em países como Portugal, Itália e Espanha, denominam-se ordinários os recursos cabíveis contra decisões ainda não albergadas pelo manto da coisa julgada e extraordinários os recursos manejados para impugnar decisões já transitadas em julgado.¹²⁴ Tal classificação, no entanto, não guarda identidade com as espécies recursais brasileiras pois, à luz do direito positivo nacional, todo e qualquer recurso

¹²² ALVIM, Eduardo Arruda. "Recurso especial e recurso extraordinário". In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. pags. 135/136.

¹²³ Para Barbosa Moreira, as peculiaridades do chamado recurso extraordinário no Brasil não bastam para servir de base para uma classificação científica ou praticamente valiosa. À semelhança dos outros recursos, a interposição dos recursos de natureza extraordinária obsta o trânsito em julgado da decisão recorrida (CPC, art. 467); são desprovidos de efeito suspensivo assim como na apelação interposta contra qualquer das sentenças arroladas no art. 520, 2ª parte (CPC, art. 467, 1ª parte e 542, § 2º); além do que o fato de serem interpostos perante o STF/STJ não ser uma exclusividade desses recursos (há também o recurso ordinário). Trata-se, ao seu entendimento, de recursos a que se acertou de dar esse nome, assim como há o recurso que a vigente Constituição rotula de ordinário. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 255.

¹²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 121.

serve apenas para atacar decisão ainda não protegida pela *res judicata*.¹²⁵ É o que se extrai do texto do artigo 467 do Código de Processo Civil, reforçado pela leitura do § 3º, artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que chamam coisa julgada a decisão de que não mais caiba recurso.¹²⁶

Para fins do estudo proposto serão considerados os recursos especial e extraordinário como espécies do gênero recurso extraordinário, também chamados recurso excepcionais, dada as características comuns que os aproxima e harmoniza, dentre as quais cita-se: a) o fato de terem fundamentos específicos de admissibilidade previstos no texto constitucional, e não no Código de Processo Civil; b) a exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias; c) o fato de não serem esses recursos vocacionados à correção de eventual injustiça do julgado recorrido e; d) não se destinarem à revisão da matéria de fato.¹²⁷

3.2 Características gerais

3.2.1 Previsão dos requisitos específicos de admissibilidade no texto constitucional.

Extrai-se do texto constitucional que o direito de recorrer é inerente aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como se verifica no art. 5º, LV, da Constituição Federal que dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou

¹²⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 651/653. No mesmo sentido NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 141.

¹²⁶ CPC, art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” LICC, art. 6º, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.”

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 123.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.”

O Código de Processo Civil prevê, no artigo 496, o cabimento dos seguintes recursos judiciais: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência.

Trata-se de rol exaustivo, *numerus clausus*, na medida em que os recursos devem, necessariamente, ser previstos em lei.¹²⁸

Desses recursos, apenas os recursos ordinário, especial e extraordinário têm expressa previsão constitucional.

Os recursos ordinários, diferentemente dos recursos especial e extraordinário, inclui-se no gênero dos recursos ordinários, criados e utilizados para proteger, imediatamente, o direito subjetivo das partes litigantes contra eventual vício ou injustiça da decisão judicial, isto é, contra decisão que não aplica adequadamente o Direito aos fatos retratados no processo.¹²⁹

Já os recursos extraordinário e especial, cuja hipótese de cabimento encontra-se descrita nos arts. 102, inciso III e 105, inciso III do Constituição Federal, respectivamente, têm como objeto imediato a tutela do direito objetivo de resguardar a ordem constitucional e a unidade e integridade do direito federal e infraconstitucional no território nacional e federal no ordenamento jurídico brasileiro.¹³⁰

Com efeito, a importância e delicadeza do papel desempenhado pelo recurso extraordinário e pelo recurso especial é tamanha que justifica, como bem asseverado pelo professor Barbosa Moreira, a sua consagração no texto

¹²⁸ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 33.

¹²⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 36.

¹³⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. P. 136.

constitucional, subtraída do legislador ordinário a possibilidade de eliminá-lo, ou mesmo restringir-lhe a área de cabimento, que a própria Constituição se incumba de demarcar.¹³¹

3.2.2 Necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias

A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial pressupõe um julgado contra o qual já tenham sido esgotadas todas as possibilidades de impugnação nas instâncias ordinárias ou na instância única, originária.¹³²

É o que se infere da expressão causas decididas em única ou última instância que culminou na edição do verbete da Súmula 281, do Superior Tribunal Federal, de seguinte teor: “é inadmissível recurso extraordinário da decisão impugnada quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”¹³³

Logo, não será conhecida em sede de recurso especial e/ou recurso extraordinário matéria acerca da qual a parte tenha deixado transcorrer, *in albis*, alguma outra possibilidade de impugnação. A definitividade da decisão constitui pressuposto inarredável dos recursos extraordinários, especialmente porque inviável, no direito brasileiro, a possibilidade de interposição de recurso *per saltum*.¹³⁴

¹³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P 582

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 123.

¹³³ Sobre os recursos ordinários cabíveis contra decisões judiciais a fim de que seja aberta a via dos recursos excepcionais, pertinente a leitura da obra “Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória”, do professor Bernardo Pimentel.

¹³⁴ Nesse sentido: REsp 438.699/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 05/04/2004 p. 267; MC 1.155/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 13/04/1999, DJ 29/11/1999 p. 163, dentre outros.

Sobre a necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias, esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso¹³⁵:

A explicação dessa exigência está em que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espraiando suas decisões por todo o território nacional. Em tais circunstâncias, compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou constitucionais (STF) – que podem ser até prejudiciais – numa lide que esteja totalmente dirimida nas instâncias inferiores. Se esses Tribunais da Federação servem para dar a *ultima ratio* sobre a questão jurídica debatida e decidida no acórdão do Tribunal *a quo*, não se compreenderia que tal intervenção se fizesse quando ainda não esgotadas as possibilidades impugnativas; aliás, o próprio interesse em recorrer, no caso dos recursos excepcionais, não se configura com o só fato da sucumbência, mas igualmente dependem do prévio esgotamento das vias recursais no tribunal de origem.

O professor Marcelo Andrade Féres entende que a locução causas decididas deve ser interpretada em sentido amplo, de modo a albergar toda e qualquer decisão proferida em única ou última instância pelos órgãos jurisdicionais em geral, não importando se o conteúdo da decisão tenha sido proferido na fase de conhecimento, em medida cautelar ou em sede de execução.¹³⁶ Ressalta ainda o Autor, ser irrelevante se a decisão é uma interlocutória, uma sentença ou um acórdão.

À semelhança, Teresa Arruda Alvim entende que o termo causa não se confunde com lide. Tal identidade impediria que se considerassem cabíveis recursos especial e extraordinário contra decisões proferidas em jurisdição voluntária, sentenças terminativas ou decisões interlocutórias, o que, de fato, não acontece no ordenamento jurídico nacional.¹³⁷

A despeito do exposto, infere-se que a locução causa em questão não sofre limitação quanto à natureza do processo (de conhecimento, execução ou cautelar); quanto à qualidade da decisão (definitiva, terminativa, interlocutória); nem quanto ao tipo de jurisdição (contenciosa ou voluntária). Exige-se, sim, é a definitividade da

¹³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 124/125.

¹³⁶ FÉRES, Marcelo de Andrade. “Do recurso extraordinário”. In: FÉRES, Marcelo de Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo (coord.). *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 625.

¹³⁷ WABIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

decisão judicial que se recorre, consubstanciado no prévio esgotamento das vias recursais do Tribunal de origem.¹³⁸

3.2.3 Recursos de estrito direito

Os recursos de natureza extraordinária são recursos de fundamentação vinculada. Diferentemente da apelação, que por ser recurso de fundamentação livre comporta em seu bojo toda e qualquer discussão de fato e de direito (princípio *tantum devolutum quantum appellatum*), os recursos especial e extraordinário somente podem ser manejados quando verificada uma das hipóteses previstas no texto constitucional.¹³⁹

Na acepção do professor Marcelo de Andrade Fêres, tanto o recurso especial como o recurso extraordinário constituem um meio de impugnação qualificado, que não se destinam exclusivamente a dirimir os interesses das partes do processo, mas também o interesse público geral de manutenção da supremacia das normas constitucionais e federais.¹⁴⁰

¹³⁸ A despeito do exposto, o STF publicou a Súmula 735, de seguinte redação: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.” Conforme salienta Teresa Alvim Wambier, as decisões que serviram de precedentes para mencionada súmula afirmam que a decisão que defere liminar “não é manifestação conclusiva” sobre a qual se debate na causa, de modo que “enquanto não apreciado o mérito da ação judicial, não há decisão de única ou última instância, que é pressuposto para a interposição do recurso.” (AI-AgRg252.328, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 15.02.2002, DJ 24.03.2000, p.48). Adotando posicionamento contrário ao descrito na mencionada Súmula, entende que “exigir que na causa se apresente um “julgamento definitivo”, a fim de que se permita a interposição de recurso excepcional, significa criar um requisito que não foi previsto na Constituição.” Acrescenta a autora, que a orientação adotada pela Súmula 735 pode conduzir a resultados que acabem por “distorcer a relevantíssima função do recurso extraordinário e do recurso especial, que é a de revelar o significado correto da norma jurídica.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 283/286.

¹³⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 140.

¹⁴⁰ FÉRES, Marcelo de Andrade. “Do recurso extraordinário”. In: FÉRES, Marcelo de Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo (coord.). *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 624.

De fato, os recursos de natureza extraordinária não se identificam com mais uma possibilidade ordinária de impugnação posta à disposição do jurisdicionado para correção de decisões injustas. Mais do que isso, constituem remédio de cunho político-constitucional que permitem ao STJ/STF dar cumprimento à sua função precípua de conferir uma melhor interpretação do direito constitucional e do direito federal, de modo a uniformizar em âmbito nacional o entendimento que se deve extrair de um determinado dispositivo legal.¹⁴¹

O esforço fático de uma determinada demanda esgota-se nos órgãos *a quo*, garantindo, via de regra, pelo menos dois graus de jurisdição e, ainda, a possibilidade de a parte se valer das vias autônomas de impugnação, quando cabíveis (v.g. ação rescisória).¹⁴²

Dizer que os recursos extraordinários não se destinam a realizar a justiça do caso concreto pode causar alguma perplexidade, como se não existisse o compromisso com a busca por esse resultado no âmbito dos Tribunais Superiores, especialmente porque o valor justiça é o norte de qualquer sistema jurídico.¹⁴³ Todavia, é de se ter claro que essa não é, ao menos de forma imediata, a inspiração de tais recursos. Neles unicamente se discutem *questiones iuris*, e destas, apenas as relativas ao direito constitucional e federal.¹⁴⁴

Naturalmente, ao aplicar o direito à espécie, as Cortes Superiores também provêem o direito subjetivo individual da parte. Trata-se, todavia, de um efeito

¹⁴¹ CARVALHO, Paulo Gustavo. "Recurso Especial". In: FÉRES, Marcelo de Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo (coord.). *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 771.

¹⁴² Nelson Nery Jr alerta que a instância do RE/REsp não constitui terceiro grau de jurisdição, dada a natureza excepcional desses recursos, que não se prestam, em um primeiro instante, à correção de injustiças eventualmente cometidas pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Estaduais. Visam tais recursos à uniformização do entendimento da lei constitucional/federal no país, razão pela qual não é admissível sua interposição para pura reapreciação da prova. NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 441.

¹⁴³ Discorda desse posicionamento Cândido Rangel Dinamarco, que aduz: "não comungo da idéia de que ação rescisória, recurso especial e recurso extraordinário fossem institutos voltados exclusivamente à estabilidade da ordem jurídico-positiva e outros escopos de ordem pública, sem guardar relação com as aspirações dos sujeitos em conflito com o valor do justo DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. Na mesma linha, Barbosa Moreira comenta: "parece excessivo negar que sirva (o recurso extraordinário) de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 582.

¹⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V. p. 582.

indireto ou reflexo do provimento final, já que conforme mencionado “a finalidade precípua dos recursos excepcionais é a de propiciar aos Tribunais da Federal o zelo pela validade, autoridade, uniformidade interpretativa, e, enfim, pela inteireza positiva do direito constitucional.”¹⁴⁵

Daí não ser errado dizer que através dos recursos excepcionais se faz um controle objetivo de legalidade ou de constitucionalidade das normas e dos atos administrativos ou governamentais. É sob esses parâmetros que se pode dizer que o recurso extraordinário é infenso à simples alegação de injustiça do julgado recorrido.¹⁴⁶

3.2.4 Impossibilidade de revisão da matéria de fato

Na via extraordinária não se admite a discussão de matéria de ordem fática. Tal entendimento encontra-se estampado nas súmulas Súmulas 7, do STJ e 279, do STF, de semelhante teor, que vedam aos litigantes a interposição do recurso especial e do recurso extraordinário para simples reexame de prova.¹⁴⁷

A dificuldade imposta à reavaliação do quadro fático probatório se justifica em razão da função primeira dos recursos excepcionais, que, como já colocado, é o de resguardar o sistema jurídico e não a situação individual da parte, ainda que isto aconteça de modo indireto.¹⁴⁸

¹⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 147/148.

¹⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 148.

¹⁴⁷ Súmula 7/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial; Súmula 279/STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

¹⁴⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 153.

O professor Bernardo Pimentel define questão de direito como a controvérsia que envolve a validade, a vigência e a interpretação da norma, isto é, a aplicação das normas que integram o ordenamento jurídico a um fato específico.¹⁴⁹

As questões de fato, ao seu lado, envolvem as situações práticas descritas na demanda, bem como o quadro probatório que as envolve. A questão será predominantemente fática, para efeito de cabimento de recurso especial e extraordinário se, para que se redecida a matéria, for necessário o reexame de provas ou a análise de como os fatos ocorreram no caso concreto. Dúvida acerca da ocorrência de determinado fato ou a forma como ele tenha se ocorrido não autoriza o manejo dos recursos extraordinários. Para isso a parte já dispôs de outros procedimentos de revisão, além do que não se equiparam o Superior Tribunal de Justiça e a Suprema Corte a instância de terceiro grau de jurisdição.¹⁵⁰

Há diversas situações que por versarem exclusivamente de reavaliação de matéria fática são prontamente excluídas da apreciação dos tribunais superiores.¹⁵¹ É o que ocorre com a discussão de cláusulas contratuais, por exemplo, cuja impossibilidade de apreciação na via especial deu ensejo à Súmula 5, do STJ, de seguinte teor: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”¹⁵²

De modo geral, entretanto, não é fácil a distinção entre o que seja questão de fato e questão de direito. Em muitos casos é quase impossível estabelecer uma

¹⁴⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 686.

¹⁵⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 153.

¹⁵¹ ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 153.

¹⁵² PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO MONITÓRIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - SÚMULA 5/STJ - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7/STJ – (...) 1. É inviável o conhecimento da questão relacionada à existência de cláusula contratual prevendo a apresentação das guias de recolhimento de FGTS e INSS como condição para o respectivo pagamento, por depender da interpretação de cláusulas contratuais e do reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. 2. Incidência da orientação consubstanciada na Súmula 211/STJ, pois não se admite recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.(...) 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 1180957/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 26/03/2010)

linha divisória entre essas duas realidades que habitam o processo. Para o grande processualista Arruda Alvim, a dificuldade em definir se determinada matéria é questão puramente de direito, suscetível de ser discutida em sede de recurso especial ou extraordinário ou se envolve a reapreciação de matéria fática decorre da própria atividade jurisdicional, que é voltada, precipuamente, à aplicação do Direito à hipótese concreta.¹⁵³

Com efeito, a separação da questão fática da jurídica é uma obra que se situa no campo técnico-processual, na qual o operador do direito não realiza, propriamente, a divisão plena e exata entre fato e lei.¹⁵⁴ O que se faz é a análise daquilo que prepondera. Havendo uma questão predominantemente de direito, vale dizer, existindo dúvida jurídica, cabíveis serão os recursos excepcionais. De modo inverso, havendo uma questão predominantemente de fato, daí será inviável o conhecimento do apelo extremo.¹⁵⁵

Não obstante, jurisprudência e doutrina têm identificado o reexame de provas e a sua reavaliação como fenômenos distintos.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “o reexame da prova seria o exame mais minucioso, atendo e vagaroso das provas constantes dos autos, que deveria levar ao mesmo resultado: à solução de que a subsunção deu-se de modo equivocado,”¹⁵⁶ fato que não encontra guarida no recurso especial ou extraordinário.

Já a reavaliação das provas tem sido permitida, predominantemente, quando é desobedecida norma que determina o valor que a prova pode ter em

¹⁵³ À propósito, cita o autor as palavras de José Afonso da Silva: “Na verdade, não se pode separar fato e Direito, pois este é, como vimos, objeto tridimensional, porque integrado de fato, valor e norma. Só por abstração podem ser separados.” ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 153/154.

¹⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 359.

¹⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 156/158.

¹⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 378.

função do caso concreto. Não se analisa, nessa hipótese, o fato (sua existência ou circunstâncias), mas sim a consequência jurídica que dele deve decorrer.¹⁵⁷

No que tange à descrição do quadro fático e o julgamento da causa pelos tribunais superiores, diz a Súmula 456 do STF que, conhecido o recurso especial ou extraordinário, deve o tribunal rejulgar a causa. Como o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal não são Cortes de Cassação, onde identificando-se vícios quando da prolação da decisão recorrida, o Tribunal cassa o acórdão recorrido, determinado o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que nova decisão seja proferida, os recursos constitucionais previstos na legislação pátria têm aptidão para modificar o acórdão recorrido, seja para reformar o acórdão recorrido (*erro in iudicando*), seja para anulá-lo (*erro in procedendo*).¹⁵⁸

A fixação do exato sentido da Súmula 456 é mais delicada do que parece. O fato de os tribunais superiores examinarem apenas matéria de direito, não apreciarem fatos nem reverem provas traduz, em um primeiro momento, uma contradição com sua atribuição de rejulgar a causa.¹⁵⁹

Pergunta-se, nesse sentido, se este rejulgar a causa de que fala a Súmula 456 do STF envolve o reexame de provas. Ou ainda, se estaria obstado, nesse momento, a aplicação das Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

Teresa Arruda Alvim, em análise aprofundada sobre o tema, discorre a partir da leitura dos arestos AI 23.496 e RE 56.323, ambos de relatoria do Ministro Vitor Leal, que os acórdãos que deram origem ao enunciado da Súmula 456 do STF

¹⁵⁷ O discrímem entre reexame e valoração da prova ficou bem esclarecido no REsp 420.217/SC, de seguinte teor: PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 356/STF E 7/STJ - NULIDADE DA CITAÇÃO E DA PENHORA - INEXISTÊNCIA DE PODERES OUTORGADOS AO ADVOGADO. (...) 4. A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte. 5. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial. (...) (AgRg no REsp 420217/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2002, DJ 16/12/2002 p. 301)

¹⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 441.

¹⁵⁹ Sobre o tema José Miguel Garcia Medina discorre que não cabe aos tribunais superiores analisar os fatos “com o intuito de conferir se eles ocorreram ou não do modo estabelecido pelo juízo *a quo*, mas apenas para extrair as respectivas consequências jurídicas dos referidos fatos. MEDINA, José Miguel Garcia. *O questionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 163.

tenham entendimento amplo quanto ao julgamento da causa, após o conhecimento do recurso. A restrição não ia além do conhecimento. Uma vez conhecido o recurso, ensejava-se seu exame completo, inclusive com a reapreciação da matéria de fato.¹⁶⁰

Tendência mais restritiva predominou no Supremo Tribunal Federal posteriormente, com o entendimento de que não deve a Suprema Corte prosseguir na apreciação da causa quando necessário, para tanto, acertar fatos com exame da prova.¹⁶¹ Como os tribunais superiores não são se limitam a mera cassação da sentença recorrida, admitidos os recursos de estrito direito, haverá o rejuízo da causa, respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário, que, como regra geral, impedem o reexame das provas constantes dos autos.¹⁶²

Desta feita, ao aplicar o direito à espécie, os tribunais superiores não revolvem os fatos e as provas produzidas, tal como poderia suceder no julgamento da apelação. Os fatos são reexaminados na forma que estiverem descritos na decisão recorrida não com o intuito de conferir se eles ocorreram ou não do modo estabelecido pelo juízo *a quo*, mas apenas para extrair as respectivas conseqüências jurídicas.¹⁶³

Sobre o tema, o processualista José Miguel Garcia Medina entende que a aplicação do direito nos recursos de natureza extraordinária envolve também o conhecimento de matérias relativas às condições da ação, de modo que, a quando do julgamento do mérito do recurso, encontrar-se-ia livre o tribunal para apreciar a

¹⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 283.

¹⁶¹ AGRAVO REGIMENTAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos da causa, o que é vedado na esfera do recurso extraordinário, de acordo com a Súmula 279/STF. (AI 490399 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-08 PP-01349). No mesmo sentido: AI 730054 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-14 PP-02782, dentre outros.

¹⁶² MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 161/163.

¹⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 163.

presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como outras objeções.¹⁶⁴ Caso contrário, não haveria efetiva aplicação do direito à espécie.¹⁶⁵

3.3 Prequestionamento

Da expressão causas decididas em única ou última instância, infere-se que a viabilidade dos recursos de natureza extraordinária se condiciona, como já abordado, ao esgotamento das vias recursais na instância *a quo*, de sorte que sempre que houver a possibilidade de revisão do julgado pela própria origem, não estará aberta a via dos recursos de natureza extraordinária.¹⁶⁶

A principal controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito das causas decididas, no entanto, parece ser o prequestionamento, expressão que traduz a impossibilidade de análise pela Suprema Corte de tema que não tenha sido ventilada na decisão recorrida.¹⁶⁷

Ainda nos idos do ano de 1963, a Suprema Corte editou dois enunciados de Súmulas, a seguir transcritos:

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

Súmula 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos de declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Conjugando-se a leitura desses verbetes, infere-se que os Embargos de Declaração, opostos com o objetivo de prequestionar determinado ponto controverso, ainda quando não acolhidos na instância recorrida, seriam suficientes

¹⁶⁴ REsp 609144/SC, relatoria Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI.

¹⁶⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 161/163.

¹⁶⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 735/736.

¹⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 215/216.

ao aperfeiçoamento do prequestionamento. O entendimento então sumulado na Suprema Corte era no sentido de não ser necessário, para interposição do Recurso Extraordinário, que o julgado recorrido se pronunciasse expressamente sobre a questão que lhe era devolvida.¹⁶⁸

Com o desenvolver do arcabouço constitucional, contudo, os verbetes questões e questionamentos foram substituídos pela expressão causa decidida, o que ocasionou substanciais alterações no que tange à análise dos requisitos de cabimento dos recursos extraordinários.¹⁶⁹ Ao exigir que os recursos extraordinários fossem manejados somente contra causas decididas, significativa parte da doutrina e jurisprudência entende que foco do prequestionamento deixou de ser a mera provocação da parte, passando a ser imprescindível o pronunciamento da instância de origem sobre a questão vergastada.¹⁷⁰

Formaram-se então diversas concepções acerca do que se deve entender pro prequestionamento. José Miguel Garcia Medina cuidou de sistematizar tais entendimentos em três grupos¹⁷¹: “a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema;¹⁷² b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à

¹⁶⁸ Conforme dispõe José Miguel Garcia Medina, o prequestionamento é ônus atribuído à parte, de modo que, opostos embargos de declaração, cabíveis seriam REsp e/ou RE, independentemente do julgamento dado aos embargos. MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 400/401

¹⁶⁹ O prequestionamento assim se denominou em razão da persistência da expressão questão e questionamento no rol admissional do recurso extraordinário, desde a Constituição de 1891 até a de 1946. Tais expressões foram suprimidas somente com a Carta de 1967, continuando, todavia, o prequestionamento presente no cenário da doutrina e da jurisprudência. Nesse sentido, pertinente a leitura da obra “Do Recurso Extraordinário”, de Marcelo Andrade Feres, p. 620/625.

¹⁷⁰ FÉRES, Marcelo de Andrade. “Do recurso extraordinário”. In: FÉRES, Marcelo de Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo (coord.). *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 626.

¹⁷¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 217/218.

¹⁷² Essa é a orientação dominante nos Tribunais Superiores. “Não tendo sido apreciada, pelo Tribunal “a quo”, a questão constitucional sobre a substituição processual por sindicato, nem em embargos declaratórios provocada essa manifestação, encontra-se obstado o conhecimento do recurso extraordinário, nessa parte, por ausência de prequestionamento. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.” (RE 330597 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 08/10/2002, DJ 08-11-2002).

parte;¹⁷³ c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.¹⁷⁴

Essas concepções encontram-se, de certo modo, traduzidas em sede doutrinária, existindo aqueles que defendem que o prequestionamento decorre simplesmente do pronunciamento do Tribunal *a quo* acerca do tema de direito federal ou constitucional, e aqueles que se manifestam no sentido de que o prequestionamento é a manifestação ou provocação das partes, anterior à decisão recorrida, no sentido de tornarem controverso determinada ponto atinente ao direito federal ou constitucional.¹⁷⁵

É importante distinguir, preliminarmente, questão federal ou constitucional de prequestionamento. Este com aqueles não se confunde, na medida em que o prequestionamento constitui apenas um meio através do qual leva ao conhecimento do órgão *ad quem* a questão federal ou constitucional, a fim de que ela seja decidida. Pertinente, nesse sentido, as lições do mestre Nelson Nery Junior:¹⁷⁶

1. O prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do REsp; 2. O prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais; 3. O verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e REsp é o cabimento, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente ‘decididas’ pelas instâncias ordinárias (CF 102 III e 105 III); 4. Causa ‘decidida’ é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se a esse fim.

¹⁷³ “Em termos de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta na instância ordinária. Se isso ocorreu, tem-se a figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta (STJ, 2ª T., REsp 2.336-MG, j.09.05.1990, rel. Min. Carlos Veloso, DJU 04.06.1990).

¹⁷⁴ “A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação em momento procedimental adequado. Não basta, no entanto, só argüir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária” (STF, 1ªT., AgRgAl 134175-1, rel. Min. Celso de Mello, j.02.04.1991, DJU 06.03.1992)

¹⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 219/220.

¹⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. “Ainda sobre o prequestionamento”. In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005. p. 863/864.

Nesse sentido, prequestionamento não se confunde com o conceito de causa decidida. Para José Gabriel Garcia Medina prequestionamento consiste na atividade das partes que agitam determinada questão nas instâncias ordinárias, tornando-a controvertida, ou simplesmente, uma questão processual. Neste caso, caso o órgão julgador emita algum tipo de juízo sobre esta questão, já torna possível o manejo dos recursos extraordinários. Sobre o assunto, convém ressaltar os dizeres do autor¹⁷⁷:

Em suma, pode-se conceituar prequestionamento como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão pré-questionada.

Já o professor Bernardo Pimentel sustenta que “o prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido.”¹⁷⁸ Ao seu entendimento, ainda que determinada matéria seja suscitada pela parte, se não houver efetivo pronunciamento do Tribunal *a quo* a seu respeito, não está satisfeita a exigência do prequestionamento. Este posicionamento encontra guarida nas recorrentes decisões do Eg. Superior Tribunal de Justiça que, para fins de admissibilidade do Recurso Especial, prega a necessidade de que a matéria jurídica impugnada tenha sido previamente solucionada no julgado recorrido.¹⁷⁹

Na prática, havendo ausência de expressa manifestação sobre o tema acerca do qual se pretende manejar futuro recurso especial, deve a parte interessada opor embargos de declaração alegando omissão no acórdão proferido pelo Tribunal. Persistindo a omissão, deve o legitimado ou opor novos embargos de declaração ou interpor recurso especial, suscitando ofensa aos artigos 165, 485, inciso II e 535, inciso II, todos do CPC, para que o Tribunal a quo se pronuncie sobre a matéria. Na segunda hipótese, se constatada a existência de omissão pelo

¹⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 350/351.

¹⁷⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 691.

¹⁷⁹ O posicionamento do Eg. Superior Tribunal de Justiça é bastante criterioso neste sentido, a ponto de editar o enunciado da Súmula 320 - reforçado pela Questão de Ordem n 14, aprovada pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência - segundo o qual os temas tratados em voto vencido não satisfazem o requisito do prequestionamento quando não enfrentados no voto condutor.

Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à Corte de origem para efetiva prestação jurisdicional sobre o tema. Só então, depois de julgado o caso pelo Tribunal recorrido, poderá a parte interpor novo recurso especial, desta vez impugnando a matéria de fundo, propriamente dita.¹⁸⁰

Tudo isso por força da Súmula n. 211, do STJ, que dispõe, *verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

Para o professor Marcelo de Andrade Fêres, o conteúdo sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça traduz a exigência de prejulgamento da questão federal e não de prequestionamento, na medida em que não basta que as partes suscitem a questão federal, sendo indispensável, para fins de admissibilidade do recurso especial, que a causa seja efetivamente decidida.¹⁸¹

A Suprema Corte vem entendendo, de forma mais branda que o STJ, que a mera interposição de embargos declaratórios, por si, satisfaz a exigência do prequestionamento, ainda que a omissão não venha a ser suprida pelo Tribunal a quo. Para ela, a Súmula 356 continua com plena aplicação.¹⁸²

¹⁸⁰ “(...)7. A simples oposição de embargos de declaração, sem o efetivo debate, no tribunal de origem, acerca da matéria versada pelos dispositivos apontados pelo recorrente como malferidos, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância especial. 8. Aplicação, in casu, dos enunciados sumulares n.º 282/STF e n.º 211/STJ, que assim dispõem: “Súmula 282/STF - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “Súmula 211/STJ - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo tribunal a quo.” 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para afastar a necessidade de autenticação das peças prevista no art. 525 do CPC, e determinar o retorno dos autos à Corte de origem, para que sejam analisadas as matérias suscitadas no agravo de instrumento. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1111001/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 30/11/2009).

¹⁸¹ FÊRES, Marcelo de Andrade. “Do recurso extraordinário”. In: FÊRES, Marcelo de Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo (coord.). *Processo nos Tribunais Superiores*: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 630.

¹⁸² “Recurso extraordinário: prequestionamento: a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência (Súmula 356) ainda que a omissão não venha a ser suprida pelo Tribunal a quo.” RE 191454, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 08-06-1999 PP-00046 EMENT VOL-01957-04 PP-00824.

O professor Eduardo Arruda Alvim também defende o enunciado da Súmula 356/STF, forte no argumento de que a parte não tem como forçar a instância a que a se pronunciar sobre o tema por ela suscitado.¹⁸³

Como se pode perceber, conquanto sejam o recuso especial e o recurso extraordinário recursos estruturalmente semelhantes, voltados a objetivos comuns, e apesar de a Constituição de 1988 trazer textos idênticos no que se refere às causas decididas em única ou última instância, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não apresentam um entendimento uníssono acerca do prequestionamento, como requisito de admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária.

Se confusão existe em relação ao que seja prequestionamento e o meio de se superar a falta dele, muito mais se pode dizer sobre a possibilidade de se admitir a aplicabilidade do efeito translativo no âmbito dos recursos de natureza extraordinária.

3.4 O Efeito translativo nos recursos de natureza excepcional

Conforme mencionado, a incidência do efeito translativo em sede de recursos de natureza extraordinária consiste em mais um assunto carente de uniformização no direito processual brasileiro.

O professor Nelson Nery Júnior, representando corrente majoritária da doutrina, é categórico ao afirmar que não há efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porquanto seus regimes jurídicos têm limitado as hipóteses de seu cabimento às causas decididas

¹⁸³ ALVIM, Eduardo Arruda. "Recurso especial e recurso extraordinário". In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002. p. 159.

por expressa disposição constitucional (CF, art. 102, III e art. 105, III). Em sua opinião, “caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os STF 282 e 356, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional.”¹⁸⁴

Acrescenta o autor que a lei autoriza o exame de ofício das questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição, mas como a instância dos recursos extraordinário e especial não é ordinária, mas sim excepcional, a eles não se aplica referido texto legal.¹⁸⁵

De acordo com esta concepção, ainda que o recurso ultrapassasse o juízo de admissibilidade, as portas para o tribunal examinar as questões de ordem pública não estariam abertas. Não se aplicaria, neste contexto, a regra segundo a qual não há preclusão nem para o juiz nem para as partes no que diz respeito aos pressupostos processuais. A estreiteza do efeito devolutivo nos recursos de natureza excepcional não deixa espaço para a aplicação deste postulado; sua incidência se estende apenas aos recursos ordinários.¹⁸⁶

Não obstante, há acórdãos nos quais se considera poder o tribunal, depois de admitido o recurso, conhecer de ofício vícios relativos às condições da ação e aos pressupostos processuais que não tenham sido propriamente devolvidos, porque não impugnados, mas que poderiam ser conhecidos de ofício, aplicando-se ao julgado o efeito translativo do recurso.¹⁸⁷

¹⁸⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 487/488.

¹⁸⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 487/488. Também partilha deste entendimento José Miguel Garcia Medina, que afirma que as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário contempladas no texto constitucional não trazem, em seu bojo, disposição semelhante às contidas no art. 367, § 3º, do CPC, de modo que, não havendo decisão sobre questão constitucional ou federal, não serão cabíveis referidos recursos. MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 76.

¹⁸⁶ “O prequestionamento, entendido como tal a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência da própria previsão constitucional do recurso especial, impondo-se como requisito inafastável ao seu conhecimento, ainda que se trate de nulidade absoluta, a não ser que decorrente do próprio julgamento.” AgRg no Ag 454001/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2003, DJ 10/03/2003 p. 201.

¹⁸⁷ “Impossível o acesso ao recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na Corte de origem. Violação aos artigos 512 e 515 do Código de Processo Civil não configurada, pois o art.

No juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, ater-se-iam o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal a verificar se estão ou não presentes os requisitos de admissibilidade do recurso. À falta de algum deles, o tribunal não conhece do recurso. Conhecido o recurso, no entanto, deverá o magistrado, no juízo de mérito, julgar a causa, aplicando o direito ao caso concreto. Nessa hipótese, ficaria o Tribunal livre para apreciar as questões de ordem pública, bem como outras objeções, quando do julgamento do recurso.¹⁸⁸

Assim, se constatada a existência de alguma ilegalidade quanto à solução que se tenha dado ao mérito da decisão impugnada, aberta estaria a possibilidade de se decretar a falta de uma das condições da ação.¹⁸⁹

O que não poderia ocorrer seria o tribunal detectar este vício para admitir o recurso ou para decretar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da decisão impugnada, se ele não tivesse expressamente elencado como tal e devidamente prequestionado.¹⁹⁰

A doutora Teresa Arruda Alvim Wambier não partilha desta opinião. Ao seu entendimento, não há que se dizer em efeito translativo em recursos de natureza excepcional, dada a natureza desses recursos. Trata-se, ao se ver, de “recursos em que os Tribunais de cúpula do nosso Poder Judiciário revêem a aplicação do direito federal e da Constituição Federa no que diz respeito à atividade comissiva dos órgãos inferiores, não à omissiva.”¹⁹¹

Explica a professora que a Constituição Federal não faz qualquer menção acerca da possibilidade de conhecimento das questões de ordem pública em sede de recursos excepcionais, tal qual ocorre com os recursos ordinários. Desta feita, a questão que não tenha sido objeto da decisão recorrida não poderá ser objeto de

267, § 3º do mesmo diploma autoriza o magistrado, enquanto não esgotado seu mister jurisdicional, conhecer de ofício as questões referentes às condições da ação, entre as quais se encontra a legitimidade das partes para a causa.” REsp 155895/RO, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 26/09/2000, DJ 20/11/2000 p. 297.

¹⁸⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 161/162.

¹⁸⁹ REsp 609144/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 24/05/2004 p. 197

¹⁹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005. p. 161/162.

¹⁹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 280.

recuso extraordinário ou especial. Considerando que os requisitos de cabimento dos recursos de natureza excepcional constam expressamente na Constituição Federal, tais disposições não podem ser atingidas por lei inferior, ainda que a lei em referência seja o Código de Processo Civil.¹⁹²

Como se pode observar, o tema ainda carece de uniformização tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial.

¹⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 280/281.

CONCLUSÃO

O estudo proposto teve como objeto verificar a possibilidade do conhecimento de matérias de ordem pública em sede de recursos de natureza extraordinária. Várias foram as situações apresentadas. Algumas delas, sem grandes controvérsias, outras, nem tanto.

As matérias de ordem pública, em suas diversas perspectivas, apresentam como principal característica a possibilidade de serem conhecidas de ofício pelo órgão julgador, independentemente da argüição das partes. O cerne da questão reside, no entanto, na viabilidade do conhecimento conhecer dos requisitos de admissibilidade do processo quando essas não forem argüidas pelas partes em momento anterior a interposição do recurso especial ou extraordinário, ou se o forem apenas como fundamento de contra-razões.

Explica-se: O STJ e o STF entendem, com propriedade, que os requisitos de admissibilidade recursal constituem matéria de ordem pública e, como tal, sobre elas podem decidir independentemente de prévia manifestação da parte. A faculdade de conhecer de ofício dos pressupostos recursais, no entanto, decorre da própria competência dessas cortes para o exame definitivo da admissibilidade do recurso, inexistindo, pois, maiores controvérsias sobre a questão;

Sobre as questões prejudiciais (prescrição e decadência), também é pacífico o entendimento de que elas são matérias releváveis de ofício nas Cortes superiores. Além das expressas disposições legislativas, sobre a possibilidade de serem tais matérias conhecidas de ofício, sua análise relaciona-se com o mérito da causa, de modo que não paira sobre essa questão maiores incidentes, sendo pacífica a jurisprudência quanto a esse quesito.

No que concerne aos pressupostos de admissibilidade do processo, no entanto, há de se distinguir duas situações: a primeira dela, diz respeito à possibilidade de se aventar no recurso especial ou no recurso extraordinário matérias de ordem pública sobre as já tenha se manifestado o tribunal recorrido ou

que, na ausência de expresso pronunciamento, haja sido ventilada por uma das partes no curso do processo. Nessa hipótese, para se franquear o acesso às vias extraordinárias, necessário se faz o prequestionamento, para que seja satisfeita a exigência constitucional do prévio esgotamento dos meios de impugnação.

Isto porque uma vez revelada a questão de admissibilidade nos autos, a tendência é que ela se torne uma questão controversa. Caso isto não ocorra, dar-se-á por encerrada a controvérsia para as partes, que não mais poderão discuti-la, em face da preclusão consumativa.

Outra é a situação em que a matéria de ordem pública não tenha sido abordada no curso do processo. Nesta hipótese, não há que se dizer em prequestionamento pelo simples fato de a questão não haver sido, em momento algum, deduzida em juízo. Em casos como esse, ultrapassada a barreira da admissibilidade, poderão as Cortes Superiores se pronunciar sobre eventual vício no processo, julgando a causa e aplicando o direito à espécie.

Aliam-se, a esse posicionamento, os enunciados das Súmulas 281 e 356 do STF, que dizem respeito à admissibilidade do recurso - matéria afeta ao juízo de admissibilidade - e não ao juízo de mérito.

Ao Poder Judiciário incumbe a função jurisdicional do Estado, que inclui a condução do processo dentro dos procedimentos e das condições fixadas em lei. Logo, não há que se dizer, nesse contexto, em preclusão pro iudicato.

Por mais que os recursos excepcionais não se prestem à correção de injustiças, não há como ignorar o fato de que o processo submetido à análise do recurso especial/extraordinário será objeto, em sua grande maioria, de posterior execução pela parte. Mas do que isso, revelará a palavra final do Estado sobre determinado bem da vida ou situação jurídica. Por isso, se quando do julgamento do recurso especial e/ou extraordinário for identificado vícios relativos a pressupostos processuais ou condição da ação, têm as Cortes Superiores o poder-dever de se pronunciar, ainda que não provada pelas partes, em nome do devido processo legal. Ademais, não há qualquer dispositivo legal que impeça o conhecimento das matérias de ordem pública em sede de recursos de natureza excepcionais.

Questiona-se, sob esta perspectiva, porque não analisar as questões de ordem pública que esbarram na fronteira da admissibilidade por ausência de prequestionamento. Afinal, elas não deixam de ser de ordem pública – releváveis de ofício, pois - pelo simples fato de alcançarem as vias excepcionais de impugnação.

Ocorre, nesses casos, que restou oportunizado à parte interessada o direito de se pronunciar nos autos, alegando toda a matéria necessária a sua defesa. Não o fazendo, responderá o interessado pelas custas de retardamento conforme expressa disposição legal. Não há que se dizer, por isso, em eventual ofensa ao princípio do devido processo legal.

A principal dificuldade deste trabalho reside na disparidade de entendimentos existentes não só no campo doutrinário mas também entre as próprias Cortes Superiores, especialmente no que tange ao prequestionamento.

A rigorosa interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca deste instituto, identificando-o, à margem do que diz o texto constitucional, como próprio requisito de admissibilidade do recurso especial, tem gerado certa instabilidade no campo jurídico-processual. Sem uma segurança os advogados vem opondo embargos de declaração – ditos prequestionadores – de forma indiscriminada, o que depõe contra os princípios da economia e da celeridade processual, atualmente tão propagados.

A justiça brasileira vive um momento bastante delicado. Alarmante é o número de processos que abarrotam as prateleiras dos órgãos jurisdicionais e desproporcional é a quantidade de processos e o número de magistrados existentes na atual estrutura do Poder Judiciário.

De outro lado, vislumbra-se uma mudança paradigmática das perspectivas do processo civil, mais focado na efetividade da tutela jurisdicional, na dissecação de problemas e na busca de soluções efetivas. É o chamado processo civil de resultados, que encontra no especialista Cândido Rangel Dinamarco, seu maior defensor.

Ante tal realidade, evidencia-se uma tendência aceleradora das técnicas processuais, ao tempo em que são buscadas, na rotina diária dos Tribunais,

alternativas que contribuam com o aceleração da entrega da prestação jurisdicional.

Há de se prestar atenção, todavia, com o perigo da sobreposição de princípios processuais e constitucionais. A busca pela celeridade da prestação jurisdicional não pode comprometer a segurança jurídica ou outros princípios constitucionais, como o do devido processo legal, nem tampouco promover uma desmaturação dos institutos já existentes.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e recurso extraordinário”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001 5*. São Paulo: RT, 2002.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V.

BUENO, Cássio Scarpinella. “De volta ao prequestionamento.” *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais 8*. São Paulo: RT, 2005.

DIAS, Camila Werneck de Souza. “Efeito Suspensivo e Juízo de Admissibilidade nos recursos especial e extraordinário”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001 5*. São Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III.

_____. “Os efeitos dos recursos”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001 5*. São Paulo: RT, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001 5*. São Paulo: RT, 2002.

FÉRES, Marcelo de Andrade. "Do recurso extraordinário". In: FÉRES, Marcelo de Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo (coord.). *Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tulio, *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. II.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: RT. 2008.

_____. "A função dos pressupostos processuais no processo civil contemporâneo." In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo. RT, 2005.

_____. "Variações Jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento." In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais 8*. São Paulo: RT, 2005.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de Mesquita; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Questões de Ordem Pública: revisíveis ad infinitum?" In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. "Ainda sobre o prequestionamento". In: ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JR., Nelson; Mazzei, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza. (coord.). *Direito Civil e Processo*. São Paulo, RT: 2005.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. “Questão de fato e de direito para fins de admissibilidade do recurso especial.” In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis 5: de acordo com a Lei 10.352/2001* 5. São Paulo: RT, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

SANTOS, Fábio José Moreira dos. “A ofensa direta e frontal à Constituição Federal como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário segundo a jurisprudência do STF.” In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais 6*. São Paulo: RT, 2005.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.