



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

GABRIEL LUNA RODRIGUES DE ATAIDE

**O EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS:
PREQUESTIONAMENTO E COGNIÇÃO *EX OFFICIO* DAS MATÉRIAS DE
ORDEM PÚBLICA COM BASE NOS ARTIGOS 1.034 DO CPC E 255, § 5º, DO
RISTJ.**

**JOÃO PESSOA
2022**

GABRIEL LUNA RODRIGUES DE ATAIDE

**O EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS:
PREQUESTIONAMENTO E COGNIÇÃO *EX OFFICIO* DAS MATÉRIAS DE
ORDEM PÚBLICA COM BASE NOS ARTIGOS 1.034 DO CPC E 255, § 5º, DO
RISTJ.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Delosmar Domingos de
Mendonça Júnior.

**JOÃO PESSOA
2022**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

862e Ataíde, Gabriel Luna Rodrigues de.

O efeito translativo nos recursos excepcionais:
prequestionamento e cognição ex officio das matérias de
ordem pública com base nos artigos 1.034 do CPC e 255,
§ 5º, do RISTJ. / Gabriel Luna Rodrigues de Ataíde. -
João Pessoa, 2022.
64 f.

Orientação: Delosmar Domingos de Mendonça Júnior.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Recursos excepcionais. 2. Prequestionamento. 3.
Causa decidida. 4. Matéria de ordem pública. I.
Mendonça Júnior, Delosmar Domingos de. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

GABRIEL LUNA RODRIGUES DE ATAIDE

**O EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS:
PREQUESTIONAMENTO E COGNIÇÃO *EX OFFICIO* DAS MATÉRIAS DE
ORDEM PÚBLICA COM BASE NOS ARTIGOS 1.034 DO CPC E 255, § 5º, DO
RISTJ.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Delosmar Domingos de
Mendonça Júnior.

DATA DA APROVAÇÃO: 17/06/2022

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. Delosmar Domingos de Mendonça Júnior
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. André Luiz Cavalcanti Cabral
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito
(AVALIADOR)**

Dedico este trabalho a minha namorada,
Yasmin, e aos meus pais, Heraldo e Maria, as
três pessoas mais importantes da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, professor Dr. Delosmar Domingos de Mendonça Júnior, por ter aceitado me orientar no presente trabalho, e por ter me concedido o privilégio de ser seu monitor, oportunidade que serviu de inspiração para a escolha do tema desta monografia.

Ao amor da minha vida, Yasmin Guerra, por ser paciente e compreender os momentos de ausência enquanto realizava este trabalho. Agradeço, ainda, por nunca me deixar desanimar em meu propósito. A ela, todo o meu coração.

Aos meus pais, Heraldo e Maria, pelo dom da vida e por serem fontes de acalento, morada e paz. Tudo que construí em minha vida devo ao que aprendi de vocês dois, sobretudo os princípios e os valores que me foram passados; a gratidão é eterna.

A João Gabriel, melhor amigo e irmão de alma, com quem pude aprender através da sua inteligência, caráter e resiliência nos momentos mais difíceis. Nunca esquecerei das nossas viagens, conversas, discussões, e sorrisos.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos que fiz durante a faculdade, Victor Rafael, Bruno Cavalcanti, Glaydson Júnior, Gabriel Toscano, Victor Rocha, Caio Gustavo, Franklin Sóstenes e Lucas Gabriel. Nunca imaginei ser possível encontrar pessoas tão singulares; foi um prazer desfrutar da amizade de cada um durante esses cinco anos.

Aos professores André Luiz Cavalcanti Cabral e Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, meu agradecimento especial por participarem desta banca.

Por fim, à Universidade Federal da Paraíba, nas figuras do seu corpo docente e dos seus funcionários, por contribuir para a minha formação como profissional e como ser humano. Com certeza, saio uma pessoa melhor do que entrei, e em grande parte devo à figura da instituição e àqueles com quem convivi.

Obrigado a todos!

*“Andábamos sin buscarnos, pero
sabiendo que andábamos para
encontrarnos”*

Júlio Cortazar, Rayuela

RESUMO

Este trabalho monográfico tem como objetivo investigar a problemática do efeito translativo no âmbito dos recursos excepcionais. As matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, são aquelas que transcendem a esfera de interesses dos sujeitos privados, e se relacionam com correto exercício da jurisdição, forma de expressão do poder estatal. Por outro lado, o prequestionamento, extraído a partir da expressão *causas decididas*, prevista nos artigos 102, III e 105, III, da Constituição Federal, é concebido como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. Com efeito, é permitido aos Tribunais Superiores analisarem, de ofício, matérias de ordem pública desprovidas de prequestionamento, em sede de recursos excepcionais? É o que o presente trabalho busca analisar. Para responder à pergunta, investigou-se as duas correntes doutrinárias – restritiva e liberal – que buscam oferecer argumentos válidos à problemática apresentada. Para a primeira, o prequestionamento é requisito constitucional indispensável, e a cognição do tribunal superior restringe-se à matéria prequestionada. A segunda, por sua vez, baseada nos artigos 1.034 do Código de Processo Civil, e 255, § 5º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, admite a incidência do efeito translativo nos recursos excepcionais, passado o juízo de admissibilidade, aplicando-se o direito à espécie. Conclui-se que a segunda corrente é a que melhor resposta fornece às exigências de modernidade do processo civil, permitindo a análise de ofício de matérias, a exemplo das nulidades absolutas, da coisa julgada e da prescrição, o que garante a concretização do direito material, além de consagrar a instrumentalidade e a celeridade processuais.

Palavras-chave: recursos excepcionais; prequestionamento; causa decidida; matéria de ordem pública.

ABSTRACT

The present work aims to investigate the issue of translative effect in the context of exceptional appeals. Matters of public order, known as without previous provocation, at any time or degree of jurisdiction, are those that transcend the sphere of interests of private subjects and relate to the correct exercise of jurisdiction, a form of expression of state power. On the other hand, *prequestionamento* extracted from the expression *decided causes*, provided within the articles 102, III and 105, III of the Brazilian Federal Constitution, is conceived as a requirement for the admissibility of exceptional appeals. Thus, the present work aims to analyze if higher courts are allowed to examine matters of public order without *prequestionamento* in the context of exceptional appeals. To answer this question, two doctrinal positions – restrictive and liberal – that seek to offer valid arguments to the presented problem were investigated. The first one consider *prequestionamento* as an indispensable constitutional requirement, and the higher court cognition as restricted to the order *prequestionada*. The second one, on the other hand, based on the articles 1,034 of the Civil Process Code, and 255, § 5, of the Internal Rules of the Superior Court of Justice, admits the incidence of the translative effect in exceptional appeals, after the admissibility judgment, applying the right to the case. It is concluded that the second current is the one that best responds to the demands of modernity in civil procedure, allowing matter analysis without provocation, such as absolute nullities, res judicata and prescription, guaranteeing the realization of substantive law and the consecration of procedural instrumentality and celerity.

Key-words: exceptional appeals; “prequestionamento”; decided cause; matters of public order.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART. – Artigo

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

P. – Página

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal De Justiça

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. OS RECURSOS DE NATUREZA EXCEPCIONAL	13
2.1 RECURSOS EXCEPCIONAIS: CARACTERÍSTICAS GERAIS	13
2.2 EFEITOS DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS	196
2.2.1 Efeito Devolutivo	216
2.2.2 Efeito Translativo	18
2.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE	19
2.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO.....	22
2.4.1 Pressupostos Genéricos Comuns de Admissibilidade.....	22
2.4.2 Pressupostos Específicos de Admissibilidade.....	25
2.4.2.1 Hipóteses de Cabimento.....	25
2.4.2.2 Prévio Esgotamento das Instâncias Ordinárias.....	28
2.5 DISCUSSÃO SOBRE QUESTÕES DE DIREITO.....	29
3. PREQUESTIONAMENTO.....	32
3.1 ORIGEM DO PREQUESTIONAMENTO	32
3.1.1 Surgimento do Prequestionamento no Ordenamento Jurídico Brasileiro..	33
3.2 ASPECTOS CONCEITUAIS E CORRENTES DE ENTENDIMENTO ACERCA DO PREQUESTIONAMENTO.....	35
3.3 PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO E IMPLÍCITO.....	38
3.4 DA CAUSA DECIDIDA E O ARTIGO 1.025 DO CPC.....	40
3.5 MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.....	45
4. O EFEITO TRANSLATIVO E A POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE OFÍCIO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA.....	48
4.1 CORRENTE RESTRITIVA: INADMISSÃO DO EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	48
4.2 CORRENTE LIBERAL: ADMISSÃO DO EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	599
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O trabalho aqui desenvolvido buscou responder à problemática, ainda persistente, da apreciação de ofício das matérias de ordem pública pelos Tribunais Superiores, delimitados aqui o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, sem que tenha havido prequestionamento. Em apertada síntese, discutir-se-á a existência – ou não - do efeito translativo no âmbito do Recurso Extraordinário e Recurso Especial, a seguir denominados recursos excepcionais.

Para isso, é fundamental entender, de início, o regulamento que envolve os recursos excepcionais, tanto a partir das suas restrições de cabimento constitucionais, por serem recursos de fundamentação vinculada, como também pela sua importância e diferenciação para os recursos ordinários.

Serão vistos os requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, envolvendo tanto os pressupostos genéricos como os pressupostos comuns para admissão, os efeitos presentes quando da sua interposição, sobretudo os efeitos devolutivo e translativo (o que já demonstra a posição tomada pelo autor), além do processamento deles a partir do juízo de admissibilidade e a sua distinção com o juízo de mérito.

Prosseguindo, no segundo capítulo será desenvolvido o instituto do prequestionamento - objeto de reiteradas discussões jurisprudenciais e doutrinárias no Brasil - a partir de considerações acerca da sua origem e evolução histórica até a sua incorporação no ordenamento brasileiro. Será analisado conceitualmente, a partir das correntes de entendimento sistematizadas e aceitas pela doutrina majoritária, além do tratamento dispensado pelos Tribunais Superiores a essas concepções e ao prequestionamento em geral.

Ainda no tocante ao prequestionamento, será visto a descontinuidade em como as Constituições ao longo do tempo trataram esse instituto, e serão analisadas as modalidades de prequestionamento existentes. Ainda nesse capítulo, serão apresentados os importantes conceitos de causa decidida, previsto nos artigos 102, III e 105 III da Carta Magna, e de matéria de ordem pública, além de ser desenvolvido, de modo mais específico, a modalidade do prequestionamento ficto, positivado no artigo 1.025 do NCPC.

No terceiro e último capítulo, a partir dos fundamentos anteriormente desenvolvidos, será analisado se é possível visualizar o efeito translativo nos recursos

excepcionais, tendo em vista a exigência de prequestionamento. Para responder à questão, serão apresentadas as duas correntes conflitantes sobre o tema, filiando-se o presente autor à que preza pela admissão do efeito translativo, a partir das disposições do artigo 1.034 do CPC, 255 e § 5º, do RISTJ e aplicando o direito à espécie, ultrapassado o juízo de admissibilidade, e pela relevância das matérias de ordem pública para a sociedade e para a segurança jurídica, permitindo uma prestação jurisdicional efetiva.

Nesse sentido, o trabalho tem o objetivo de demonstrar a importância das matérias de ordem pública no processo civil brasileiro no geral, as quais devem ser analisadas de ofício, em respeito à instrumentalidade do processo e para que se observe a celeridade processual e a efetividade da justiça, evitando-se a prolação de decisões equivocadas de vícios. É uma temática de alta relevância jurídica e social, tendo em vista a falta de padronização sobre os institutos aqui estudados, o que gera uma série de dúvidas nos operadores do direito quando da interposição dos recursos excepcionais.

2 OS RECURSOS DE NATUREZA EXCEPCIONAL

Em um momento inicial, há de se realizar um estudo acerca dos recursos excepcionais, aqui compreendidos o recurso extraordinário e o recurso especial, a partir de suas particularidades e diferenças em relação aos recursos ordinários, passando pelos seus efeitos e por seus requisitos, de modo que seja possível adentrar no ponto central do presente trabalho, qual seja, a existência do efeito translativo nos recursos excepcionais.

2.1 RECURSOS EXCEPCIONAIS: CARACTERÍSTICAS GERAIS

Primeiramente, o recurso, em seu sentido *lato*, pode ser entendido como um conjunto de meios passíveis de utilização pelas partes para defesa de seus direitos; em sentido *strictu*, o que nos interessa para o presente estudo, é o instrumento capaz de impugnar decisão judicial, provocando o seu reexame no interior da mesma relação processual existente. De acordo com Moreira (2003, p. 233), recurso é o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”¹.

Nesse sentido, Nelson Luiz Pinto afirma que recursos são remédios processuais voluntários que podem ser interpostos pelas partes integrantes do processo e por terceiros, a depender do caso, com o intuito de impugnar uma decisão judicial a que se joga influenciada por determinado vício processual, o qual requer saneamento, por meio de reforma, invalidação, esclarecimento ou integração².

Como se viu, a interposição do recurso não dá razão a início de um outro processo, não obstante apenas provoca a extensão do processo ora em curso, no qual foi proferida a decisão impugnada; tal ponto é fundamental para diferenciação em relação a dois outros meios de impugnação judicial, a ação autônoma de impugnação e os sucedâneos recursais.

As denominadas ações autônomas são exercidas através da instauração de uma relação jurídica distinta daquela que se originou. A exemplo, temos a ação rescisória, que é utilizada após o trânsito em julgado do processo no qual se proferiu

¹ MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

² PINTO, N. L. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

a decisão impugnada, e o mandado de segurança, que pode ser utilizado de modo concorrente com o andamento de outro processo em que uma decisão tenha sido proferida. Esses meios são diferentes dos recursos na medida em que exigem a instauração de um processo separado daquele a que se tem referência.

Por sua vez, os sucedâneos recursais podem ser conceituados de forma residual nessa lógica, ou seja, aquilo que não for recurso e nem ação autônoma, configurar-se-á sucedâneo recursal. Pode ser mencionado, como exemplo, a remessa necessária.

Sobre essa questão, Alvim (2019, p. 1059) afirma que:

Sucedâneos Recursais são remédios que acabam fazendo as vezes dos recursos, mas assim não considerados por ausência de expressa previsão legal (princípio da taxatividade). Distinguem-se das ações autônomas de impugnação por não ensejarem a instauração de um novo processo, apesar de possuírem, assim como as ações autônomas de impugnação, finalidades semelhantes aos recursos.³

Ainda, antes de adentrar ao foco dos recursos excepcionais, é válido apontar a diferenciação deles com os denominados recursos ordinários; assim, os ordinários são aqueles interpostos na Justiça Ordinária, sendo o objetivo deles a reanálise de lesão ou ameaça a direito subjetivo das partes e, em consequência, a realização da justiça para o caso concreto.

Temos, nesse sentido, o que fala o autor Frederico Marques, “recurso comum (leia-se ordinário) é aquele em que a sucumbência constitui condição suficiente para ser pedido novo julgamento”,⁴ sendo a sucumbência a pretensão não atendida de uma das partes; por outro lado, os recursos excepcionais são fundados com o objetivo de prevalência a autoridade e a aplicação da Constituição Federal e da lei federal, possuindo caráter político.

O objetivo dos recursos excepcionais, desse modo, não é diretamente o de atender ao interesse individual da parte prejudicada, mas sim a de assegurar a uniforme aplicabilidade do direito federal nos estados da federação, além da instituição de precedentes a partir da função paradigmática dos Tribunais Superiores.⁵

Mancuso (2015, p. 130) afirma que:

³ ALVIM, E. A. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁴ MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Campinas: Millenium, 2003.

⁵ ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

De todo modo, na classe dos “recursos”, a subdivisão desejável deve ser aquela que considere certas características procedimentais bem visíveis: alguns recursos têm uma forma menos rígida; são dirigidos a Tribunais locais ou regionais; não apresentam exigências específicas quanto à sua admissibilidade; comportam discussão de matéria de fato e de direito; e a mera sucumbência (= o fato objetivo da derrota) basta para deflagrar o interesse na sua interposição. A esses podemos chamar de “comuns”, “normais” ou “ordinários”, conforme a terminologia que se prefira. Naturalmente, os outros recursos que, ao contrário desses, apresentam uma rigidez formal de procedibilidade; são restritos às quaestio juris, dirigem-se aos Tribunais de cúpula judiciária; não são vocacionados à correção de mera “injustiça” da decisão, e apresentam, como diz Frederico Marques, a particularidade de exigirem “a sucumbência e um plus que a lei processual determina e especifica”, esses ficam bem sob a rubrica de “especiais”, “excepcionais” ou “extraordinários”.⁶

Em síntese, os recursos excepcionais são aqueles previstos constitucionalmente nos artigos 102, III⁷ e 105, III⁸ da Carta Magna. Conferindo as redações dos respectivos dispositivos, tem-se que o primeiro está relacionado ao recurso extraordinário, o qual tem trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, e o segundo trata do recurso especial, com processamento perante o Superior Tribunal de Justiça. Como foi dito, esses recursos não buscam o reexame de provas ou fatos já discutidos, ou a solução para o caso concreto, mas, primordialmente, a aplicação do direito positivo com vistas à uniformização da sua interpretação⁹.

Com efeito, os recursos excepcionais são considerados recursos de sentido estrito, pois somente questões de direito federal, constitucional e infraconstitucional são passíveis de análise, e nesse ponto recai a sua excepcionalidade em relação aos demais recursos. Em paralelo, ainda são considerados recursos de fundamentação vinculada, ou seja, o recorrente deve se ater aos fundamentos que o texto de direito positivo elegeu como possíveis de validar a impugnação da decisão.¹⁰

Nos recursos de fundamentação livre, somente a inconformidade com a decisão recorrida é suficiente (vício genérico), não se exigindo a existência de vício específico na decisão recorrida. Assim, o recorrente não fica preso a determinado

⁶ MANCUSO, R. C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

⁹ BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁰ ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

defeito ou vício da decisão, ou seja, há a liberdade para opor qualquer crítica em relação à decisão, sem que isso signifique qualquer influência na sua admissibilidade, estando a causa de pedir recursal não vinculada à lei.¹¹

2.2 EFEITOS DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Com efeito, quando se fala de efeitos dos recursos está se referindo, basicamente, às consequências jurídicas que vêm pela interposição dos recursos processuais. Com efeito, o ato de interpor um recurso é capaz de gerar inúmeros efeitos diferentes, sendo alguns efeitos percebidos em todos os recursos e outros sendo específicos de alguma espécie recursal.

No presente trabalho, focar-se-á nos efeitos devolutivo e translativo, visto que permeiam a discussão central aqui presente, qual seja a possibilidade de exame de ofício das matérias de ordem pública nos recursos excepcionais.

2.2.1 Efeito Devolutivo

O efeito devolutivo é um efeito previsto nos recursos que consiste, como o próprio nome denota, na devolução para o órgão imediatamente superior, ou até mesmo o mesmo órgão, da matéria recursal que será analisada, a partir do conhecimento daquilo que foi contestado pela parte recorrente.

Nas palavras de Gonçalves (2020), “O efeito devolutivo consiste na aptidão que todo recurso tem de devolver ao órgão ad quem o conhecimento da matéria impugnada.”¹²

Costumeiramente, fala-se que os recursos no geral têm como efeito a devolutividade, visto que está relacionado com a função primordial das Cortes de Revisão, que é a reapreciação do que foi impugnado com vistas a reformar ou anular a decisão anteriormente proferida.

O efeito devolutivo deve ser examinado em duas dimensões: extensão (dimensão horizontal) e profundidade (dimensão vertical).

¹¹ DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

¹² GONÇALVES, M. V. R.; LENZA, P. (coord.). **Direito processual civil esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

A respeito do efeito devolutivo, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha esclarecem que:

A extensão do efeito devolutivo determina o objeto litigioso, a questão principal do procedimento recursal. Trata-se da dimensão horizontal do efeito devolutivo. A profundidade do efeito devolutivo determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão ad quem para decidir o objeto litigioso do recurso. Trata-se da dimensão vertical do efeito devolutivo. A profundidade identifica-se com o material que há de trabalhar o órgão ad quem para julgar.¹³

Como se vê, a extensão do efeito devolutivo de um recurso é determinada a partir do que foi exatamente impugnado, ou seja, é a extensão da impugnação, consagrada no brocardo tantum devolutum quantum appellatum, o qual significa que somente será recebido no Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, estando o magistrado limitado para se pronunciar acerca, apenas, daquilo que lhe foi trazido no recurso, afinal o não foi apresentado no recurso não pôde chegar ao seu conhecimento. Trata-se de manifestação do princípio dispositivo, impedindo que o tribunal conheça de matéria que não foi objeto do pedido do recorrente, configurando essa a sua dimensão horizontal.

Quanto ao aspecto da profundidade, atrelado à dimensão vertical do efeito devolutivo, ele tem relação com as matérias que foram levantados pela parte na petição inicial, independentemente de ter ocorrido análise pela decisão recorrida e que permita sua reanálise em sede recursal. Importantes são as palavras de Marinoni (2020) sobre a temática mencionada:

Se, todavia, de um lado, o tribunal fica vinculado ao pedido de nova decisão formulado pelo recorrente, de outro, quanto aos fundamentos desse pedido, é livre para examinar a todos, ainda que não tenham sido expressamente referidos nas razões do recurso interposto (efeito devolutivo vertical ou em profundidade).¹⁴

Para os recursos de fundamentação vinculada, aqui estudados, o efeito devolutivo é restrito a partir das condições que o constituinte colocou nos requisitos da Carta Magna, sendo percebido a partir de algumas condições, tais quais: o objeto do recurso deve ter sido matéria decidida pelo juízo a quo da matéria decidida, e

¹³ DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

¹⁴ MARINONI, L. G. **Curso de processo civil - Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 525

somente poderá ser impugnada pelo recurso a matéria delimitada no âmbito de cabimento do recurso em questão.

2.2.2 Efeito Translativo

Como se sabe, nos recursos ordinários, o entendimento de ser possível a análise *de ofício*, pelo órgão ad quem, das matérias de ordem pública, não devidamente suscitadas pelas partes é pacífico, recaindo a discussão polêmica, portanto, no âmbito dos Recursos Excepcionais. Com efeito, no tópico anterior foi mostrado que o efeito devolutivo é uma das consequências do princípio dispositivo. Para o efeito translativo, por outro lado, quem se manifesta é o princípio inquisitório, que ocorre a partir do julgamento além do que está presente nas razões do recurso, amparado pela legislação.

Na doutrina existe uma discussão sobre a alocação do conceito efeito translativo dentro do que foi mencionado anteriormente de profundidade do efeito devolutivo, sob a justificativa de que a análise de matérias de ordem pública que não constavam no processo é uma consequência da dimensão vertical do efeito devolutivo.¹⁵

Em conformidade com Wambier (2004), a possibilidade de o órgão ad quem examinar as questões de ordem pública não é decorrência do efeito devolutivo dos recursos em sentido estrito, nem pela atuação do princípio dispositivo, mas sim decorre do efeito translativo.¹⁶

Apesar de se assemelharem, tendo em vista que ambos referem-se à matéria devolvida ao Tribunal ad quem, são diferentes na medida em que o efeito devolutivo requer a manifestação do recorrente e a devolução da matéria impugnada, e o efeito translativo ocorre ainda que não haja provocação, em virtude de estar relacionado às matérias de ordem pública, reconhecidas de ofício e a qualquer tempo, a partir do conhecimento do recurso e ultrapassada a barreira de admissibilidade.

O efeito translativo, pode se concluir, é uma manifestação do conhecido princípio inquisitório, o que permite ao magistrado julgar e agir de ofício, ainda que

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, F.; CUNHA, L. J. C. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

¹⁶ WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: RT. 2004.

não tenha sido questionado ou tenha havido requerimento do recorrente, em determinadas matérias elencadas pela legislação.

2.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO

Nesse ponto, será explicitado a questão da admissibilidade dos recursos excepcionais, a qual envolve diversos fatores combinados, sejam eles genéricos ou específicos, a exemplo da regularidade formal, da tempestividade, exigência do prequestionamento, esgotamento das vias recursais ordinárias, além das razões de reforma ou invalidação do acórdão recorrido, entre outros.

Com efeito, denomina-se juízo de admissibilidade a averiguação anterior do cumprimento dos pressupostos necessários para se chegar à análise do mérito do recurso, ou seja, esse exame de admissibilidade é responsável pela análise dos requisitos e das condições trazidas na lei para, assim, ter-se o olhar voltado para o conteúdo do recurso. Assim, caso os pressupostos de admissibilidade não consigam ser preenchidos na totalidade, o recurso é inadmitido, ou seja, não é conhecido e consequentemente não se obtém um juízo de mérito, o que deixa inalterada a decisão recorrida.

Segundo Moreira (2009, p. 261):

Todo ato postulatório sujeita-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação; outra subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário. Embora a segunda se revista, em perspectiva global, de maior importância, constituindo o alvo normal a que tende a atividade do órgão, a primeira tem prioridade lógica, pois tal atividade só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício. Chama-se juízo de admissibilidade àquele em que se declara a presença ou a ausência de semelhantes requisitos; juízo de mérito àquele em que se apura a existência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as consequências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta admissível ou inadmissível; no segundo, procedente ou improcedente.¹⁷

Dando seguimento, o juízo de admissibilidade é um juízo feito preliminarmente, realizado tanto pelo órgão a quo, o qual deu a decisão, quanto pelo órgão ad quem,

¹⁷ MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

para se verificar se houve o cumprimento dos pressupostos recursais, sendo classificados como requisitos intrínsecos o cabimento de tal recurso, a legitimidade da parte, o interesse de recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, e, como extrínsecos, a regularidade formal, a tempestividade e por último o preparo.

Dessa forma, o primeiro juízo de admissibilidade é realizado nos tribunais regionais federais e nos tribunais de justiça, e o segundo, já no âmbito do STF e do STJ, para onde os recursos foram inicialmente destinados. Ressalta-se que o juízo de admissibilidade realizado pelo juízo a quo não vincula o órgão ad quem. Dessa forma, mesmo que o recurso seja admitido pelo juízo responsável pela decisão impugnada, é possível que o tribunal ad quem venha a não admiti-lo.

Em resumo, a questão da admissibilidade dos recursos excepcionais é bifurcada, dividindo-se em juízo de admissibilidade, operada pelos Tribunais a quo, e juízo de mérito, realizada pelos Tribunais Superiores. Tal realidade se configurou, principalmente, para evitar o alto volume de processos remetidos diretamente às Cortes Superiores, de modo que assim se consagre o princípio da celeridade.

O juízo de admissibilidade positivo, portanto, configura-se pelo preenchimento adequado dos requisitos específicos e formais estabelecidos pela Lei. O juízo de mérito, enquanto isso, significa a apreciação da matéria discutida no recurso, com a exposição dos argumentos do recorrente.

A cognição dos recursos excepcionais inicia-se com o juízo de admissibilidade, e, após cumpridos os requisitos, o juízo de mérito é alcançado, ou seja, nós temos a presença de dois momentos que não se confundem. Nesse sentido, como se verá mais à frente, os requisitos de admissibilidade recursal possuem relação e influenciam o conhecimento do recurso, e não propriamente o seu julgamento.

Com a chegada do recurso no tribunal a quo, o Presidente ou o Vice intimam a parte contrária para oferecer contrarrazões, e em seguida irá se apreciar a admissibilidade, que será realizado através de um juízo provisório. Com a admissão do recurso, os autos subirão ao tribunal superior, que exercerá novamente um juízo de admissibilidade, sendo que, dessa vez, de caráter definitivo, pelo Presidente ou Vice, não estando obrigatoriamente vinculado a decisão anteriormente proferida pelo juízo a quo.¹⁸

¹⁸ BERNARDO, P. S. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10. ed. São. Paulo: Saraiva, 2014.

É importante ressaltar, nesse momento, algo que será desenvolvido mais adiante no trabalho que é a respeito da natureza revisional dos Tribunais de Superposição. Desse modo, passado o juízo de admissibilidade, há o rejuízo da causa para se ter uma decisão mais correta do ponto de vista da harmonia do sistema.

De acordo com Alvim (2016):

[...] no juízo de admissibilidade, fica o Tribunal Superior adstrito a verificar se estão ou não presentes os requisitos de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário. À falta de algum deles, o Tribunal não conhecerá do recurso. Contudo, se o Tribunal conhecer o recurso interposto, deverá, no juízo de mérito, julgar a causa, aplicando o direito à espécie. Desse modo, se o Tribunal Superior conhecer do recurso, ficaria livre para apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como de outras objeções, no julgamento do mérito do recurso.¹⁹

Com a anterior admissão do recurso excepcional, a partir das alegações de violação da lei federal ou de questão constitucional, e buscando-se a melhor interpretação pra tese levantada no acórdão recorrido, chega-se à análise de mérito do recurso, onde será julgado se a interpretação do tribunal a quo foi a acertada no caso apresentado.

Nos recursos excepcionais, o juízo de mérito é bifurcado em duas fases, o *iudicium rescindens*, juízo de cassação, e o *iudicium rescisorium*, juízo de revisão, sendo o primeiro responsável pela efetiva proteção e correta aplicação da norma e o segundo com o objetivo de análise e aplicação do direito à espécie.

Como foi dito, o juízo de mérito dos Tribunais Superiores é iniciado pelo juízo de cassação, onde será devidamente analisada a alegação de violação pelo tribunal a quo, podendo ocorrer a anulação do acórdão recorrido ou da decisão de última ou única instância recorrida; porém, de início, essa competência é realizada de modo restrito, não sendo possível a reapreciação de fatos e o reexame de provas. Aqui, a função dos Tribunais Superiores é a de controlar a higidez da decisão recorrida.

Passado o juízo de cassação, onde fora realizada a “defesa” da norma jurídica de sua competência, ou seja, ao ser verificada a ofensa à lei ou à Constituição Federal, depois da identificação do erro no acórdão recorrido, os Tribunais Superiores rejuizarão a lide, por meio da sua função dikelógica, como propriamente tribunais de

¹⁹ ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

apelação, livremente ingressando no exame da prova constante dos autos, e analisando pela primeira vez as questões de ordem pública, ponto que será mais aprofundado no tópico 4.2 do presente trabalho.

2.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Com efeito, todo recurso, seja ele classificado como ordinário ou extraordinário, necessita cumprir determinadas condições formais para que se possa chegar a um juízo de mérito.

Vale ressaltar que no concernente ao juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais estão inseridos de forma concomitante os pressupostos genéricos de admissibilidade e os pressupostos específicos de admissibilidade, sendo estes últimos o que diferencia e singulariza esse tipo de recursos.

Em geral, entende-se que os pressupostos genéricos são: a) intrínsecos (condições recursais): cabimento (possibilidade recursal), interesse recursal, legitimidade para recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer b) extrínsecos: preparo, tempestividade e regularidade formal. Eles são denominados de pressupostos genéricos de admissibilidade porque são aplicáveis a toda e qualquer espécie de recurso, de forma permanente.²⁰ Assim, independentemente de qual tipo de recurso for interposto, os requisitos necessitam estar presentes, analisados pela autoridade competente para esse juízo de admissibilidade.

A seguir, far-se-á uma breve análise a respeito dos pressupostos genéricos para, em seguida, adentrar no que diferencia os recursos excepcionais, os pressupostos específicos.

2.4.1 Pressupostos Genéricos Comuns de Admissibilidade

²⁰ PINTO, N. L. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Os requisitos, sejam eles extrínsecos ou intrínsecos, são denominados como pressupostos genéricos, estando presentes em cada um dos recursos do nosso ordenamento jurídico, não obstante algumas pequenas exceções.

Iniciando pela *legitimidade recursal*, temos a sua previsão legal no art. 996, do CPC²¹, o qual confere legitimidade à parte do processo em que fora proferida decisão, ao membro do Ministério Público e também ao terceiro prejudicado. O novo CPC buscou restringir o número de legitimados para englobar somente aquelas pessoas que sofram influência relevante com o pronunciamento judicial.²²

O *cabimento* significa a possibilidade jurídica de interposição do recurso conforme a decisão. Os recursos são apenas aqueles criados por lei, sendo o rol legal *numerus clausus*, ou seja, taxativo. Assim, recurso cabível é aquele previsto no ordenamento jurídico e, nos termos da lei, adequado contra a decisão, existindo para cada decisão apenas um recurso cabível.²³

Sobre o *interesse recursal*, ele pode ser definido a partir das noções combinadas entre utilidade e necessidade, sendo a primeira analisada pelo recorrente na medida em que foi desfavorável o pronunciamento judicial e a segunda pela inevitabilidade de que somente com a interposição do recurso poderá ser alterada a sua situação.²⁴ Nesse ponto específico, ao trazer para o objeto do presente trabalho, os recursos excepcionais, necessita-se, ainda, da demonstração da questão federal controvertida ou da violação direta a dispositivo constitucional. Ainda, há de se demonstrar o chamado interesse recursal, a partir do vislumbre de melhora da situação fática do recorrente.²⁵

Como o último pressuposto intrínsecos de admissibilidade, tem-se a *inexistência de ato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer*, a qual é uma exigência legal que não permite a existência de fato superveniente que gere a extinção do direito de recorrer ou que impeça o conhecimento do recurso utilizado pelo juízo ad quem, após o ajuizamento da demanda. Ela pode ser dividida em algumas categorias já

²¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²² DE ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²³ GONÇALVES, M. V. R.; LENZA, P. (coord.). **Direito processual civil esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

²⁴ BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

²⁵ MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: RT, 2008.

consagradas pelo CPC: a desistência e renúncia do recurso e a aquiescência da decisão.

O instituto da desistência está exposto no novo CPC no art. 998²⁶, ocorrendo caso a parte, após a interposição de um recurso, deseje desistir do feito. Desse modo, é preciso que manifeste a sua vontade no sentido de que o recurso não seja levado a julgamento, podendo ser de forma expressa ou tácita.

A renúncia, por sua vez, ocorre antes da interposição do recurso, com a parte vencida previamente abrindo mão do direito de recorrer, independentemente da manifestação da parte contrária, conforme determina o art. 999 do CPC.²⁷

Por fim, temos a aquiescência, que está prevista no artigo 1.000 do CPC²⁸, a qual significa, de modo resumido, a aceitação, por parte do potencial recorrente, da decisão, o que provoca a preclusão lógica.

Os requisitos extrínsecos de admissibilidade, por sua vez, relacionam-se ao modo de exercer esse recurso, com o objetivo de dar “validade” ao uso desse direito, estando presentes os requisitos intrínsecos. Incluem-se, nessa classificação, a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

Sobre a *tempestividade*, é válido saber que o recurso, para não recair na denominada preclusão temporal, deve ser interposto dentro do prazo estabelecido pela lei. Nos casos dos recursos excepcionais, objeto do presente trabalho, esse prazo corresponde a 15 (quinze) dias, conforme disposto no artigo 1003 § 5 do Código de Processo Civil.²⁹

O *preparo* é um requisito de admissibilidade que requer a exigência de comprovação de taxas judiciais de forma adiantada, caso estas forem exigíveis quando da interposição do recurso, sendo divididos em custas judiciais e porta de remessa e retorno, os quais são comprovados de forma imediata.

A *regularidade formal*, ligada ao princípio da dialeticidade dos recursos, nada mais é que o conjunto de preceitos formais que todo recurso deve seguir para ser admitido pelo magistrado. É a partir dele que se vislumbra a conexão das razões de

²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

fato e de direito que servem de base para o pedido de reforma ou anulação da decisão anteriormente concebida.

Segundo Assis (2017), a regularidade formal compreende (a) petição escrita; (b) identificação das partes; (c) motivação; (d) pedido de reforma, invalidação, esclarecimento ou integração do pronunciamento recorrido.³⁰ O CPC/2015, com a primazia ao julgamento de mérito, relativiza o vício na interposição do recurso, permitindo ao recorrente sanar a irregularidade no prazo de cinco dias.³¹ Especificamente em relação aos recursos excepcionais, essa disposição encontra-se no artigo 1.029, § 3º³².

2.4.2 Pressupostos Específicos de Admissibilidade

Ao abordar os recursos excepcionais, como já foi dito, o filtro para a admissibilidade se configura de forma mais dificultosa do que nos recursos ordinários, justamente em razão da sua natureza peculiar e de suas características próprias. Com efeito, eles se diferenciam dos demais recursos na medida em que são instrumentos destinados à manutenção da adequada aplicação e interpretação da Constituição e das leis federais.

Com efeito, ademais dos denominados pressupostos genéricos comuns, que estão presentes na totalidade dos recursos, cabe, agora, explicitar os pressupostos específicos, que são necessários para a admissão dos recursos excepcionais, sendo eles: a) hipóteses de cabimento; b) prévio esgotamento das instâncias ordinárias. Pela importância e especificidade presentes no requisito de admissibilidade *prequestionamento*, decidimos abordá-lo em tópico separado.

2.4.2.1 Hipóteses de Cabimento

³⁰ DE ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

³¹ TEMER, S. **Enunciado n.º 219 do FPPC**: O relator ou o órgão colegiado poderá desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o reputar grave, 2015. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dos-recursos>. Acesso em: 19 mai. 2022.

³² BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

Inicialmente, pode-se considerar que nos recursos ordinários, o cabimento é analisado do ponto de vista da natureza da decisão, ou seja, para poder se utilizar do agravo de instrumento, deve ter havido uma decisão interlocutória; quando for um caso de uma sentença, utiliza-se da apelação. Nos recursos excepcionais, por sua vez, o cabimento é analisado pelo conteúdo da decisão recorrida, seja matéria constitucional no caso de RE ou matéria de direito federal no caso de REsp.

No que tange aos recursos excepcionais, verifica-se que as hipóteses de cabimento próprias destes estão elencadas na Constituição Federal, nos artigos 102, III e 105, III. Ademais, pode se dizer que é em razão destas hipóteses incidentes na Constituição que estes recursos têm efeito de fundamentação vinculada.

Fundamental, portanto, transcrever os referidos artigos:

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

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

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

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

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

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

Antes de adentrar especificamente nas hipóteses de cabimento, um ponto importante diz respeito à zona de indefinição existente entre o juízo de admissibilidade e de mérito no concernente à análise do cabimento nos recursos excepcionais. Explicamos: a Constituição, ao utilizar as expressões “contrariar dispositivo da Constituição” e “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, deixa a entender que para o cabimento destes recursos ocorrer deverá o recorrente demonstrar cabalmente a ofensa à Constituição ou contrariedade ou negativa de vigência à lei federal, denotando um aspecto valorativo a essa atuação.³³ Dessa forma, quando da análise de admissibilidade, o juízo a quo necessariamente realizaria um

³³ MARIOTTI, E. Dos recursos extraordinários. **Direito & Justiça** v. 39, n. 2, p. 142-174, 2013.

juízo de mérito,³⁴ na medida em que a aferição de cabimento engloba um juízo de valor a respeito da violação de temas de direito federal. Assim, quando se fala em recursos incabíveis, a constatação é que não houve violação, sendo improcedente o recurso; com o provimento do recurso, entretanto, manifesta-se cabível a partir de uma violação aferida pelo juízo a quo.³⁵

Sob o assunto, Espíndola (2017):

“No entanto, não se pode ignorar a gritante contaminação do próprio juízo de mérito recursal nessas hipóteses de “inadmissibilidade”. A avaliação sobre a conformidade das razões de acórdão recorrido com a jurisprudência do STF ou STJ é um claro juízo de mérito a avaliar se as conclusões adotadas têm respaldo na jurisprudência da Corte Superior. Como a doutrina tem destacado, inclui-se no juízo de admissibilidade apenas a verificação da existência de alegação de violação à norma federal ou constitucional, não a violação em si.”³⁶

De início, partindo-se especificamente para a parte do cabimento, a sua disciplina, no caso de recurso extraordinário, está localizada, exclusivamente, na CF/1988, não sendo permitido à lei ordinária ampliá-la, restringi-la ou modificá-la, no todo ou em parte.

Em relação à alínea “a”, inciso III, conjuntamente dos artigos 102 e 105, pode-se encaixá-la como fundamento básico para as demais hipóteses de cabimento, sendo que não se poderia ser interposto e admitido recurso excepcional somente com base nas alíneas “b” e “c”.³⁷

Com efeito, tem-se que o recurso extraordinário ou especial com base nas alíneas “b” e “c” caso seja cabível e tenha ultrapassado o filtro de admissibilidade, o STF ou STJ entender que o recurso também é fundado, ou seja, o recurso somente

³⁴ ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

³⁵ MEDINA, J. M. G. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

³⁶ ESPINDOLA, L. F. **Precedentes Vinculantes e meios de impugnação no CPC/15**. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2017. 283 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/179917/348338.pdf?sequence=1&isAlloved=y>>. Acesso em: 18 de abril de 2022

³⁷ ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

será provido após uma análise da efetiva da violação da CF ou da Lei Federal que corresponde ao mérito do recurso.

Para o Recurso Extraordinário, com base na alínea “a” do artigo 102, a ofensa à Constituição deve se dar de maneira direta e frontal, ou seja, caso seja necessário, primeiramente, discutir ofensa à norma infraconstitucional para se chegar à norma constitucional, não se vê cabível RE³⁸, conforme Súmula 636 do STF³⁹, sendo o recurso transportado para o STJ, onde será recebido como um Recurso Especial propriamente.

Com base na alínea supramencionada, parte da doutrina acredita que a questão constitucional deve estar presente no acórdão recorrido, tendo em vista o requisito da *causa decidida*, o que será mais aprofundado à frente no presente trabalho.

A partir do disposto na alínea “b” do artigo 102, tem-se que a exigência é a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal em sede de controle difuso, com base em uma decisão prévia do tribunal.

Quanto às alíneas “c” e “d”, elas se diferenciam quando da análise do que o tribunal a quo decidiu, cabendo RE com base na alínea “c” quando ato ou lei prevalecer sobre norma constitucional, enquanto cabe o mesmo recurso, com base na alínea “d” na hipótese de lei local confrontar lei federal.⁴⁰

Ao tratar do REsp, parte-se para a análise da alínea “b” do artigo 105, a qual discorre na hipótese de cabimento na divergência entre um ato praticado pelo governo local e a lei federal, sendo julgado válido esse ato mencionado pelo acórdão prolatado.

Para finalizar, o disposto na alínea “c”, do inc. III, do art. 105, da CF traz o cabimento do recurso especial em face de acórdão regional que “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. Nesse ponto

³⁸ DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

³⁹ BRASIL. **Súmula 636 do STF**. Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2836>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

específico, o cabimento requer o dissídio jurisprudencial entre tribunais diferentes,⁴¹ os quais trazem em suas decisões posicionamentos diferentes em relação a uma idêntica questão de direito federal.

Como pôde ser visto, os pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinário têm especificidade mais acentuada, com o objetivo de filtrar a alta demanda de processos que chega aos Tribunais Superiores, consagrando o que se entendia por jurisprudência defensiva, a despeito de que o CPC/15 alterou a dinâmica na medida em que permitiu uma maior flexibilidade instrumental, ao se afastar das exigências rígidas que impediam o livre acesso à justiça.

2.4.2.2 Prévio Esgotamento das Instâncias Ordinárias

Com efeito, os incisos III dos artigos 102 e 105 da Constituição consolidam o princípio do esgotamento das vias recursais; nesse ponto, o requisito específico de admissibilidade mencionado diz respeito à necessidade de exaurimento de todas as vias impugnativas possíveis das instâncias ordinárias.

Desse modo, enquanto não forem esgotados todos os recursos à disposição das partes envolvidas para que o Tribunal de origem julgue a questão, não será possível a interposição de recursos excepcionais, de modo que não ultrapassarão a barreira inicial de admissibilidade, sendo vedada o ajuizamento das chamadas demandas *per saltum*.

Essa disposição é específica dos recursos excepcionais, não se verificando nos recursos ordinários, tendo em vista que o STF e o STJ ocupam posição privilegiada no ordenamento jurídico e que suas decisões têm alcance no território nacional, a respeito de questões federais e constitucionais. Tais questões estão consolidadas na Súmula 281, do STF⁴² bem como na Súmula 207, do STJ⁴³.

⁴¹ BRASIL. **Súmula 13 STJ**. A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial. 2005. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula13.pdf. Acesso em: 12 mai. 2022.

⁴² BRASIL. **Súmula 281 do STF**. É inadmissível o recurso extraordinário contra decisão passível de recurso ordinário na origem. 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2487#:~:text=%C3%89%20inadmiss%C3%ADvel%20o%20recurso%20extraordin%C3%A1rio,recurso%20ordin%C3%A1rio%20da%20decis%C3%A3o%20impugnada>. Acesso em: 13 mai. 2022.

⁴³ BRASIL. **Súmula 287 do STJ**. É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 11 mai. 2022.

Para complementar, a figura dos embargos de declaração, que será desenvolvido mais adiante, é importante na medida de quando há omissão do acórdão, violando-se a exigência legal de motivações das decisões, que se pretende recorrer, para cumprimento do requisito do prequestionamento. Nesse sentido, a parte se utiliza dos embargos denominados prequestionadores para satisfazer demanda legal.

2.5 DISCUSSÃO SOBRE QUESTÕES DE DIREITO

Como já foi falado anteriormente, a função do Superior Tribunal de Justiça é uniformizar a interpretação da Lei Federal enquanto a do Supremo Tribunal Federal é uniformizar a interpretação da Constituição Federal.

Assim, os Recursos Excepcionais têm como finalidade aplicar o direito positivo na espécie em julgamento, sendo incabível a produção de provas ou o reexame de provas anteriormente produzidas⁴⁴.

Tal entendimento é fixado na Súmula 279 do STF “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” e na súmula 7 do STJ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Com efeito, esse é um tema interessante visto que há uma discussão a respeito de quais seriam os limites para se adentrar a matéria de fato ou a prova em si. Nesse contexto, há uma linha tênue entre os conceitos de reavaliação da prova e de reexame de matéria. Enquanto o primeiro recai apenas na análise da prova sobre a versão dos fatos, com uma análise profunda do conjunto probatório, o segundo busca recolocar o valor que a prova pode ter, de forma diferente do que foi decidido pelo acórdão, estando ligado às regras de direito probatório.

O STJ já se posicionou sobre o assunto, permitindo para os seus casos o reexame da matéria:

A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes); A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial⁴⁵

⁴⁴ BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁴⁵ BRASIL. **REsp 757.127/SP**, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 435.

Como foi dito, o reexame de provas em sede de recurso especial é vedado, não obstante se tem a hipótese de abertura do recurso especial quando há acórdão que viole disposições legais concernentes à formação probatória, afinal se trata, primordialmente, de questão de direito.

Um ponto interessante diz respeito à aparente “contradição” que os recursos excepcionais possuem, na medida em que há a exigência de cabimento apenas em relação à matéria jurídica ou de direito, ou seja, veda-se o exame de matéria fática, mas, por outro lado, passado o juízo de admissibilidade, a jurisdição seria mais abrangente, podendo ser a causa julgada sem restrições, até em relação à matéria fática. Tal fato se dá em razão do que foi exposto no tópico 2.3 do presente trabalho, mais especificamente na natureza revisional dos tribunais superiores, pelo que pedimos a devida vênia ao leitor para volte ao ponto mencionado para um maior detalhamento da questão.

3 PREQUESTIONAMENTO

O prequestionamento é um instituto de fundamental importância para organização do ordenamento jurídico, mas, simultaneamente, é um ponto controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ainda que passados mais de 130 anos desde sua incorporação, seja sob a sua conceituação a partir das correntes de entendimento, seja pela sua classificação como requisito de admissibilidade ou ainda como possível requisito para se chegar à causa decidida.

Nesse capítulo, buscar-se-á traçar as origens do prequestionamento, a partir do tratamento fornecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, além da sua evolução enquanto peça fundamental no ordenamento jurídico, a partir das diversas dimensões nas quais ele foi requerido e das discontinuidades existentes sobre a sua figura. Ainda, é fundamental compreender a evolução histórico desse instituto, os tipos que o caracterizam além de alguns problemas textuais.

3.1 ORIGEM DO PREQUESTIONAMENTO

O instituto do prequestionamento tem suas raízes fincadas no direito norte-americano, mais precisamente na Lei Judiciária, ou Judiciary Act, datada de 24 de setembro de 1789; foi com base nessa lei que foi se admitiu a possibilidade de recurso (writ of error)⁴⁶ das decisões proferidas pelos justiça estadual para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Com efeito, para Thomas Cooley, o qual foi chefe de justiça da Corte Suprema de Michigan, para a admissão do writ of error, deveria constar "nos autos, ou expressamente ou por manifestação e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no Tribunal do Estado e aí foi rejeitada"⁴⁷, o que demonstrava a necessidade suscitação no Tribunal do Estado da questão.

⁴⁶ BRASIL. **STF, ERE 96.802/RJ**, Tribunal Pleno, rel. Min. Alfredo Buzaid, DJU 04.11.1983.

⁴⁷ COOLEY, T. A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union. 2015. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/books/10/>. 2022.

Nesse ponto, é válido apontar a diferença quanto à organização dos Estados no Brasil e no país americano, além da distribuição de autonomia da jurisdição entre eles. Nesse sentido, nos Estados Federados norte-americanos possuíam autonomia para cada um constituir seu sistema jurisdicional a seu modo, levando à consequência lógica de se ter uma interpretação do direito federal mais ramificada, o que impedia a uniformização em relação aos tribunais de origem. Em síntese, enquanto no Brasil a competência legislativa é mais concentrada, no país norte-americano ela se espalha, o que motivou o aparecimento de mecanismos que facilitassem a uniformização do entendimento entre os Tribunais do Estado.

No Brasil, a origem do prequestionamento está intrinsicamente ligada à influência norte-americana; enquanto que nos Estados Unidos a organização da justiça pelos estados se dá de maneira ramificada, ou seja, há dificuldade de centralização do direito federal e autonomia dos Estados Federados, no Brasil a sua forma de federalismo foi construída no sentido de permitir uma centralização excessiva do poder na União, o que tornou fundamental a criação de meios que permitissem a uniformização do entendimento para que os Tribunais dos Estados pudessem interpretar a Constituição e as leis.

3.1.1 Surgimento Do Pquestionamento No Ordenamento Jurídico Brasileiro

O prequestionamento teve aparição no Brasil a partir do antigo recurso inominado para o STF – primeiro no art. 59, § 1º, do Decreto n. 510, de 23 de junho de 1890, e, depois, no art. 9º, II, parágrafo único, do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Posteriormente, foi incorporado à Constituição de 1981, a qual traziam seu artigo 59 § 1º:

Art 59, Constituição de 1891 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

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

- a) quando se **questionar** sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

[...] (grifou-se)

É importante mencionar que as Constituições de 1934, 1937 e 1946 seguiram com a exigência do prequestionamento, situação que veio a mudar somente com a chegada da Constituição de 1967, a qual não seguiu a tendência das últimas, mas veio a acrescentar uma expressão chamada “causa decidida”, o que se repetiu quando da Constituição Cidadã de 1988. Senão vejamos:

Art. 114, Constituição de 1967 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

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

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal

(grifou-se)

Art. 102, Constituição de 1988.

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:

(grifou-se)

Pôde-se perceber que tal descontinuidade de previsão gerou alguns efeitos no âmbito do prequestionamento, com a doutrina, a exemplo de Athos Gusmão Carneiro se posicionando contra à exigência de prequestionamento em virtude da falta de previsão constitucional⁴⁸.

Nesse sentido, Moraes (2008)⁴⁹ alinhara-se na ideia de que a falta de previsão foi uma opção do legislador, também não estando previsto o prequestionamento na legislação infraconstitucional, mas tão somente em algumas súmulas esparsas do STF, tais quais as Súmulas 282⁵⁰ e 356⁵¹. As súmulas, de forma resumida, reforçam o entendimento de que decisão impugnada pelo recurso extraordinário deve ter obrigatoriamente decidido sobre questão constitucional, e caso não estivesse

⁴⁸ MANCUSO, R. C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁹ MORAIS, F. B. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? **Revista da Esmape**, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008.

⁵⁰ BRASIL. **Súmula 282 do STF**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496#:~:text=Assim%2C%20como%20tem%20consignado%20este,sido%20apreciada%20no%20ac%C3%B3rd%C3%A3o%20recorrido>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁵¹ BRASIL. **Súmula 356 do STF**. O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>. Acesso em: 17 mai. 2022.

presente, o recurso deveria ser inadmitido por razão de ausência dos requisitos mínimos necessários para conhecimento, ou seja, a falta de prequestionamento.

Apesar dos entendimentos doutrinários contrários, aliados à falta de previsão expressa nos textos constitucionais, a jurisprudência do STF era majoritária no sentido de manutenção da previsão do questionamento, agora se configurando de forma implícita, sob pena de não conhecimento do recurso extraordinário, bastando que a decisão recorrida fosse contrária à norma federal para ser cabível a proposição do recurso extraordinário.

3.2 ASPECTOS CONCEITUAIS E CORRENTES DE ENTENDIMENTO ACERCA DO PREQUESTIONAMENTO

Com foi falado, o instituto do prequestionamento sempre foi marcado pelo seu aspecto descontínuo, seja em momentos estando de forma implícita nos dispositivos normativos ou em outros momentos em que apareceu de modo indireto, como na Constituição de 1967, ou seja, ele nunca foi expressamente previsto tanto em sua forma como em seu conteúdo. Tais fatos demonstram a dificuldade de se encontrar uma definição que abarque de modo satisfatório esse instituto tão importante no nosso ordenamento.

Com efeito, iniciando pelo sentido da expressão, o prequestionamento seria a ação de se suscitar, de forma pretérita, uma questão de fato ou de direito. O prequestionamento significaria a necessidade de alegação prévia, aliado um debate e um julgamento prévio de uma matéria federal ou constitucional, pelo tribunal a quo, a ser levado às instâncias de Sobreposição.

Fundamental importância deve ser dada ao doutrinador Jose Miguel Garcia Medina, o qual conseguiu agrupar as diversas correntes de entendimento quanto à conceituação e delimitação das especificidades do prequestionamento. Nesse sentido, conseguiu sistematizar as correntes em três grupos diferentes, sendo elas:

(i) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema;

(ii) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que é considerado como um ônus da parte

(iii) a soma dessas duas tendências, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou infraconstitucional, seguido de uma manifestação expressa do Tribunal a respeito⁵²

Com efeito, a primeira corrente tem fundamentação a partir somente de que a decisão prolatada pelo juízo a quo tenha tratado sobre alguma questão constitucional ou federal para serem cabíveis os recursos extraordinário e especial. Nesse sentido, torna-se fundamental o enfrentamento da matéria que se quer levar para o tribunal superior, estando identificável e também decidida pelo acórdão recorrido, não sendo necessária a atividade das partes.

É adepto dessa primeira corrente Bueno (2020, p.743), o qual discorre sobre a matéria:

O “prequestionamento”, porém, diferentemente do que insinua o seu nome, caracteriza-se pelo enfrentamento de uma dada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida, e não pelo debate ou pela suscitação da questão antes de seu proferimento. A palavra deve ser compreendida como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentado, decidido, pela decisão atacada.”⁵³

Assis (2017) pontua que o prequestionamento seria o próprio conteúdo da decisão judicial, não estando subordinado, absolutamente, à iniciativa das partes.⁵⁴ Ainda nesse sentido, argumenta Souza (2014, p. 640):

O prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Com efeito, não basta a parte ter suscitado o tema, ainda que à exaustão. Se a matéria jurídica suscitada não foi decidida no julgado recorrido, não está satisfeita a exigência do prequestionamento”⁵⁵

Encontra-se posicionamento jurisprudencial que acompanha a primeira corrente com os seguintes dizeres:

Para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos

⁵² MEDINA, J. M. G. **Pquestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁵³ BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵⁴ DE ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁵ BERNARDO, P. S. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10. ed. São. Paulo: Saraiva, 2014.

dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AG nº 883.046/RS, 4ª Turma; Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJe de 25/05/2009).

A segunda corrente, por sua vez, é minoritária e trata o prequestionamento como uma atividade desempenhada pelas partes, ou seja, ainda que o tribunal não se manifeste ou aprecie a questão, a parte poderia interpor recurso extraordinário, tendo em vista que suscitou a questão, ou seja, prequestionou.

A ideia do prequestionamento estar vinculada à atividade das partes tem fundamento na posição de que o órgão julgador deve se basear e limitar sua atuação somente no que diz respeito às matérias levantadas pelas partes, ou seja, seria uma consequência do princípio dispositivo. Nesse sentido, o prequestionamento estaria satisfeito a partir das indagações e do levantamento dos pontos pelas partes, de forma tempestiva e regular, independentemente do conhecimento pelo juízo a quo. Em virtude de tal provocação, fica o órgão julgador vinculado e também obrigado a se manifestar sobre a questão.

Posicionando-se em favor desse entendimento, temos Albuquerque (1996, p. 58), que discorre:

Prequestionar é questionar antes. É provocar decisão acerca da matéria antes do ato de julgamento do recurso. O modo mais comum e seguro de fazê-lo é mediante petição escrita, durante as fases postulatória e instrutória, provocando, então, a manifestação explícita do julgador a respeito, quando do proferimento da decisão⁵⁶

Por fim, a terceira corrente se desenvolve na linha de que além da matéria ter sido suscitada pelas partes, ela deve ter sido objeto de decisão no arresto recorrido. Assim, o prequestionamento é visualizado a partir da abordagem da questão pelo tribunal ordinário, em virtude da questão surgida ao longo do julgamento da causa, a partir também de uma atividade das partes.

Nesse sentido, destacam-se as palavras de Carneiro (2003, p. 31):

Todavia, para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida manifestamente

⁵⁶ ALBUQUERQUE, L. C. **Admissibilidade do recurso especial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996.

(não obstante se possa considerar prescindível a expressa menção ao artigo de lei).⁵⁷

A classificação trazida por Medina é importante na medida em que permite sistematizar um instituto tão multifacetado como o prequestionamento. O último conceito, principalmente, traz uma visão mais conjugada da ação tanto das partes como do julgador, confluindo o princípio dispositivo, no qual o julgador age somente nos limites da impugnação e das matérias trazidas pelo recorrente, com também a expressão “causa decidida”, presente na nossa CF, que será mais aprofundado no tópico 3.4 do presente trabalho.

3.3 PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO E IMPLÍCITO

Tendo como referência o conceito de prequestionamento a partir da ação do julgador e do efetivo enfrentamento da tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucionais no acórdão recorrido, pode-se passar à importante discussão que a doutrina e a jurisprudência trazem sobre duas modalidades diferentes de prequestionamento, sendo eles o implícito e explícito. A existência de diferentes interpretações relativas à profundidade e à clareza com que as questões federal e constitucional precisam ser abordadas no acórdão recorrido para que se tenha como prequestionadas é o que dá azo para essa classificação.

Vale ressaltar que o instituto do prequestionamento tem início tanto com o protocolo da petição inicial como também durante o deslocamento do processo para o segundo grau; mais à frente, veremos que também faz parte dessa dinâmica a figura dos embargos declaratórios, sendo em alguns momentos indispensáveis para se chegar ao cumprimento desse requisito.

Inicia-se a abordagem a partir do prequestionamento explícito, que seria aquele presente quando há a expressa disposição dos dispositivos de lei ou da Constituição no acórdão recorrido que se busca levar para a Corte Superior. É preciso que haja, portanto, no caso do prequestionamento explícito, o levantamento da tese de direito pela parte, e ainda a manifestação expressa sobre os dispositivos legais/constitucionais objeto da controvérsia.

⁵⁷ CARNEIRO, A. G. **Recurso especial, agravos e agravo interno**: exposição didática, área do processo civil, com invocação à jurisprudência do superior tribunal de justiça, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Portanto, o prequestionamento explícito seria a manifestação clara referente à matéria constitucional ou federal, tendo o acórdão recorrido que indicar referência ao dispositivo ofendido, além da sua análise.

Para o STF, portanto, a matéria constitucional levantada pelo recorrente não precisa estar expressamente referido no acórdão, mas é preciso que esta decisão prolatada tenha abordado inequivocamente a questão objeto da norma presente no Recurso Extraordinário.⁵⁸ Este Tribunal, portanto, adota o posicionamento no sentido da exigência do prequestionamento explícito, porém não obrigando que se tenha o artigo da CF expressamente referido na decisão recorrida.⁵⁹

Por sua vez, o denominado prequestionamento implícito significa o próprio prequestionamento em si da matéria, supra mencionado, realizado pelo Tribunal inferior, para se analisar a questão excepcional, porém deixando de fixar expressamente o dispositivo legal violado.

Em apertada síntese, a matéria disciplinada nos dispositivos sendo decidida e enfrentada, ainda que não haja a literal menção ou da lei federal ou da Constituição, é suficiente para configuração do prequestionamento implícito. Para o STJ, onde se aceita o denominado prequestionamento implícito, esse instituto se caracteriza a partir da representação mental feita pelo julgador, quando este passeia pelo artigo proposto, mas não o cita na decisão que profere.⁶⁰

Nesse sentido, temos as palavras de Medina (2002, p. 318-320) sobre a matéria, buscando sistematizar e identificar as correntes de entendimento:

Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida, não menciona a norma jurídica violada, e prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida. Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão. Há, ainda, quem denomine de implícito o prequestionamento enquanto atividade das partes (...).⁶¹

⁵⁸ Cf. STF - AI5856044 RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª turma, DJ 29/09/2006.

⁵⁹ NEGRÃO, T. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39 edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.088.

⁶⁰ MACEDO, E. H.; SCALZILLI, R. **Pquestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o novo Código de Processo Civil**.

Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 287-313, ago. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.12.PDF>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

⁶¹ MEDINA, J. M. G. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

O Superior Tribunal de Justiça caminha no entendimento de ser o possível reconhecimento da norma que direcionou o julgado, a partir da matéria que foi discutida no Tribunal de Origem. (AgInt nos EDcl no REsp 1821762/RS - DJe 27/4/2020)⁶². Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal não admite o prequestionamento implícito (AgR ARE 1208351/RJ – DJE 09/12/2019). Portanto, para o Superior Tribunal de Justiça, a referência expressa no acórdão recorrido não é necessária, sendo exigido tão somente o debate e o enfrentamento da questão; para o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, a referência expressa do dispositivo constitucional é imprescindível para ocorrência do prequestionamento.

Ainda nesse sentido, o STJ já se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. REEMBOLSO DE CUSTAS JUDICIAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS RELATIVOS A EMBARGOS DE TERCEIRO AJUIZADOS PELA AUTORA. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. ADMISSIBILIDADE.

1. Cabe examinar, no presente agravo interno, tão somente a parte impugnada da decisão hostilizada, permanecendo incólumes os fundamentos não refutados pela parte agravante.

2. É possível o reconhecimento de prequestionamento implícito, para fins de conhecimento do recurso especial, quando a questão debatida tenha sido decidida no acórdão recorrido, ainda que sem a explícita indicação dos dispositivos de lei que o fundamentaram.

3. No caso, mostra-se cabível a juntada de documentos, de caráter acessório ou secundário, com a apelação, uma vez que ausente má-fé e respeitado o contraditório. Precedentes.

4. Agravo interno provido para, afastada a ausência de prequestionamento, conhecer do agravo a fim de negar provimento ao recurso especial no ponto impugnado. (AgInt no AREsp 1272508/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 08/05/2019) (grifou-se).

Como pôde se constatar, há uma insegurança jurídica no que se refere à falta de padronização dos Tribunais superiores quanto à questão do prequestionamento, realidade que se mantém desde a criação desse instituto. Tanto o STF como o STJ adotam posicionamentos distintos sobre pontos semelhantes. Como vai se ver no seguinte tópico, o Código de 2015 buscou uniformizar esse entendimento, contudo

⁶² BRASIL. **AgInt nos EDcl no REsp 1821762/RS**, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 22/04/2020. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271701567%27\)+ou+\(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271701567%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271701567%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271701567%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 30 mai. 2022.

ainda se percebe, a partir de julgados recentes, que as diferenças de entendimento continuam existindo.

3.4 DA CAUSA DECIDIDA E O ARTIGO 1.025 DO CPC

Com efeito, nos artigos 102, III e 105 III, da Constituição Federal, nós encontramos a questão da causa decidida, sendo outro conceito que é objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais pela proximidade conceitual com o prequestionamento, por vezes sendo tratada como se tivessem a mesma definição.

Tal fato foi catalisado pela retirada da locução de prequestionamento a partir da Constituição de 1946, como foi dito no capítulo 4.1, e a introdução do conceito de causa decidida, entendendo-se essa última como o verdadeiro requisito de admissibilidade para os recursos.

Nesse sentido, não havendo obrigatoriedade constitucional para o prequestionamento, o que se exigiria para admissão não seria uma causa prequestionada ou suscitada, mas sim decidida, tendo como base a Súmula 282 do STF. Prequestionamento, portanto, seria uma atividade das partes que ocorreria antes da decisão, sendo apenas um caminho para se chegar à causa decidida.⁶³

Para Medina (2002, p.198):

O prequestionamento não ocorre na decisão recorrida, mas antes desta, podendo se verificar situações nas quais o juízo, independentemente de suscitação das partes, manifeste-se sobre o assunto. Isso equivaleria ao prequestionamento erigido pelas partes litigantes, eis que, no fim, restou ventilada a questão federal ou constitucional.⁶⁴

Nery Jr. (2001, p. 851) em excelente artigo sobre a matéria chega a negar a existência do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Dele são as conclusões que parcialmente destacamos:

⁶³ OLIVEIRA, P. M. **Prequestionamento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/187/edicao-1/prequestionamento>. Acesso em: 24 de abril de 2022

⁶⁴ MEDINA, J. M. G. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial.** 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

1. o prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou Tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do REsp;
2. o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais;
3. o verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do REsp é o cabimento, que só ocorrerá quanto às matéria que tenham sido efetivamente "decididas" pelas instâncias ordinárias (CF 102, In, e 105, IU);
4. a causa "decidida" é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se esse fim;⁶⁵

Por outro lado, há o entendimento de doutrinadores, como Scarpinella Bueno⁶⁶ no sentido da indissociabilidade entre a causa decidida e o prequestionamento, tendo ambos a mesma definição, tendo a primeira desempenhado a função da segunda a partir da Constituição de 1967.

Apesar da realidade anteriormente mencionada, e da expressa necessidade de causa decidida prevista na Carta Magna, o entendimento dos Tribunais Superiores, sobretudo através de súmulas, caminhou para a exigência do prequestionamento como requisito para admissibilidade do recurso excepcional, sendo ele a presença da questão federal ou constitucional no acórdão recorrido, sob a argumentação de que a exigência estaria implícita no texto constitucional. A lacuna constitucional permitiu com que o prequestionamento continuasse vigente, amparado sob o argumento da manutenção de vontade das Constituições pretéritas, e para permitir que as Cortes Superiores cumpram suas funções nomofilática, paradigmática e uniformizadora.⁶⁷

Com efeito, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (e depois pelo Superior Tribunal de Justiça) acabaram por juntar os dois conceitos, entendendo o prequestionamento como a decisão proferida pelo órgão a quo da questão constitucional ou federal e a suscitação das matérias a partir da atuação das partes nesse sentido.

Não obstante tal conjuntura, a posição do autor do presente trabalho se relaciona mais com a corrente em que se encontra doutrinadores como Nery Junior e Medina, tendo em vista a obrigação constitucional da causa decidida, sendo irrelevante o fato das partes terem ou não prequestionado qualquer matéria. De tal

⁶⁵ WAMBIER, T. A. A.; NERY JR, N. "Embargos de declaração prequestionadores", *In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo, Editora RT, 2001.

⁶⁶ BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. Vol 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.237/238.

⁶⁷ RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinários e especial**: observância do devido processo legal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

forma que o pressuposto essencial dos recursos extraordinários é justamente a decisão proferida pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, a partir da análise de em qual medida houve violação de normas constitucionais ou federais.

O conceito de prequestionamento, com efeito, ligou-se à necessidade do acórdão recorrido manifestar-se e decidir-se expressamente sobre tema de direito federal ou constitucional, sendo voltado a noção de causa decidida, ou seja, a matéria objeto do recurso excepcional.

Em síntese, apesar da jurisprudência e de parte da doutrina entender o prequestionamento como atividade dos Tribunais quando do recebimento dos recursos excepcionais, o entendimento aqui apresentado é de que ele significa a decisão da questão federal ou constitucional objeto do recurso excepcional; ainda, em caso de omissão do Tribunal de 2º grau quando da interposição de embargos declaratórios, verificar-se-ia a presença do prequestionamento.

Nesse sentido, quando a Constituição traz a expressão “causas decididas” entende-se a necessidade da presença da questão constitucional ou federal objeto do recurso no acórdão recorrido, sendo o prequestionamento uma forma de se chegar a cumprir este requisito.

Uma dúvida que pode estar pairando nos leitores do presente trabalho diz respeito à seguinte situação: há o questionamento da parte pela violação de lei federal ou dispositivo constitucional, porém, o tribunal, no acórdão, deixa de enfrentar a questão suscitada; posteriormente, a parte se vale dos denominados embargos para o tribunal decidir, explícita ou implicitamente o ponto, como foi visto no tópico 3.3, porém o tribunal não chega a admitir os embargos ou ainda os rejeita. Nesse caso, nós temos a figura do prequestionamento ficto, que restou positivado no artigo 1025 do CPC⁶⁸, numa tentativa de ir além da jurisprudência defensiva que vigorava nos Tribunais Superiores, sobretudo no tocante ao prequestionamento.

Portanto, além do requisito da causa decidida, nós tivemos mais esta previsão legal do prequestionamento ficto quando, a partir da omissão do Tribunal de 2º Grau no julgamento dos embargos de declaração, para fins de prequestionamento, no exame dos elementos que foram levantados nos embargos de declaração e que não foram providos no julgamento realizado. Nesse sentido, dentro dos limites

⁶⁸ Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

estabelecidos do inciso III dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, esse dispositivo permitiu às partes uma maior possibilidade de manifestação. A parte, então, interpõe o recurso especial, por exemplo, com a preliminar de violação, amparada no artigo 1.022, ao mencionado dispositivo, não sendo necessária que a causa esteja decidida definitivamente no acórdão recorrido. Por um lado, o prequestionamento ficto volta-se de forma mais ativa à iniciativa da parte que está recorrendo, ao alegar e suscitar determinada questão, em vez do conteúdo propriamente da decisão de única ou última instância recorrida. Vale-se ressaltar, entretanto, que o requisito do prequestionamento não é cumprido quando for a primeira vez que ele é exposto, por exemplo, no âmbito dos embargos de declaração, devendo ter sido suscitada em sede de apelação ou se for o caso durante a instrução propriamente dita.

Oliveira (2017) aponta que o requisito da causa decidida, ainda que de modo tácito, é satisfeito a partir da interposição dos embargos de declaração nos moldes do artigo 1.025 do CPC.⁶⁹

Com efeito, anteriormente, o STJ não admitia a tese do prequestionamento a partir da mera interposição dos embargos; com isso, o recorrente deveria interpor o recurso especial em face do acórdão que rejeitou os embargos de declaração, com fundamento na violação do dispositivo da lei federal que obriga os tribunais suprirem omissão percebida (à época o art. 535 do CPC/73, e agora art. 1022 do CPC/15); posteriormente, a partir do provimento desse recurso no STJ, a causa retornava ao tribunal de origem, para que o objeto ventilado fosse apreciado e fosse satisfeito o requisito do prequestionamento. Com a chegada do Novo Código, entendeu-se que houve uma mitigação da Súmula 211⁷⁰ do STJ.

Apesar da tentativa de superar a jurisprudência defensiva⁷¹, principalmente no STJ, julgados recentes ainda usam a Súmula 211 para obrigar o recorrente alegar também violação à norma dos embargos de declaração, art. 1.022 (hipóteses de cabimento dos embargos de declaração) sob pena de seu recurso ser declarado

⁶⁹ OLIVEIRA, P. M. (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico): processo civil**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/presquestionamento_5b1e916525d62.pdf> . Acesso em: 10 mai. 2022.

⁷⁰ Súmula 211 do STJ/ Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

⁷¹ NERY JUNIOR, N. **Código de Processo Civil comentado** – 18. Ed ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 2286

inadmissível. Ou seja, em preliminares, é necessária a menção ao artigo 1.022 como meio para ser admissível o recurso, parecendo ser esse o posicionamento que a Corte adotou nesses casos, ao contrário do que é percebido no STF.

Senão, vejamos esse julgado recente abaixo colecionado:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EFEITO SUSPENSIVO DE EMBARGOS A EXECUÇÃO. ARTS. 11, 489, § 1º, II, E 1022 DO CPC/2015. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE AFRONTA. SÚMULA 284/STF. ARTS. 6º, § 4º, 47 E 49 DA LEI Nº 11.101/2005. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ.

2. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. No caso, a matéria relativa ao princípio da cooperação não foi objeto de tratamento no acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos de declaração. Nesse caso, caberia ao recorrente apontar como violado o art. 1022 do CPC, o que não ocorreu, atraindo a incidência da Súmula 211/STJ.

Agravo interno improvido. (AgInt no REsp Nº 1939590 - SP (2021/0155882-1). Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. 14.12.2021, DJe 01.02.2022.

3.5 MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

Para Dinamarco (2004, p.69):

São de ordem pública (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade, como um todo, ou ao interesse público. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais que não o são. Como critério geral, são de ordem pública, as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes.⁷²

⁷² DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 4. Ed. ver. Atual. São Paulo: Malheiros. 2004, v. I, p. 69-70.

Com efeito, a definição de matérias de ordem pública, aqui compreendidas as relativas às condições da ação e os pressupostos processuais, no âmbito processual, recai na perspectiva em que o interesse público é dimensionado ao ponto de requerer uma atuação interventiva dos Tribunais, para conseguir viabilizar a harmonia e uma administração da justiça de forma correta. Nesse sentido, as matérias de ordem pública têm a finalidade de controle da regularidade do processo, enquanto instrumento de que se vale a Jurisdição para atingir seus fins de segurança e normatividade.⁷³

Enquanto no direito processual o interesse público está direcionado para o juízo de admissibilidade (pressupostos processuais e condições da ação) e regularidade do processo, aliado ao saneamento do processo, no direito material ele está ligado à restrição da autonomia da vontade das partes envolvidas, para se chegar à estabilização jurídica.

Assim, as questões de ordem pública têm uma importância no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em controlam a regularidade do processo civil. O seu manejo, dessa forma, é fundamental para que se possa ter uma prestação jurisdicional efetiva que satisfaça os anseios sociais e preserve os direitos dos jurisdicionais.

O magistrado, portanto, quando estiver analisando a causa, além dos pedidos propostos pelas partes, deve-se ater àquilo que também é conhecido como “objeções”, ligadas às matérias de ordem pública, tendo em vista que elas devem ser analisadas de modo anterior ao mérito, devido à importância que ultrapassa os interesses puramente individuais, e que podem gerar vícios insanáveis à decisão como um todo.

Ferreira (2002) escreve, sobre o assunto:

São questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado.”⁷⁴

⁷³ APRIGLIANO, R. C. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

⁷⁴ FERREIRA, A. L. **O. Embargos infringentes e questões de ordem pública**. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2841>. Acesso em: 15 mai. 2022.

Quanto à discussão existente entre o conceito de *reformatio in peius* e a apreciação das matérias de ordem pública, Nelson Nery Jr. aponta que "não haverá reforma para pior proibida se o tribunal, a despeito de só haver um recurso interposto, decidir contra o recorrente em razão do exame de uma dessas matérias de ordem pública."⁷⁵

Para esclarecer, o princípio inquisitório permite um julgamento desfavorável à parte recorrente, ao apreciar de ofício as matérias de ordem pública (efeito translativo), independentemente de pedido realizado. Nesse sentido, não há a verificação do princípio da proibição da *reformatio in peius* pela própria obrigatoriedade legal, ou seja, não vem em razão da ação de interpor o recurso.⁷⁶

Nesse mesmo sentido, Wambier e Talamini (2015, p. 731)

No direito brasileiro, se proíbe o *reformatio in peius*. Isto significa que o recorrente nunca corre o risco de ver sua situação piorada. Tendo sido impugnada a decisão, ou a situação se mantém como está ou melhora. A única hipótese em que o sistema permite a piora da situação do recorrente é a da necessidade de o órgão ad quem decidir sobre matéria de ordem pública.⁷⁷

Como foi visto, as matérias de ordem pública são de tal modo importantes para a sociedade, na medida em que prevalecem sob o interesse privado, que a *reformatio in peius* é permitida no efeito translativo. Assim, ainda que para a parte a sua situação particular tenha restado prejudicada, a realidade seria ainda mais grave para a coletividade como um todo se uma matéria como a prescrição, por exemplo, não fosse examinada e decidida pelo Tribunal. Desse modo, em virtude da transcendência dessas matérias, elas são cognoscíveis mesmo na hipótese de reconhecimento de algo que prejudicará a parte recorrente.

⁷⁵ NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁷⁶ BERNARDO, P. S. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10. ed. São. Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁷ WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

4 O EFEITO TRANSLATIVO E A POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE OFÍCIO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Com efeito, parte-se, nesse momento, para a discussão central do presente trabalho, qual seja, a possibilidade dos Tribunais Superiores analisarem, de ofício, uma matéria de ordem pública. Como já foi dito anteriormente, há uma divergência tanto na doutrina como na jurisprudência, com argumentos válidos para ambos os lados. A partir da demonstração desses argumentos, ao final, o posicionamento do autor do trabalho será exposto.

Ainda, vale destacar que no momento em que o Tribunal reconhece a impossibilidade de analisar matérias de ordem pública de ofício, isso significa se alinhar à primeira corrente, ou seja, a que inadmite o efeito translativo nos recursos excepcionais.

4.1 CORRENTE RESTRITIVA: INADMISSÃO DO EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Em síntese, a problemática desse trabalho ganha relevância na medida em que o prequestionamento é um ditame constitucional para admissibilidade dos recursos excepcionais, sendo utilizado quando se têm causas decididas. Nesse sentido, a natureza de Cortes de revisão dos Tribunais Superiores, que possuem a função de uniformizar o entendimento e tutelar o direito objetivo, aliado à exigência constitucional do prequestionamento são argumentos utilizados pela corrente que prega pela inadmissão do efeito translativo nos recursos excepcionais.

Nesse sentido, Ranña (2018, p.185)⁷⁸ dispõe que:

Nem o efeito devolutivo em profundidade, nem o efeito translativo, tampouco a Súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal explicam a possibilidade de reconhecimento de questões de ordem pública pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do mérito dos recursos extraordinários e especial uma vez que todos esses fundamentos caem diante da exigência constitucional da “causa decidida” ou, melhor dizendo, do prequestionamento.

⁷⁸ RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinários e especial**: observância do devido processo legal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

De acordo com essa corrente, a qual se filia Barroso⁷⁹ os recursos excepcionais não possuem o efeito translativo, tendo em vista que não há possibilidade de apreciação das matérias de ordem pública nos Tribunais Superiores, a menos que tenha havido prequestionamento no julgamento recorrido. Assim, limitados os recursos excepcionais pela extensão da matéria impugnada que se fez constar da decisão recorrida, percebendo-se uma omissão não se permite o conhecimento das matérias de ordem pública.

Ainda nessa linha, segundo a doutrinadora Teresa Alvim, não se vislumbra o efeito translativo na medida em que os recursos excepcionais têm devolutividade restrita, pelas disposições constitucionais. Nesse sentido, ao julgador é devolvido somente a matéria constante do corpo do acórdão, e além, disso, ela deve guardar correlação com à violação federal ou constitucional. Ainda, por serem tribunais de superposição, não é permitido a análise de questões de fato ou de direito, mas tão somente das matérias decididas pelo órgão a quo.⁸⁰

Ademais, há a argumentação no sentido de que os Tribunais Superiores não desempenham função de terceira instância no ordenamento jurídico, mas sim, são instâncias extraordinárias, de revisão e de sobreposição, responsáveis pela uniformização da interpretação da legislação constitucional federal e da legislação infraconstitucional federal.

Tais recursos, portanto, estão também a serviço do princípio federativo, pois o que se quer com eles é dar unidade, inteireza ao direito federal de índole nacional, evitando que uma mesma norma da Constituição ou da lei federal receba interpretação distinta e conflitante nos diferentes estados da federação. Estão a serviço de um propósito político-constitucional de assegurar a unidade federativa, não interessando precipuamente a esses recursos a correção das injustiças individuais decorrentes da análise eventualmente equivocada da matéria fática (para este propósito existem as instâncias ordinárias).

Nesse sentido é o posicionamento de Fernandes (2008, p.249), o qual afirma:

O prequestionamento é, como vimos, da própria essência desses recursos excepcionais. E isso se dá porque os dispositivos constitucionais que tratam dos recursos extraordinários (art. 102, III) e especial (art. 105, III) falam em causas decididas, e porque, para a ocorrência de uma das situações

⁷⁹ BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸⁰ ALVIM, T. A. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2008.

previstas nas alíneas dos art. 102 III e 105 III, necessário que haja efetiva manifestação do órgão a quo sobre a questão. Não se vê no texto Constitucional qualquer autorização para que se dispense o prequestionamento quando se estiver diante de questão de ordem pública.⁸¹

Ainda nessa linha, a doutrina argumenta que o recurso especial não possui efeito translativo; ainda que haja previsão infraconstitucional a permitir o conhecimento de ofício pelo juízo “em qualquer tempo e grau de jurisdição” de matérias de ordem pública, tal realidade se confronta com a norma hierarquicamente superior da Constituição Federal que exige em seu artigo 105, III, que o STJ julgue os recursos especiais “nas causas decididas, em única ou última instância”. Desse modo, a matéria de status infraconstitucional não poderia se sobrepor às disposições constitucionais.

Conforme Assis (2017, p.627):

É oportuno acrescentar que, coerente à idéia de afloração, a virtual possibilidade de o órgão judiciário se pronunciar, em tese, a respeito de algumas questões, apreciáveis ex officio, necessariamente não preenche os tipos constitucionais. É indispensável que o juiz singular ou o órgão fracionário do tribunal, respeitado o esgotamento das vias recursais ordinárias, efetivamente decida a questão. Embora seja lícito conhecer dos pressupostos processuais e das condições, “a qualquer tempo e grau de jurisdição”, conforme reza o art. 267, §3º, nada decidindo o provimento acerca de sua presença ou inexistência no processo – e, assim, implicitamente reconhecendo atendido o conjunto dessas questões na causa, pouco importa se correta ou incorretamente -, não cabe recurso extraordinário e, a fortiori, especial. E, ademais, toda e qualquer matéria de ordem pública (por exemplo, os requisitos de admissibilidade dos recursos “ordinários”) reclama pronunciamento explícito, e, portanto, de “prequestionamento” para ensejar recurso – no caso, o especial, porque se cuidará de questão federal.⁸²

Para essa corrente, denominada restritiva, a admissão do efeito translativo aos recursos excepcionais resultaria em uma própria aproximação desses recursos aos denominados ordinários, tendo em vista que a distinguibilidade se dá em razão justamente do juízo de admissibilidade.

Para o doutrinador Nelson Nery Júnior, a exigência do prequestionamento é constitucional, sendo a sua ausência uma limitação intransponível para apreciação das matérias nas Cortes Superiores; José Garcia Medina, por sua vez, ainda que preze pelo prequestionamento, entende que esse requisito é atendido a partir da

⁸¹ FERNANDES, L. E. S. **Embargos de declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**, 2. ed. Revistas dos Tribunais, Coleção RPC, 2008.

⁸² DE ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

interposição de Embargos Declaratórios com a razão de prequestionamento, na hipótese de não manifestação do Tribunal.⁸³

Ainda, os argumentos dessa corrente vão no sentido da difícil separação entre as questões de ordem pública e as questões de natureza privada, o que permite uma incerteza no ordenamento ao permitir uma atuação discricionária do juiz de forma exacerbada, podendo, caso a caso, julgar de modo conveniente.⁸⁴ Fortalece esse entendimento, ainda, que ambas as teses aqui discutidas - de admissão e inadmissão do efeito translativo - são aceitas nos Tribunais Superiores, ou seja, dificulta a uniformização dos julgamentos e permite que os magistrados validem seus argumentos de acordo com a tese que lhe satisfaz, sem que haja uma vinculação legal explícita.

Por fim, para eles, a exigência constitucional do prequestionamento é de tal modo importante que deve ser respeitada mesmo nos momentos em que haja críticas no sentido da jurisprudência defensiva, do excesso de formalismo, sendo a Constituição a balizadora desses ânimos e desses momentos de tensão argumentativa. Outro argumento apresentado é que em se tratando de recursos excepcionais, para essa corrente, o direito subjetivo, aquele intrinsecamente ligado à questão de fato e à posição pessoal dos litigantes não é mais possível de ser conhecido, tendo em vista que em sede de Tribunal Superior preza-se apenas pela manutenção da autoridade e unidade da interpretação jurídica em matéria constitucional ou federal.

Com efeito, verificando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, nós temos diversas decisões⁸⁵ relacionadas à exigência do prequestionamento e a consequente inadmissão do efeito translativo aos recursos excepcionais, sendo esse, inclusive, o posicionamento majoritário das Cortes Superiores, a despeito de ter havido uma maior flexibilidade nos últimos anos quanto ao reconhecimento do efeito translativo, principalmente no âmbito do STJ, como se verá no tópico seguinte.

Nesse sentido, colaciona-se:

⁸³ MEDINA, J. M. G. **O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 324.

⁸⁴ SILVA, I. R. F. L. Crítica à Tese da possibilidade do conhecimento oficiosos de 'Questões de Ordem Pública' pelo STJ. **Revista de Processo**, n. 202, 2011.

⁸⁵ BRASIL. STJ, Terceira Turma, AgInt nos EDcl no AREso, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 09/03/2018; STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp: 1021641 MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 19/05/2017;

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA COLETIVA. NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE. INOCORRÊNCIA. SÚMULA N. 283/STF. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE EFEITO TRANSLATIVO DO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

2. O exame do mérito neste Tribunal Superior exige a observância da técnica processual adequada, pois "o efeito translativo é próprio dos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), e não dos recursos excepcionais, como é o caso do recurso especial" (REsp n. 1.366.921/PR, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/2/2015, DJe 13/3/2015), o que impede o exame de ofício da mencionada controvérsia.

3. É inviável o agravo previsto no art. 1.021 do CPC/2015 na parte que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada (Súmula n. 182/STJ). 4. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ - AgInt no AREsp: 1654648 RS 2020/0019182-9, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 28/03/2022, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2022)

4.2 CORRENTE LIBERAL: ADMISSÃO DO EFEITO TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Como já foi dito, a existência do efeito translativo nos recursos excepcionais é, ainda, um assunto repleto de controversas no sistema recursal brasileiro. A despeito dos valiosos argumentos apresentados anteriormente pela corrente que inadmite o efeito translativo nos recursos excepcionais, a posição que aqui se toma no trabalho se filia à segunda corrente, denominada liberal, pelas razões que a seguir se colocam.

Com efeito, para aqueles que defendem essa corrente, a incidência do efeito translativo têm autonomia em relação ao efeito devolutivo, na medida em que o prequestionamento contido na CF está relacionado às disposições do efeito devolutivo. Nesse sentido, Gomes (2008):

[...] o prequestionamento é requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários lato sensu, portanto se relaciona ao efeito devolutivo desses recursos. As matérias de ordem pública, por sua vez, vinculam-se a outra categoria de efeitos, precisamente o efeito translativo, não existindo, pois, qualquer incompatibilidade no conhecimento de ofício de tais questões.⁸⁶

Como foi dito anteriormente no tópico 2.4, o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais possui dois momentos distintos, iniciando pelo juízo de admissibilidade, o qual, sendo positivo, permite a entrada no juízo de mérito. Sendo assim, o prequestionamento seria um integrante dos requisitos de admissibilidade do recurso excepcional, para efeitos de conhecimento.

Com efeito, superados os óbices referentes à admissibilidade, o STF e o STJ, ao julgar o mérito recursal, têm “jurisdição aberta”,⁸⁷ não ficando presos aos fundamentos da decisão recorrida e, a partir do efeito translativo, reconhecer matérias de ordem pública que não tinham sido suscitadas.

Ainda, caso o recurso seja admitido por algum outro fundamento, para essa corrente, é dever do Tribunal de Sobreposição decidir, de ofício, a respeito da matéria de ordem pública, a fim de se evitar um julgamento de mérito viciado e que se deixe passar uma possível nulidade no processo. Tal conjuntura permite que a parte possa ser socorrida sem que se tenha que buscar outros meios de impugnação,⁸⁸ contribuindo para a celeridade processual e a segurança jurídica.

Os fundamentos que se destacam para essa corrente encontram-se nesse trecho, no qual Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha trazem a figura da Súmula 456 do STF, senão vejamos:

Sucede que, se o recurso extraordinário ou especial for interposto por outro motivo, e for conhecido, poderá o STF ou STJ, ao julgá-lo, conhecer ex officio ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3º do art. 485, além da prescrição e decadência), bem como de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, relacionadas ao capítulo decisório objeto do recurso extraordinário (art. 1.034, par. ún., CPC), mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido.⁸⁹

⁸⁶ NORATO, E. C. G. O efeito translativo nos recursos extraordinários lato sensu. **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 64. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁸⁷ DIDIER JÚNIOR., F. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

⁸⁸ CARVALHO, P. T. B. C. Efeito translativo nos recursos excepcionais. **Revista de Processo**, ano 34, n. 171, 2009.

⁸⁹ DIDIER JÚNIOR., F.; CUNHA, L. C. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

Com efeito, a súmula 456 do STF⁹⁰, aliado ao art. 255, § 5º, do RISTJ⁹¹ realçam esse entendimento, na medida em que os Tribunais Superiores não ficariam limitados ao âmbito de devolução da matéria alegada, tendo cognição sobre toda a causa, a partir daí se permitindo analisar questões de ordem pública, ligadas às condições da ação e pressupostos processuais, por exemplo.

O artigo 255, § 5º, do RISTJ demonstra que a excepcionalidade dos recursos extraordinários é percebida, sobretudo, quando do juízo de admissibilidade. Ou seja, passado essa etapa de julgamento, o tribunal não fica adstrito apenas às matérias prequestionadas ou às causas decididas, mas também julgam, ou melhor, rejudgam a causa, aplicando o direito ao caso concreto, na inteligência da sua função dialética.

Tal posicionamento parece ter sido firmado quando da entrada do novo Código de Processo Civil, o qual, em seu artigo 1034, positivou a Súmula 456 anteriormente mencionada, trazendo as seguintes disposições:

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

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

Segundo o professor Bernardo Pimentel (2014, p. 416):

Resta saber se o recurso especial produz efeito translativo. A melhor resposta parece ser a afirmativa. É que, conhecido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça aplica desde logo o direito à espécie, julgando o caso concreto. É o que estabelece o artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Ora, ao julgar a causa, o Superior Tribunal de Justiça tem competência para reconhecer a ausência de algum pressuposto processual, a inexistência de alguma condição da ação e a ocorrência de nulidade absoluta, consoante o disposto nos artigos 113, 219, §5º, 245, caput, e 267, §3º, todos do Código de Processo Civil. Por conseguinte, ultrapassada a barreira da admissibilidade, o tribunal ad quem deve apreciar de ofício as questões de ordem pública.⁹²

⁹⁰ Súmula 456 do STF/ O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno**. Artigo 255 § 5º do 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. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504967464/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1350418-pr-2012-0222107-1/inteiro-teor-504967467>. Acesso em: 12 mai. 2022.

⁹² BERNARDO, P. S. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10. ed. São. Paulo: Saraiva, 2014.

Nesse sentido, os Tribunais Superiores não se materializam apenas como tribunais de cassação, com vistas a anular a decisão recorrida, mas também como tribunais de revisão, com a fixação da tese jurídica considerada correta, sendo uma função do Tribunal julgar a causa, quando se tratar de matérias de ordem pública. Desse modo, o juízo de revisão permite a apreciação das circunstâncias da causa e aplica a o direito à lide, a partir do que foi estabelecido no juízo de cassação. Salienta-se que os tribunais de superposição estão ligados à aplicação do direito ao caso concreto, de modo a uniformizar o entendimento. Nesse sentido, os recursos excepcionais têm como objeto imediato o direito objetivo, mas, ainda, tutelam o caso concreto e o direito subjetivo, como objeto mediato de suas atuações. Com a devida vênia de uma pequena digressão, como foi falado, os recursos excepcionais, têm o condão de conferir unidade ao direito federal, mas quando do julgamento da aplicação do dispositivo legal, acaba por também, de modo indireto, ajudando ou prejudicando uma das partes interessadas.

Mancuso (2015, p. 320), ao tratar da matéria, aponta que:

De fato, parece-nos que em questões de ordem pública, que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos – positivos e negativos – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, §3º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa... A questão da admissibilidade ou não do RE ou do REsp, presente matéria de ordem pública – ainda que não prequestionada –, coloca de um lado, como regra, o princípio dispositivo (CPC, arts. 2º, 128, 515 e parágrafos: *iura novit curia*), a que se agrega o argumento de que o âmbito de devolutividade desses recursos, na perspectiva vertical, é bem restrita; e de outro, como exceção, a cognoscibilidade de ofício de tais temas, a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, arts. 113; 219, §5º; 267, §3º)⁹³

O que se necessita, para a corrente liberal, é a admissão do recurso excepcional, por qualquer fundamento que o permita, partindo, após, para a o julgamento da causa, podendo-se aplicar o direito à espécie e se verificar as matérias de ordem pública, pois o efeito translativo está vinculado somente ao juízo de mérito.

A partir da satisfação pelo recorrente dos requisitos de admissibilidade recursal (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, tempestividade, regularidade

⁹³ MANCUSO, R. C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

formal, preparo e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e o posterior conhecimento do recurso, as matérias de ordem pública, que, como se sabe, não precluem, devem ser analisadas *ex officio*.⁹⁴ Em sendo caso de inadmissão do efeito translativo, o Tribunal Superior, de modo indireto ou reflexo, não cumpriria com sua função primordial de uniformização do entendimento e aplicação da lei federal ou do dispositivo constitucional ao caso concreto. Desse modo, restaria à parte o ajuizamento de uma ação rescisória

Nesse sentido é o posicionamento do professor Medina (2017), segundo o qual:

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 da ação, se este tema não tiver sido enfrentado pela decisão recorrida. No entanto, interposto e conhecido o recurso especial com base em outro fundamento, a ausência da condição da ação poderá ser examinada, *ex officio*, pelo STJ.⁹⁵

Há, ainda, uma corrente mais liberal, ancorada pelo argumento da desnecessidade de admissão do recurso excepcional para se verificar o efeito translativo, ou seja, independente de juízo de admissibilidade por outro motivo, como foi dito anteriormente, o Tribunal Superior poderia se pronunciar de ofício sobre as matérias de ordem pública. Tal realidade, segundo eles, não afrontaria as normas constitucionais ao caminhar para uma maior unicidade do instituto do prequestionamento e a garantia de um acesso à justiça mais efetivo.⁹⁶

Para Nelson Luiz Pinto, nessa linha, há o prequestionamento implícito das matérias de ordem pública, quando da prolação de um acórdão realizado pelo juízo de revisão.⁹⁷ Segundo essa corrente, a partir da omissão de pronunciamento sobre a questão de ordem pública, já se configuraria de imediato uma violação à Constituição Federal, sendo cabível a interposição do recurso excepcional. Assim, seguindo essa

⁹⁴ FREIRE, R. C. L. **Ainda sobre a declaração ex officio da falta de um pressuposto processual ou de uma condição da ação em agravo de instrumento**. Jusbrasil. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2007/ainda-sobre-a-declaracao-ex-officio-da-falta-de-um-pessuposto-processual>>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

⁹⁵ MEDINA, J. M. G. **Pquestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁹⁶ CARNEIRO, T. A. **Recurso especial, efeito translativo**. Matéria de ordem pública. Revista de Processo, n. 143. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2007.

⁹⁷ PINTO, N. L. **Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

linha, quando a Constituição fala de *causa decidida*, deve-se ter um entendimento diferente no concernente à expressão, na medida em que, existindo vício, por exemplo, na legitimidade, ou nas condições da ação, e o recurso tenha sido conhecido pelo órgão a quo, o requisito da *causa decidida* estaria implicitamente satisfeito. Ou seja, ainda que não expressamente decidida ou levantada nas preliminares do recurso, o tribunal a quo, teria a obrigação de analisar as matérias constantes do artigo 485 do CPC, relativas à litispendência, às condições da ação, previamente ao juízo de mérito.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores têm julgados⁹⁸ que admitem a incidência do efeito translativo, filiando-se à corrente liberal, ainda que não seja o entendimento predominante no âmbito desses tribunais, sobretudo no âmbito do STF, que tem posição mais conservadora. A corrente, mais liberal, entretanto, não encontra guarida, tanto no STF quanto no STJ. Ainda não se vislumbra, na atualidade, posicionamento uníssono no tocante à questão.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FUNÇÃO COMISSIONADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ☐

3. As questões de ordem pública, apreciáveis de ofício nas instâncias ordinárias, devem observar o requisito do prequestionamento, viabilizador da interposição do recurso especial, salvo se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos (Súmula 456/STF), o que não ocorre in casu.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. AgRg no REsp 1155696 / AL. Ementa: [...]. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, DJe de 29.06.2010.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO JUDICIAL EM QUE A EMPRESA AUTORA BUSCA A DESCONSTITUIÇÃO/REDUÇÃO DE MULTAS DEFINIDAS PELO CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (CRSFN) NO ÂMBITO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. RECURSO ESPECIAL DO BACEN PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA AUTORA PREJUDICADO.

1. "O Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 257 de seu Regimento Interno e na Súmula 456/STF, tem se posicionado no sentido de que, superado o juízo de admissibilidade e conhecido por outros fundamentos, o recurso especial produz o efeito translativo, de modo a permitir o exame de ofício das matérias de ordem pública." (REsp 1275025/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).

⁹⁸ BRASIL. **Precedentes do STJ**: REsp 801.154/TO, DJ 21/05/08; REsp 911.520/SP, DJ 30/04/08; REsp 869.534/SP, DJ 10/12/07; REsp 660519/CE, DJ 07/11/05.

Outro fator que parece corroborar para essa corrente veio através da mudança no artigo 485 § 3º do CPC, que alterou a disposição do Código de 1973 da seguinte forma:

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, **enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.** (grifou-se).

Anteriormente, a parte final previa o conhecimento de ofício enquanto não fosse proferida sentença de mérito, ao passo que o Novo Código expressamente trouxe até quando não ocorrer o trânsito em julgado, ou seja, alinha-se ao entendimento da possibilidade de apreciação dessas matérias elencadas pelos Tribunais Superiores.

Em resumo, o que a corrente liberal pressupõe é que não há incompatibilidade entre o requisito do prequestionamento e o efeito translativo, tendo em vista que eles se manifestam em etapas diferentes do processo, sendo o primeiro no juízo de mérito e o segundo no juízo de admissibilidade.

Essa posição parece-nos a mais acertada, na medida em que o prequestionamento é mitigado em prol da instrumentalidade do processo e de garantir a real aplicação do direito ao caso, ao impedir que seja necessária a interposição de uma ação rescisória, por exemplo, para desconstituir o acórdão viciado, dificultando a existência de um processo célere e eficaz. Caso contrário, o Tribunal atestando a presença de algum vício processual, permaneceria inerte, por falta de prequestionamento, desestabilizando a higidez do ordenamento e atentando contra princípios básicos do processo civil.

Destarte, finda-se o presente trabalho, que buscou apresentar, de modo não exaustivo, as principais correntes sobre o tema, as atualizações legais, além da tendência dos Tribunais Superiores quanto à temática do efeito translativo nos recursos excepcionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscou-se defender a existência do efeito translativo nos recursos excepcionais. Para isso, primeiramente, buscou-se desenvolver os capítulos da pesquisa para mostrar as diversas correntes de entendimento sobre o tema, os conflitos doutrinários e jurisprudenciais, por exemplo, a respeito do prequestionamento.

O prequestionamento é um instituto marcado por discontinuidades históricas, visto que estava expressamente presente em determinadas Constituições, mas na Constituição Cidadã não constou de forma explícita. Não obstante, a interpretação oferecida por uma parcela da doutrina e pela jurisprudência à expressão *causa decidida*, contida nos artigos 102 e 105 da Constituição, compreende o prequestionamento como requisito de admissibilidade recursal.

A discussão sobre o efeito translativo nos recursos excepcionais, portanto, requer o envolvimento de diversos institutos para se poder chegar a uma conclusão que satisfaça os anseios da sociedade e se alinhe à noção mais democrática do processo.

De um lado está o entendimento que inadmite o efeito translativo no recursos excepcionais, restringindo a apreciação das matérias de ordem pública, a partir de diversos fatores apresentados, como a noção de recursos de estrito direito, a função constitucional dos tribunais de Superposição, além da disposição acerca das hierarquias das normas, ou seja, enquanto o dispositivo que prevê o prequestionamento resta positivado na CF, a possibilidade de cognição de ofício das questões voltadas aos pressupostos processuais e às condições da ação somente está presente em legislação infraconstitucional, como o CPC.

Por outra perspectiva, a qual se filia o autor, o efeito translativo está atrelado ao juízo de mérito, ou seja, ultrapassado o juízo de admissibilidade, haveria a

possibilidade de se aplicar o direito à espécie e, em consequência, ser analisada matérias não prequestionadas e não decididas anteriormente, a exemplo de questões ligadas àquelas do artigo 485 do CPC, de modo que os Tribunais Superiores cumpriram sua função social e política, além de aplicar o direito à espécie. Essa ideia está voltada a noções de instrumentalidade das formas e também da crítica ao formalismo exacerbado presente na jurisprudência defensiva.

Nesse sentido, foram apresentados julgados mais restritivos, tanto no âmbito do STF quanto no âmbito do STJ, impossibilitando a análise das matérias de ordem pública desprovida de prequestionamento, e julgamentos mais liberais, nos quais há uma mitigação da necessidade do prequestionamento quando se tratar de matérias de ordem pública.

A posição de aceitar o efeito translativo nos parece mais coerente, de modo a evitar que as cortes superiores sejam meios meramente consultivos, mas, sobretudo, ofereçam um resultado útil às partes envolvidas, a partir da noção moderna do processo civil, garantindo o alcance efetivo do direito material. Salienta-se, nesse sentido, que o artigo 1.034 do CPC, fruto da positivação da Súmula 476 do STF, e o artigo 255, § 5º, do RISTJ, são dispositivos legais que corroboram o posicionamento acima mencionado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, L. C. **Admissibilidade do recurso especial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996.

ALVIM, E. A. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ALVIM, T. A. ; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro [livro eletrônico]**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALVIM, T. A. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. São Paulo: RT, 2008.

ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

APRIGLIANO, R. C. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERNARDO, P. S. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10. ed. São. Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno**. Artigo 255 § 5º do 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. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504967464/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1350418-pr-2012-0222107-1/inteiro-teor-504967467>. Acesso em: 12 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **REsp 757.127/SP**, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 435.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNEIRO, A. G. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999.

CARNEIRO, T. A. **Recurso especial, efeito translativo**. Matéria de ordem pública. Revista de Processo, n. 143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, P. T. B. C. Efeito translativo nos recursos excepcionais. **Revista de Processo**, ano 34, n. 171, 2009.

CORRÊA, G. E. **O uso dos embargos de declaração para fins de prequestionamento**. 2021. 106 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

DE ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, F.; CUNHA, L. J. C. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

ESPINDOLA, L. F. **Precedentes Vinculantes e meios de impugnação no CPC/15**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017.

FERNANDES, L. E. S. **Embargos de Declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**, 2. ed, Revistas dos Tribunal, Coleção RPC, 2008.

FERREIRA, A. L. O. **Embargos infringentes e questões de ordem pública**. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2841>. Acesso em: 15 mai. 2022.

FREIRE, R. L. C. **Ainda sobre a declaração ex officio da falta de um pressuposto processual ou de uma condição da ação em agravo de instrumento**. Jusbrasil. 2007. frDisponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2007/ainda-sobre-a-declaracao-ex-officio-da-falta-de-um-pressuposto-processual>>. Acesso em: 20 de maio e 2022

GONÇALVES, M. V. R.; LENZA, P. (coord.). **Direito processual civil esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACEDO, E. H; SCALZILLI, R. **Prequestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 287-313, ago. 2015.

MANCUSO, R. C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, L. G. **Curso de processo civil - Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Campinas: Millenium, 2003.

MEDINA, J. M. G. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, J. M. G. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 1. ed. São Paulo: RT, 2008.

MORAIS, F. B. A (In)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? **Revista da Esmape**, Recife, v.13, n.27, jan/jun. 2008.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEGRÃO, T. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, N., NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil comentado**. 18. Ed. ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NORATO, E. C. G. O efeito translativo nos recursos extraordinários lato sensu. **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 64. Belo Horizonte: Forum, 2008.

OLIVEIRA, P. M. (coord.). **Prequestionamento**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

PINTO, N. L. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PINTO, N. L. **Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinários e especial**: observância do devido processo legal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

SILVA, I. R. F. L. Crítica à Tese da possibilidade do conhecimento oficiosos de 'Questões de Ordem Pública' pelo STJ. **Revista de Processo**, n. 202, 2011.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, T. A. A.; NERY JR, N. "Embargos de declaração prequestionadores", *In*: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo, Editora RT, 2001.