

SANDRO MORAES DA SILVA

**EFEITO TRANSLATIVO E
RECURSOS DE NATUREZA
EXCEPCIONAL**

BRASÍLIA
2010

SANDRO MORAES DA SILVA

EFEITO TRANSLATIVO E RECURSOS DE NATUREZA EXCEPCIONAL

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. César Augusto Binder.

BRASÍLIA

2010

RESUMO

[TEMA] Relatório Monográfico de Pesquisa no âmbito do direito processual civil, cujo objeto é a controvérsia sobre a existência de efeito translativo nos recursos de natureza excepcional. [METODOLOGIA] Por meio da pesquisa dogmática e instrumental, e da técnica bibliográfica, sistematizou-se a doutrina jurídica e o posicionamento adotado pelos tribunais superiores brasileiros, a fim de se investigar se os recursos de natureza excepcional possuem ou não o chamado efeito translativo. [RESULTADOS] O estudo empreendido revelou a existência de três correntes de pensamento distintas sobre a questão: a primeira, negando a existência de efeito translativo nos recursos de natureza excepcional; a segunda, afirmando que é dever de todo e qualquer tribunal, incluindo os superiores, conhecer, de ofício, das matérias de ordem pública; a terceira, defendendo que, uma vez conhecido o recurso excepcional por qualquer fundamento, o efeito translativo opera-se em sua integralidade. No Supremo Tribunal Federal, no Tribunal Superior do Trabalho e no Tribunal Superior Eleitoral prevalece a primeira corrente. No Superior Tribunal de Justiça, contudo, o tema ainda é controvertido, embora a segunda corrente seja francamente minoritária. De qualquer sorte, se o Congresso Nacional acatar as sugestões formuladas pela comissão encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil o problema restará superado, pois o novel diploma processual explicitamente perfilhará a terceira corrente.

PALAVRAS-CHAVE: Efeito Devolutivo; Efeito Translativo; Princípio Dispositivo; Princípio Inquisitório; Recurso Especial; Recurso Especial Eleitoral; Recursos Excepcionais; Recurso Extraordinário; Recurso de Revista.

ABSTRACT

[INTRODUCTION] Report research in the scope of civil law whose object is the controversy about the existence of the transferred effect in the exceptional nature resources. [METHODOLOGY] Through the dogmatic and instrumental research and the bibliographic technician, the juridical doctrine was systemized and the standing adopted by the Brazilian courts in order to investigate if the exceptional nature resources have or not the called transferred effect. [RESULTS] The undertaken study revealed the existence of the three currents of distinct thought about the issue: the first denies the existence of the transferred effect in the resources of exceptional nature; the second stating that it is a duty of each and all courts, including the superiors know the duty, of the public order issues; the third defends that once known the exceptional resource by any fundament, the transferred effect operates in its integrity. In the *Supremo Tribunal Federal*, in the *Superior Tribunal do Trabalho* and *Tribunal Superior Eleitoral* prevail the first current. In the *Superior Tribunal de Justiça*, however, the theme is controversial, although the second current is frankly minority. If the National Congress obeys the suggestions formulated by the charged commission of elaborating the anti-project of the new code of Civil Process, the problem will be surpassed because the new diploma processual will adopt explicitly the third current.

KEY-WORDS: Devolutive effect; transferred effect, inquisitorial principle, special resource, electoral especial resource, exceptional resources, extraordinary resource, reviewed resource.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

Id por idem

Ibid por ibidem

Cf. por confronto ou confira

Obs. por observação

ABREVIATURAS:

CF ou CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
ABSTRACT.....	4
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	5
INTRODUÇÃO.....	7
1. O RECURSO COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS.....	8
2. DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E DO PRINCÍPIO INQUISITÓRIO – INFLUÊNCIA SOBRE O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO.....	11
3. EFEITO DEVOLUTIVO (EXTENSÃO E PROFUNDIDADE) E EFEITO TRANSLATIVO.....	15
4. EFEITO TRANSLATIVO E RECURSOS DE NATUREZA EXCEPCIONAL.....	26
5. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS SOBRE A EXISTÊNCIA DE EFEITO TRANSLATIVO EM RECURSOS DE NATUREZA EXCEPCIONAL.....	36
6. CONCLUSÃO.....	42
7. REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO:

A presente pesquisa, circunscrita ao âmbito do direito processual civil, tem por objeto a existência (ou não) de efeito translativo nos recursos de natureza excepcional (recurso especial, extraordinário, de revista e especial eleitoral).

Com efeito, é possível sintetizar o problema da seguinte forma: pode um tribunal superior (STF, STJ, TST ou TSE), em sede de recurso extraordinário (em sentido lato), apreciar matéria não suscitada pelas partes, nem ventilada na decisão recorrida e, com base nela, decidir a demanda?

Tal indagação nos remete aos limites da devolução operada por recursos cujo objetivo maior não é tutelar o direito subjetivo do recorrente, mas sim o próprio direito objetivo posto.

A meta colimada no presente trabalho, portanto, é, a partir de uma leitura crítica do papel que os tribunais superiores desempenham na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, definir qual a profundidade da cognição nos recursos de natureza excepcional, sistematizando, no processo, as diversas (e contraditórias) soluções que a doutrina e jurisprudência nacionais apontam para o problema.

O relatório ora apresentado lastreou-se em um estudo instrumental do tema proposto, calcado na revisão bibliográfica da doutrina nacional, bem como na análise da legislação pertinente e da jurisprudência existente sobre a questão. Preponderou como técnica de pesquisa o levantamento (tanto em bibliotecas quanto na internet) e leitura crítica dos dados legais, jurisprudenciais e doutrinários relevantes à sua resolução.

O Capítulo 01 aborda as razões que justificam a existência de meios de impugnação às decisões judiciais, além delinear o que juridicamente se entende por “recurso”.

No Capítulo 02 são investigados o princípio dispositivo e o princípio inquisitório, bem como a influência que eles exercem sobre o sistema recursal brasileiro.

Já o Capítulo 03 define o que vêm a ser os chamados “efeitos dos recursos”, dando ênfase ao efeito devolutivo, tanto em sua perspectiva horizontal como vertical, e ao efeito translativo.

No Capítulo 04 os conceitos de recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso de fundamentação livre e recurso de fundamentação vinculada são apresentados. Partindo deles, e das noções já consolidadas acerca do princípio dispositivo, do princípio inquisitório, do efeito devolutivo e do efeito translativo, são discutidas as principais correntes doutrinárias existentes sobre a profundidade da cognição nos recursos de natureza excepcional.

O Capítulo 05 resume o posicionamento do STF, do STJ, do TST e do TSE sobre a matéria, colacionando precedentes emblemáticos que bem ilustram as teses agasalhadas pelos nossos tribunais superiores.

Por fim, as conclusões expendidas no Capítulo 06 incluem reflexões sobre as propostas que serão encaminhadas ao Senado pela comissão encarregada elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, no que toca à questão em apreço.

Assim, o presente trabalho coaduna-se com a importância do tema para o direito processual civil, na medida em que confronta as diversas teorias existentes sobre a profundidade da devolução operada pelos recursos de natureza excepcional, a fim de definir qual delas melhor atende às necessidades daqueles que buscam no Poder Judiciário brasileiro a solução para as suas demandas.

1. O RECURSO COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS:

O processo, para cumprir o seu papel pacificador e resolver satisfatoriamente a questão posta em juízo, se desenvolve no sentido da prolação de uma decisão.

Contudo, o descontentamento é intrínseco à natureza humana.

Sem sombra de dúvida, a maior parte das pessoas, quando desfavorecidas pela primeira solução dada pelo Estado-Juiz ao problema que lhe foi apresentado, sente necessidade de uma segunda análise da sua situação.

Assim é que se fala na existência de remédios processuais enquanto mecanismos de impugnação das decisões judiciais.

Desde tempos remotos têm-se preocupado as legislações em criar expedientes para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. À conveniência da rápida solução dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Fazer inimpugnáveis quaisquer decisões, desde que proferidas, atenderia o primeiro interesse, mas com insuportável detrimento do segundo; multiplicar *ad infinitum* os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto e igualmente danoso. Ante a inafastável possibilidade do erro judicial, adotam as leis posição intermediária: propiciam remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso.¹

A falibilidade humana, da qual não pode o juiz se esquivar, bem como o interesse do Estado na esmerada aplicação do direito material e processual, aliados à essa insatisfação natural do ser humano, justificam, portanto, a existência de ferramentas que propiciem a revisão das decisões judiciais.²

Em todos os meios de impugnação de atos judiciais, existe em comum a finalidade de se obter a revisão do ato guerreado, seja conseguindo sua anulação, seja reformando seu conteúdo, ou ainda, excepcionalmente, atingindo seu aprimoramento, através de sua complementação, com o estabelecimento de sua coerência interna ou seu esclarecimento (como acontece nos embargos de declaração).³

Justificada a necessidade da existência de meios de impugnação às decisões judiciais, passemos a estudar as suas espécies.

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5., p. 129.

² Neste sentido: Araken de Assis (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 33-34), Luiz Orione Neto (NETO, Luiz Orione. *Recursos Cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-2) e Flávio Cheim Jorge (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19-20).

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. rev. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2., p. 507.

Com efeito, a doutrina brasileira em geral reconhece três remédios processuais como aptos a atacar uma decisão judicial: a) os recursos; b) as ações autônomas de impugnação; c) os sucedâneos recursais.⁴

Diferenciam-se os dois primeiros pelo fato de que a interposição de recurso não faz instaurar nova relação jurídica processual, meramente prolongando-se o curso (a litispendência) do processo. Já as ações autônomas de impugnação dão origem a processo novo, como é o caso, no direito brasileiro, da ação rescisória.

A nota característica dos recursos é o fato de serem exercitáveis na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão impugnada, sem que se instaure novo processo contra decisões ainda não transitadas em julgado. À luz dessa definição, infere-se que as ações autônomas de impugnação dão ensejo à formação de nova relação jurídico-processual, distinta daquela na qual foi proferida a decisão recorrida.⁵

Já a idéia de sucedâneos recursais é alcançada por exclusão: é todo meio de impugnação judicial que nem é recurso nem é ação autônoma de impugnação.

Os sucedâneos recursais, como já dito, são remédios que acabam fazendo as vezes dos recursos, mas assim não são considerados por ausência de expressa previsão legal (princípio da taxatividade). Distinguem-se das ações autônomas de impugnação por não ensejarem a instauração de um novo processo, apesar de possuírem, assim como as ações autônomas de impugnação, finalidades semelhantes aos recursos.⁶

Podemos citar, a título de exemplo, o pedido de reconsideração e o pedido de suspensão de segurança.

⁴ Há autores, como Flávio Cheim Jorge (*op. cit.*, p. 20, nota de rodapé nº 5), que só reconhecem os recursos e as ações autônomas de impugnação como autênticos meios de impugnação de decisões judiciais. Já outros, como Eduardo Arruda Alvim (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 678) fazem menção a certos incidentes processuais intimamente relacionados aos recursos, mas que não visam à reforma ou à invalidação de decisões judiciais, como, por exemplo, os incidentes de uniformização de jurisprudência e de arguição de inconstitucionalidade. Por fim, ainda há quem, como Marinoni (*idem, ibidem*, p. 507), não distinga sucedâneo recursal de ação autônoma de impugnação.

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (Processo Civil Moderno, v. 2), p. 27-28.

⁶ Eduardo Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 678.

Feitas as distinções acima, finalmente podemos conceituar recurso como “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração judicial que se impugna”.⁷

Todavia, é importante lembrar, como nos alerta Fredie Didier Jr.⁸, que a definição de recurso não pertence à teoria geral do processo, decorrendo eminentemente do direito positivo, a quem cabe criar os meios de impugnação das decisões e as suas características.

Afirma ainda o autor baiano que o direito de recorrer tem natureza potestativa processual e é ínsito ao direito de ação/exceção, ou seja, é mero desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais.

Após essa breve explanação teórica acerca do que se entende por recurso e qual o seu papel, cabe agora investigar os seus efeitos, com ênfase no denominado “efeito devolutivo”, explorar as suas classificações e o papel dos tribunais superiores em nossa ordem jurídico-constitucional, para que possamos, enfim, abordar a questão da existência – ou não – de efeito translativo nos recursos de natureza excepcional, mas não sem antes compreender a influência que o princípio dispositivo exerce sobre nosso sistema recursal.

2. DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E DO PRINCÍPIO INQUISITÓRIO – INFLUÊNCIA SOBRE O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO:

Por princípio dispositivo se entende aquele que concede à parte a iniciativa de demandar em juízo, sem que a isto possa ser obrigada pela lei. De fato, cabe ao interessado buscar a tutela de seus direitos, e não ao Estado distribuir justiça sem ser provocado.

Como o juiz, normalmente, não pode agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte ou interessado (art. 2º, CPC), deve, igualmente, julgar apenas nos limites do pedido (art. 460, CPC), que são fixados na petição

⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 233.

⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Salvador: Jus-Podium, 2008, v. 3, p. 21-22.

inicial pelo autor (art. 128, CPC), não podendo o juiz julgar *extra, ultra* ou *infra petita*. Se o fizer, estará cometendo excesso de poder.⁹

No entendimento de Alcides de Mendonça Lima¹⁰, poderia o princípio dispositivo ser decomposto em duas regras: o princípio da demanda, que veda o exercício da jurisdição pelo juiz sem a provocação do interessado, e o princípio dispositivo em sentido estrito, que regulamenta os poderes do magistrado na instrução da causa.

Estamos tratando, portanto, de princípio positivado em nosso Código de Processo Civil, informador de todo o nosso sistema processual, incluindo aí as regras relativas a recursos.

É importante sublinhar na temática dos recursos a presença do princípio dispositivo, talvez o mais importante do processo civil contemporâneo, ainda que tenha sofrido uma ou outra leve atenuação. Conquanto não se possa dizer seja um princípio fundamental dos recursos, no sentido de ficar confinado estritamente à sede recursal, existe e define vários aspectos dos recursos. Por isso deve ser tratado, também, como princípio que interfere no estudo dos recursos.¹¹

Frisa, da mesma maneira, Flávio Cheim Jorge, que além de figurar como princípio fundamental do processo, “esse princípio assume idêntico papel em relação aos recursos, de modo que podemos, sem hesitar, sustentar que o dispositivo é um princípio fundamental norteador dos recursos”.¹²

Ainda, nas palavras de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

Entendendo-se que o direito de recorrer é prolongamento do direito de ação, como conseqüência lógica deverão ser aplicados os princípios que lhe são próprios, *mutatis mutandis*. Se, em regra, o juiz somente presta a tutela jurisdicional mediante provocação das partes (CPC, art. 2º), e se a prestação jurisdicional encontrará limites no pedido formulado pelo autor (CPC, arts. 128 e 460), assim também o recurso interposto devolve ao órgão julgador *ad quem* apenas o conhecimento da matéria que tiver sido objeto do recurso.¹³

⁹ NERY JR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 368.

¹⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 329.

¹¹ Eduardo Arruda Alvim, *op.cit.*, p. 705.

¹² *Op. cit.*, p. 200.

¹³ *Op. cit.*, p. 102.

Portanto, considerando que é da essência do recurso provocar o reexame de determinada decisão, e que aos tribunais aplica-se integralmente a disciplina dos artigos 128 e 460 do CPC¹⁴, chega-se à conclusão de que cabe ao recorrente delimitar a matéria que pode ser apreciada em sede recursal pelo órgão *ad quem*.

Afinal, “os litigantes têm o poder de dispor do direito material em relação ao qual se pretendeu o reconhecimento e a conseqüente prestação da tutela jurisdicional”.¹⁵

Não é à toa que a doutrina é unânime ao afirmar que o efeito devolutivo, comum a todos os recursos¹⁶ e estudado com mais vagar em item próprio, abaixo, “é manifestação do princípio dispositivo, e não mera técnica do processo”.¹⁷

Realmente, o efeito devolutivo nada mais é do que a projeção do princípio dispositivo no âmbito da sistemática recursal delineada pelo Código de Processo Civil. Está expressamente previsto no *caput* do artigo 515, que determina que “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

¹⁴ Eduardo Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 706.

¹⁵ Flávio Cheim Jorge, *op. cit.*, p. 200.

¹⁶ Há quem defenda a tese de que não se pode cogitar de efeito devolutivo se o julgamento do recurso couber à mesma autoridade que prolatou a decisão recorrida. É o caso, por exemplo, de José Carlos Barbosa Moreira (*op. cit.*, p. 260). Segundo Fredie Didier Jr. (*op. cit.*, p. 79-80) “tal entendimento deita raízes históricas na própria origem do efeito devolutivo. De fato, antes de existir a tripartição dos poderes, o imperador ou governante concentrava o exercício de todos eles. Como não lhe era possível, materialmente, exercê-los a um só tempo, muitos desses poderes eram delegados. O poder de julgar era delegado a pretores ou juízes da época. Proferida alguma decisão que prejudicasse a parte, esta apresentava um recurso ao imperador ou governante. Só que este não dispunha mais do poder de julgar, pois o havia delegado. Então, para que o imperador ou governante pudesse julgar o recurso, o poder de julgar, que havia sido delegado, era-lhe devolvido. Daí a expressão efeito devolutivo. Por essa razão, passou-se a entender que o efeito devolutivo estaria presente nos recursos encaminhados a órgão hierarquicamente superior, de sorte que os embargos declaratórios, por exemplo, não conteriam o efeito devolutivo”. Trata-se de posicionamento francamente minoritário. Prevalece a idéia de que a devolutividade é inerente a qualquer recurso, pois é da essência do instituto provocar o reexame da decisão impugnada. A devolução se dá ao Poder Judiciário, e não necessariamente ao órgão *ad quem*. Neste diapasão, José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier (*op. cit.*, p. 101-102, nota de rodapé nº 1), Fredie Didier Jr. (*idem*, pág. 80), Nelson Nery Júnior (*op. cit.*, p. 370), Araken de Assis (*op. cit.*, p. 229) e Flávio Cheim Jorge (*idem*, p. 232-235), do qual se extrai o seguinte trecho, bastante elucidativo: “o efeito devolutivo deve ser compreendido como a obtenção de outro pronunciamento do Poder Judiciário por intermédio do órgão competente. Esse órgão, normalmente, não é o mesmo que prolatou a decisão recorrida, mas nada impede que o seja”. E mais à frente: “compreendida a 'devolução' não como uma delegação do poder ao órgão superior, mas sim como uma fragmentação da competência funcional, fica fácil conceber que o denominado efeito devolutivo é atributo que decorre diretamente do conteúdo dos recursos. Quando se recorre o que se procura é justamente um reexame, uma nova análise da matéria já decidida pelo Judiciário, através de um órgão indicado para tanto”.

¹⁷ Nelson Nery Júnior, *op. cit.*, p. 368.

Não obstante o dispositivo mencionado refira-se especificamente à apelação, trata-se de “verdadeiro princípio geral dos recursos”¹⁸, a deixar claro que atribuiu-se ao recorrente o direito de determinar quais matérias poderão ser revistas pelo tribunal quando do julgamento de recurso eventualmente interposto.

De outra banda, o princípio inquisitório, como o próprio nome sugere, é aquele que, na seara recursal, permite ao tribunal apreciar questões não suscitadas pelas partes.

Na lição de Flávio Cheim Jorge, “esse princípio convive harmonicamente, apesar de antagônico, com o princípio dispositivo. A razão, para tanto, reside na circunstância de ambos os princípios se referirem a matérias diferentes”.¹⁹

Se por um lado podem os litigantes dispor, em regra, do direito material disputado, o que impede o juiz de manifestar-se senão quando provocado, por outro há direitos que não integram o patrimônio individual nem do autor e nem do réu, não havendo que se falar, quanto a eles, em possibilidade de disposição.

Esses “direitos indisponíveis”, por assim dizer, muitas vezes se relacionam, segundo Flávio Cheim Jorge, “à própria prestação da tutela jurisdicional, como requisitos necessários ao legítimo exercício da atividade judicante”.²⁰ São questões de ordem pública, que ensejam, dessa maneira, o seu conhecimento pelo magistrado independentemente de manifestação das partes.

O autor supramencionado inclui nesse rol, ainda, situações que possam vir a comprometer a própria validade da prestação da tutela jurisdicional, como, por exemplo, a existência de uma nulidade absoluta no processo (ex: sentença com fundamentação deficiente – art. 458 do CPC).

¹⁸ Conforme Eduardo Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 706. Nesse diapasão, frisa Fredie Didier Jr. (*op. cit.*, p. 80) que as normas que cuidam da apelação (artigos 515 a 517 do CPC) devem ser encaradas como regras gerais, aplicáveis a todos os recursos.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 204.

²⁰ *Idem*, p. 205.

Nesses casos, o princípio inquisitório propicia o conhecimento da questão independentemente de constar das razões recursais.

Não discrepa de tal entendimento José Miguel Garcia Medina:

Existem matérias, contudo, que, ante 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, por exemplo, em relação às matérias consideradas de ordem pública (CPC, arts. 267, §3º, e 301, §4º).²¹

Nesses casos, dar-se-ia, na terminologia adotada por alguns autores, dentre eles Nelson Nery Júnior²², o efeito translativo do recurso, por força do princípio inquisitório. Há quem entenda, no entanto, que o denominado efeito translativo não passa de faceta do efeito devolutivo propriamente dito, dele não podendo ser dissociado, como se verá adiante.²³

Por enquanto, basta deixar assinalada a diferença entre os dois princípios – dispositivo e inquisitório – de suma importância para a correta compreensão do tema objeto do presente trabalho.

Por fim, podemos afirmar, com José Miguel Garcia Medina, “que o efeito devolutivo será mais ou menos restrito na medida em que predominar, no sistema jurídico, o princípio dispositivo sobre o inquisitório”.²⁴

3. EFEITO DEVOLUTIVO (EXTENSÃO E PROFUNDIDADE) E EFEITO TRANSLATIVO:

Falar em efeitos dos recursos nada mais é do que estudar as conseqüências jurídicas que deles naturalmente decorrem.

²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

²² *Op. cit.*, p. 415-420, de onde se extrai que “o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício questões de ordem pública não argüidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do princípios inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos. Mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou contra-razões de recurso”.

²³ Por exemplo, Fredie Didier Jr. (*op. cit.*, p. 82).

²⁴ *Op. cit.*, p. 66.

Bernardo Pimentel afirma que “os efeitos são as conseqüências jurídicas da recorribilidade, da interposição ou do julgamento dos recursos processuais”.²⁵

Vale destacar, ainda, a lição de Flávio Cheim Jorge:

A interposição de um recurso em determinado processo faz com que o mesmo sofra conseqüências naturais, decorrentes da existência de algo de novo que se agrega ao já existente. São efeitos jurídicos diversos advindos da existência desse novo ato processual.²⁶

Araken de Assis, por sua vez, partindo de distinção proposta pelo direito português, que menciona efeitos decorrentes da pendência de recursos (a recorribilidade de Bernardo Pimentel), da sua interposição, da sua expedição e do seu julgamento, faz o seguinte alerta:

Os efeitos da pendência resultariam, na verdade, da interposição: a falta de interposição de apelação contra a sentença de mérito acarreta o surgimento da eficácia da coisa julgada (art. 467). Pode-se apenas dizer que o óbice persistirá enquanto pender o recurso. Além disso, no caso do direito brasileiro, nem sempre a falta de interposição do recurso implica a cessação da litispendência: eventualmente, o processo prosseguirá para o cumprimento da decisão judicial (art. 269, caput, c/c art. 475-I). E a suspensão ou não da marcha processo no órgão *a quo*, pendendo recurso, ao fim e ao cabo se reduz à suspensão do provimento impugnado.²⁷

Por isso, o autor entende só haver duas classes de efeitos: os decorrentes da interposição do recurso (manutenção da litispendência; impedimento de formação da coisa julgada; remessa a um novo julgamento do conteúdo do provimento; suspensão ou não dos efeitos do ato impugnado) e aqueles derivados do seu julgamento (efeito substitutivo e os relativos ao provimento ou desprovimento da pretensão recursal).

É de se ver, portanto, que a doutrina brasileira atribui várias conseqüências jurídicas ao recurso. Todavia, para fins do presente trabalho, interessa-nos apenas o denominado efeito devolutivo, pelo que não estudaremos os demais.

²⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2007, p. 15.

²⁶ *Op. cit.*, p. 221.

²⁷ *Op. cit.*, p. 219-220.

Consoante já se afirmou, o efeito devolutivo²⁸ nada mais é do que a projeção do princípio dispositivo na seara recursal. Desta maneira, cabe ao recorrente delimitar quais matérias serão objeto de apreciação pelo órgão encarregado de julgar o recurso que interpuser.

A análise do efeito devolutivo, segundo a maior parte da doutrina, deve ser feita em dois sentidos: o horizontal (extensão) e o vertical (profundidade). Sobre o tema, cristalino é o escólio de José Carlos Barbosa Moreira:

A exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concernente à extensão do efeito, o segundo à sua profundidade. 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.²⁹

Assim, quando falamos em extensão do efeito devolutivo, estamos nos reportando à sua dimensão horizontal. Isso quer dizer que, conforme preceitua o *caput* do artigo 515 do CPC, somente a matéria impugnada será devolvida e reapreciada pela instância revisora.

De fato, a extensão do efeito devolutivo se relaciona ao mérito da pretensão recursal, na medida em que é o recorrente, de acordo com o princípio dispositivo, quem vai decidir o exato limite da atuação do órgão *ad quem*. Daí se falar na aplicação do brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*.

É o que ensina Flávio Cheim Jorge:

A extensão do efeito devolutivo se liga ao objeto da decisão, quando então, num primeiro momento, se buscará saber se o órgão *a quo* já apreciou a matéria impugnada e, posteriormente, se existe pretensão do recorrente para que o tribunal julgue toda a matéria decidida. É o que pode ser traduzido das prescrições constantes dos arts. 505, 512 e 515, *caput*, do CPC. Prende-se, assim, a extensão do efeito devolutivo dos recursos ao pedido de nova

²⁸ Flávio Cheim Jorge (*op. cit.*, p. 221-224) entende que, na verdade, o único “efeito” dos recursos é o devolutivo. Os demais (obstativo, suspensivo, etc.) corresponderiam ou a situações jurídicas atreladas a outros fenômenos processuais, ou se reportam a um tronco comum, portanto perfeitamente redutíveis a um “efeito” só.

²⁹ *Op. cit.*, p. 429.

decisão e à respectiva apreciação pelo órgão *a quo* da matéria objeto do recurso.³⁰

Inferese, então, não ser possível que a extensão da matéria impugnada seja maior do que a existente na decisão recorrida.³¹

Por isso mesmo que não há que se falar de aplicação, no Brasil, do princípio do benefício comum, segundo o qual a simples interposição de apelo implicaria a devolução de toda a matéria controvertida ao tribunal (o que poderia acabar beneficiando o recorrido). A idéia é completamente repudiada pelos doutrinadores pátrios.³²

Contrapõe-se ao princípio dispositivo e, portanto, ao efeito devolutivo dos recursos, a idéia de *appellatio generalis*, segundo a qual bastava a interposição do recurso para que tudo que tivesse sido discutido no primeiro grau ficasse submetido ao reexame do tribunal, consubstanciando-se no *beneficium commune* que ensejava, inclusive, a *reformatio in pejus* contra o único recorrente. Diante da existência do princípio dispositivo e dos limites fixados pelo recorrente ao devolver ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, é lícito concluir que nosso sistema processual não admite a *reformatio in pejus* porque violaria o princípio dispositivo e o efeito devolutivo dos recursos.³³

³⁰ *Op. cit.*, p. 238.

³¹ O Brasil adotou o sistema da revisão (*revisio prioris instantinae*), no qual se admite meramente o rejugamento das decisões recorridas, não se permitindo inovações fáticas (art. 517 do CPC). Controverte a doutrina, contudo, se a novidade trazida pela Lei 10.352/2001 – introdução do §3º ao artigo 515 do CPC – não teria excepcionado essa regra, na medida em que, atendidas as condições aludidas no referido dispositivo, estaria o tribunal autorizado a ir além da matéria enfrentada pelo órgão *a quo*, com clara opção pelo sistema do *novum iudicium*. Flávio Cheim Jorge (*idem*, p. 239) assevera que “antes da existência desse dispositivo, tendo sido extinto o processo sem julgamento de mérito, por meio de uma sentença processual, o tribunal deveria anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para que outra sentença, agora de mérito, fosse proferida. Somente após a interposição do recurso de apelação contra essa segunda sentença é que seria permitido ao tribunal apreciar o pedido formulado na petição inicial”. E prossegue o autor (*ibidem*, p. 239): “...através desse dispositivo é permitido que o magistrado aprecie diretamente o mérito da causa, em manifesta ampliação à extensão do efeito devolutivo do recurso de apelação”. Mesmo nesse caso, todavia, Flávio Cheim Jorge defende que a fixação da matéria a ser apreciada não foi retirada do poder dispositivo das partes. É que, para ele, a aplicação do §3º do artigo 515 do CPC fica condicionada a expresse pedido do apelante. Entendimento em sentido diverso, segundo o doutrinador ora comentado, violaria o princípio dispositivo, o da voluntariedade dos recursos e o da proibição da *reformatio in pejus*, posto que a manutenção de uma sentença de caráter processual não obstaría a repositura da demanda, enquanto que o reconhecimento da improcedência do pedido impediria uma nova análise da pretensão pelo Poder Judiciário. Contra, acenando com a possibilidade de aplicação de ofício do artigo 515, §3º, do CPC, pelos tribunais, Eduardo Arruda Alvim (*op. cit.*, p. 793-794), sob o argumento de que o mérito da demanda automaticamente estaria transferido à apreciação superior por força da própria lei, que o equiparou a uma questão de ordem pública.

³² Fredie Didier Jr., *op. cit.*, p. 76; Araken de Assis, *op. cit.*, p. 229-230; Flávio Cheim Jorge, *ibidem*, p. 232 e seguintes.

³³ Nelson Nery Júnior, *op. cit.*, p. 368.

A propósito, é exatamente o princípio dispositivo que impede a possibilidade, em nosso sistema processual, da chamada *reformatio in pejus*.³⁴

Entende-se por ocorrida a *reformatio in pejus* quando o tribunal, em recurso da parte, profere decisão que lhe é ainda mais desfavorável, do ponto de vista prático, do que a originariamente impugnada.

Segundo Araken de Assis, não há, no direito brasileiro, vedação explícita ao fenômeno em comento, mas ela pode ser extraída de uma interpretação sistemática do nosso direito processual:

Funda-se a proibição da *reformatio in pejus* em dois pilares: de um lado, o princípio dispositivo, tão intenso no grau recursal quanto na formação do processo na origem, e, neste particular, deita raízes no direito fundamental ao devido processo; e, de outro, o interesse exigido para impugnar as decisões judiciais.³⁵

De fato, se é requisito de admissibilidade de todo recurso o interesse em recorrer, e se por força do princípio dispositivo não se devolvem ao tribunal as matérias não impugnadas, concluímos facilmente pela impossibilidade de reforma para pior em nosso ordenamento jurídico.

Resumindo, de modo ainda mais claro: se as partes só podem recorrer daqueles pontos em que sucumbiram, impedindo o princípio dispositivo que na irresignação exclusiva de uma delas as questões em que foi vitoriosa possam ser reapreciadas pelo órgão *ad quem*, resta evidente que não se admite, no Brasil, a *reformatio in pejus*.

No dizer de Barbosa Moreira, “se nem mesmo por provocação do apelante poderia o tribunal reformar-lhe *in peius* a sentença, menos ainda se concebe que pudesse fazê-lo sem tal provocação”.³⁶

Não discrepa de tal entendimento Flávio Cheim Jorge:

³⁴ Conforme Flávio Cheim Jorge (*op. cit.*, p. 201), a proibição da *reformatio in pejus* não é um princípio que rege nosso sistema processual, mas sim mera consequência da aplicação do princípio dispositivo.

³⁵ *Op. cit.*, p. 107.

³⁶ *Op. cit.*, p. 435.

A parte não impugnada da decisão transitará, automaticamente, em julgado, razão pela qual no julgamento do recurso o tribunal não poderá modificá-la, sob pena, inclusive, de ofensa à coisa julgada.³⁷

Por sua vez, a profundidade do efeito devolutivo diz respeito às questões que podem ser examinadas pelo órgão encarregado de julgar o recurso para decidir o seu mérito.

Em um primeiro momento, o órgão prolator da decisão recorrida precisou enfrentar uma série de matérias e analisar os fundamentos postos pelas partes para chegar à conclusão a que chegou. Teve também de levar em consideração, de ofício (por força do princípio inquisitório) ou a pedido dos litigantes, questões de ordem pública, relevantes para a formação de sua convicção.

Interposto o recurso pertinente, indaga-se então se todas essas questões, matérias e fundamentos podem ser reexaminados pelo tribunal ao analisar a pretensão veiculada em sede recursal, ainda que não expressamente invocados pelo recorrente ou pelo recorrido.

A resposta é positiva, por força dos artigos 515, §§ 1º e 2º, e 516, do CPC.

Realmente, de acordo com os supracitados dispositivos legais, todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal. Da mesma maneira, quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, o recurso devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. Por fim, ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.³⁸

Dessa forma, mesmo que o órgão prolator da decisão recorrida não tenha resolvido todas as questões relativas aos fundamentos do pedido e da defesa, nem enfrentado

³⁷ *Op. cit.*, p. 202.

³⁸ Segundo Arruda Alvim (*Op. cit.*, p. 193), “as questões de ordem pública (arts. 267, §3º, e 301, §4º), a exemplo das matérias referidas nos §§ 1º e 2º do artigo 515, igualmente são transferidas para o tribunal pura e simplesmente, diante da interposição do recurso de apelação. A propósito, é expresse o art. 516”. Onde se mencionou “apelação” leia-se “qualquer recurso”, pois já se viu que os artigos 515 a 517 do CPC trazem verdadeiras normas de aplicação geral.

eventuais matérias de ordem pública que interessavam à solução do caso, o tribunal poderá levar tudo em consideração quando for julgar o recurso.

Daí se infere que, embora caiba ao recorrente delimitar os pontos da decisão recorrida que deseja ver reapreciados (extensão do efeito devolutivo – princípio dispositivo), o órgão *ad quem* poderá analisar, para resolver o pedido de rejuízo da matéria impugnada, todas as questões e fundamentos deduzidos na instância inferior, independentemente de reiteração por parte dos litigantes em suas razões ou contra-razões recursais, ou mesmo de manifestação prévia do órgão *a quo* (profundidade do efeito devolutivo – princípio inquisitório).

Acrescentem-se, ainda, as matérias de ordem pública, alegadas ou não em primeira instância e enfrentadas ou não na decisão recorrida, pois podem ser conhecidas a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição (artigo 267, §3º, e 301, §4º, do CPC).

Na lição de Fredie Didier Jr.:

É amplíssima, em profundidade, a devolução das questões. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na decisão recorrida: abrange também as que nela poderiam ter sido. Nisso se compreendem: a) questões examináveis de ofício; b) questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas.³⁹

Transcreva-se, ainda, o escólio de Flávio Cheim Jorge:

Ambos os dispositivos [§§ 1º e 2º do art. 515 do CPC], como se passa a expor, permitem que o tribunal fique em idêntica situação a que se encontrava o órgão *a quo* quando da prolação da decisão recorrida. Fixada a extensão da impugnação, o tribunal poderá utilizar-se de todo o material que dispunha o órgão *a quo* para a elaboração da decisão impugnada. Poderá avaliar todas as questões, todos os fatos, todas as provas, todos os fundamentos das partes, enfim, tudo aquilo que poderia ser objeto de cognição pelo julgador *a quo*.⁴⁰

E continua o aludido processualista:

³⁹ *Op. cit.*, p. 81.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 241.

Como já salientado, é exatamente essa característica da profundidade do efeito devolutivo que permite que o tribunal aprecie todas as “questões de ordem pública”, mesmo que o juízo *a quo* não tenha a respeito delas feito qualquer análise. Todas essas questões de fundo, relacionadas à prestação da tutela jurisdicional, devem sofrer expressamente o controle do juízo *a quo*, de modo que, idêntico conhecimento pode ser exercido pelo tribunal no julgamento do recurso.⁴¹

A profundidade do efeito devolutivo, portanto, é plena e integral, diversamente do que se dá com a sua extensão, que se submete ao princípio dispositivo e depende da vontade do recorrente.

Não obstante, nunca é demais lembrar que a extensão do efeito devolutivo limita a sua profundidade, ou seja, devolvem-se integralmente ao tribunal as matérias de ordem pública, bem como os fundamentos e questões deduzidos na instância inferior, mas tão-somente no que se refere aos pontos objeto do recurso⁴².

Frise-se, ainda, que, por força do princípio inquisitório, fundamento da profundidade do efeito devolutivo, é possível que o tribunal, lastreando-se em questão de ordem pública, profira decisão mais desfavorável ao recorrente do que a recorrida, sem que isso configure *reformatio in pejus* proibida.

Como as questões de ordem pública podem ser examinadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (art. 267, §3º, do CPC), devendo, inclusive, ser pronunciadas *ex officio* pelo juiz ou tribunal, seu exame independe de alegação da parte ou interessado. Esse exame das questões de ordem pública ocorre em nome do princípio inquisitório e nada tem a ver com o efeito devolutivo do recurso, que é decorrência do princípio dispositivo [o autor entende que a profundidade do efeito devolutivo, em verdade, é outro efeito, que chama de translativo, como se verá a seguir]. Assim, não haverá reforma para pior proibida se o tribunal, a despeito de só haver um recurso interposto, decidir contra o recorrente em razão do exame de uma dessas matérias de ordem pública.⁴³

Aliás, o autor entende nem ser possível falar em *reformatio in pejus* nesses casos, pois se trata de “instituto que somente se coaduna com o princípio dispositivo”.⁴⁴

⁴¹ *Idem*, p. 241-242.

⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 346.

⁴³ Nelson Nery Júnior, *op. cit.*, p. 156-157.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 417-418.

Veja-se, ainda, sobre o tema, o que ensina Flávio Cheim Jorge:

Uma decorrência natural da incidência do princípio inquisitivo e da possibilidade de o tribunal conhecer de questões não impugnadas é a real circunstância de a decisão do recurso vir a ser pior que a anteriormente proferida. Sendo permitido o conhecimento de determinadas questões (de ordem pública), pela aplicação do princípio dispositivo [em sua dimensão vertical], torna-se inevitável aceitar a *reformatio in pejus* nestas hipóteses”.

(...)

O próprio sistema recursal admite expressamente que nas hipóteses previstas no art. 267, §3º, do CPC, o tribunal, independentemente de impugnação – de ofício – conheça das matérias ali previstas quando do julgamento do recurso, e sobre elas decida.⁴⁵

Após essa análise detida do efeito devolutivo dos recursos, resta a indagação: o que vem então a ser o “efeito translativo”?

Como até já se adiantou linhas acima, parte da doutrina entende que o efeito devolutivo está exclusivamente atrelado ao princípio dispositivo. A sua profundidade, que diz respeito ao princípio inquisitório, constitui efeito diverso, denominado “translativo”.

Afirma Bernardo Pimentel:

Outro efeito recursal é o translativo, o qual está consubstanciado na apreciação oficial pelo órgão julgador do recurso de questões cujo exame é obrigatório *ex vi legis*, sendo irrelevante a ausência de impugnação específica do recorrente. O efeito está consagrado nos artigos 113, *caput*, 245, parágrafo único, 267, §3º, 515, §§ 1º e 2º, e 516, todos do Código de Processo Civil, assim como no artigo 210 do Código Civil de 2002.⁴⁶

Nelson Nery Júnior, por sua vez, pontifica o seguinte:

Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões e contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, §3º, e 301, §4º, ambos do CPC). A transladação dessas questões ao juízo *ad quem*, está autorizada nos arts. 515, §§ 1º e 2º, e 516, do CPC.

(...)

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 206.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 17.

O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso de apelação por força do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC. Da mesma forma, ficam transferidas para o tribunal *ad quem* as questões dispositivas que deixaram de ser apreciadas pelo juízo de primeiro grau, nada obstante tenham sido suscitadas e discutidas no processo.⁴⁷

O autor, em sua obra *Código de Processo Civil Comentado*, nos comentários que tece a respeito do artigo 515 do CPC, deixa bem claro que as normas insculpidas nos parágrafos 1º e 2º do aludido dispositivo estão atreladas não ao efeito devolutivo, mas ao efeito translativo dos recursos.⁴⁸

De acordo com esses doutrinadores, portanto, todo o conteúdo vertical do efeito devolutivo, em verdade, corresponde a efeito outro, atrelado ao princípio inquisitório, denominado de translativo.

Mas não é uniforme esse entendimento. Há autores que restringem o “efeito translativo” tão-somente à possibilidade de o órgão *ad quem* conhecer, de ofício, matérias de ordem pública, discutidas ou não, decididas ou não, pela instância inferior.

Nesse diapasão, Marinoni⁴⁹ e Araken de Assis⁵⁰.

Seja como for, não faltam críticas à posição do prof. Nelson Nery. Os seus opositores defendem, em síntese, que o “efeito translativo” nada mais é do que mera decorrência do efeito devolutivo, constituindo sua dimensão vertical e dele não podendo ser dissociado.

No dizer de Flávio Cheim Jorge:

A possibilidade de o recurso levar ao conhecimento do órgão julgador matéria estranha à impugnação advém, como já mencionado, da incidência do princípio inquisitório na esfera recursal. Nada mais do que isto.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 415-420.

⁴⁸ NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 741-742.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 525-526.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 231-232.

(...)

A peculiaridade de o tribunal conhecer de questões que não foram impugnadas pelo recorrente, decorre da característica que o efeito devolutivo possui quando manifestado nos recursos denominados “ordinários”, notadamente no que tange à sua profundidade, a qual tem o condão de levar ao conhecimento do órgão julgador todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnadas pelo recorrente.

(...)

É incorreto, portanto, vincular e associar o denominado efeito devolutivo unicamente ao princípio dispositivo. Também aqui tem incidência o princípio inquisitivo, só que a sua manifestação ocorre de forma particular, unicamente em relação às questões que podem ser conhecidas de ofício, tais como, por exemplo, as nulidades processuais, às quais compete ao Judiciário conhecer de ofício e em qualquer tempo ou grau de jurisdição.⁵¹

Também Araken de Assis não concorda com o estabelecimento de um efeito que furte ao devolutivo sua dimensão vertical.⁵²

Para fechar o presente capítulo, transcrevemos passagem do último jurista mencionado, onde ele metafóricamente ilustra tudo o quanto foi explicado até então sobre efeito devolutivo:

Costuma-se evocar, para acentuar a última característica, e sempre considerando a paradigmática apelação, a expressiva metáfora da construção. A tarefa acometida ao segundo grau no direito brasileiro, ordinária e tipicamente provocada através da apelação, em geral não importa em reconstrução do que se edificou em primeiro grau. Limita-se a reexaminar a fidelidade da construção ao projeto originário, verificando o emprego dos materiais já coligidos, pouco importando a respectiva boa e má qualidade. Conforme o resultado do julgamento, o tribunal aprovará a construção, dando-a como exata e conforme (desprovimento do apelo), ou corrigirá a obra defeituosa, extirpando os vícios construtivos e pondo-a de acordo com o projeto, ou derrubará todo o edifício, porque irrecuperável, restituindo o processo ao juízo *a quo* para que encete nova construção (respectivamente, provimento, por vício de juízo e por vício de atividade). O trabalho no tribunal sempre ocupará a mesma área da construção primitiva e, como é natural à fiscalização da obra alheia, aquilata os mesmos materiais utilizados no primeiro grau. Excepcionalmente, alegando força maior, as partes mudam o projeto e acumulam no canteiro material novo. Neste caso, e só nele, o tribunal derruba a construção, no todo ou em parte, e edifica ele próprio o prédio, empregando todo o material, velho e novo, ministrado por iniciativa das partes.⁵³

⁵¹ *Op. cit.*, p. 227.

⁵² *Op. cit.*, p. 231.

⁵³ *Idem, ibidem*, p. 225-226.

4. EFEITO TRANSLATIVO E RECURSOS DE NATUREZA EXCEPCIONAL:

Tudo o que restou consignado no capítulo anterior sobre o efeito devolutivo aplica-se integralmente apenas àqueles recursos classificados como “ordinários” (a apelação, o agravo, os embargos infringentes, os embargos de declaração e o recurso ordinário).

No que tange aos recursos ditos “extraordinários”, há aceso debate na doutrina e na jurisprudência sobre o grau de profundidade da devolução que propiciam à superior instância.

Distinguem-se os recursos ordinários e extraordinários em função do seu objeto. Aqueles têm por função tutelar o direito subjetivo do recorrente, enquanto estes se dirigem precipuamente à tutela do direito objetivo. Assim, somente de forma reflexa e mediata o recurso extraordinário protege o interesse da parte.

Araken de Assis⁵⁴ e Luiz Orione Neto⁵⁵ alertam que tal critério classificativo foi expressamente positivado no artigo 467 do CPC, e tem a sua importância prática. Também nesse sentido é a lição de Flávio Cheim Jorge:

Longe de se tratar de uma classificação eminentemente teórica ou mesmo acadêmica, a presente distinção entre recursos ordinários e extraordinários permite identificar uma série de aspectos particulares a cada um desses grupos. É justamente em razão da mesma que é possível entender o porquê de tantas peculiaridades para a admissão dos recursos extraordinários. Quando se exige o prequestionamento, não se trata de rigorismo dos tribunais superiores, mas sim de circunstância que está intrinsecamente ligada ao próprio recurso excepcional. É cediço que as correções às decisões são feitas até segundo grau de jurisdição, não se podendo atribuir aos recursos excepcionais essa mesma função. Somente em dadas circunstâncias é que são abertas novas chaves de análise daquilo que foi mais de uma vez decidido.⁵⁶

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 54-55.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 33-34.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 32-34.

De fato, a função dos tribunais superiores pátrios (TST, STJ, STF e TSE) não é fazer justiça no caso concreto, mas sim manter a uniformidade e a coerência na aplicação e interpretação do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, não lhes cabe, em regra, o papel de revolver fatos, provas e alegações, mas sim o de impedir violações à legislação constitucional e infraconstitucional, bem como o de uniformizar o entendimento das matérias que lhes são afetas, para que se possa manter a credibilidade do Poder Judiciário.

Sobre o tema, assim discorre Rodolfo de Camargo Mancuso:

De todo modo, na classe dos “recursos”, a subdivisão desejável deve ser aquela que considere certas características procedimentais bem visíveis: alguns recursos têm uma forma menos rígida; são dirigidos a Tribunais locais ou regionais; não apresentam exigências específicas quanto à sua admissibilidade; comportam discussão de matéria de fato e de direito; e a mera sucumbência (= o fato objetivo da derrota) basta para deflagrar o interesse na sua interposição. A esses podemos chamar de “comuns”, “normais” ou “ordinários”, conforme a terminologia que se prefira. Naturalmente, os outros recursos que, ao contrário desses, apresentam uma rigidez formal de procedibilidade; são restritos às *quaestio juris*, dirigem-se aos Tribunais de cúpula judiciária; não são vocacionados à correção de mera “injustiça” da decisão, e apresentam, como diz Frederico Marques, a particularidade de exigirem “a sucumbência e um *plus* que a lei processual determina e específica”, esses ficam bem sob a rubrica de “especiais”, “excepcionais” ou “extraordinários”.⁵⁷

Dessa maneira, é fácil perceber que o recurso extraordinário (art. 102, III, da CF/88) e o recurso especial (art. 105, III, da CF/88) são recursos excepcionais, pois vocacionados à uniformização da jurisprudência brasileira e à guarda da Constituição e das leis do país.

Outro critério de classificação que se reputa importante para o deslinde da questão que estamos a examinar é aquele que diferencia os recursos quanto à vinculação de sua fundamentação.

⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 124-125.

Com efeito, recurso de fundamentação livre é aquele no qual “a causa de pedir recursal não está delimitada pela lei, podendo o recorrente impugnar a decisão alegando qualquer vício”.⁵⁸

Já o recurso de fundamentação vinculada é aquele em que a lei exige, para a sua admissão, a alegação de determinados tipos de vícios, previamente tipificados. É o caso dos recursos extraordinário e especial, cujas hipóteses de cabimento foram constitucionalmente delimitadas.

Teresa Arruda Alvim Wambier nos alerta que, nesse caso, há, em certa medida, sobreposição entre o mérito recursal e o juízo de admissibilidade, posto que a admissão do recurso implica análise de questões que, a rigor, dizem respeito à matéria meritória:

No que diz respeito ao recurso extraordinário e ao recurso especial, ocorre um fenômeno típico dos recursos com fundamentação vinculada, consistente na possibilidade de que haja certa dose de sobreposição entre o juízo de admissibilidade e o de mérito.

(...)

Acontece com frequência certa dose de sobreposição entre o juízo de admissibilidade de recursos e o mérito, quando se trata de recursos com fundamentação vinculada, já que o legislador alista como requisito de admissibilidade destes recursos algo que, rigorosamente, deve ser analisado com profundidade quando do juízo de mérito.⁵⁹

A indagação que daí exsurge é se o conhecimento de um recurso especial, por exemplo, sempre implicaria em seu provimento, já que se teria considerado estar presente alguma das hipóteses de cabimento previstas no art. 105, III, da CF/88.

A mencionada professora soluciona o problema ponderando que o juízo negativo de admissibilidade de um recurso de fundamentação vinculada não é nada mais que uma decisão de mérito, mas o positivo não necessariamente implicará em seu provimento. Trata-se de mera aceitação de sua viabilidade em sede de cognição sumária.

⁵⁸ Fredie Didier Jr., *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 248-249.

Pois bem.

Fixado que os recursos excepcionais (especial e extraordinário) são de fundamentação vinculada, temos os instrumentos para compreender a razão pela qual tanto se discute a profundidade de seu efeito devolutivo (efeito translativo).

No que diz respeito aos recursos especial e extraordinário, o problema é saber se a limitação à dimensão vertical do efeito devolutivo só se opera em função de não se poderem reexaminar provas para redecidir a questão, podendo o Tribunal Superior conhecer de matéria de ordem pública ou de outros fundamentos do pedido ou razões de defesa não mencionados pelo acórdão..., ou se realmente, ao julgar o mérito do recurso especial, fica o tribunal adstrito a retirar da própria decisão os elementos para redecidir, reformando a decisão.⁶⁰

Uma primeira corrente entende que tanto a extensão como profundidade dos recursos excepcionais são menores que as dos recursos ordinários.

Tal conclusão se alicerça em três argumentos: a) sendo vinculada a fundamentação do recurso extraordinário e do recurso especial, não prequestionada⁶¹ a matéria no acórdão recorrido o apelo não poderá sequer ser conhecido; b) a profundidade do efeito devolutivo relaciona-se a realização de justiça no caso concreto, permitindo ao órgão *ad quem* apreciar os fatos, questões e alegações das partes com a maior amplitude possível, idéia que não se coaduna com a função dos recursos extraordinários; c) não se aplicam aos recursos de natureza excepcional os dispositivos legais que autorizam o conhecimento da matéria de ordem pública a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição.

⁶⁰ *Idem*, p. 356.

⁶¹ Assinala Fredie Didier Jr. (*op. cit.*, p. 254-260), que o prequestionamento é antiga exigência para admissibilidade dos recursos extraordinários. Trata-se, em verdade, de etapa no exame de seu cabimento e não de requisito especial de sua admissibilidade, que diz respeito à avaliação de existência de análise, pelo tribunal *a quo*, de questão constitucional ou infraconstitucional. No dizer de Araken de Assis (*op. cit.*, p. 702), “o prequestionamento constitui o próprio conteúdo do pronunciamento judicial. É afloração (palavra expressiva e adequada ao caso) dos tipos constitucionais contemplados no art. 102, III, da CF/88 [o raciocínio não muda no que tange ao recurso especial]”. Afirma Fredie que existem três concepções distintas do instituto: a primeira, que entende prequestionada a matéria, desde que haja manifestação do órgão *a quo* sobre a mesma; a segunda, que compreende o prequestionamento como um ônus da parte – debate anterior à decisão recorrida, independentemente de manifestação expressa do tribunal de origem; e a terceira, que é uma fusão das duas anteriores: só estaria prequestionada a matéria se as partes previamente discutiram a questão e ela expressamente consta do *decisum* recorrido. Adota-se, no presente trabalho, o primeiro dos conceitos elencados, no sentido do que preconizam Araken de Assis (*op. cit.*, p. 700-705), o próprio Fredie Didier Jr. e Eduardo Arruda Alvim (*op. cit.*, p. 879).

Portanto, conclui-se que, para os partidários dessa corrente, seria inviável que o STJ, por exemplo, em sede de recurso especial, de ofício, conhecesse de matéria de ordem pública e com base nela solucionasse a questão que lhe foi apresentada, sem que a mesma previamente fosse ventilada na decisão recorrida e expressamente invocada nas razões do recorrente.

É o que pensa, dentre outros, Araken de Assis:

Enquadrado o juízo de censura do STF, no tocante às questões de fato, o efeito devolutivo do recurso extraordinário acaba confinado por dois vetores: primeiro, a revisão é tão-só *in iure* das questões prequestionadas, embora a admissão por um dos fundamentos constitucionais autorize o exame dos demais (Súmula do STF 528); segundo, o reexame nessa área cinge-se às questões constitucionais diretamente decorrentes da CF/1988, vez que rejeitada a ofensa indireta ou oblíqua. Por decorrência, a devolução da matéria impugnada (art. 515, caput) reduzir-se-á consideravelmente no extraordinário. No que tange à extensão, limita-se à parte efetivamente impugnada, exclusivamente *in iure* e perante regra ou princípio constitucional; em relação à profundidade, veda-se a apreciação das questões não impugnadas. A alegação pelo recorrente dos tipos do art. 102, III, da CF/1988 configura hipótese de cabimento, integrante do juízo de admissibilidade, e, ao mesmo tempo, modo de delimitar o conhecimento do recurso no tribunal superior. Não parece aceitável, à luz dos princípios, a possibilidade de o tribunal julgar recurso por fundamento (constitucional) alheio à impugnação... A extensão e a profundidade do efeito devolutivo do recurso extraordinário ... na prática não se distinguem.⁶²

Mais enfático ainda o autor na seguinte passagem:

É oportuno acrescentar que, coerente à idéia de afloração, a virtual possibilidade de o órgão judiciário se pronunciar, em tese, a respeito de algumas questões, apreciáveis *ex officio*, necessariamente não preenche os tipos constitucionais. É indispensável que o juiz singular ou o órgão fracionário do tribunal, respeitado o esgotamento das vias recursais ordinárias, efetivamente decida a questão. Embora seja lícito conhecer dos pressupostos processuais e das condições, “a qualquer tempo e grau de jurisdição”, conforme reza o art. 267, §3º, nada decidindo o provimento acerca de sua presença ou inexistência no processo – e, assim, implicitamente reconhecendo atendido o conjunto dessas questões na causa, pouco importa se correta ou incorretamente -, não cabe recurso extraordinário e, *a fortiori*, especial. E, ademais, toda e qualquer matéria de ordem pública (por exemplo, os requisitos de admissibilidade dos recursos “ordinários”) reclama pronunciamento explícito, e, portanto, de

⁶² *Op. cit.*, p. 728.

“prequestionamento” para ensejar recurso – no caso, o especial, porque se cuidará de questão federal.⁶³

Nesse sentido, ainda, a lição de Flávio Cheim Jorge:

A cognição do julgador, quanto à profundidade, justamente em razão de sua limitação, deve ser realizada unicamente em relação àquilo que foi apontado no recurso excepcional e que por sua vez consta do acórdão impugnado. Qualquer outra matéria – mesmo que ligada diretamente à questão discutida – que não tenha sido efetivamente atacada pelo recorrente, não poderá ser apreciada... De fato, como já exposto, a solução encontra-se na profundidade do efeito devolutivo dos recursos excepcionais que, distinta dos demais recursos, exclui a incidência do princípio inquisitório em tais circunstâncias.⁶⁴

Eduardo Arruda Alvim, por sua vez, é veemente ao defender a impossibilidade de os Tribunais Superiores conhecerem, de ofício, matérias de ordem pública ao julgar recursos de natureza excepcional se as mesmas não foram decididas na instância *a quo* e explicitamente invocadas nas razões recursais:

De outro lado, se houver recurso especial versando apenas sobre o mérito, o STJ não poderá apreciar questão preliminar, ainda que fosse apreciável de ofício pelas instâncias ordinárias... E não poderá fazê-lo mesmo que essa preliminar se encontre decidida pelo acórdão, salvo recurso que, contra essa parte da decisão, se dirija. Às instâncias extraordinárias não se aplica o §3º do art. 267 [do CPC].⁶⁵

Nelson Nery Júnior também perfilha a linha de pensamento ora comentada:

Não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (arts. 102, n. III, e art. 105, n. III, CF). 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 verbetes ns. 282 e 356 da Súmula do STF, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional. Além disso, a lei autoriza o exame de ofício das questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, §3, CPC). Ocorre que a instância dos

⁶³ *Idem*, p. 702.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 229-230. O autor, contudo, não enxerga no prequestionamento uma barreira à admissão de efeito translativo aos recursos excepcionais. Para ele, tal instituto se relaciona à extensão e não à profundidade do efeito devolutivo. Só haveria relevância em examinar a questão pelo prisma do prequestionamento quando o recurso voltar-se especificamente contra a alegada questão de ordem pública, por exemplo.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 883.

recursos extraordinário e especial não é ordinária, mas excepcional, não se lhe aplicando o texto legal referido.⁶⁶

Além dos autores supramencionados, filiam-se à primeira corrente José Miguel Garcia Medina⁶⁷ e Teresa Arruda Alvim Wambier.⁶⁸

Contudo, é de se ver que a adoção dessa tese, de modo irrestrito, deixaria algumas situações sem uma solução satisfatória, como é o caso do litisconsorte necessário não-citado, que comparece em juízo, após a decisão de segundo grau, somente para argüir a nulidade da citação, ou de tema que apenas surgiu quando da prolação do acórdão recorrido (uma decisão *extra petita*, por exemplo).

Assim, inobstante o peso da doutrina contrária à aceitação de efeito translativo em recursos de natureza excepcional, há quem defenda ser dispensável o prequestionamento das matérias de ordem pública, pois é obrigação dos tribunais delas conhecer de ofício, até porque não se encaixa na perspectiva instrumental do processo a manutenção de uma decisão claramente nula. Estariam elas sempre prequestionadas por força de lei, independentemente da vontade das partes ou de pronunciamento explícito na decisão recorrida.

Veja-se, neste sentido, o posicionamento de Nelson Luiz Pinto:

Parece-nos que relativamente às questões de ordem pública, que por disposição legal devem ser conhecidas e decretadas até mesmo “*ex officio*” em qualquer tempo ou grau de jurisdição (art. 267, §3º.), que são, essencialmente, os vícios ligados à falta das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos de existência e de validade do processo, bem como à presença dos pressupostos processuais negativos, deve ser dispensado prequestionamento, devendo o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecer dessas questões, evitando-se, assim, o trânsito em julgado da decisão viciada, que poderá ensejar a propositura de ação rescisória (art. 485, V, do CPC)... como acima afirmamos, no final do capítulo anterior, as condições da ação e os pressupostos processuais devem, necessária e obrigatoriamente, ser objeto de exame “*ex officio*” por qualquer juiz ou Tribunal, antes de se adentrar no julgamento de mérito, independentemente de ter havido ou não requerimento das partes. Assim,

⁶⁶ *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, p. 77.

⁶⁷ *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, p. 420.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 355-359.

pode-se dizer que essas matérias de ordem pública estariam, por força de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito.⁶⁹

Rodolfo de Camargo Mancuso pensa da mesma maneira:

De fato, parece-nos que em questões de ordem pública, que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos – positivos e negativos – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, §3º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa... A questão da admissibilidade ou não do RE ou do REsp, presente matéria de ordem pública – ainda que não prequestionada – , coloca de um lado, como regra, o princípio dispositivo (CPC, arts. 2º, 128, 515 e parágrafos: *iura novit curia*), a que se agrega o argumento de que o âmbito de devolutividade desses recursos, na perspectiva vertical, é bem restrita; e de outro, como exceção, a cognoscibilidade de ofício de tais temas, a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, arts. 113; 219, §5º; 267, §3º)...⁷⁰

O doutrinador supracitado arremata dizendo que esta é a opção que melhor equilibra o binômio instrumentalidade do processo-efetividade da prestação jurisdicional, e se vale do efeito translativo dos recursos (ou da profundidade do efeito devolutivo, conforme a terminologia que se adote) para embasar sua construção⁷¹.

Por fim, há uma terceira corrente pregando que, conhecido o recurso excepcional por qualquer fundamento, o efeito translativo se daria em sua integralidade, ou seja, a restrição se daria apenas à extensão do efeito devolutivo, não à sua profundidade. Os defensores desta tese lastreiam seu arrazoado na interpretação que fazem da Súmula 456 do STF⁷² e dos artigos 257⁷³ do Regimento Interno do STJ e 324⁷⁴ do Regimento Interno do STF.

⁶⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça – teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 145.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 311.

⁷¹ *Idem*, p. 312-313.

⁷² “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

⁷³ “Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

⁷⁴ Atualmente este dispositivo se encontra com a seguinte redação, dada pela Emenda Regimental nº 21/2007: “Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. Parágrafo

Dessa maneira, para que a questão, fundamento ou matéria de ordem pública integre o objeto mesmo do recurso excepcional, ela precisa, necessariamente, ser prequestionada. Mas, uma vez conhecido o recurso, ainda que por fundamento diverso, o efeito translativo se opera normalmente, respeitada, apenas, a extensão horizontal do efeito devolutivo, cabendo ao Tribunal Superior aplicar o direito à espécie, fixando a tese jurídica que entende correta.

Nas palavras de Fredie Didier Jr.:

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

(...)

...o juízo de rejuízo da causa é diferente do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário: para que se admita o recurso é indispensável o prequestionamento, mas, uma vez admitido, no juízo de rejuízo não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo). Conhecido o recurso excepcional, a profundidade de seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há de especial no julgamento de um recurso excepcional; o “excepcional” em um recurso excepcional está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento.⁷⁵

Não destoa desta linha de raciocínio Bernardo Pimentel:

Resta saber se o recurso especial produz efeito translativo. A melhor resposta parece ser a afirmativa. É que, conhecido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça aplica desde logo o direito à espécie, julgando o caso concreto. É o que estabelece o artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Ora, ao julgar a causa, o Superior Tribunal de Justiça tem competência para reconhecer a ausência de algum pressuposto processual, a inexistência de alguma condição da ação e a ocorrência de nulidade absoluta, consoante o disposto nos artigos 113, 219, §5º, 245,

único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral”. Não encontramos, no RISTF, outra norma equivalente à anterior redação do artigo em comento (“No julgamento de recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”).

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 274-275.

caput, e 267, §3º, todos do Código de Processo Civil. Por conseguinte, ultrapassada a barreira da admissibilidade, o tribunal ad quem deve apreciar de ofício as questões de ordem pública...⁷⁶

Resta claro, portanto, que existem na doutrina brasileira três correntes acerca da existência de efeito translativo nos recursos de natureza excepcional:

- a) a primeira afirma que tanto a extensão como a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários é menor que a dos recursos ordinários, não podendo ser examinada pelo tribunal superior matéria não prequestionada, posto que não é sua função fazer justiça no caso concreto;
- b) a segunda parte de uma perspectiva instrumental do processo para defender que é obrigação de todos os tribunais conhecer, de ofício, das matérias de ordem pública, independentemente de prequestionamento, não se justificando a manutenção de decisão claramente nula, que ensejará, futuramente, o ajuizamento de ação rescisória;
- c) a terceira corrente entende que, uma vez admitido o recurso excepcional, o efeito translativo opera-se normalmente, devendo o tribunal aplicar o direito à espécie.

Falta examinar, agora, o posicionamento dos tribunais superiores brasileiros acerca da matéria.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 436.

5. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS SOBRE A EXISTÊNCIA DE EFEITO TRANSLATIVO EM RECURSOS DE NATUREZA EXCEPCIONAL:

No STF, é pacífico o entendimento de que o recurso extraordinário é desprovido de efeito translativo. São diversos os precedentes nesse sentido. Confirmam-se, por exemplo, as ementas abaixo transcritas (grifamos):

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282. I - A questão constitucional impugnada no recurso extraordinário não foi objeto de apreciação do acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 282 do STF. II - Matéria de ordem pública não afasta a necessidade do prequestionamento da questão. III - Agravo regimental improvido.⁷⁷

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. Ao contrário do que sustenta o agravante, os embargos de declaração, para fins de prequestionamento, servem para suprir omissão do acórdão recorrido em relação à matéria suscitada no recurso cabível ou nas contra-razões e não para inovar matéria constitucional não debatida nos autos. 2. Ausente o prequestionamento do art. 129, III, da Constituição, dado como contrariado. Não prescinde desse requisito, inerente ao cabimento do recurso de natureza extraordinária, a circunstância de poder a ilegitimidade ativa *ad causam* ser analisada em qualquer grau de jurisdição. 3. Agravo regimental improvido.⁷⁸

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. I. - Em se tratando de recurso extraordinário, qualquer questão, inclusive de ordem pública, necessita ter sido discutida e apreciada na instância *a quo*. Precedentes. II. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. III. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. IV. - Agravo não provido.⁷⁹

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 633188. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Denísia de Oliveira Santos. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 02 outubro de 2007. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 434420. Benício Tavares da Cunha Melo e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. ELLEN GRACIE. Brasília, 14 de junho de 2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 505029. Missão Salesiana de Mato Grosso – Universidade Católica Dom Bosco e André Medeiros Dias. Relator: Min. CARLOS

No que tange ao recurso de revista, o TST esposa a tese de que ele não possui efeito translativo. Nesse sentido, os seguintes precedentes (grifamos):

RECURSO DE REVISTA - PREQUESTIONAMENTO - NECESSIDADE. Os recursos trabalhistas ditos extraordinários (revista e embargos) tem como um dos pressupostos para a sua admissibilidade a observância do prequestionamento. Vale dizer, faz-se necessário que na decisão recorrida tenha havido o debate explícito acerca da matéria ventilada no recurso, seja ela de ordem pública ou não. Caso reste caracterizada a omissão no tocante à apreciação do tema a ser impugnado, constitui dever da parte obter o devido prequestionamento, opondo embargos declaratórios, sob pena de se operar a preclusão. Agravo regimental não provido.⁸⁰

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A questão referente à incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar o litígio não foi objeto de exame pelo acórdão regional, tampouco houve o devido prequestionamento mediante os necessários Embargos Declaratórios, razão pela qual tal discussão se encontra preclusa, nos moldes da Súmula 297 do TST. Frise-se, ainda, que o prequestionamento constitui pressuposto de recorribilidade em apelo extraordinário, ainda que a matéria seja de incompetência absoluta (OJ 62 da SBDI-1/TST). Recurso de Revista não conhecido. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL 121/95. O Regional não manifestou tese a respeito da matéria, nem foi instado a fazê-lo por meio de Embargos Declaratórios, restando preclusa a matéria, ante a incidência da Súmula 297 deste Tribunal. Recurso de Revista não conhecido. NATUREZA DO VÍNCULO JURÍDICO MANTIDO ENTRE A RECLAMANTE E O MUNICÍPIO DE MANDAGUARI. Indicação de violação à lei municipal não enseja Recurso de Revista nos termos da alínea -c- do art. 896 da CLT. Incidência adicional da Súmula 337 do TST. Recurso de Revista não conhecido. DEPÓSITOS DO FGTS. O egrégio Tribunal Regional não abordou a questão pertinente aos depósitos do FGTS sob o enfoque do regime jurídico a que estava submetida a Reclamante. Por outro lado, os Embargos de Declaração opostos não exigiram pronunciamento acerca dessa particularidade. Incidência da orientação expressa na Súmula 297 do TST. Recurso de Revista não conhecido. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. A adoção do regime celetista pelos entes públicos sujeita-os às regras e aos princípios do direito do trabalho. Dessa forma, é perfeitamente aplicável a tais entes o artigo 468 da CLT, pois esta Corte tem decidido no sentido de que as regras trabalhistas contidas em leis municipais equivalem a regras de contratos de trabalho. Recurso de Revista não conhecido. FGTS. LEVANTAMENTO. MUDANÇA DO REGIME JURÍDICO. PERDA DO OBJETO. O inciso VIII do art. 20 da Lei 8.036/90

VELLOSO. Brasília, 12 abril de 2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Regimental em Embargos no Recurso de Revista nº 449698/1998.3. Município de São Bernardo do Campo e Eustáquio de Souza Pinto. Relator: Min. MILTON DE MOURA FRANÇA. Brasília, 07 de junho de 1999. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

permite que o empregado saque os valores depositados na conta do FGTS após permanecer três anos ininterruptos fora do regime do FGTS. *In casu*, já se passaram mais de três anos desde a conversão do regime jurídico de celetista para estatutário, ocorrida em 2003, portanto a Reclamante pode levantar seus depósitos do FGTS sem depender de determinação judicial. Conseqüentemente, o presente Apelo perdeu o seu objeto, não havendo mais interesse do Reclamado em postular proteção jurisdicional quanto à presente questão. Recurso de Revista não conhecido. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. O v. acórdão do Regional está em consonância com o item III da Súmula 368 do TST, no tocante aos descontos previdenciários. Todavia, quanto aos descontos fiscais, a decisão recorrida contraria a Súmula 368, II, desta Corte. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.⁸¹

ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DO ART. 14 DA LEI Nº 8.036/90. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 297. Impossível a apreciação das teses ventiladas no recurso de revista, cujos fundamentos não foram examinados pelo Regional. Assim, não se conhece do recurso por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula nº 297 do TST. Além do mais, os arestos citados não servem à comprovação de divergência, visto que um é oriundo de órgão julgador diverso do descrito no art. 896, alínea -a-, da CLT e os demais não indicam a fonte oficial ou repositório autorizado de publicação, conforme orienta a Súmula nº 337 do TST. Agravo de instrumento desprovido.⁸²

O Tribunal Superior Eleitoral não admite o efeito translativo no Recurso Especial Eleitoral. Veja-se o teor dos seguintes julgados (grifamos):

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA 'G', INCISO I, LEI COMPLEMENTAR N. 64/90. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO-INFIRMADOS. NÃO-PROVIMENTO. 1. No agravo regimental devem ser infirmados os fundamentos da decisão agravada. Não é possível a inovação de teses recursais. Precedentes. 2. Mesmo questões de ordem pública devem ser prequestionadas. Precedentes. 3. Decisão agravada de acordo com o entendimento jurisprudencial dominante deste Tribunal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁸³

⁸¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 3862/2001-662-09-00.0. Município de Mandaguari e Janete Carmen Sassiotti. Relator: Min. JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES. Brasília, 01 de abril de 2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

⁸² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 3365/2002-021-09-40.2. Município de Mandaguari e Jail Ismael Maximiano. Relator: Min. VANTUIL ABDALA. Brasília, 04 de fevereiro de 2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

⁸³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 34462. Reivaldo Moreira Fagundes e Coligação Unidos por uma Lajedo Melhor (PSB/PC do B/ PSB/PT/PV). Relator: Min. EROS ROBERTO GRAU. Brasília, 02 de dezembro de 2008. *Diário de Justiça [da] República Federativa do*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2004. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. NÃO-PROVIMENTO. 1. A intempestividade do recurso inominado e do recurso especial eleitoral, além da aceitação expressa do Ministério Público Eleitoral quanto ao conteúdo da sentença são questões sobre as quais não houve prequestionamento. Incidência da Súmula nº 282 do STF: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". 2. O TSE tem entendido que matérias não prequestionadas, ainda que de ordem pública, não merecem análise em sede de recurso especial. Precedentes: AgRg no REspe nº 25.192/PB, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 17.10.2007; AgRg no AG nº 6.024/MG, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 2.5.2007; Edcl no REspe nº 25.668/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 20.4.2007 e AgRg no Respe nº 19.543/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.8.2002. 3. A AIJE em apreço concluiu pela ocorrência de violação aos arts. 41-A e 73, I, da Lei nº 9.504/97, logo, não há vício no aresto ora embargado, considerando a inexigibilidade de potencialidade lesiva na prática de conduta vedada. 4. Não há vício quanto à incidência do princípio da proporcionalidade na fixação da pena por conduta vedada. 5. Não há contradição quanto à inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade na captação ilícita de sufrágio, pois a sua configuração implica pena de multa e de cassação do diploma. 6. A via aclaratória não se presta para rediscussão de teses desenvolvidas acerca do mérito. Sob o pretexto de omissão e contradição no acórdão do TSE, os embargantes buscaram, na verdade, a reapreciação da pena de cassação de mandato, o que, a toda evidência, desborda dos limites do art. 535, I e II, do CPC e do art. 275 do Código Eleitoral. 7. Segundo a jurisprudência do TSE "para a caracterização da infração ao art. 41-A da Lei das Eleições, é desnecessário que o ato de compra de votos tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se suficiente que, evidenciado o benefício, haja participado de qualquer forma ou com ele consentido. Nesse sentido: Acórdão nº 21.264." (AgRg no REspe nº 21.792/MG, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 21.10.2005). 8. Para se infirmar o acórdão regional, considerando inexistente a prática de captação ilícita de sufrágio, seria mister o revolvimento do acervo fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial eleitoral, a teor da Súmula nº 7 do STJ: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." 9. Embargos de declaração não providos.⁸⁴

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. I - Em sede de recurso especial, mesmo em se tratando de questão de ordem pública, é imprescindível o prequestionamento da matéria. Precedentes. II - A simples oposição de embargos de declaração não tem o condão de suprir o requisito do prequestionamento, devendo a parte, em caso de persistência da omissão,

Brasil, Brasília, DF, 02 de dezembro de 2008 (Publicado em Sessão). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 27737. Raimundo Nonato Sobrinho, Hermenegildo Brito de Menezes e Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO. Brasília, 03 de março de 2008. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

alegar, nas razões do recurso especial, a afronta aos arts. 275 do Código Eleitoral e 535 do Código de Processo Civil. III - Hipótese em que não ficou caracterizado o dissídio jurisprudencial, eis que as alegações de afronta à lei, tratadas nos acórdãos tidos por divergentes, não foram conhecidas por falta de prequestionamento. IV - Incidência dos Enunciados Sumulares nos 7/STJ e 279/STF . V - Agravo a que se nega provimento.⁸⁵

Por fim, no que toca ao recurso especial, encontramos no STJ decisões agasalhando todas as correntes expostas no capítulo anterior, embora a segunda seja francamente minoritária.

No sentido de que o recurso especial não possui efeito translativo, podemos citar, por exemplo, o seguinte precedente (grifamos):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282/STF E 211/STJ . DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-REALIZAÇÃO DO COTEJO ANALÍTICO. 1. Aplica-se o óbice previsto nas Súmulas ns. 282 do STF e 211 do STJ quando a questão suscitada no recurso especial não foi apreciada pela Corte *a quo*. 2. Mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas em recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento. 3. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico e a conseqüente ausência de demonstração de similitude fática e jurídica entre o acórdão recorrido e o paradigma. 4. Agravo regimental desprovido.⁸⁶

Encampando a tese de que as matérias de ordem pública podem e devem ser conhecidas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo que em sede de recurso especial, encontramos o seguinte aresto (grifamos):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO EMITE JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA

⁸⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25594. Vilmar Aquilino Hernandez e Sebastião Raife dos Santos Cardoso. Relator: Min. FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1021435/RO. Dulce Michels e Estado de Rondônia. Relator: Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Brasília, 14 de abril de 2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

PROPOSTA. 1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. 2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ). 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, o regular processamento da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido não tem relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Trata da incidência de imposto de renda sobre parcela paga pela Petrobrás S/A a título de indenização de horas trabalhadas, enquanto a demanda diz respeito ao pagamento de indenização por supressão de diversas vantagens de trabalhadores do Banco do Estado do Ceará. 5. Recurso especial conhecido para, de ofício, declarar a nulidade do acórdão que julgou a apelação.⁸⁷

Perfilhando a terceira corrente, que defende a ocorrência do efeito translativo em sua inteireza desde que o recurso especial seja conhecido, temos, dentre outros, o seguinte julgado (grifamos):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRF DA 5ª REGIÃO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. 1. Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento. 2. Excepciona-se a regra se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial. Precedentes da Turma. 3. Os juizados especiais, previstos no art. 98 da Constituição e criados no âmbito federal pela Lei n.º 10.259/01, não se vinculam ao Tribunal Regional Federal respectivo, tendo suas decisões revistas por turmas recursais formadas por julgadores da 1º Instância da Justiça Federal. 4. A competência para apreciar os conflitos entre juizados especiais federais e juiz federal, ainda que da mesma Seção Judiciária, é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, "d", da Constituição da República. Precedentes. 5. Diante da

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 660519/CE. Maria Lúcia Guedes Sampaio e Fazenda Nacional. Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. Brasília, 20 de outubro de 2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

incompetência absoluta do Tribunal Regional Federal da 5ª Região para analisar conflito negativo de competência entre o Juízo da 14ª Vara do Juizado Especial Federal do Ceará e o Juízo da 2ª Vara Federal do Ceará, há que se declarar a nulidade do acórdão recorrido, reclassificando-se o feito como Conflito de Competência originário deste Superior Tribunal de Justiça. 6. Recurso especial prejudicado.⁸⁸

6. CONCLUSÃO:

Do exposto, podemos concluir que prevalece, na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, à exceção do STJ, em que o tema é ainda controvertido, a tese de que os recursos de natureza extraordinária são desprovidos de efeito translativo ou, em outra terminologia, têm a profundidade de seu efeito devolutivo mitigada.

À primeira vista, tal posicionamento parece prestigiar a função constitucional dos nossos tribunais de cúpula e dos próprios recursos excepcionais. Seria possível, contudo, ponderar que, tratando-se especificamente de matérias de ordem pública, haveria interesse do Estado na sua apreciação, evitando-se, dessa maneira, o trânsito em julgado de decisões posteriormente atacáveis por ação rescisória ou mesmo por ação declaratória de inexistência (*querella nulitatis*).

Sob este prisma, o reconhecimento de efeito translativo aos recursos extraordinários iria de encontro à própria noção de proteção ao direito objetivo que lhes é inerente.

Não é melhor que a inexistência de uma condição da ação seja reconhecida de plano, ainda que em sede especial, do que se permitir o trânsito em julgado de decisão que fatalmente será alvo de uma ação rescisória? Ao assim proceder, não estaria o tribunal, ele próprio, ofendendo nosso ordenamento jurídico, ao permitir que o vício se perpetue?

Ademais, há casos em que o prequestionamento é efetivamente impossível, principalmente se for agasalhada a tese de que o ato de prequestionar é da parte. Nesse caso, como poderia o litisconsorte passivo necessário não citado interpor um recurso especial?

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 852205/CE. Ministério Público Federal e Antônio Ambrósio de Oliveira. Relator: Min. CASTRO MEIRA. Brasília, 19 de setembro de 2008. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

Diante desse quadro, seria mais interessante adotar uma das duas outras correntes, que não restringem a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários, pois é muito mais ofensiva ao ordenamento jurídico pátrio uma decisão viciada transitada em julgado do que outra, tomada em sede extraordinária, que prestigie a noção de instrumentalidade do processo e resolva a questão à luz das matérias de ordem pública presentes na espécie.

Tanto é assim que a comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil tem como uma de suas propostas explicitar que os recursos especial e extraordinário possuem efeito translativo, nos seguintes termos:

- O recurso extraordinário e o recurso especial, decididos (acolhidos) com base em uma das causas de pedir ou em uma das razões de defesa permitirão ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal o julgamento das demais matérias, ainda que com relação a elas não tenha havido prequestionamento, *ex officio* ou a requerimento da parte.
- Revelando-se necessária a produção de provas, o processo será remetido ao 2º grau de jurisdição, para a realização da diligência indispensável.
- O acórdão que examine apenas um dos fundamentos da apelação ou da resposta e desde que interpostos embargos de declaração, permitirá sejam considerados todos os temas debatidos em eventual recurso especial ou extraordinário.⁸⁹

Se tais proposições forem acolhidas pelo Congresso Nacional, o conhecimento do recurso excepcional por qualquer fundamento devolverá ao tribunal superior todas as demais questões, ainda que sobre elas não tenha havido prequestionamento, possibilitando a correção de vícios e evitando a propositura posterior de ações rescisórias ou de declaração de inexistência.

7. REFERÊNCIAS:

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

⁸⁹ O anteprojeto do novo Código de Processo Civil pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Proposi%C3%A7%C3%B5es.pdf>

BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL, *Código de Processo Civil. Vade Mecum Acadêmico de Direito* (Coleção de Leis Rideel). Organização por Anne Joyce Angher. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Acadêmico de Direito* (Coleção de Leis Rideel). Organização por Anne Joyce Angher. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL, *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Vade Mecum Acadêmico de Direito* (Coleção de Leis Rideel). Organização por Anne Joyce Angher. 10ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL, *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Vade Mecum Acadêmico de Direito* (Coleção de Leis Rideel). Organização por Anne Joyce Angher. 10ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1021435/RO. Dulce Michels e Estado de Rondônia. Relator: Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Brasília, 14 de abril de 2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 660519/CE. Maria Lúcia Guedes Sampaio e Fazenda Nacional. Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. Brasília, 20 de outubro de 2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 852205/CE. Ministério Público Federal e Antônio Ambrósio de Oliveira. Relator: Min. CASTRO MEIRA. Brasília, 19 de setembro de 2008. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 434420. Benício Tavares da Cunha Melo e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. ELLEN GRACIE. Brasília, 14 de junho de 2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 505029. Missão Salesiana de Mato Grosso – Universidade Católica Dom Bosco e André Medeiros Dias. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Brasília, 12 abril de 2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 633188. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Denísia de Oliveira Santos. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 02 outubro de 2007. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25594. Vilmar Aquilino Hernandez e Sebastião Raife dos Santos Cardoso. Relator: Min. FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 34462. Reivaldo Moreira Fagundes e Coligação Unidos por uma Lajedo Melhor (PSB/PC do B/ PSB/PT/PV). Relator: Min. EROS ROBERTO GRAU. Brasília, 02 de dezembro de 2008. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 02 de dezembro de 2008 (Publicado em Sessão). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 27737. Raimundo Nonato Sobrinho, Hermenegildo Brito de Menezes e Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO. Brasília, 03 de março de 2008. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 3365/2002-021-09-40.2. Município de Mandaguari e Jail Ismael Maximiano. Relator: Min. VANTUIL ABDALA. Brasília, 04 de fevereiro de 2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Regimental em Embargos no Recurso de Revista nº 449698/1998.3. Município de São Bernardo do Campo e Eustáquio de Souza Pinto. Relator: Min. MILTON DE MOURA FRANÇA. Brasília, 07 de junho de 1999. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 3862/2001-662-09-00.0. Município de Mandaguari e Janete Carmen Sassiotti. Relator: Min. JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES. Brasília, 01 de abril de 2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. “*Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública*”. Apud NERY JÚNIOR, Néelson; WAMBIER, Teresa Arruda

Alvim (coords). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11.

BUENO, Cássio Scarpinella. “*De volta ao prequestionamento – Duas Reflexões sobre o RE 298.695-SP*”. *Apud* NERY JÚNIOR, Néelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Jus-Podium, 2008, v. 3.

_____. “*Alegação de prescrição e decadência em recurso extraordinário: notas ao Código Civil de 2002*”. *Apud* NERY JÚNIOR, Néelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8.

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

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. rev. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. “*Variações Jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento*”. *Apud* NERY JÚNIOR, Néelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (Processo Civil Moderno, v. 2).

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

NERY JR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, Luiz Orione. *Recursos Cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Apelação no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça – teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A pesquisa científica na graduação em Direito*. *Universitas/ Jus*: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Brasília, n. 11, p. 25-43, dez. 2004.

_____. *Discussões prático-metodológicas sobre relatórios de pesquisa no contexto da iniciação científica em Direito*. *Universitas/ Jus*: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Brasília, n. 12, p. 39-54, jul. 2005.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.