

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

A COGNIÇÃO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA
NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS E O EFEITO TRANSLATIVO

MÁRCIA HARUMI KOBUTI

SÃO PAULO

2011

**A COGNIÇÃO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA
NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS E O EFEITO TRANSLATIVO**

MÁRCIA HARUMI KOBUTI

**Monografia apresentada à PUC-SP,
como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' –
Especialização em Direito Processual Civil**

Orientador: Prof. Me. LUÍS OTÁVIO SEQUEIRA DE CERQUEIRA

SÃO PAULO

2011

MÁRCIA HARUMI KOBUTI

**A COGNIÇÃO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA
NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS E O EFEITO TRANSLATIVO**

**Monografia apresentada à PUC-SP,
como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' –
Especialização em Direito Processual Civil**

São Paulo, _____ de _____ de _____.

Dedico o presente estudo a Deus.

Aos meus amados pais,

Ao meu querido dithiam (in memoriam),

Aos meus estimados irmãos.

Agradeço a Deus por sempre iluminar a minha vida e a de minha família.

Agradeço a minha família pelo apoio e amor incondicionais:

À minha mãe que sempre me deu força e me incentivou desde os primeiros passos de minha vida.

Ao meu valioso pai que sempre esteve ao meu lado e me fez ser a pessoa que sou hoje.

Ao meu dithiam que me ensinou a ver um mundo repleto de fé e cheio de esperança.

*Aos meus irmãos, Marquinhos e Sayuri, que a cada dia me surpreendem
com pequenos gestos que me enchem de orgulho.*

*Agradeço ao meu orientador, aos meus colegas
e aos meus amigos pelo apoio e pelas sugestões
que tornaram o presente estudo uma realidade.*

Muitíssimo obrigada!

RESUMO

O presente trabalho explora as posições doutrinárias acerca da controvertida matéria que envolve a admissibilidade do efeito translativo nos recursos excepcionais, frente à tendência do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de aplicá-lo com algumas particularidades.

Em que pese o entendimento doutrinário mais clássico, nos últimos anos vem ganhando corpo o número de adeptos favoráveis à aplicação desse efeito aos recursos de estrito direito, cujos fundamentos jurídicos serão delineados no corpo deste estudo.

Em suma, a maior problemática enfrentada pelos doutrinadores são as regras contidas nos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, que dispõem acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, respectivamente, especialmente no que toca ao termo “causa decidida”/prequestionamento.

Discorreremos no decorrer deste estudo acerca do termo “aplicação do direito à espécie” que está presente no enunciado da Súmula 456 do Colendo Supremo Tribunal Federal e o seu alcance frente ao tema ora tratado.

Destarte, a partir das decisões proferidas pelo STJ e dessas posições doutrinárias e seus respectivos embasamentos jurídicos, aferiremos, sem a pretensão de esgotar a discussão, a posição que mais se coaduna com o nosso sistema recursal brasileiro.

ABSTRACT

The present work explores the doctrinal legal positions of the contravene theory that involves the transferable effect of admissibility in the exceptional appeal, the High Superior Court in Brazil is taking the new tendency and put into practice, of course, with some particularities.

Despite of all the classical doctrinal legal opinion, in the past years an increasing numbers of followers are positive in the application of this effect into the exceptional appeal, whose the legal basis will be explained in the body of this study.

In summary, the major problem for the legal counselors are the rules of the Federal Constitution articles 102 and 105, which they dispose about admissibility requirement in the extraordinary review and appeal to the Federal Superior Court, respectively , especially when we use the term “ determined cause” .

During this study we discourse about the term “application of the right for the indexation” which this is explained in the statement of this abridgment of law 456 of the Respectable Supreme Court and its reach front to the treated subject.

As a result, from the decision pronounced for the Superior Tribunal of Justice and of these doctrinal position and its respective legal basements, we will survey, without the

pretension to deplete the quarrel, the position that more combine with our Brazilian recourse system.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	09
II. PREQUESTIONAMENTO	12
III. EFEITO TRANSLATIVO	17
IV. PRIMEIRA CORRENTE: INADMISSIBILIDADE DO EFEITO TRANSLATIVO...27	
V. SEGUNDA CORRENTE: ADMISSIBILIDADE DO EFEITO TRANSLATIVO.....40	
VI. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE.....50	
VII. TERCEIRA CORRENTE: INTERMEDIÁRIA.....62	
VIII. CONCLUSÃO	66
IX. BIBLIOGRAFIA	69

I. INTRODUÇÃO

O estudo visa discorrer acerca da cognição das matérias de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais frente às diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

O presente tema foi escolhido em virtude da flexibilização do prequestionamento específico das matérias de ordem pública no âmbito da 2ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça em meados de 2003¹.

É cediço que existem matérias de ordem pública, tais como as previstas nos artigos 267 e 301, do Código de Processo Civil, que podem e ‘devem’ ser conhecidas de ofício em qualquer grau de jurisdição. No campo recursal, consoante discorreremos no corpo deste estudo, muitos doutrinadores denominam esse fenômeno como ‘efeito translativo’.

¹ “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL.

1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.

2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).

3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 87 da Lei 9.393/96, ensejando o reconhecimento ex officio da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de um único menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não substituto processual.

6. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 485.969/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 04/04/2005, p. 251, g.n.)”

Por outro lado, os recursos extraordinários e especiais são classificados pela doutrina como excepcionais e extraordinários em sentido amplo, justamente por conta de objetivarem a aplicação uniforme das regras constitucionais e infraconstitucionais, respectivamente, em todo o território brasileiro. Daí porque são exigíveis requisitos específicos para a sua admissibilidade, que se encontram expressamente previstos nos artigos 102, inciso III e 105, inciso III, ambos da Constituição Federal.

Assim, para abrolhar a competência de nossos Tribunais Superiores e levar ao conhecimento deles os recursos excepcionais, a matéria deve ser previamente prequestionada nas instâncias ordinárias, requisito este extraído do termo “causa decidida”, inserido nos indigitados dispositivos constitucionais.

Diante desse contexto, surge a controvertida questão quanto à aplicabilidade desse efeito translativo no âmbito dos recursos excepcionais.

Deste modo, no curso do presente estudo exploraremos as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da admissibilidade ou não da cognição das matérias de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais e seus respectivos fundamentos jurídicos quanto à aplicabilidade do efeito translativo nas Cortes Superiores, cada qual com argumentos contundentes que nos levam à necessidade de um estudo pormenorizado para que cheguemos a uma conclusão que mais se coaduna com o nosso ordenamento jurídico-processual.

Uma vez delineadas essas premissas, passemos agora a discorrer acerca das questões principais que são imprescindíveis para o enfrentamento do presente tema.

II. DO PREQUESTIONAMENTO

Por primeiro, importante destacar a imprescindibilidade do prequestionamento da matéria a ser reexaminada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para viabilizar a admissão dos recursos excepcionais².

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco:

Prequestionar é 'questionar antes'. Na técnica do recurso extraordinário e do especial o prequestionamento é severamente exigido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça como indispensável requisito de admissibilidade, sem o qual não se conhece desses recursos.

[...]

O requisito de prequestionar não está formalmente inscrito nos permissivos constitucionais daqueles recursos (arts. 102, inc. III, e 105, inc. III) nem em lei alguma, mas é inerente ao objetivo nuclear com vista ao qual ambos foram concebidos, que é a preservação da integridade do ordenamento constitucional e do ordenamento infraconstitucional do país. Entende-se que não viola ou contraria a Constituição nem a lei federal o acórdão que sequer examina um dispositivo de uma ou de outra, ou que não distorce ou desfigura algum instituto regido em algum desses planos; e, se o recurso especial e o extraordinário são destinados a afastar violações ou contrariedades dessa ordem, é natural que não se admitam quando o acórdão local tenha passado ao largo, omitindo-se quanto a tais dispositivos. [...] (in Vocabulário do Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215/216).

² Nesse sentido, adverte Nelson Nery Jr.: “Quando o CPC 267 § 3º determina a possibilidade de o juiz ou tribunal examinar de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição as matérias do CPC 267 IV a VI (pressupostos processuais e condições da ação), quer significar qualquer grau ‘ordinário’ de jurisdição (TRF, TJ e TRT), pois existe o limite imposto à lei ordinária processual pela CF 102 III e 105 III, limite esse ao qual o CPC está subordinado. De conseqüência, nos graus ‘extraordinários’ de jurisdição (RE, REsp e RR), mesmo as matérias de ordem pública não podem ser, pela ‘primeira vez’, examinadas e decididas pelo STF, STJ e TST. Trata-se, repetimos, de limitação constitucional à regra processual de que o tribunal pode conhecer de ofício das matérias de ordem pública. Operar-se-á, sim, o efeito translativo do recurso excepcional, mas na fase de revisão, quando já ultrapassada e acolhida a de cassação [...]”. (in *Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257)*). In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 969, g.n.).

Já o ilustre Professor Nelson Nery Jr. critica a denominação “prequestionamento” sob o fundamento de que o simples fato de a parte recorrente “questionar antes” ou “suscitar antes” não satisfaz o requisito constitucional extraído do termo “causa decidida” inserto nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, ambos da Constituição Federal, que exige como pressuposto para o conhecimento dos recursos excepcionais a decisão concreta acerca da matéria sobre a qual se pretende ver redecidida pelas Cortes Superiores, sob pena de furtarem-se de sua competência recursal constitucional.

Por oportuno, transcrevemos as suas lições a esse respeito, *in verbis*:

Em função nomofilática dos recursos excepcionais, decorrente do mister de guardiões do direito objetivo de que se revestem os tribunais superiores, a CF 102 III e 105 III estabelecem serem competentes o STF e o STJ para, em grau de RE e de REsp, ‘redeciderem’ as questões de direito que tiverem violado a CF, tratado ou lei federal ou que derem à lei federal interpretação diferente da que lhes tenha dado outro tribunal (função uniformizadora do entendimento da lei federal no País)

[...]

A expressão ‘causas decididas’, constante tanto da CF 102 III (RE para o STF) quanto da CF 105 III (REsp para o STJ), significa que somente a matéria que tiver sido ‘efetivamente decidida’ pelos TRF’s e TJ’s é que pode ser ‘redecidida’ pelo STF e STJ no julgamento dos RE e Resp.

Esta é a razão pela qual o impropriamente denominado prequestionamento é um falso problema.

Impropriamente porque não basta questionar antes (prequestionar), pois ainda que se o tenha feito, caso o tribunal inferior não tenha decidido a matéria prequestionada, sua decisão não pode ser impugnada por RE ou REsp, porque a ‘causa’ (matéria que se pretende impugnar) não foi ‘decidida’, restando inatendido o requisito constitucional da CF 102 III e 105 III. Na hipótese de o recorrente haver ‘prequestionado’, isto é, suscitado antes a matéria perante as instâncias ordinárias por meio, por exemplo, de EDcl, e não haver recebido resposta, pode impugnar a decisão inferior por ofensa ao CPC 535 (STJ 211). Mas, insistimos, não basta prequestionar (questionar antes, suscitar).

Falso problema porque o requisito da CF 102 III e 105 III é que a ‘causa’ (matéria que se pretende ver redecidida pelo STF ou STJ) tenha sido efetivamente decidida. Do contrário, os tribunais superiores não estarão exercendo sua competência recursal, como manda a CF, mas sim competência originária, pois conhecerão, pela primeira vez, de matéria não decidida pelos tribunais inferiores.

Por isso é um falso problema tratar-se do prequestionamento, porque não é requisito para o conhecimento do RE nem para o REsp e, ao mesmo tempo, é irrelevante rotular-se esse prequestionamento, como explícito ou implícito, dado que, se a matéria não tiver sido decidida – não estiver no ‘corpo do acórdão ou decisão’ impugnada -, não terá sido atendido o pressuposto constitucional aqui referido. (in Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257)³.

Assim, verifica-se que, independentemente da nomenclatura a ser atribuída a esse pressuposto constitucional, é certa a necessidade de discussão da matéria no juízo a quo para viabilizar o seu reexame pelas Cortes Superiores, frente ao importante papel constitucional desempenhado por elas.

Com efeito, Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustároz discorrem sobre a sua finalidade precípua de harmonização do direito constitucional e infraconstitucional em todo território nacional, que transcendem o mero interesse privado das partes envolvidas no litígio:

Assim, nos recursos de índole extraordinária, é inegável que sua existência dentro do sistema é animada por outro interesse, que não apenas o direito das partes envolvidas no litígio. Daí a jurisprudência e a doutrina terem solidificado a máxima, pela qual tais recursos não se prestam ao mero rejuízo da causa e não discutem, em linha de princípio, a justiça da decisão recorrida. Prestam-se, ao contrário, para a harmonização do direito na federação, mediante a adoção de julgamentos paradigmáticos. Servem, nesse sentido, como meio de valorização da norma jurisprudencial e do ideal federativo, permitindo que os operadores analisem seus julgados e possam aplicá-los nos seus Estados, com a certeza de que a última palavra será dada pela Corte Superior. [...]

Com razão, a previsão de uma Alta Corte com a missão de ‘dar a última palavra’ em matéria constitucional (STF) ou infraconstitucional (STJ), além de permitir o controle da atividade exercida pelos inúmeros Tribunais Regionais, solidifica a jurisprudência como fonte material do direito brasileiro. As orientações traçadas pelos Tribunais Superiores, quer na forma mais incipiente (precedentes), quer na opção mais rígida (enunciados da

³ In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 968/969.

*súmulas), findam por invadir todos os ramos do Direito, colaborando para o seu desenvolvimento e aplicação em todo o território nacional.*⁴

De fato, o recurso excepcional trata-se “*indiscutivelmente de recurso de estrito direito, com fins em certa medida diversos da maioria dos recursos ordinários. Pode ocorrer – e certamente ocorre – que muitos requisitos de admissibilidade ou regras de julgamento dos recursos tradicionalmente ordinários sejam observados quando da apreciação dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores. Todavia, há traços que lhes permitem agrupar em categoria diversa da generalidade dos recursos previstos nos graus ordinários de jurisdição, pois, são, em realidade, recursos de natureza extraordinária, ou seja, somente serão admitidos frente a circunstâncias que vão para além da justiça ou injustiça da decisão*”⁵.

Das indigitadas críticas, verifica-se que os recursos especiais e extraordinários são verdadeiros instrumentos processuais excepcionais, que por si só justificam a exigência de pressupostos específicos para a admissão deles, tal como o denominado “prequestionamento”⁶.

⁴ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos Recursos Cíveis*, 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pág. 199/200.

⁵ Idem, p.199.

⁶ O prequestionamento está consagrado nas súmulas 282 e 356 do Colendo Superior Tribunal Federal, *in verbis*:

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

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

Nessa mesma linha, para Alexandre Freitas Câmara a ausência de decisão expressa impede inclusive o conhecimento das matérias de ordem pública no âmbito das Cortes Superiores:

Por 'prequestionamento' quer-se significar a exigência de que a decisão recorrida tenha ventilado a questão (federal ou constitucional) que será objeto de apreciação no recurso especial ou extraordinário. Em outros termos, não se admite que, no recurso especial ou extraordinário, se ventile questão inédita, a qual não tenha sido apreciada pelo órgão 'a quo'.

Este requisito de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra 'causas decididas'. [...]

Deve, pois, haver prequestionamento, para que o recurso especial e o extraordinário possam ser admitidos. A impossibilidade de conhecer de questões que não tenham sido objeto de decisão expressa pelo órgão 'a quo' impede, até mesmo, que o STJ e o STF, quando do julgamento dos recursos aqui considerados, apreciem questões de ordem pública, que poderiam ser examinadas de ofício (como as 'condições da ação' e os pressupostos processuais), mas que não tenham sido alvo de prequestionamento.⁷

⁷ . In *Lições de Direito Processual Civil*, volume II, 18ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.128/129.

III. DO EFEITO TRANSLATIVO

É cediço que as matérias de ordem pública são aquelas que transcendem o anseio particular das partes, ou seja, são essencialmente de interesse do Estado, o que valida o seu conhecimento de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nesse sentido, leciona Misael Montenegro Filho⁸:

A possibilidade de enfrentamento das matérias de ofício demonstra que são qualificadas como de ordem pública, do interesse do Estado, não se limitando às pretensões das partes que se colocam em pólos antagônicos na relação jurídico-processual. Encontramos diante da ausência de uma das condições da ação e/ou de um dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, justificando a atuação de ofício por parte do juiz.

Consoante preleciona Paulo Henrique dos Santos Lucon⁹, o conhecimento dessas matérias no âmbito recursal decorre da profundidade do chamado efeito translativo.

⁸ *In Código de Processo Civil Comentado e Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 320.

⁹ “Devido à não-ocorrência de preclusão quanto às assim denominadas matérias de ordem pública, também conhecidas por objeções, autoriza-se a sua análise a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinários.

Nesses casos, o próprio Estado tem interesse de que sejam respeitadas as regras que disciplinam o modelo pelo qual o processo se desenvolve. Não interessa ao juiz, como representante do Estado, que o processo não se desenvolva regularmente e não possa chegar ao fim colimado, que é justamente o julgamento de mérito. Por isso, está o julgador autorizado a conhecer dessas matérias de ofício, observando sempre o contraditório legitimador de seu provimento. A cognição ‘ex officio’ dessas matérias é garantia de boa administração da Justiça, sendo que (a) a falta de alegação do réu na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos provoca sua responsabilidade patrimonial pelo retardamento, e (ii) eventual inércia do magistrado o torna responsável pelo mau desempenho do cargo em decorrência de grave omissão.

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

No campo recursal, a possibilidade de exame de tais matérias decorre da já vista profundidade propiciada pelo efeito translativo, que, em alguns recursos, é ampla (por exemplo, apelação), e em outros é limitada a certas condições (por exemplo, recurso especial)”. (Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 41/42).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, efeito translativo “*é ligado à matéria que compete ao Judiciário conhecer em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ainda que sem expressa manifestação das partes, a exemplo das questões enumeradas no art. 301 do CPC (exceto seu inciso IX)*”¹⁰.

E, continua:

*Se esses temas devem ser examinados pelo juízo ‘em qualquer tempo e grau de jurisdição’, eles certamente poderão ser apreciados quando da análise do recurso. O tribunal é autorizado a conhecer esses temas de ordem pública, ainda que não tenham sido ventilados, seja no juízo ‘a quo’, seja nas razões de recurso. Tais temas, então, não se submetem ao efeito devolutivo, e podem ser conhecidos pelo tribunal sempre, em qualquer circunstância, bastando que tenha sido interposto recurso sobre alguma decisão da causa, e que esse recurso chegue a exame do juízo ‘ad quem’. Obviamente, esse efeito é inerente a qualquer espécie recursal.*¹¹

Para o Professor Bernardo Pimentel Souza o efeito translativo “*está consubstanciado na apreciação ‘oficial’ pelo órgão julgador do recurso de matérias cujo exame é obrigatório por força de lei, ainda que ausente impugnação específica do recorrente. Daí a conclusão: o efeito translativo diz respeito às matérias de ‘ordem pública’, com predomínio do interesse público em relação ao interesse pessoal das partes. Por exemplo, o efeito translativo é encontrado nos artigos 113, ‘caput’, 219, §5º, 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. Conhecido o recurso, o*

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, volume 2, 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 517.

¹¹ *Ibidem*, p. 517.

*tribunal competente para julgamento também deve tomar conhecimento das matérias veiculadas naqueles preceitos*¹².

Consoante bem destacado pelos doutrinadores Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz¹³, o efeito translativo foi muito bem delineado no voto proferido pela Ministra Eliana Calmon no julgamento do REsp 655.479/RS¹⁴, *in verbis*:

a devolutividade, na teoria dos recursos, importa em dizer que a matéria impugnada, e somente ela, será levada à nova apreciação pelo tribunal 'ad quem', ou seja, pode a corte revisora julgar apenas o que estiver contido nas razões da apelação interposta, obedecendo aos limites impostos no pedido de nova decisão ('tantum devolutum quantum appellatum'), vez que tal efeito deriva do princípio dispositivo consubstanciado no art. 128 do CPC. Entrementes, embora não identificados de forma expressa no texto legal, a moderna teoria processual identifica, ainda, outros efeitos decorrentes da atividade recursal. São eles os efeitos expansivo, translativo e substitutivo dos recursos. Interessamos, apenas, tecer considerações acerca do efeito translativo na causa ora em apreço. Cediço que, conforme expressa o brocardo 'tantum devolutum quantum appellatum', é permitido ao tribunal recursal apreciar somente as questões que forem ventiladas nas razões recursais ou nas contra-razões ao apelo, sendo-lhe defeso apreciar matérias não impugnadas. Entretanto, devido ao caráter excepcional de determinadas matérias, como, por exemplo, as constantes do art. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, pode o tribunal transcender à matéria constante nas razões recursais e nas contra-razões, não se falando em julgamento 'infra', 'ultra' ou 'extra petita'. Sendo as matérias de ordem pública isentas de preclusão e podendo, inclusive, serem conhecidas de ofício pelo magistrado, admite-se que o tribunal possa sobre elas emitir juízo de valor, ainda que não tenham sido trazidas nas razões de apelação.

Todavia, no que concerne ao conhecimento de ofício dessas matérias na esfera recursal, cumpre-nos destacar a discussão doutrinária acerca da existência do

¹² *In Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p.26. E, continua: “[...] por força do princípio, ao qual está vinculado o efeito translativo, o órgão julgador pode (melhor dito, ‘deve’) apreciar de ofício as matérias de ordem pública, ainda que para proferir julgamento desfavorável ao único recorrente. Sob o ponto de vista estritamente jurídico, não há a incidência do princípio da proibição da **reformatio in peius**, já que eventual reforma para pior não se dá em contrariedade direta ao próprio recurso, mas, sim, em virtude da obrigatoriedade da apreciação oficial quando assim a lei dispuser”r. (p.173).

¹³ *In Manual dos Recursos Cíveis*, 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 80/81.

¹⁴ STJ, 2ª Turma, REsp 655.479/RS, DJ 31.05.2006, p. 248.

denominado efeito translativo em nosso sistema processual brasileiro¹⁵, uma vez que renomados doutrinadores defendem, em princípio, a existência de apenas dois efeitos dos recursos (devolutivo e suspensivo).

Com efeito, Vicente Greco Filho¹⁶ apenas menciona no capítulo 'efeitos dos recursos' o efeito devolutivo – próprio ou perfeito, ou impróprio ou imperfeito – e o efeito suspensivo

De igual modo, para Humberto Theodoro Jr.¹⁷, os *“recursos podem ter, em princípio, dois efeitos básicos: o devolutivo e o suspensivo. Pelo primeiro, reabre-se a oportunidade de reapreciar e novamente julgar questão já decidida; e, pelo segundo, impede-se o decisório impugnado produzir seus naturais efeitos enquanto não solucionado o recurso interposto”*

De fato, para o professor Humberto o efeito translativo insere-se na profundidade do efeito devolutivo:

¹⁵ Os professores Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol não classificam o efeito translativo, apenas o destacam como um dos efeitos dos recursos, lecionando *“[...] que o recorrente pode obter, com o julgamento do recurso interposto, um resultado mais amplo do que aquele que seria alcançado com o simples reexame da matéria impugnada pelo órgão ‘ad quem’.* Isso acontece quando, no recurso, a parte ou outro legitimado (art. 499 do CPC) deixa de argüir alguma matéria de ordem pública, que o tribunal deve conhecer de ofício, consoante estampado nos dispositivos referidos. Nessa quadra, verificando o órgão julgador do recurso tal matéria (por exemplo: incompetência absoluta do juízo; ilegitimidade de parte; ausência de interesse recursal; impossibilidade jurídica do pedido; citação nula ou inexistente; coisa julgada; litispendência etc.), a consequência será a invalidação do pronunciamento impugnado, ainda que o recurso visasse apenas à reforma deste”. (MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no Processo Civil*, 6ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.38).

¹⁶ *in Direito processual civil brasileiro*, volume 2, 18ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 312/314.

¹⁷ *in Curso de Direito Processual Civil*, volume I, 47ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 645.

“A profundidade abrange os antecedentes lógico-jurídicos da decisão impugnada, de maneira que, fixada a extensão do objeto do recurso pelo requerimento formulado pela parte apelante, todas as questões suscitadas no processo que podem interferir assim em seu acolhimento como em sua rejeição terão de ser levadas em conta pelo tribunal (art. 515, § 1º). Nessa ordem de idéias, qualquer que seja o pedido do recorrente, terá sempre o tribunal possibilidade de examinar as questões pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, visto que são matérias de ordem pública condicionadoras da formação e desenvolvimento válidos do processo, bem como de qualquer provimento jurisdicional de mérito (motivo pelo qual são conhecíveis e solucionáveis a qualquer tempo e grau de jurisdição, a requerimento de parte ou de ofício) (art. 267, § 3º).¹⁸ (g.n.).

Por outro lado, de acordo com o professor Nelson Nery Jr.¹⁹ o efeito devolutivo tem a sua origem no princípio dispositivo e o efeito translativo, no princípio inquisitório²⁰:

O poder dado pelo juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as 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 ‘princípio 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 do recurso²¹.

Daí, conclui o renomado doutrinador que o efeito translativo não decorre do efeito devolutivo estrito, mas, sim, de um efeito *sui generis*.

¹⁸ Ibidem, p.659.

¹⁹ Em sentido oposto, defende Luiz Orione Neto que: “o efeito devolutivo não tem sua gênese apenas no ‘princípio dispositivo’ – como sustenta Nelson Nery Júnior – mas também no ‘princípio inquisitório’, ‘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 e grau de jurisdição’. (in *Recursos Cíveis*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130).

²⁰ A propósito do tema, leciona o Professor Flávio Cheim Jorge: “O princípio inquisitório, como o próprio nome sugere, é aquele através do qual se permite, especialmente na esfera recursal, que o juiz conheça de questões que não foram pelas partes impugnadas em seu recurso. 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. (in *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 249).

²¹ NERY JR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 417.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio²² com a qual nos filiamos, entendem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart pela existência do chamado efeito translativo:

Enumera-se ainda outro efeito dos recursos, chamado efeito translativo. Semelhante ao efeito devolutivo, esse efeito também diz respeito à cognição do tribunal sobre a causa. Todavia, ao contrário do efeito devolutivo – que depende de expressa manifestação da parte, já que somente se devolve ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada -, o efeito translativo se opera ‘ainda que sem expressa manifestação de vontade do recorrente’²³.

Desse modo, como o princípio inquisitório em nosso sistema processual civil é medida de exceção, para a incidência do efeito translativo o tribunal *ad quem* somente poderá conhecer de matéria de ordem pública, independentemente de arguição das partes, nos casos expressamente previstos em lei

Para Aderbal Torres de Amorim: “o efeito devolutivo depende da ‘vontade do recorrente’; este delimita o quanto de extensão terá a atividade do tribunal. O mesmo não se passa com as questões suscitadas ao longo do processo. Nem com os fundamentos, sejam estes do pedido, sejam da defesa. Tanto àquelas quanto a estes, opera-se estrito automatismo; impera a ‘vontade da lei’. O interesse público passa à frente e diz da profundidade do que será devolvido ao conhecimento do órgão

²² Pela existência do efeito translativo: Luiz Fux (*in A reforma do processo civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10).

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, volume 2, 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 517.

*competente para apreciar o recurso. É o que a boa doutrina intitula, com propriedade, efeito translativo”.*²⁴.

Nesse mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier prelecionam que, *“em virtude de expressa disposição legal, fica autorizado o órgão ‘ad quem’ a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso. Tal circunstância, ao contrário do que se dá com o efeito devolutivo, decorre do princípio inquisitório, em virtude do qual, em situações determinadas em lei, pode o órgão judicial agir e pronunciar-se de ofício, independentemente de pedido ou a requerimento da parte ou interessado. Dá-se, no caso, o denominado efeito translativo, que ocorre, p. ex., nas hipóteses dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC. O princípio inquisitório é excepcional. Assim, somente ocorrerá efeito translativo nas hipóteses determinadas em lei”*²⁵.

A despeito de as matérias de ordem pública serem nulidades absolutas cognoscíveis de ofício, diversos doutrinadores pontuam sobre a importância do contraditório na aplicação do indigitado efeito translativo, evitando-se a denominada ‘decisão surpresa’, senão vejamos:

A atuação oficiosa da Corte, em tais circunstâncias, é autorizada pelo efeito translativo, ao transferir parcela da competência para a análise da própria causa. Todavia, em sua realização, é fundamental a observância da garantia constitucional do contraditório, através da concessão de vista (e sustentação oral, se viável) acerca da questão suscitada

²⁴ (in *O Novo Recurso Extraordinário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 69, g.n.).

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno, Recursos e ações autônomas de impugnação*, volume 2, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 105/106.

oficiosamente. Do contrário, inexistindo debate prévio sobre a matéria, a tomada de decisão surpreenderia o recorrente e violaria a dimensão metodológica do contraditório, que preza a colaboração dos interessados na formação do provimento jurisdicional. Também as partes devem ser ouvidas sobre o novo enfoque trazido pelo órgão judicial, a fim de iluminar o ‘thema decidendum’ com informações e pontos de vista diversos. Daí a conveniência do agir cauteloso do magistrado, facultando-se a colaboração dos interessados antes de deliberar quanto à solução ao caso concreto, em prol da efetivação dos direitos e expectativas das partes²⁶

Com efeito, para o professor Nelson Nery Jr.²⁷, além da prévia oitiva das partes como decorrência da garantia do princípio do contraditório, incide também a proibição da chamada decisão de ‘terceira via’, restringindo a atividade jurisdicional:

A proibição de haver ‘decisão surpresa’ no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja ‘ex officio’. Trata-se da proibição da sentença de ‘terceira via’. (p.222)

[...]

Mas ao juiz, como sujeito do processo, ‘terceiro imparcial’, eqüidistante das partes deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso.

[...]

Tem-se reconhecido no poder-dever de o juiz dar conhecimento prévio às partes sobre a existência de questões de ordem pública, a respeito das quais poderá decidir ‘ex officio’ – para que elas possam, querendo, tomar as medidas que entenderem adequadas -, não somente como decorrência da garantia do contraditório (proibição de decisão-surpresa), mas como limite à atividade do juiz no processo. (p.223)

Adverte, ainda, o professor Nelson Nery Jr. que, *“caso o juiz decida de ofício, sobre questão de ordem pública não submetida previamente ao exame das partes, essa decisão será nula por violação do princípio do contraditório. É certo que, ao decidir questão de ordem pública sem ouvir previamente as partes, o juiz beneficiará uma*

²⁶ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos Recursos Cíveis*, 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 81.

²⁷ NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 9ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.222/223.

delas e prejudicará a outra, razão por que essa ‘decisão-surpresa’ terá ofendido a ‘paridade das armas’ e será, portanto, nula.

Tratando-se de ofensa ao direito fundamental do contraditório, desnecessária a previsão da lei infraconstitucional a respeito da consequência da referida ofensa. A nulidade resulta, portanto, como consequência da atuação do preceito constitucional”²⁸.

Aliás, ainda que dispensável disposição infraconstitucional expressa no entender do professor Nelson Nery Jr, prevê o artigo 10 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

Comentando sobre o indigitado dispositivo, José Miguel Garcia Medina assevera que:

Modernamente entende-se que somente se considerará atendido o princípio se propiciada às partes a participação real e efetiva na realização dos atos preparatórios da decisão judicial.

Observamos, em outro post, que o processo é sistema interacional, que se desenvolve dialeticamente. Assim, o princípio do contraditório concretiza-se através da participação ativa das partes no processo, e do diálogo que deve ter o órgão jurisdicional com as partes. Desta concepção do princípio decorrem várias consequências, como a de que não pode o órgão jurisdicional proferir decisão com surpresa para as partes.

Algumas legislações já prevêem isso expressamente. Por exemplo, o art. 3.º, n. 3 do CPC português dispõe que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. Similarmente, a ZPO

²⁸ Ibidem, p. 225/226.

alemã prevê, no § 139, que o órgão jurisdicional somente pode decidir sobre alguma questão quando as partes tenham tido oportunidade de se manifestar em relação à mesma (ZPO, § 139, 2: “[...], wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat”).

Reconhece-se, assim, que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se ex officio, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de “decisão surpresa” para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.

Este modo de compreender o princípio do contraditório é o único possível, em um Estado que se diz Democrático de Direito. A proibição da prolação de “decisões surpresa”, assim, não depende de previsão expressa na lei processual ordinária. De todo modo, o Projeto do novo CPC passa a fazê-lo expressamente, em seu art. 10. (in Princípio do contraditório, Processo Civil Moderno e a proibição de “decisões surpresa” no Projeto do Novo CPC. Disponível em <http://professormedina.wordpress.com/2010/09/01/principio-do-contraditorio-processo-civil-moderno-e-a-proibicao-de-decisoes-surpresa-no-projeto-do-novo-cpc/>. Acesso em 15 de setembro de 2010).

Desse modo, depreende-se que, independentemente de ainda não haver regra expressa proibindo a denominada “decisão surpresa”, tal como prevê o contemporâneo artigo 10 do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, é certo que a observância desse instituto decorre do próprio Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual deve ser rigorosamente observado o princípio do contraditório com a efetiva participação ativa das partes no processo quando o tribunal deparar-se com eventual matéria de ordem pública.

Uma vez traçadas as diretrizes básicas do chamado “prequestionamento” e ultrapassada a discussão doutrinária quanto à existência do chamado efeito translativo, passemos agora a encarar a questão controvertida que permeia o presente estudo.

IV. PRIMEIRA CORRENTE: DA INADMISSIBILIDADE DO EFEITO TRANSLATIVO NAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS

Pontuadas as premissas elencadas nos capítulos anteriores, num primeiro momento podemos dizer que é sensato o entendimento majoritário no sentido de que o efeito translativo não se aplica aos recursos excepcionais, tendo em vista a imprescindibilidade do prequestionamento para a admissibilidade deles nas instâncias extraordinárias.

De fato, apesar de a matéria pública ser cognoscível *ex officio*, é defendido por muitos que a expressão “em qualquer tempo ou grau de jurisdição” – artigo 267, § 3º do Código de Processo Civil²⁹ - não se aplica às instâncias extraordinárias, mas tão-somente às ordinárias.

²⁹ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

[...]”. (g.n.)

Com efeito, para o Professor Luiz Orione Neto o efeito translativo não se aplica aos recursos extraordinários (tratados como excepcionais neste trabalho), mas, somente, aos ordinários:

*O efeito translativo está presente nos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), mas não nos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência), isso porque, nesses últimos, há ‘fundamentação vinculada’, ou, sob forma mais específica, a inoocorrência do efeito translativo nos recursos excepcionais decorre do próprio texto constitucional, ao preconizar serem cabíveis das causas ‘decididas’ pelos tribunais inferiores (arts. 102, III, e 105, III, da CF). Caso o tribunal não se tenha manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão só poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os verbetes n. 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, § 3º, do CPC). Ocorre que a instância dos recursos extraordinários e especial não é ordinária, mas excepcional, não se lhe aplicando o texto legal referido.*³⁰

É cediço que nas Cortes Superiores há uma limitação constitucional no sentido de que em sede de recurso excepcional só podem ser conhecidas ‘causas decididas’ – artigo 102, inciso III³¹ e artigo 105, inciso III³², ambos da Constituição Federal,

³⁰ (in *Recursos Cíveis*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130/131, g.n.).

³¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]

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

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

[...]” (g.n.).

³² “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal

respectivamente, motivo pelo qual há uma forte corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a matéria de ordem pública não pode ser conhecida de ofício caso ela não tenha sido objeto de prévia decisão nas instâncias inferiores.

Nesse sentido:

[...] nem mesmo as questões envolvendo condições da ação, pressupostos processuais, entre outras, podem ser levadas ao conhecimento do STF e do STJ pela primeira vez se não constarem expressamente do acórdão ou da decisão, isto é, se não estiverem 'dentro' do ato judicial que se quer impugnar. Caso o juízo ou tribunal de origem não se tenha pronunciado sobre matéria de ordem pública, não terá 'decidido' essa matéria, sendo inadmissíveis RE ou REsp sobre questão não decidida. (ORIONE NETO, Luiz. Recursos Cíveis, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 529, g.n.).

Muitos doutrinadores renomados aderem a essa posição, Cândido Rangel Dinamarco preleciona que em *“qualquer tempo ou grau de jurisdição’ não significa que também em sede de recurso especial ou extraordinário ainda subsista sempre a ampla e incondicionada possibilidade de verificar os pressupostos indicados no § 3º do art. 267. Sem o ‘prequestionamento’, tal matéria não é suscetível de conhecimento naquelas sedes processuais”*.³³

Do mesmo modo, Luiz Guilherme Marinoni é enfático ao afirmar que *“não têm os recursos em tela o chamada ‘efeito translativo’. Vale dizer que os tribunais superiores, no exame dos recursos especial e extraordinário, não podem examinar questões de ‘ordem pública’, salvo se tiverem sido prequestionadas no julgamento recorrido.*

[...]" (g.n.).

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª edição, volume III, São Paulo: Marelheiros, 2009, pág. 146.

*Ressalte-se, porém, que há entendimento em consolidação no STJ, que atribui efeito translativo a todo recurso especial, desde que admitido por outro fundamento”.*³⁴

Assim, a despeito de haver o entendimento jurisprudencial em consolidação perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de se admitir o efeito translativo no recurso especial, desde que este seja conhecido por outro embasamento, é certo que a doutrina encontra forte resistência em admiti-lo.

Nesse mesmo sentido, Rafael Bicca Machado³⁵, Misael Montenegro Filho³⁶ e Nelson Nery Jr³⁷.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, volume 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, págs. 569/570.

³⁵ *in Recurso Especial*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 77/78.

³⁶ Comentando o artigo 267 do Código de Processo Civil: “*A simples leitura dos parágrafos que integram o dispositivo em comentário, bem assim do § 4º do art. 301, permite a conclusão de que as matérias que determinam a extinção do processo sem resolução do mérito são (quase todas) de ordem pública, do interesse do Estado, premissa que desdobra duas conseqüências: (a) a de que as matérias podem (e devem) serem conhecidas de ofício pelo magistrado; (b) a de que as matérias não se submetem ao manto da preclusão, podendo (e devendo) ser enfrentadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, exceto pela primeira vez no recurso especial e no recurso extraordinário, em respeito ao requisito do prequestionamento, que é específico das espécies ‘extremas’, cuja ausência determina o não conhecimento dos remédios processuais em exame (ver Súmula 282 do STF). (in Código de Processo Civil Comentado e Interpretado, São Paulo: Atlas, 2008, p. 316, g.n.).*

³⁷ “Opera-se o efeito translativo nos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), mas não nos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência).

[...]

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 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, § 3º, CPC). Ocorre que a instância dos recursos extraordinário e especial não é ordinária, mas excepcional, não se lhe aplicando o texto legal referido” (*In Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pag. 420, g.n.).

Cássio Scarpinella Bueno³⁸ vai mais longe e sustenta que, pelas “peculiaridades do sistema processual civil, no entanto, o ‘efeito translativo’ não se aplica ao recurso extraordinário, ao recurso especial e, também, aos embargos de divergência. Para aqueles dois recursos, a exigência ‘constitucional’ de prévia ‘causa decidida’ afasta a incidência das regras codificadas que permitem a atuação oficiosa dos Tribunais ‘em qualquer tempo e grau de jurisdição’, o que acaba por contaminar, também, o cabimento e o julgamento dos embargos de divergência”.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. OMISSÃO QUANTO À PRESCRIÇÃO. VÍCIO NÃO EVIDENCIADO. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material, vícios inexistentes na espécie.

2. Inviável apreciar a questão ora levantada pela embargante, relativa à prescrição do direito de ação, pois é estranha à matéria suscitada no recurso especial e no agravo regimental, constituindo, portanto, inovação sobre a qual se operou a preclusão consumativa.

3. "As questões de ordem pública podem ser apresentadas e discutidas em qualquer grau de jurisdição ordinária, o que não é o caso dos autos, uma vez que o recurso especial e os embargos de divergência dele decorrentes são dirimidos em instância extraordinária" (EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 729.222/RS, de minha relatoria, Primeira Seção, julgado em 11/3/2009, DJe 23/3/2009). No mesmo sentido: EDcl no AgRg nos EDcl nos EREsp 703.922/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 09/11/2005, DJ 21/11/2005; AgRg nos EREsp n.º 85.558/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ de 12/6/2000.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

(STJ, EDcl no AgRg no Ag 922.799/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009).

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 5, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 82.

Do mesmo modo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já aplicou esse mesmo raciocínio aos embargos de declaração:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. É descabida a inovação recursal em sede de embargos de declaração com a alegação de matéria estranha àquela debatida nos autos.
2. Mesmo as questões de ordem pública exigem o prequestionamento para serem conhecidas nesta superior instância. Precedentes.
3. Não demonstrando o embargante a contradição e a obscuridade alegadas, não merecem acolhida os embargos.
4. Embargos de declaração rejeitados.”

(STJ, EDcl no REsp 259.768/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 31/08/2009).

À guisa de ilustração, oportuno destacar as lições do professor Nelson Nery Jr.:

“Como o texto constitucional fala serem cabíveis os recursos extraordinário e especial das causas decididas, apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação pelas vias excepcionais dos recursos constitucionais. Esses recursos excepcionais não são meios ordinários de impugnação e, portanto, não se configuram como terceiro ou quarto grau de jurisdição.

Desta afirmação decorrem duas importantes conseqüências: a) é correta a exigência do prequestionamento da questão constitucional ou federal (verbetes 282 e 356 da Súmula do STF) porque, se a matéria não estiver no corpo do acórdão, não terá sido decidida pelo tribunal local, requisito mencionado pelo texto constitucional para o cabimento dos recursos excepcionais; b) não incidem os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, CPC, de sorte que apenas se a questão de ordem pública teve sido prequestionada é que, em tese, poderia ser reexaminada no recurso constitucional, não ocorrendo, igualmente, o efeito translativo de que falamos no item 3.5.4. abaixo. Em suma, não pode o STF ou o STJ decidir questões de ordem pública não decididas pelos tribunais inferiores”. (NERY JÚNIOR. Nelson. Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 380).

Para José Miguel Garcia Medina trata-se de regra de competência pela qual a norma infraconstitucional – Código de Processo Civil – não se sobrepõe à constitucional – Constituição Federal³⁹:

“[...] conclui-se que o comando previsto nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC não prevalece sobre o disposto nos arts. 102, III, e 105, III, da CF 1988. Infere-se do exposto que somente serão cabíveis os recursos extraordinário e especial no que respeita às matérias de ordem pública, se referidas matérias tiverem sido ‘decididas’ no pronunciamento recorrido. (in Prequestionamento e Repercussão Geral, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.140).

Preleciona, ainda, José Miguel Garcia Medina com Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁰ que os pressupostos de admissão dos recursos excepcionais estão única e exclusivamente dispostos no diploma constitucional, cuja Carta Magna não prevê nenhum dispositivo semelhante ao artigo 267, § 3º do Código de Processo Civil, bem como nenhuma exceção à regra contida no termo ‘causa decidida’, nem mesmo com relação ao conhecimento *ex officio* das matérias de ordem pública:

No caso dos recursos ditos ‘ordinários’ (v.g., apelação, agravo etc.), por força dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, as matérias de ordem pública são ‘transladadas’ ao

³⁹ Ressalva, contudo, o referido estudioso: “Pode suceder, como já se observou, que, uma vez interposto recurso ‘por outro motivo’, este seja conhecido, e, no julgamento da causa pelo STJ ou pelo STF, venham a ser conhecidas matérias de ordem pública. Incide, no caso, a Súmula 456 do STF [...]. O mesmo não sucede, porém, quando o ‘motivo da interposição’ do recurso é a matéria de ordem pública. No caso, inexistindo exame expresso do tema na instância local, o recurso não será admitido”. (in *Prequestionamento e Repercussão Geral*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.139, g.n.).

⁴⁰ No mesmo sentido: Ricardo Canan. (*Recursos Excepcionais – Fundamento Suficiente, Prejudicialidade e Questões Afins*. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, volume 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 654/655).

tribunal, que deverá conhecê-las e julgá-las 'ex officio', sob pena de a decisão ser omissa, cabendo, inclusive, a interposição de embargos de declaração para suprir a omissão (cf. CPC, art. 535, II).

*Situação diversa ocorre com os recursos extraordinário e especial – chamados pela doutrina de recursos 'excepcionais', ou 'extraordinários'. As hipóteses de cabimento de tais recursos são estritamente previstas na Constituição Federal (art.s 102, III, e 105, III), que não trazem, em seu bojo, disposição semelhante, v.g., ao art. 267, § 3º, do CPC. Ao contrário, dispõem que referidos recursos somente são cabíveis quando o pronunciamento judicial recorrido decidir sobre a questão constitucional ou federal. Desse modo, não havendo decisão sobre a questão constitucional ou federal, não caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno, Recursos e ações autônomas de impugnação*, volume 2, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 106, g.n.).*

Em consonância com a posição em tela, segue entendimento jurisprudencial:

“PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte já pacificou o entendimento de que as questões de ordem pública também devem estar prequestionadas no Tribunal *a quo* para serem analisadas em sede de recurso especial.

2. Quanto à alegada ofensa ao art. 535 do CPC, deveria a agravante, diante da rejeição de seus embargos, ter aviado recurso especial com fulcro no referido dispositivo, a fim de que fosse examinada, nesta Corte, a ocorrência ou não de omissão no acórdão recorrido.

3. Agravo regimental improvido.”

(STJ, REsp 426.397/AC, rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 5/6/2003, DJ de 8/9/2003).

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

A exequibilidade ou não do título constitui questão de ordem pública, suscetível de conhecimento de ofício, seja por juiz, seja por tribunal. Hipótese, todavia, em que essa atuação de ofício se deu no tribunal quando já esgotado o âmbito dos embargos do devedor, sem que o tema da preclusão tenha sido prequestionado.

Recurso especial não conhecido.”

(STJ, REsp 286.643/SP, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 7/6/2001, DJ de 27/8/2001).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. AÇÃO DE COBRANÇA. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.

1. O presente caso trata de ilícito contratual, aplicando-se a regra geral do artigo 177 do Código Civil para as ações pessoais, face a ausência de dispositivo específico que regule a prescrição para a hipótese em apreço. Os incisos II e III, § 10, do artigo 178, mencionados pela recorrente, não têm aplicação ao presente caso, já que a hipótese ora em exame não cuida de prestações de rendas temporárias ou vitalícias, ou, ainda, de juros ou prestações acessórias.

2. Para exame da alegação de julgamento extra petita, imprescindível se mostra a análise das petições do recurso de apelação e dos embargos de declaração, peças que, no

entanto, não constam destes autos. Sendo peças essenciais ao exame da controvérsia, incide ao caso a Súmula nº 288/STF. Também não há falar em existência de questão de ordem pública, examinável de ofício, pois, em sede de recurso especial, imprescindível o prequestionamento do tema.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AGA 35.976/SP, rel. Min. Carlos Alberto, Terceira Turma, julgado em 19/03/2001, DJ de 7/5/2001).

Dessa forma, verifica-se que os julgados acima colacionados seguiram essa posição mais rigorosa defendida majoritariamente pela doutrina, entendendo pela interpretação literal e restritiva do termo ‘causa decidida’ contida nos artigos 103, inciso III e 105, inciso III, ambos da Constituição Federal, afastando por completo a atuação *ex officio* das Cortes Superiores, sob pena de indevida inovação processual⁴¹.

⁴¹ Nesse sentido: “INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 535 DO CPC. VÍCIOS. AUSÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. O tema suscitado somente foi trazido a esta Corte após a interposição do agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao apelo raro. Trata-se, portanto, de inovação, incabível nesta sede excepcional.

2. Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo as matérias de ordem pública, na via especial, não dispensam o prévio debate pela instância ordinária.

3. Ante a inexistência de quaisquer das hipóteses descritas no artigo 535 do CPC, a manutenção do julgado é medida que se impõe.

4. Embargos rejeitados.”

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 1081650/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 01/06/2009, g.n.).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. MAGISTÉRIO FEDERAL. REAJUSTE DE 3,17%. LEI 9.678/98. CRIAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO À DOCÊNCIA – GED.

REESTRUTURAÇÃO E REORGANIZAÇÃO DA CARREIRA. INOCORRÊNCIA.

1. Descabe preliminar de ilegitimidade passiva, tendo em vista que tal matéria, além de não tratada no acórdão recorrido, também não foi trazida nas razões do recurso especial, o que configura, na espécie, indevida inovação processual.

2. O entendimento desta Corte é no sentido de que “a instituição da Gratificação de Estímulo à Docência - GED, no magistério superior, pela Lei nº 9.678/98, não importou alteração da estrutura remuneratória dos servidores integrantes do magistério federal, pelo que não constitui marco final da percepção do índice de 3,17%”.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

(STJ, AgRg no REsp 1057131/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 24/08/2009, g.n.)

Nesse sentido, pontua Nelson Nery Jr.⁴²:

Decidir 'ex officio' as questões de ordem pública que não foram decididas na instância ordinária no juízo de 'cassação' constitui ofensa frontal à CF 102 III e 105 III, que conferem ao STF e ao STJ competência para rejulgar causas já 'decididas' em única ou última instância. Se a questão de ordem pública não foi decidida anteriormente, existe óbice constitucional para que os tribunais superiores conheçam do RE e do REsp.

Se o STF e o STJ só podem 'redecidir' (julgar de novo, em grau de recurso) as questões já decididas pelos tribunais federais e estaduais de segundo grau, não faz sentido nem está conforme o texto da CF 'decidir' (julgar originariamente) matéria não constante da decisão recorrida.

Novamente frisamos a importância da figuração metafórica: o STF e o STJ só julgam, mediante RE e REsp, o que estiver 'dentro' do retângulo denominado acórdão ou decisão. O que estiver fora do retângulo chamado acórdão ou decisão não foi decidido, motivo por que esta circunstância não se amolda ao texto da CF 102 III e 105 III, que exigem 'causa decidida' como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. De consequência, nesta última hipótese não cabe RE nem REsp.

Seguindo essa corrente mais rígida, há doutrinadores que sustentam a tese de que a parte pode opor embargos de declaração⁴³ no intuito de prequestionar a matéria de ordem pública e, assim, afastar a sua preclusão consumativa. O professor Vicente Greco Filho é categórico ao afirmar que:

Somente é admissível o recurso especial se a matéria foi expressamente examinada pelo tribunal, ou seja, foi 'prequestionada'. O requerimento do prequestionamento, que é da tradição do direito brasileiro em matéria de recursos aos tribunais superiores, está consagrado pelas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, que eram relativas ao recurso extraordinário, mas que continuam adequadas ao recurso especial e ao próprio recurso extraordinário. O prequestionamento refere-se à matéria objeto do recurso e, também, ao fundamento da interposição. Não é possível, portanto, a apresentação de

⁴² In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 974.

⁴³ A esse respeito, preleciona Câmara, *ipsis litteris*: "Assim sendo, é preciso que a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão 'a quo', para que possa ser apreciada no recurso excepcional. Omissa a decisão contra a qual se queira opor o recurso excepcional, faz-se necessária a interposição de embargos de declaração, com o fim de prequestionar a questão federal ou constitucional". (in *Lições de Direito Processual Civil*, volume II, 18ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.128).

*matéria ou fundamentos novos, por mais relevantes que sejam, que não tenham sido objeto de exame expresso na decisão recorrida do tribunal 'a quo'. Se necessário, para que a matéria ou fundamento fiquem prequestionados, a parte pode interpor embargos de declaração, a fim de eliminar o ponto omissis. Somente em duas situações dispensa-se o prequestionamento: no caso de o fundamento novo aparecer exclusivamente no próprio acórdão recorrido, por exemplo, se o acórdão julga 'extra' ou 'ultra petita' sem que esse fato tenha ocorrido na sentença; e se, a despeito da interposição dos embargos de declaração, o tribunal se recusa a examinar a questão colocada. (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, volume 2, 18ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 371/372, g.n.)*

Com efeito, para José Saraiva os embargos de declaração é o último recurso manejável pela parte para afastar a preclusão da matéria de ordem pública⁴⁴:

*Por isso a parte pode e deve opor os declaratórios quando o tema a ser conhecido de ofício não foi apreciado pelo acórdão de segundo grau, visto que, se não o fizer, a questão resultará preclusa em face da inaplicabilidade, do princípio de que o juiz conhecerá de matérias de ordem pública em qualquer grau de jurisdição. (in *Recurso Especial e o STJ*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262).*

Por oportuno, em consonância com as lições supramencionadas, destacamos o seguinte julgado⁴⁵:

⁴⁴ No caso de rejeição dos embargos de declaração pelo Tribunal, alerta o Professor Cândido Rangel Dinamarco: “[...] Se a ‘federal question’ houver sido suscitada pela parte antes do julgamento pelo tribunal local (‘prequestionada’, portanto) e o acórdão se omitir a seu propósito, terá aquela o ônus de tirar o tribunal da omissão, opondo embargos de declaração com vista a supri-la (CPC, art. 535, inc. II); não os opondo, o recurso especial ou extraordinário será inadmissível por falta de prequestionamento (Súmula n. 356 STF).

*Mas, se a matéria não fora suscitada pela parte antes daquele julgamento, nenhuma utilidade terão os embargos declaratórios, porque nesse caso, como proclama severamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a omissão terá sido da própria parte que não prequestionou, não do tribunal que não se pronunciou sobre a matéria não prequestionada. Tendo sido feito regular prequestionamento, omitindo-se o tribunal, opondo a parte os embargos declaratórios mas negando-se o tribunal a suprir a omissão, também é muito severo o Superior Tribunal de Justiça no entendimento de que nesse caso o recurso especial deverá ter por fundamento a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil (direito ao esclarecimento) e por pedido a anulação do acórdão que julgou os embargos de declaração – não se admitindo pois o recurso especial para impugnar o acórdão antes embargado, o qual não contém violação alguma à lei federal simplesmente porque não se pronunciou sobre ela, sua interpretação ou sua aplicação. (in *Vocabulário do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216).*

⁴⁵ In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 39ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 445.

Questão de ordem pública (coisa julgada) suscitada em sede de embargos declaratórios. Ainda que suscitadas tão-somente em sede de embargos de declaração, deve o tribunal estadual pronunciar-se sobre as questões de ordem pública apreciáveis de ofício (STJ – 2ªT. REsp 122.003-SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 1.9.97, deram provimento, v.u., DJU 29.9.97, p. 48.170).

Assim, para essa corrente mais ríspida, imprescindível se faz a oposição dos embargos de declaração a fim de levantar a matéria de ordem pública cognoscível de ofício para provocar a manifestação expressa dos Tribunais acerca dela, sob pena de ser considerada preclusa quando do ajuizamento de eventual recurso excepcional.

Enfim, como visto, a linha de raciocínio dessa primeira corrente está legal e integralmente respaldada na interpretação literal dos dispositivos constitucionais, que dispõem sobre a imprescindibilidade do prequestionamento da matéria a ser levada ao conhecimento das Cortes Superiores para o cabimento dos recursos excepcionais.

Não obstante isso, temos que pontuar a inteligência de que as Cortes Superiores não se prestam a correção do acórdão recorrido ou o reexame da causa para aplicação da 'justiça' no caso concreto, frente à finalidade constitucional para o qual foram instituídas, qual seja, harmonização do direito constitucional e infraconstitucional em todo território nacional⁴⁶.

⁴⁶ “Daí a jurisprudência e a doutrina terem solidificado a máxima, pela qual tais recursos não se prestam ao mero rejuízo da causa e não discutem, em linha de princípio, a justiça da decisão recorrida. Prestam-se, ao contrário, para a harmonização do direito na federação, mediante a adoção de julgamentos paradigmáticos. Servem, nesse sentido, como meio de valorização da norma jurisprudencial e do ideal federativo, permitindo que os operadores analisem seus julgados e possam aplicá-los nos seus Estados, com a certeza de que a última palavra será dada pela Corte Superior.[...]” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos Recursos Cíveis*, 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 199/200).

Contudo, em contraposição a essa posição mais intransigente há críticas contundentes⁴⁷ no sentido de que o Poder Judiciário não pode 'fechar os olhos' para uma decisão que está eivada de nulidade absoluta, que certamente ensejará na propositura de uma nova demanda autônoma (ação rescisória), fato este que vai de encontro aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, consoante se verá adiante.

⁴⁷ *"Não se quer, com isso, dispensar o 'prequestionamento', mas, sim, atribuir-lhe a dimensão que merece, situando-o no terreno da admissibilidade. Vencida essa etapa, passa-se, sem maiores indagações, ao mérito do recurso ao 'rejulgamento' da causa, que compreende aquelas matérias. Soa insensato, 'data venia', o tribunal 'fechar os olhos' a uma nulidade que aflora dos autos e, ainda assim, deixar de pronunciá-la, permitindo que o processo caminhe até seu desfecho mesmo gravemente viciado. Essa atitude atenta contra o bom senso e o princípio da economia processual, pois a decisão que eventualmente transitar em julgado será rescindível. A parte que eventualmente sucumbir decerto não hesitará em propô-la".* (PESSOA, Roberto Dórea. *Juízo de Mérito e Grau de Cognição nos Recursos de Estrito Direito*. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recursos Cíveis e Assuntos Afins*, volume 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 505, g.n.).

V. SEGUNDA CORRENTE: DA ADMISSIBILIDADE DO EFEITO TRANSLATIVO NAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS

Por outro lado, há tendência jurisprudencial no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de se admitir o efeito translativo em sede de recurso especial quando superado o seu juízo de admissibilidade por outro fundamento⁴⁸, ainda que a matéria de ordem pública não tenha sido objeto de prequestionamento nas instâncias ordinárias.

Segundo Roberto Dórea Pessoa⁴⁹, *“conhecido o recurso de estrito direito [...], sob qualquer dos fundamentos veiculados e ‘prequestionados’, ‘abre-se’, repita-se, ‘automaticamente’ a ‘jurisdição’, sendo facultado aos tribunais superiores, repita-se, ‘rejulgar a causa’”*.

Para o Professor Bernardo Pimentel Souza o recurso especial produz efeito translativo sob o argumento de que, ultrapassado o juízo de admissibilidade, o Superior Tribunal de Justiça tem o ‘dever’ de conhecer *ex officio* as matérias de ordem pública

⁴⁸ [...] não têm os recursos em tela o chamado ‘efeito translativo’. Vale dizer que os tribunais superiores, no exame dos recursos especial e extraordinário, não podem examinar questões ‘de ordem pública’, salvo se tiverem sido prequestionadas no julgamento recorrido. Ressalte-se, porém, que há entendimento em consolidação no STJ, que atribui efeito translativo a todo recurso especial, desde que admitido por outro fundamento. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, volume 2, 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 569/570, g.n.).

⁴⁹ In *Juízo de Mérito e Grau de Cognição nos Recursos de Estrito Direito*. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recursos Cíveis e Assuntos Afins*, volume 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 503.

com supedâneo no artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰, respaldando-se em dois julgados de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (REsp n. 609.144/SC⁵¹, 1ª Turma, e REsp n. 869.534/SP⁵², 1ª Turma, DJ 10.12.2007):

⁵⁰ Artigo 257 RISTJ, *in verbis*: "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".

⁵¹ 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 NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA 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, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho 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, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa.

5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental.

(STJ, REsp 609.144/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 197, g.n.).

⁵² TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE.

1. É inadmissível o exame de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal na via do recurso especial. Todavia, conhece-se do recurso em relação à matéria infraconstitucional, que está prequestionada.

2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal "julgar a causa, aplicando o direito à espécie (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF). Para assim proceder cabe ao órgão julgador, se necessário, enfrentar a matéria prevista no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º, do CPC. Em outras palavras, a devolutividade do recurso especial, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública. Precedentes.

3. No caso, provocado por agravo de instrumento para decidir sobre o cabimento de exceção de pré-executividade (que fora negado pelo juízo de primeiro grau), o Tribunal reformou a decisão e, indo além, decidiu o mérito, contra o recorrente. Houve, portanto, duplo error in procedendo: o do julgamento ultra petita e o da reformatio in pejus, o que acarreta sua nulidade.

4. Recurso especial conhecido para, de ofício, declarar a nulidade do acórdão recorrido.

(STJ, REsp 869.534/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 306, g.n.).

*[...] 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, 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' questões de ordem pública'. (SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p.851/852, g.n.).*

No julgamento do REsp 609.144/SC o Ministro Teori Albino Zavascki relativizou o requisito constitucional do prequestionamento em seu voto consignando que:

Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial. (g.n.).

A esse respeito, interessante trazer à baila as considerações de Fredie Didier Jr., que no seu entender o prequestionamento refere-se apenas ao juízo de admissibilidade, tratando-se de mero requisito para levar a causa ao conhecimento das Cortes Superiores:

[...] poderá o STF/STJ analisar matéria que não foi examinada na instância 'a quo', pois o prequestionamento diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade. 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 do seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há nada de especial no 'juízo' de um recurso

excepcional; o 'excepcional' em um recurso excepcional está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento⁵³.

Outrossim, preleciona Hélio do Valle Pereira⁵⁴ que, “*conhecido o RE ou o REsp, o tribunal deverá prosseguir no julgamento, ‘aplicando o direito à espécie’, isto é, julgando propriamente a causa. Por exemplo, imagine-se que o STJ, reconhecendo a divergência jurisprudencial, resolva conhecer do recurso. Irá, na sequência, dar a solução correta à causa, de maneira assemelhada àquela que seria feita em qualquer processo (dano, por exemplo, pela procedência ou improcedência do pedido). Claro que se o tema posto para decisão envolver a anulação da decisão recorrida (error in procedendo), os autos deverão ser devolvidos, se for efetivamente desconstituída a deliberação. Surge, neste ponto, sustentação para admitir que, superada a fase de conhecimento, possa o tribunal avaliar até mesmo as questões de ordem pública (art. 267, § 3º, do CPC).*”

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FCVS – CONHECIMENTO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – NECESSIDADE DE QUE SEJA ABERTA A VIA DO RECURSO ESPECIAL.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 258 do RISTJ.

2. A posição doutrinária desta Corte admite seja reconhecida matéria de ordem pública, apenas se ultrapassado o juízo de conhecimento do recurso especial, por outros fundamentos, o que não é o caso dos autos, pois não conhecido o especial por ausência de prequestionamento.”

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, EDcl no Ag 1105693/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009).

⁵³ *In Regras Processuais no Código Civil*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33.

⁵⁴ PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª edição, Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, pág. 817.

Do mesmo modo, adverte Flávio Cheim Jorge “*que a apreciação dessas matérias de ordem pública somente deve ocorrer quando preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso. Significa dizer que, a despeito de atuar o tribunal oficiosamente, assim só poderá fazê-lo quando admitido o recurso. Se não conhecido o recurso, a decisão recorrida restará coberta pela preclusão (ou coisa julgada). [...] o juízo de admissibilidade dos recursos deve ser compreendido como uma questão prévia em relação à análise subsequente, ainda que não se trate propriamente do julgamento do mérito recursal. Desta feita, ainda que, por exemplo, perceba o órgão ‘ad quem’ que a decisão recorrida foi proferida por juízo absolutamente incompetente, deverá necessariamente exercer o juízo de admissibilidade. Não conhecido o recurso, não poderá decretar esse vício*”⁵⁵.

Coadunam também com a presente posição os professores Athos Gusmão Carneiro⁵⁶ e Fredie Didier Jr⁵⁷.

⁵⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 251.

⁵⁶ *In Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 55.

⁵⁷ “Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo ou profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o § 3º do art. 267 do CPC, ‘porque não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo [ou do próprio direito, acrescente-se], profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial’ [OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, São Paulo: RT, 2002, p.342]. Esse, aliás, é o entendimento já firmado no âmbito da 2ª Turma do STJ, assim expressado: ‘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

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, essa posição é a que “*parece melhor confortada pelo binômio ‘instrumentalidade do processo-efetividade da prestação jurisdicional’, registrando, outrossim, que em algum modo se lhe agrega – ao menos em espírito – o quanto vem disposto no § 3º do art. 515 do CPC, permitindo ao tribunal, nos caso do CPC, art. 267, ‘julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento’*”⁵⁸.

Afirma Aderbal Torres de Amorim que, uma vez ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, torna-se admissível a aplicação do efeito translativo, pois, do contrário, haveria a inobservância do inciso II do artigo 1º da Constituição Federal⁵⁹:

Ao examinar questões de ordem pública, a limitação há de ser, unicamente, o ‘conhecimento’ do recurso extraordinário. Conhecido este, não podem ser ignoradas. Fazê-lo, seria grave atentado à própria cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito que a Carta Maior consagrou (Constituição, art. 1º, inc. II). (in O Novo Recurso Extraordinário, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 71/72).

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’, É com base nessa premissa que se permite ao STJ fazer controle de constitucionalidade, no julgamento do recurso especial, da lei que se reputa ofendida”. (In *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3, 5ª edição, Bahia: JusPodivm, 2008, pág. 276.

⁵⁸ In *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 11ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 280.

⁵⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (g.n.).

Na ótica do professor Paulo Henrique dos Santos Lucon as matérias de ordem pública, por se tratarem de nulidade absoluta, estão acima do prequestionamento e, portanto, podem ser conhecidas de ofício em qualquer instância jurisdicional, inclusive nas Cortes Superiores:

Outros casos merecem também a análise dos tribunais superiores quando superada a fase de conhecimento do recurso: restando inequívoca a nulidade absoluta ou inexistência do processo, não há como o órgão jurisdicional 'ad quem' deixar de se pronunciar sobre tais matérias. Apreciar o mérito antes de seu exame constitui equívoco inadmissível.

Havendo violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido, principalmente naqueles casos em que a decisão será inutilmente dada. É por isso que matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento. A violação à norma jurídica por inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser desconsiderada pelo julgador, qualquer que seja o órgão jurisdicional⁶⁰.

Posiciona-se favoravelmente a essa corrente, dentre outros, Marcus Vinícius Ribeiro, sob o fundamento de que as matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão, apesar de tal entendimento não ser o predominante:

“Discute-se sobre o efeito translativo nos recursos excepcionais, isto é, sobre a possibilidade de os tribunais superiores decidirem a respeito de matérias de ordem pública que não tenham sido suscitadas, nem prequestionadas. Cumpre saber se o STF ou o STJ, no exame de um recurso extraordinário ou especial, ao verificar a falta de uma das condições da ação, ou de um pressuposto processual de existência ou de validade do processo, poderão conhecê-las de ofício. A questão é controvertida. Como as matérias de ordem pública não estão sujeitas a preclusão, melhor seria que os tribunais superiores tivessem a possibilidade de decidi-las de ofício.

O entendimento predominante, porém, é o de que os recursos excepcionais não são dotados de efeito translativo, e seu âmbito de conhecimento é restrito àquilo que tenha sido prequestionado. Nesse sentido: ‘Na via estreita do recurso especial não se admite ao

⁶⁰ Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

STJ conhecer de ofício (ou sem prequestionamento) nem mesmo das matérias a que alude o § 3º do art. 267 do CPC' (RSTJ, 74:277)"⁶¹.

Seguindo essa posição menos rigorosa, adverte o ilustre professor Athos Gusmão

Carneiro:

A 1ª Turma do STJ entendeu, outrossim, que o recurso especial, 'como os demais recursos, está jungido ao princípio da devolutividade – *tantum devolutum, quantum appellatum* – não se podendo, pois, na fase extraordinária, inovar na causa, com a invocação de outros fundamentos jurídicos ou *causa petendi* diversa, estranhos ao contexto da formulação'. Assim, em face da exigência de prequestionamento, 'não tem cabimento a regra do artigo 462 do CPC, em razão da impossibilidade de se considerar fato jurígeno superveniente, no caso, a edição da MP n.º 1.577/97' (Bem. Decl. No REsp. n.º 97.869, rel. Min. Demócrito Reinaldo, AC. 19.02.1998. Esta posição, no entanto, parece-nos radical: caso haverá em que, v.g., o fato extintivo do direito objeto da lide deverá ser tomado em consideração, sob pena de a decisão do STJ 'cair no vazio', ou assumir caráter meramente doutrinário. (Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 55, g.n.).

A propósito, como já dito, tem sido significativo o número de julgados do Colendo

Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, senão vejamos:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – APRECIÇÃO APENAS NO VOTO VENCIDO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA 320/STJ) – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO TIDO POR VIOLADO – DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO (SÚMULA 284/STF).

1. Admite-se o conhecimento de matéria de ordem pública, mesmo na ausência de prequestionamento, desde que a instância especial tenha sido aberta por outra questão, o que não ocorreu na presente hipótese.

2. O alegado foro por prerrogativa de função não foi examinado nos votos vencedores proferidos na origem, mas apenas no voto vencido, razão pela qual se aplica o disposto na Súmula 320/STJ.

3. O recorrente não indicou, de forma precisa e clara, quais os dispositivos legais supostamente violados com relação à alegada inadequação da via eleita e ao suposto foro por prerrogativa de função. Incidência do enunciado 284 da Súmula do STF.

Agravo regimental improvido".

⁶¹ In *Novo Curso de Direito Processual Civil*, volume 2, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 154.

(STJ, AgRg no REsp 1077909/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009, g.n.).

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO. EFEITO TRANSLATIVO. PREJUDICADO.

1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005.

2. O efeito translativo é inaplicável, quando a matéria refere-se ao mérito da irresignação e o recurso não é admitido.

3. In casu, o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, ora embargante, sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade, fato que, evidentemente, obstaculiza a aplicação do efeito translativo, e, conseqüentemente, a análise da prescrição.

4. Embargos de Declaração rejeitados”.

(STJ, EDcl nos EDcl no REsp 645.595/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008, g.n.).

Todavia, em que pese o entendimento mitigado dessa Corte Superior, atualmente essa posição não vem sendo acolhida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, o qual entende inaplicável o efeito translativo ao recurso extraordinário diante do indispensável prequestionamento específico da matéria de ordem pública, consoante se extrai das seguintes ementas colacionadas:

“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”

(STF, AI 633188 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/10/2007, DJe-134 DIVULG 30-10-2007 PUBLIC 31-10-2007 DJ 31-10-2007 PP-00085 EMENT VOL-02296-09 PP-01776)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A matéria constitucional contida no recurso extraordinário não foi objeto de debate e exame prévios no Tribunal a quo. Tampouco foi suscitada nos embargos de declaração opostos, o que não viabiliza o extraordinário por ausência do necessário prequestionamento. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-

se no sentido de que, ainda que a questão verse sobre matéria de ordem pública, é necessário o prequestionamento.

(STF, AI 733846 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL-02365-13 PP-02650, g.n.).

Depreende-se, desse modo, que a mitigação da aplicação do efeito translativo nos recursos excepcionais é fruto de entendimento jurisprudencial exclusivo do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Outro não tem sido o entendimento dos professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Trata-se de forma excepcional de recurso, não configurando terceiro ou quarto grau de jurisdição, tampouco instrumento processual para correção de injustiça. Daí não poder ser invocada, em grau de RE, a ordem pública de que se revestem algumas questões, para que possam ser apreciadas 'ex officio' e pela primeira vez pelo STF, 'no juízo de cassação'. As questões de ordem pública devem ser decididas 'ex officio' pelo juiz ou podem ser argüidas a qualquer tempo e grau 'ordinário' de jurisdição (TJ, TRF, TRT ou TER), conforme autorizam os CPC 267 § 3º e 301 § 4º, mas não, pela primeira vez, em RE ou REsp, que são mecanismos de 'rejuízo' da causa (matéria), pressupondo matéria 'já decidida', conforme clara disposição dos CF 102 III e 105 III. Verificada a procedência da alegação do recorrente, de que o tribunal 'a quo' infringiu a CF, o STF, dando provimento ao RE, cassará o acórdão recorrido e, numa segunda fase do julgamento ('juízo de revisão'), aplicará o direito à espécie, podendo ingressar no mérito do caso concreto, apreciar as provas e dar o direito a quem o tem (STF 456). (in Constituição Federal Comentada e legislação constitucional, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 482, g.n.).

VI. DA APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPECIE: SÚMULA 456 DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto, a despeito de haver uma corrente doutrinária e jurisprudencial mais rígida, inicialmente ressaltada no capítulo IV supra, há uma posição menos rigorosa que vem se destacando e ganhando corpo na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que entende aplicável o efeito translativo no recurso especial, desde que admitido por qualquer outro fundamento devidamente prequestionado, autorizando, desse modo, o conhecimento das matérias de ordem pública de ofício.

Na realidade, o entendimento mitigado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça tem como supedâneo a aplicação analógica da Súmula 456 do Supremo Tribunal⁶² Federal e do artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

⁶² “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NÃO PREQUESTIONADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO POR OUTRO FUNDAMENTO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. TRANSFUSÃO DE SANGUE EM RECÉM NASCIDO. SANGUE CONTAMINADO PELO VÍRUS HIV.

TRATAMENTO REALIZADO PELO INSTITUTO FERNANDES FIGUEIRA. DECRETO 66.624/1970. UNIDADE TÉCNICO-CIENTÍFICA DA FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). ENTIDADE DOTADA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, SUJEITA A REGIME JURÍDICO E ADMINISTRATIVO CONSTANTE DE SEU ESTATUTO.

1. O fato de a questão da legitimidade passiva não ter sido alvo de prequestionamento não impede que esta Corte Superior trate do ponto.

É que os recursos extraordinários (em sentido lato) também possuem o efeito translativo, ainda que de abrangência mais limitada, tendo em conta a necessidade de que o inconformismo seja conhecido ao menos por algum outro fundamento que não o que deixou de ser prequestionado. Incide, no caso, a Súmula n. 456 do STF, por analogia.

2. Os registros do nascimento do então recém nascido indicaram desconforto respiratório e palidez acentuada, razão porque realizou sessões de transfusão de sangue no Instituto Fernandes Figueira. Sucederam-se diversas internações do recorrido, também naquele hospital, por força de pneumonia, submetendo-se a outras 4 sessões de transfusão de sangue. Nesse período foi requisitado a realização de hemocultura, tendo indicado sorologia positiva para HIV.

Registrou-se, ainda, que os genitores do recorrido não são soropositivos para AIDS, fato que elide a hipótese de a criança ter contraído HIV em outras circunstâncias que não na realização da hemoterapia ministrada no Instituto Fernandes Figueira.

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

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

Acerca do artigo 257 do Regimento Interno do Colendo Superior Tribunal de Justiça, preleciona o Professor Bernardo Pimentel Souza que, conhecido o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça aprecia a causa e aplica o direito à espécie no caso concreto:

*O efeito devolutivo do recurso especial permite a alegação tanto de **error in iudicando** quanto de **error in procedendo**. E, conhecido o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça indica a solução jurídica que considerar adequada, aplicando-a no caso concreto. É o que estabelece o artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. O inciso III do artigo 105 da Constituição Federal também revela que a ‘causa’ é julgada, desde que possível. Ao contrário do que ocorre nas Cortes de Cassação francesa e italiana, o próprio Superior Tribunal de Justiça aplica o direito à espécie. (SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 848/849, g.n.).*

Assevera Aderbal Torres de Amorim que o próprio Supremo Tribunal Federal tornou cognoscível as questões de ordem pública em sede de recurso excepcional, desde que superado o seu juízo de admissibilidade, com a edição da Súmula 456, *in*

3. O Instituto Fernandes Figueira desde maio de 1970 e por força do Decreto 66.624/1970, tornou-se Unidade Técnico-Científica da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). O artigo 2º do Decreto 66.624/70 preceitua que a Fundação Oswaldo Cruz é entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sujeita a regime jurídico e administrativo constante de seu Estatuto.

4. Evidencia-se, pelo exposto, que em sendo o Instituto Fernandes Figueira instituição vinculada à Fundação Oswaldo Cruz que, por sua vez, possui personalidade jurídica própria de direito privado, por força de disposições de lei federal, não há como atrair a legitimidade da União para responder por atos lesivos praticados nas dependências das entidades vinculadas à Fiocruz.

5. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial, declarando a ilegitimidade da União para figurar no pólo passivo da presente demanda indenizatória.” (STJ, AgRg no REsp 900.449/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009, g.n.).

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

*É o reconhecimento de que não pode o Órgão guardião da Constituição simplesmente ignorar as graves ocorrências processuais que em outras instâncias levariam, por vezes, à nulidade do processo. Seria a entronização da injustiça não poder a Suprema Corte conhecer, em nome de repugnante imobilidade procedimental, dessas relevantes questões. Nesse caso, conhecido o recurso extremo, o Tribunal apreciará as questões de ordem pública, tanto quanto o faz a jurisdição ordinária, segundo os comandos infraconstitucionais. (in *O Novo Recurso Extraordinário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 70, g.n.).*

Todavia, como já explicitado no capítulo anterior, não tem sido esse o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal no que concerne a cognição das matérias de ordem pública:

“1. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. 2. Imposto de renda de pessoa jurídica: correção monetária de suas demonstrações financeiras: L. 8.200/91, com a redação dada pela L. 8.683/93 (art. 3º, I): constitucionalidade reconhecida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 201.465, Jobim, Inf. STF/266, quando se firmou o entendimento de que não cabe à norma constitucional a disciplina sobre o índice que melhor reflita a inflação para os fins de indexação dos balanços das empresas, afastadas, ainda, as alegações de indevida majoração de base de cálculo de imposto de renda, de irregular instituição de empréstimo compulsório, de confisco e de violação aos princípios da anterioridade, legalidade e isonomia. 3. Recurso extraordinário e prequestionamento: não dispensa o prequestionamento, segundo a jurisprudência da Corte, que a matéria seja de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias: incidência das Súmulas 282 e 356: precedentes. 4. Agravo regimental: não se presta ao exame de matéria estranha à questão constitucional objeto do RE e que não pode ser originariamente decidida nesta instância. (STF, RE 219703 ED, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 20-10-2006 PP-00061 EMENT VOL-02252-03 PP-00521).

“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". (STF, AI 505029 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 06-05-2005 PP-00029 EMENT VOL-02190-08 PP-01472)

De acordo com Roberto Dórea Pessoa, *“rejulgar a causa’ quer dizer, em suma, que, positivo o juízo preliminar de admissibilidade do recurso, o tribunal pode ‘julgar a lide’, inclusive sob ‘prisma’ (ou ‘fundamento’) ‘diverso’ do que foi encampado no acórdão”*⁶³.

E, continua:

[...] não está o Tribunal Superior vinculado ao fundamento consignado no acórdão recorrido para ‘rejulgar a causa’. Pode, em tese, adotar outro fundamento, ainda que não ventilado na causa, se ‘conheceu’ do recurso excepcional. O recurso não é necessariamente o mesmo, sói acontecer.

O STF adotou essa técnica de julgamento no RE 298.694 e RE 298.695⁶⁴, rompendo, assim, com uma antiga tradição do tribunal no sentido de que estaria adstrito ao fundamento constitucional sobre o qual se lastreou o acórdão.

[...]

A razão que inspirou essa nova postura do STF é a mesma que está subjacente à Súmula 456 de sua jurisprudência: o poder de ‘rejulgar a causa’.

⁶³ *In Juízo de Mérito e Grau de Cognição nos Recursos de Estrito Direito. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais do Recursos Cíveis e Assuntos Afins, volume 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 509.*

⁶⁴ *Aliás, comentando o RE 298.695, enfatiza Cassio Scarpinella Bueno: “O que prevaleceu no julgamento do RE 298.695, no que diz respeito ao objeto desse trabalho, foi a necessidade de o STF alterar a sua ‘técnica de julgamento’, motivado, sobretudo, pela tradicional característica da nossa mais alta Corte de Justiça que, ao contrário de outros tribunais constitucionais do mundo afora, ao conhecer do recurso ‘julga’ a causa, é dizer, seguindo as mais corretas lições da doutrina, superar com timidez, o que faz parte do ‘juízo de admissibilidade recursal’ (conhecer ou não conhecer de um recurso quando presentes seus respectivos pressupostos de admissibilidade) e o que já não faz mais parte dele, mas é o que realmente interessa, superada todas as carcaças processuais, o ‘mérito do recurso’. Isto, fundamentalmente, para, entre outros motivos, dar supedâneo à possibilidade de ‘alteração’ de fundamento da decisão recorrida, mesmo que seja para mantê-la. O que se decidiu foi que o STF pode, para conhecer ou não do recurso, verificar amplamente qual o melhor fundamento constitucional que se ajusta à decisão recorrida, independentemente da ‘específica’ ofensa retratada nas razões do recurso extraordinário ou, mais corretamente, no acórdão ou decisão recorrida”. (in De Volta ao Prequestionamento – Duas Reflexões sobre o RE 298.695-SP. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais, volume 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 67/68).*

O problema está em estabelecer os limites do 'rejulgamento', tarefa nada fácil, pois o caminho é tortuoso. A compreensão do sentido e alcance da súmula exige, a princípio, uma noção exata do 'prequestionamento', enquanto requisito de admissibilidade, que, como visto acima, não interfere, direta ou indiretamente, no mérito do recurso ou na profundidade da cognição⁶⁵.

Dentro desse contexto, preleciona Paulo Henrique dos Santos Lucon que, extrapolado o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, as Cortes Superiores não estão vinculadas aos dispositivos violados suscitados pelas partes, podendo, além deles, apreciar outras eventuais violações, se o caso:

[...], estabelece que o 'STF, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie'. A partir dessa premissa, sendo conhecido o recurso extraordinário ou especial, o tribunal deverá necessariamente apreciar, de ofício, as matérias não disponíveis e de ordem pública constantes do ordenamento jurídico.

Segundo a Súmula 528 do STF, 'se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do tribunal 'a quo', de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará apreciação de todas pelo STF, independentemente de interposição de agravo de instrumento'.

Por essa linha, estando comprovado o enfrentamento explícito de um dos dispositivos legais violados, nada impede que o STJ e o STF, órgãos responsáveis pela preservação da ordem legal e constitucional, apreciem as demais violações.

(Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44, g.n.).

No mesmo sentido, preleciona José Miguel Garcia Medina: que, se “o Tribunal conhecer o recurso interposto, deverá, no juízo de mérito, julgar a causa, ‘aplicando o direito à espécie’ (cf. Súmula 456 do STF).

Assim, ficará livre o Tribunal para apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como de outras objeções, no julgamento do mérito do recurso.

⁶⁵ Ibidem, p. 508/509.

[...]

No caso, uma vez admitido o recurso, se o Tribunal Superior não se manifestar, por exemplo, sobre a ausência das condições da ação, não estará aplicando o direito à espécie.

Reitere-se que tal orientação não dispensa a necessidade de prequestionamento, para que o recurso seja 'conhecido'. Assim, por exemplo, não se admite recurso especial fundado em falta de condição ação, se este tema não tiver sido enfrentado pela decisão recorrida. No entanto, interposto e conhecido o recurso especial com base em outro fundamento, a ausência da condição da ação poderá ser examinada 'ex officio', pelo STJ"⁶⁶.

Ainda, de acordo com José Miguel Garcia Medina:

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

Assim, permite-se que, no julgamento do mérito do recurso extraordinário ou especial, sejam considerados 'fundamentos jurídicos não examinados expressamente pela decisão recorrida'.

Aplica-se tal orientação, no entanto, apenas em relação a fundamentos jurídicos, já que os Tribunais superiores julgam a causa, 'aplicando o direito à espécie', atentando à descrição dos fatos, tal como estabelecidos na decisão recorrida.

(in Prequestionamento e Repercussão Geral, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 98/99).

Os Tribunais Superiores, ao 'aplicar o direito à espécie', não revolvem os fatos e as provas produzidas, tal como poderia suceder no julgamento de apelação. Com efeito, os fatos serão reexaminados na medida em que estiverem descritos na decisão recorrida.

Neste caso, o Tribunal Superior não analisará os fatos com o intuito de conferir se ele ocorreram ou não do modo estabelecido pelo juízo 'a quo', mas apenas para extrair as respectivas conseqüências jurídicas dos referidos fatos.

Por isso, podem as partes exigir, do órgão 'a quo', que este se manifeste com precisão acerca dos fatos, já que sobre estes fatos, tal como especificados na decisão recorrida, recairá o juízo de mérito dos recursos extraordinário e especial.

(in Prequestionamento e Repercussão Geral, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 99/101).

⁶⁶ *in Prequestionamento e Repercussão Geral, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95/97.*

Com efeito, uma vez superado o juízo de admissibilidade do recurso excepcional por outro fundamento, abre-se a via especial, por meio da qual é devolvida à Corte Superior a matéria objeto da insurgência em seu sentido amplo, incluindo-se, igualmente, nesse particular, a de ordem pública, aplicando-se, por via de consequência, o “direito à espécie”.

Nesse sentido tem sido o entendimento de grande parte dos julgados proferidos perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA TESE DO RECURSO ESPECIAL – NULIDADE ABSOLUTA – CONHECIMENTO EX OFFICIO – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL.

1. Inviável análise de recurso especial cuja tese não foi objeto de debate no Tribunal de origem. Aplicação da Súmula 282/STF.
2. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer das nulidades absolutas.
3. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, apenas se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).
4. Agravo regimental não provido.”
(STJ, AgRg no AgRg no Ag 1072674/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 08/09/2009).

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ARTS. 128 E 460 DO CPC. JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO ESPECIAL.

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.
3. Aplicação analógica da Súmula 456/STF, segundo a qual "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".
4. Diz-se extra petita a decisão que aprecia pedido ou causa de pedir distintos daqueles apresentados pelo autor na inicial, isto é, aquela que confere provimento judicial sobre algo que não foi pedido.

5. Na hipótese, as autoras, ora recorrentes, defenderam que o enquadramento das atividades da empresa, para fins de apuração das alíquotas do SAT, deve corresponder ao grau de risco da atividade desenvolvida em cada estabelecimento da empresa. A Corte regional, porém, proferiu julgamento diverso relativo à possibilidade de o decreto regulamentador dispor sobre o grau de risco das atividades desenvolvidas pelas empresas, dada a impossibilidade de a lei prever todas as condições sociais, econômicas e tecnológicas que emergem das atividades laborais.

6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos, para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento”.

(STJ, EDcl nos EDcl no REsp 920.334/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 12/08/2008).

Uma vez destacadas as ementas acima colacionadas, importante destacar as ponderações assentadas pelo Humberto Theodoro Júnior a respeito do tema:

discute-se sobre ser, ou não, o pré-questionamento condição para que o Superior Tribunal de Justiça examine questão de ordem pública não enfrentada pelo acórdão impugnado por meio de recurso especial, havendo correntes em ambos os sentidos. O entendimento que se coloca numa posição intermediária parece ser o mais razoável: o STJ pode apreciar, de ofício, questão de ordem pública como as condições da ação, desde que tenha sido conhecido o especial, caso em que se deverá aplicar o direito à espécie. O tema incluir-se-ia no efeito devolutivo em profundidade, que abrange os pressupostos do julgamento a ser reexaminado. Esse é, atualmente, o pensamento predominante no STJ, que, entretanto, deve ser entendido cum grano salis, para manter fidelidade ao sistema recursal traçado pela Constituição e evitar que o recurso especial se torne palco de uma terceira e ampla instância, o que desfiguraria, por completo, sua função institucional⁶⁷. (g.n.).

Assim, o professor Humberto Theodoro Jr. entende que o efeito translativo no recurso especial decorrente do “efeito devolutivo profundo”⁶⁸ é o entendimento mais

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, volume I, 47ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 727.

⁶⁸ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA IMPUGNAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE ABSOLUTA. PREQUESTIONAMENTO. EFEITO TRANSLATIVO.

1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005.

razoável a ser aplicado pelas Cortes Superiores, com a ressalva de que se deve respeitar o modelo recursal previsto em nossa Constituição Federal para os recursos excepcionais, sob pena de transformá-las numa “terceira e ampla instância”, afastando-as do seu fim colimado, qual seja: uniformização do direito – constitucional e infraconstitucional – dentro do território nacional.

Conquanto existam muitos julgados seguindo essa linha de raciocínio, Cássio Scarpinella Bueno critica veementemente a indigitada aplicação analógica da Súmula 456 do STF no julgamento dos recursos especiais:

Mesmo a lembrança da Súmula 456 do STF não dá embasamento àquele entendimento, renovadas as vênias de estilo. Como expõe o n. 11, infra, aquela diretriz jurisprudencial deve ser entendida no seu devido contexto, em consonância com os contornos que os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal dão ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. O desempenho de sua atividade judicante não se limita a ser ‘rescindente’, o que não autoriza, contudo, que aqueles Tribunais

2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, porquanto cumpre ao Tribunal “julgar a causa, aplicando o direito à espécie” (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF).

3. In casu, o Tribunal a quo atribuiu efeito modificativo aos embargos de declaração, para declarar válida intimação da penhora à execução, que no julgamento do recurso de apelação havia considerado nula, mas não intimara a parte apesar do efeito infringente conferido.

4. Conquanto inexista previsão legal expressa quanto à necessidade da intimação do embargado para impugnar embargos declaratórios, a jurisprudência dos Tribunais Superiores pacificou-se no sentido de sua exigência, nos casos de resultado modificativo, sob pena de violação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Precedentes: REsp 686752/PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 27/06/2005; EEDAGA 314.971/ES, Relator Min. Luiz Fux, 1ª Turma, unânime, DJ de 31/05/2004; REsp 316.202/RJ, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, unânime, DJ de 15/12/2003;

5. É cediço na doutrina que: O princípio do contraditório é reflexo da legalidade democrática do processo e cumpre os postulados de todo e qualquer procedimento que o abandone. A técnica de reconstituição dos fatos através da fala de ambas as partes decorre da necessidade de o juiz prover, o quanto possível, aproximado da realidade.

Trata-se de instituto inspirado no dever de colaboração entre as partes para com o juízo e na isonomia processual (FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 3ª ed., p. 254/255).

6. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, para que seja aberto prazo para impugnação aos embargos de declaração opostos pelo ora recorrido”.

(STJ, REsp 1080808/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 03/06/2009, g.n.).

julguem outra matéria que não as ‘causas decididas’. Como admitir a sua atuação oficiosa sobre matéria até então inédita, não discutida e, por isso mesmo, não ‘decidida’ pelas instâncias ordinárias? Como uniformizar a interpretação e aplicação do direito independentemente de sua controvérsia anterior? O papel que cada um daqueles dois Tribunais exerce em sede de recurso extraordinário e de recurso especial impõe o afastamento destas questões.

Conclui que os julgados que deram origem à Súmula 456 do STF não dão a entender que as Cortes Superiores estariam autorizadas a julgarem o recurso excepcional como um verdadeiro tribunal de apelação, ainda que conhecido por qualquer outro fundamento:

“o exame dos precedentes indicados como fontes da precitada Súmula 456 pelo próprio Supremo Tribunal Federal – Pleno, RE-ED 46.988/SP, rel. p./acórdão Min. Victor Nunes, j.m.v. 31.7.1961, DJ 20.11.1961; 2ª Turma, RE 35.833/RS, rel. Min. Victor Nunes, j. un. 28.11.1961, DJ 11.11.1962; e Pleno, RE 56.323/MG, rel. Min. Victor Nunes, j. un. 1º.10.1964, DJ 5.11.1964 – não autoriza o entendimento de que o ‘julgamento da causa’, tal como sumulado, significaria que o Tribunal Superior estaria apto, só por ‘conhecer’ do recurso, a julgá-lo como se se tratasse de uma verdadeira ‘apelação’. Pelo contrário, o que é esclarecido pela leitura daqueles julgados é que é possível, ao Supremo Tribunal Federal (e, por identidade de motivos, ao Superior Tribunal de Justiça), superado o juízo de ‘admissibilidade’ do recurso extraordinário, examinar as provas, ‘desde que indispensável para julgar a questão federal envolvida’ (AI 23.496/MG).

[...]

Não há, em todos aqueles precedentes, nenhuma menção, vale ênfase, a qualquer outro comportamento que seria legítimo ao Supremo Tribunal Federal (e ao Superior Tribunal de Justiça) com vistas ao ‘julgamento da causa’, só porque superado o crivo da admissibilidade recursal”.

E, continua:

***Mesmo que fosse correta a ilação a partir daqueles precedentes, contudo, passados mais de quarenta e quatro anos da publicação da Súmula 456 e, desde então, quatro Constituições Federais e dois Códigos de Processo Civil – para fazer menção, apenas, aos diplomas normativos mais vistosos -, além de uma total revolução na forma de pensar o direito como um todo e, em específico, do próprio comportamento do Supremo Tribunal Federal (e do mais recente Superior Tribunal de Justiça), não seria despropositado, pelas razões já apresentadas, duvidar, objetivamente, de que hoje em dia um tal entendimento fosse ‘sumulado’.”* (In Curso**

Sistematizado de Direito Processual Civil, volume 5, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 292/293).

Por outro lado, de acordo com o professor Nelson Nery Jr. aplicar o direito à espécie:

[...] é exatamente julgar a causa, examinado amplamente todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, inclusive as de ordem pública que não tiverem sido examinadas pelas instâncias ordinárias. É que, removido o óbice constitucional da 'causa decidida' (CF 102 III e 105 III), o que só se exige para o 'juízo de cassação' dos RE e REsp, o STF e o STJ ficam livres para, amplamente, 'rever' a causa. O reexame de provas, portanto, não é viável no juízo de cassação dos RE e REsp, mas é absolutamente normal e corriqueiro no juízo de revisão. (In Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 974).

Assim, o referido doutrinador entende que somente após o juízo de cassação é que as Cortes Superiores podem revisar o julgado na sua integridade, incluindo aí o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública, não, bastando, portanto, a mera superação do seu juízo de admissibilidade, como entende a maioria dos estudiosos. Em resumo, no seu entender é imprescindível o provimento do recurso excepcional anulando o julgado no juízo de cassação para somente então aplicar o direito à espécie como se fosse um tribunal de apelação no juízo de revisão:

Não estando presentes os requisitos constitucionais da CF 105 III, o tribunal não poderá conhecer do REsp. Verificando que os requisitos de admissibilidade estão presentes, o STJ conhecerá do REsp. É o que diz o RISTJ 257. Mas ainda não basta, Para que possa 'aplicar o direito à espécie' (última parte do RISTJ 257), é imprescindível que 'casse' o acórdão recorrido, o que, em outras palavras, significa que deve, primeiro, 'dar provimento' ao REsp para, somente depois, 'aplicar o direito à espécie'. Não é admissível a 'revisão' do julgado recorrido antes que seja

'cassado'. Portanto, não é suficiente que o STJ conheça do REsp para que possa aplicar o direito à espécie.

[...]

Somente depois de 'cassar' a decisão recorrida, isto é, apenas depois de decidir que a instância inferior, v.g., realmente ofendeu a CF 102 III 'a' ou negou vigência à lei federa (CF 105 III 'a') é que o tribunal superior poderá aplicar o direito à espécie, isto é, rejulgar a causa em sua inteireza. Este é o sentido da expressão 'conhecer' constante do verbete da súmula simples do STF e do RISTJ 257, objeto de nossas considerações.⁶⁹ (g.n.)

Dessa forma, o ilustre professor tece críticas à redação da Súmula 456 do STF enfatizando que no seu entender onde se lê 'conhecer' deve-se ler 'prover':

Anote-se que o STF 456 diz que o STF aplicará o direito à espécie quando 'conhecer' do RE. Evidentemente que existe imprecisão terminológica na redação do verbete, de modo que o termo 'conhecer', ali empregado, deve ser lido como 'prover'.

'Julgará a causa', expressão constante do STF 456, significa proferir juízo de revisão. Antes de cassar a decisão recorrida, a causa continua julgada pelo juízo ou tribunal 'a quo'. Uma vez cassada a decisão recorrida, a causa fica sem solução porque a decisão inferior que a julgara desapareceu. É preciso, portanto, que o STF rejulgue não apenas a matéria impugnada, mas 'toda' a causa, o que implica a necessidade de ampla apreciação e revisão de provas, por exemplo.

[...]

Situação idêntica se passa com os recursos excepcionais (RE, REsp e RR): verificando que a decisão incorreu numa das hipóteses de cassação mencionadas na CF 102 III e 105 III, o STF, o STJ e o TST proferem, primeiro, juízo de cassação ('iudicium rescindens'), anulando e rescindindo a decisão recorrida, porque v.g. ofendeu a CF ou a lei federal. Anulada a decisão recorrida, o tribunal superior passa a rejulgar a causa, como se fosse juízo de competência originária ou tribunal de apelação: pode examinar todas as circunstâncias da causa, analisando e revendo amplamente as provas produzidas, aplicando o CPC 267 § 3º e 301 § 4º, isto é, decidindo 'ex officio' e 'pela primeira vez' as questões de ordem pública não suscitadas pela parte.⁷⁰ (g.n.)

⁶⁹ in *Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257)*. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 973/974.

⁷⁰ in *Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257)*. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 973.

VII. TERCEIRA CORRENTE – INTERMEDIÁRIA: DA ADMISSIBILIDADE DO EFEITO TRANSLATIVO NAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS COM ALGUMAS RESSALVAS

Defendendo posição intermediária, Rita Dias Nolasco sustenta o entendimento de que, uma vez ultrapassado o juízo de admissibilidade, as Cortes Superiores apenas poderão conhecer de ofício as matérias de ordem pública se houver algum vínculo delas com o mérito recursal e desde que não implique na apreciação de provas:

[...] concluímos que, conhecido o recurso (especial ou extraordinário), atendidos os requisitos genéricos de admissibilidade e o requisito específico do prequestionamento, somente será possível o reconhecimento, de ofício, da matéria de ordem pública processual (como falta de condição da ação ou de pressuposto processual) que esteja ligada ao mérito do recurso e desde que não haja necessidade do reexame de provas. Ou seja, admitimos que, no julgamento desses recursos, a matéria de ordem pública poderá ser conhecida de ofício quando impedir o julgamento do mérito do recurso, além disso precisa estar evidente no processo. E o reconhecimento de ofício da matéria de ordem pública atinge somente a parte da decisão que foi impugnada⁷¹.

No tocante à extensão da Súmula 456 do STF e dos artigos 324 do Regimento Interno do STF e 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça discorre

Rita Dias Nolasco:

A exigência de que não haja necessidade do reexame de provas para o reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública surge em razão dos recursos extraordinário e especial serem recursos de estrito direito que não permitem apreciação de questões de fato e que não permitem o reexame de provas. Assim, a previsão contida na Súmula 456 do STF, no art. 324 do RISTF e no art. 257 do RISTJ, de que admitido o recurso haverá o

⁷¹ *In Possibilidade do Reconhecimento de Ofício de Matéria de Ordem Pública no âmbito dos Recursos de Efeito Devolutivo Restrito. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais do Recursos Cíveis e Assuntos Afins, volume 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.488/489.*

'rejulgamento da causa', não exime os tribunais superiores de respeitarem os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário .

A regra é a de que, ao conhecer dos recursos especial e extraordinário, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal ou constitucional 'decidida' e 'impugnada' pelo recorrente.

Todavia entendemos que os recursos especial e extraordinário também possuem efeito translativo, aplicando-se o disposto no art. 267, § 3º, do CPC. Mas o reconhecimento de ofício da matéria de ordem pública no âmbito dos recursos extraordinários só pode ser admitido quando impedir o julgamento do mérito do recurso, e desde que não haja necessidade de apreciação de questões de fato e reexame de provas para conhecê-la⁷².

Destarte, para a referida doutrinadora o efeito translativo nos recursos excepcionais somente poderá suceder quando impedir o julgamento do mérito recursal e não importar no reexame da matéria fático-probatória, porquanto a previsão contida na Súmula 456 do STF, no artigo 324 do RISTF e no artigo 257 do RISTJ não têm o condão de afastar a observância das regras específicas aplicáveis aos recursos especiais e extraordinários

No mesmo sentido, sobre o verdadeiro alcance da Súmula 456 do STF, adverte Teresa Arruda Alvim Wambier que a aplicação do direito à espécie no rejulgamento da causa não pode gerar a apreciação da matéria fático-probatória, uma vez que para o reexame da causa no âmbito dos recursos excepcionais os subsídios devem ser simplesmente aqueles delineados no acórdão recorrido:

[...] o rejulgamento da causa, a que se faz referência nesta súmula, deve ocorrer uma vez flagrada a ilegalidade, mas com as limitações relativas à impossibilidade de se reverem fatos e de se reexaminarem provas. Em princípio, os recursos especial e extraordinário devem poder ser decididos sem que haja necessidade de que os autos sejam

⁷² *in Possibilidade do Reconhecimento de Ofício de Matéria de Ordem Pública no âmbito dos Recursos de Efeito Devolutivo Restrito. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais do Recursos Cíveis e Assuntos Afins, volume 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.489/490.*

reexaminados. ‘Como regra geral, os elementos para rejuízo da causa devem constar da própria decisão recorrida’.⁷³

Porém, em sentido oposto, defende Nelson Nery Jr. que no juízo de revisão⁷⁴:

“Revisar significa ‘rejuízo’, juízo de novo”.

Para que possa proferir adequada e corretamente o juízo de revisão, o tribunal superior deverá ingressar livremente no exame da prova constante dos autos, funcionando como verdadeiro tribunal de apelação, podendo inclusive, corrigir injustiça. No juízo de revisão, porque exerce funções de tribunal de apelação (segundo grau de jurisdição), pode o tribunal superior examinar pela primeira vez as questões de ordem pública, que devem ser examinadas em qualquer grau ‘ordinário’ de jurisdição (CPC 267 § 3º e 301 § 4º), circunstância decorrente do ‘efeito translativo’ dos recursos. (in Questões de ordem pública e o juízo do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257))⁷⁵.

Assim, em que pese o entendimento intermediário aqui delineado, para o Professor Nelson Nery Jr., depois de cassado o acórdão recorrido, as Cortes Superiores têm um passaporte livre para, no juízo de revisão, apreciar a causa como se fosse um verdadeiro “tribunal de apelação”, incluindo nesse particular o reexame da

⁷³ In *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.355.

⁷⁴ Preleciona Nelson Nery Jr. sobre os juízos simultâneos de cassação e de revisão de nossas Cortes Superiores: “O sistema brasileiro dos recursos excepcionais (RE, REsp e RR) confere dupla competência recursal ao tribunal ‘ad quem’ (STF, STJ e TST), que tem ‘simultaneamente’ competência para proferir os juízos de cassação e de revisão. Isso significa que o tribunal superior analisará, no primeiro momento, a regularidade da decisão judicial recorrida, proferindo ‘juízo de cassação’. Caso a decisão recorrida esteja incorreta, o tribunal superior dará provimento ao recurso e ‘cassará’ a referida decisão porque, v.g., ofendeu a CF (RE e RR) ou negou vigência à lei federal (REsp e RR). Somente depois de haver dado provimento ao recurso excepcional, cassando a decisão judicial recorrida, é que o tribunal superior analisará, num segundo momento, o direito posto em causa, proferindo ‘juízo de revisão’ e rejuízo a causa”. (in *Questões de ordem pública e o juízo do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257)*. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 968, g.n.).

⁷⁵ In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 968.

matéria fático-probatória e, principalmente, o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública.

VIII. CONCLUSÃO

Conforme salientamos na introdução, propusemo-nos a explorar o presente estudo diante da flexibilização da exigência do prequestionamento específico da matéria de ordem pública no âmbito da 2ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 485.969⁷⁶), em meados de 2003.

No curso do estudo, em sede doutrinária, encontramos estudiosos que também pendem para a sua flexibilização, outros que defendem rigorosamente a inadmissibilidade do efeito translativo nos recursos excepcionais e ainda outros que propugnam por uma terceira corrente intermediária, cada qual com argumentos jurídicos contundentes que nos levaram à necessidade de um estudo pormenorizado para que chegássemos a uma conclusão que mais se coaduna com o nosso ordenamento jurídico-processual, sem a pretensão de esgotar a discussão sobre o tema.

⁷⁶ “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL.

1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.

2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).

3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 87 da Lei 9.393/96, ensejando o reconhecimento ex officio da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de um único menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não substituto processual.

6. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 485.969/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 04/04/2005, p. 251, g.n.)”

À luz de todas as considerações levantadas no corpo do presente estudo e em que pesem as posições de renomados e tradicionais juristas, não se coaduna com o nosso entendimento a posição majoritária da doutrina no sentido de que é inaplicável o efeito translativo nas instâncias extraordinárias, que defende ser imprescindível o prequestionamento da matéria de ordem pública para permitir o seu conhecimento, eis que a nosso ver se trata de rigorismo/formalismo excessivo que pode gerar muitas injustiças em determinados casos concretos, mormente porque qualquer matéria de ordem pública deve ser incondicionadamente “aplicada à espécie”, cujo entendimento pode ser extraído da Súmula 456 do STF e dos artigos 324 do RISTF e 257 do RISTJ.

Com efeito, não obstante as críticas do Professor Cássio Scarpinella Bueno no que tange à aplicação analógica da Súmula 456 do STF, salvo melhor juízo, temos que o entendimento que vem sido adotado pelo Colendo Superior Tribunal Justiça está em harmonia com o nosso atual Estado Democrático de Direito, assegurando o conhecimento da matéria de ordem pública, ainda que não tenha sido objeto de apreciação pelas instâncias ordinárias.

Assim, temos o entendimento no sentido de que, uma vez superado o juízo de admissibilidade do recurso excepcional por outro fundamento, seja aplicável o efeito translativo aos recursos excepcionais, eis que, dessa forma, não se transgride o comando recursal constitucional – uma vez que terá observado a questão do prequestionamento - e, ao mesmo tempo, assegura a efetividade e a segurança jurídica

que devem embasar quaisquer decisões judiciais, sob pena de “a decisão do STJ ‘cair no vazio’, ou assumir caráter meramente doutrinário”⁷⁷.

Saliente-se, contudo, que o entendimento aqui defendido é visto com as ressalvas muito bem colocadas pelo Professor Humberto Theodoro Júnior (capítulo V supra), uma vez que, de fato, as Cortes Superiores não são uma “terceira e ampla instância” e nem foram institucionalizadas para tanto, motivo pelo qual não se deve afastá-las da função institucional a que lhes atribuiu a Carta Magna.

Destarte, apesar do entendimento razoável e flexibilizado do Colendo Superior Tribunal de Justiça de que é aplicável o efeito translativo no âmbito dos recursos excepcionais depois de ultrapassado o juízo admissibilidade, a nosso ver, a posição defendida pelo ilustre professor Nelson Nery Jr. é o que mais se coaduna no campo teórico com o nosso ordenamento jurídico-processual brasileiro, porquanto é a que mais preza pela observância dos dispositivos processuais e, principalmente, constitucionais que envolvem a controvérsia objeto do presente estudo, no sentido de que no juízo de revisão as Cortes Superiores apreciam a causa como se fossem um verdadeiro “tribunal de apelação”, por meio do qual uma vez extrapolado o juízo de cassação os Tribunais Superiores passam a ter o passaporte livre para o reexame da causa, incluindo, nesse particular, o conhecimento *ex officio* das matérias de ordem pública.

⁷⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 55.

IX. BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Aderbal Torres de. *O Novo Recurso Extraordinário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *De Volta ao Prequestionamento – Duas Reflexões sobre o RE 298.695-SP*. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, volume 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 5, São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, volume II, 18ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANAN, Ricardo. *Recursos Excepcionais – Fundamento Suficiente, Prejudicialidade e Questões Afins*. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, volume 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3, 5ª edição, Bahia: JusPodivm, 2008.

_____. *Regras Processuais no Código Civil*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2009

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª edição, volume III, São Paulo: Marelheiros, 2009.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, volume 2, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, volume 2, 18ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento*. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Rafael Bicca. *Recurso Especial*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 11ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, volume 2, 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno, Recursos e ações autônomas de impugnação*, volume 2, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Prequestionamento e Repercussão Geral*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Princípio do contraditório, Processo Civil Moderno e a proibição de “decisões surpresa” no Projeto do Novo CPC*. Disponível em <http://professormedina.wordpress.com/2010/09/01/principio-do-contraditorio-processo-civil-moderno-e-a-proibicao-de-decisoes-surpresa-no-projeto-do-novo-cpc/>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no Processo Civil*, 6ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil Comentado e Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2008.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 39ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

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

_____; NERY. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 9ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257)*. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOLASCO, Rita Dias. *Possibilidade do Reconhecimento de Ofício de Matéria de Ordem Pública no âmbito dos Recursos de Efeito Devolutivo Restrito*. In NERY

JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recursos Cíveis e Assuntos Afins*, volume 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª edição, Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PESSOA, Roberto Dórea. *Juízo de Mérito e Grau de Cognição nos Recursos de Estrito Direito*. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recursos Cíveis e Assuntos Afins*, volume 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos Recursos Cíveis*, 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARAIVA, José. *Recurso Especial e o STJ*, São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I, 47ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

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