



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

ELIABE CHAVES FREITAS

**O EXAME DE MÁTERIA DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO
ESPECIAL**

Brasília
2010

ELIABE CHAVES FREITAS

**O EXAME DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO
ESPECIAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil Aplicado à Atividade Profissional dos Servidores do STJ.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros
Carvalho

Brasília
2010

ELIABE CHAVES FREITAS

**O EXAME DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO
ESPECIAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu em Direito Processual Civil Aplicado à Atividade Profissional dos Servidores do STJ*.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Brasília, 20 de novembro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Carlos Orlando Pinto

Prof. Henrique Vitali

RESUMO

No âmbito do direito processual, um instituto de grande relevância é o recurso, que é o meio utilizado para, dentro do mesmo processo, anular ou reformar uma decisão judicial. Classificam-se em recursos ordinários e recursos extraordinários. Dentre os extraordinários tem-se o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça que tem a função de zelar pela aplicação e interpretação da legislação federal infraconstitucional em todo o território nacional, uniformizando a jurisprudência. A interposição de um recurso tem o condão de produzir vários efeitos sobre a relação processual estabelecida. Os mais comuns são o efeitos devolutivo e suspensivo, mas existem outros que foram sendo trazidos pela doutrina. É o caso do efeito translativo, que autoriza o juiz ou tribunal a julgar de ofício em situações determinadas pela lei. Geralmente é o que ocorre com as chamadas matérias de ordem pública que são questões em que há supremacia do interesse público, sobre as quais não se opera a preclusão, podendo ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição. A ocorrência do efeito translativo no recurso especial tem gerado divergência doutrinária e jurisprudencial, em virtude deste ser recurso de natureza extraordinária, cujas regras são previstas na Constituição Federal, que estabelece as hipóteses de cabimento e requisitos de admissibilidade. Principalmente o requisito do prequestionamento, segundo o qual o recurso especial só poderá trazer questão federal já decidida pelo tribunal de origem. Assim, o presente trabalho objetiva estudar a possibilidade da ocorrência do efeito translativo no recurso especial, a divergência estabelecida e as correntes que formaram na doutrina e na jurisprudência.

Palavras-chave: Recurso especial. Matéria de ordem pública. Efeito translativo. Pquestionamento.

ABSTRACT

Under the procedural law, an institution of great importance is the action, which is the medium used to within the same process, annul or alter a judicial decision. They are classified into ordinary and extraordinary resources. Among the extraordinary has a special appeal to the Superior Court of Justice which has the task of ensuring the implementation and interpretation of federal law *infra* throughout the national territory, and uniform jurisprudence. The lodging of an appeal has the power to produce various effects on the relationship established procedure. The most common are the effects of devolution and suspension, but there are others who were being brought by the doctrine. This is the case of translative effect authorizing the court or tribunal to judge from office in cases determined by law. It is usually the case with the so-called matters of public policy issues that are there in the supremacy of public interest, on which the estoppel does not operate and can be claimed at any time and degree of jurisdiction. The occurrence of the effect on translative special feature has generated doctrinal and jurisprudential divergence, because this appeal is of an extraordinary nature, whose rules are provided in the Constitution, which establishes the appropriateness of assumptions and requirements for admissibility. Especially the requirement of pre-questioning, whereby the special feature can only bring federal issue already decided by the court of origin. Thus, this paper aims at studying the possibility of occurrence of the effect on translative special feature, the divergence established and the streams that formed on the doctrine and jurisprudence.

Key words: Special feature. Matter of public policy. Effect translative. Pre-questioning.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 - RECURSO ESPECIAL	09
1.1 Antecedentes históricos	10
1.2 Conceituação e Finalidade	12
1.3 Pressupostos ou requisitos de admissibilidade	13
1.3.1 Pressupostos intrínsecos	14
1.3.1.1 <i>Cabimento</i>	14
1.3.1.2 <i>Legitimidade</i>	15
1.3.1.3 <i>Interesse em recorrer</i>	16
1.3.2.4 <i>Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer</i>	17
1.3.2 Pressupostos extrínsecos	19
1.3.2.1 <i>Tempestividade</i>	19
1.3.2.2 <i>Regularidade formal</i>	20
1.3.2.3 <i>Preparo</i>	20
1.3.3 Pressupostos específicos do recurso especial	21
1.3.3.1 <i>Decisão proferida pro Tribunal</i>	22
1.3.3.2 <i>Questão de direito federal</i>	23
1.3.3.3 <i>Esgotamento das vias recursais ordinárias</i>	24
1.3.3.4 <i>Análise exclusiva de matéria de direito</i>	24
1.3.3.5 <i>Prequestionamento</i>	25
1.4 Hipóteses de cabimento do recurso especial	29
1.4.1 Recurso especial pela alínea “a”	29
1.4.2 Recurso especial pela alínea “b”	31
1.4.3 Recurso especial pela alínea “c”	32
1.5 Efeitos do recurso especial	33
1.5.1 Efeito obstativo	34
1.5.2 Efeito devolutivo	34
1.5.3 Efeito suspensivo	35
1.5.4 Efeito substitutivo	35
1.5.5 Efeito regressivo	36
1.5.6 Efeito translativo	37

CAPÍTULO 2 - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E EFEITO

TRANSLATIVO	38
2.1 noções acerca de “ordem pública”	38
2.2 Matéria de ordem pública	40
2.2.1 Condições da ação	41
2.2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido	42
2.2.1.2 Legitimidade das partes ou ad causam	43
2.2.1.3 Interesse processual	44
2.2.2 Pressupostos processuais	45
2.2.2.1 Pressupostos processuais de existência	46
2.2.2.2 Pressupostos processuais de validade	47
2.2.2.3 Pressupostos processuais negativos	48
2.2.3 Nulidade absoluta	51
2.2.4 Prescrição e decadência	53
2.3 O efeito translativo dos recursos	55
CAPÍTULO 3 – A APLICAÇÃO DO EFEITO TRANSLATIVO	
AO RECURSO ESPECIAL	59
3.1 Primeira corrente doutrinária e jurisprudencial: contrária	60
3.2 Segunda corrente doutrinária e jurisprudencial: amplamente favorável	64
3.3 Terceira corrente doutrinária e jurisprudencial: posição intermediária	67
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

Na jurisprudência brasileira, os Tribunais Superiores, sufocados pelo número crescente de recursos a eles dirigidos, começaram a exigir o prequestionamento da matéria constitucional ou de direito federal tidos por violados, para admissão e prosseguimento do recurso respectivo.

Assim, verifica-se que os requisitos específicos de admissibilidade estão condicionados a previsões constitucionais e a conceitos dados pela doutrina e pela jurisprudência.

Nota-se, portanto, que os recursos para os Tribunais Superiores, que tem hipóteses de cabimento mais restritas do que os recursos ordinários *lato sensu* – como é o caso do Recurso Especial, objeto do presente estudo, que tem previsão no Artigo 105, Inciso III, alíneas *a*, *b* e *c* da Constituição Federal em vigor –, passaram a ter o prequestionamento como pré-requisito de admissibilidade justamente para frear a "fúria recursal", fenômeno decorrente da louvável busca pela segurança jurídica e pelo devido processo legal.

É desta constatação que nasce a presente monografia; ou seja, da necessidade de discutir e analisar O EXAME DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO ESPECIAL. Tendo o objeto em mente, teve-se como norte a seguinte problemática: as questões de ordem pública, que não tiverem sido prequestionadas devem ser conhecidas no recurso especial? Ou seja, o efeito translativo se aplica ao recurso especial? Qual o posicionamento jurisprudencial a cerca do tema? As chamadas matérias de ordem pública prevaleceria sobre o prequestionamento, considerado um dos requisitos de admissibilidade dos recursos especiais?

Para responder aos questionamentos supracitados, foram analisadas: as correntes doutrinárias que tratam da aplicação do efeito translativo no âmbito do Recurso Especial; e a divergência firmada no Superior Tribunal de Justiça a cerca da apreciação em recurso especial de matéria de ordem pública não prequestionada. Tal análise foi complementada com um estudo a cerca das questões de Ordem pública e do Recurso Especial e seu tratamento na doutrina e na jurisprudência; identificando sua origem e requisitos de admissibilidade – sobretudo o requisito do prequestionamento.

No tocante à metodologia, o presente trabalho de pesquisa partiu da leitura e análise de Leis, livros, artigos jurídicos em revistas especializadas, inclusive os

disponibilizados na rede mundial de computadores, fazendo uso do método dedutivo. Em seguida, empregou-se a técnica de pesquisa de análise documental indireta.

Dito isto, espera-se demonstrar que a discussão do tema é de extrema importância para se obter uma efetiva prestação jurisdicional, salvaguardando as partes de perpetuarem decisões eivadas de vícios, comprometendo a segurança jurídica pátria.

O presente trabalho acadêmico está organizado em 3 capítulos. O primeiro trata do instituto do recurso especial, procurando realizar uma breve síntese acerca do seu histórico bem como acerca de suas principais características, na busca de propiciar um melhor desenvolvimento para o tema central da presente pesquisa, qual seja: analisar a possibilidade de apreciação de matéria de ordem pública não prequestionada no âmbito de recurso especial, em outras palavras, busca-se verificar se esse apelo extremo produz, ou não, o chamado efeito translativo. O segundo trata das noções e conceitos acerca de questões de ordem pública, além de uma abordagem do efeito translativo propriamente dito, voltado para sua conceituação e aplicação nos recursos ordinários. No terceiro, apresentam-se as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram acerca da aplicação do efeito translativo no âmbito do recurso especial e o resultado depreendido ao longo deste estudo.

Por fim, vale salientar que tal estudo não tem a pretensão de ser um estudo definitivo; mas, deseja, apenas, contribuir com a discussão acerca do tema e sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1

RECURSO ESPECIAL

Neste primeiro capítulo se buscará fazer uma abordagem acerca do instituto do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, de que trata o artigo 105, inciso III da Constituição Federal de 1988. Preliminarmente, porém, entende-se por necessário que seja tratado, em breves linhas, do conceito de recurso, a fim de uma melhor abordagem para o tema a ser desenvolvido (recurso especial).

Não existe consenso na doutrina quando se trata de conceituar o termo recurso. No dizer de Sálvio de Figueiredo Teixeira, recurso conceitua-se como sendo o inconformismo, total ou parcial, de quem foi sucumbente, impugnando decisão não transitada em julgado, visando reformá-la ou invalidá-la. (TEIXEIRA, 1991, p. 69).

Segundo Ovídio Baptista, recurso, no que concerne ao direito processual, é o procedimento através do qual a parte, ou outro legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, buscando que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou por órgão de jurisdição superior. Para ele, é da idéia de reexame que se pode explicar o vocábulo recurso, que se origina do latim *recursare*, que significa correr para trás ou correr para o lugar de onde se veio. (SILVA, 2005, p. 387).

Ainda segundo Baptista (SILVA, 2005, p. 388), a melhor e mais abrangente definição de recurso, é a de Barbosa Moreira. Segundo o referido autor “pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como 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”. (MOREIRA, 2005, p. 233).

A importância dos recursos no mundo jurídico é de tal monta que o Código de Processo Civil dedica o Título X do Livro I exclusivamente a esse instituto, que em seu artigo 496 dispõe as espécies de recursos, entre eles o recurso especial, previsto no inciso VI.

Para os fins a que se pretende no presente trabalho enfatizaremos nosso estudo no que refere ao recurso especial, contudo fazendo as pontuações necessárias no tocante aos requisitos gerais dos recursos a ele aplicáveis. Feitas essas breves considerações acerca do conceito de “recurso”, se tratará especificamente do recurso especial.

1.1 Antecedentes históricos

No período colonial algumas províncias já possuíam tribunais com a finalidade de revisar as decisões tomadas pelos juízes, eram os chamados Tribunais de Relação. Em 1808, com a vinda da família real para o Brasil, criou-se um tribunal de hierarquia superior aos Tribunais de Relação, visto que as impugnações às suas decisões eram dirigidas a Portugal o que se tornou inviável com a invasão napoleônica. Transformou-se, então, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação para exercer as funções jurisdicionais antes exercidas pela Corte da metrópole. (SARAIVA, 2002, p. 68).

Assim, a Casa da Suplicação do Brasil foi o primeiro tribunal a exercer, em nosso país, um papel de disciplina e revisão sobre os Tribunais locais das Capitanias, unificando a interpretação do Direito em terras brasileiras.

A Constituição do Império, de 1824, estabeleceu a criação do Supremo Tribunal de Justiça, com competência para “conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar”, “conhecer os delitos e erros de ofício que cometerem os seus ministros, os das Relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias”, e “conhecer e decidir os conflitos de jurisdição”. Observando as competências atribuídas à Casa da Suplicação e ao Supremo Tribunal de Justiça já se delineia um esboço das funções que viriam a ser exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, e após 1988, também pelo Superior Tribunal de Justiça. (SARAIVA, 2002, p. 69)

Várias foram as denominações históricas dos órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro, a saber: Casa da Suplicação do Brasil que funcionou de 10/05/1808 à 8/01/1829; Supremo Tribunal de Justiça, de 9/01/1829 à 27/02/1891; e Supremo Tribunal Federal, a partir de 28/02/1891. (MELLO FILHO, 2007, p. 7)

A idéia de implantar uma Corte Federal com fins de preservação da Federação e aplicação uniforme da lei federal em todo território nacional, teve forte inspiração do modelo adotado pelos Estados Unidos da América. Lá, a competência recursal da Suprema Corte se dava por meio da *appellate jurisdiction*, com relação a determinadas causas julgadas pelos órgãos jurisdicionais de instância inferior. Porém, com o *judiciary act* de 1789 foi-lhe atribuída competência para rever as decisões de última instância proferidas pelos tribunais de justiça dos Estados, por meio do *writ of error*, quando o tema se referisse à

constitucionalidade das leis, à legitimidade nas normas estaduais, aos títulos, direitos, privilégios e isenções pertinentes com a Constituição e com tratados e leis da União.

Com edição do Decreto n. 510 de 1890 foi criado um recurso inominado com essa finalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Recurso esse que posteriormente passou a ser denominado de “recurso extraordinário”, sendo esta denominação apareceu pela primeira vez no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1891, logo em seguida a Lei n. 221, de 1894 reproduziu-a.

Em sede constitucional, tal denominação aparece na Constituição de 1934 que dispôs no artigo 76:

Art. 76 - A Corte Suprema compete:

[...]

2) julgar:

[...]

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

- a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
- b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;
- d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal.

Como se pode depreender, incumbia ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário, tanto zelar pela correta aplicação e interpretação da Constituição, quanto uniformizar a aplicação da legislação federal, corrigindo possíveis falhas na sua aplicação.

Durante o longo período em que o recurso extraordinário teve por escopo a preservação da inteireza e da uniformização da interpretação da Constituição e também da lei federal, a quantidade de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal aumentavam a cada ano, o que acabou gerando o que se chamou de crise do Supremo. Visando solucionar o problema, foram adotados mecanismos de restrição ao acesso à Suprema Corte, tais como a arguição de relevância e os óbices regimentais e jurisprudenciais. O que não foi capaz de solucionar a referida crise. (SOUZA, 2009, p. 806).

Diante disso, a comunidade jurídica brasileira passou a encampar a sugestão formulada por José Afonso da Silva, de criação de um Tribunal Superior de Justiça, cuja principal competência seria julgar os recursos sobre questões de direito federal infraconstitucional comum. Desta forma, o constituinte de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça, transferindo para a nova Corte parte significativa da competência antes conferida ao Supremo, bem como parte da competência do extinto Tribunal Federal de Recursos, que deu lugar aos Tribunais Regionais Federais. (SOUZA, 2009, p. 807).

Assim, transferiu-se para o Superior Tribunal de Justiça a missão de zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional comum. Criou-se então o recurso especial para possibilitar o atendimento de tão importante função.

1.1 Conceituação e Finalidade

Para que se possa compreender o sentido e a função dos recursos de natureza extraordinária, dentre eles o recurso especial, temos que levar em consideração o princípio de que a lei, qualquer que seja o seu sentido, deve ter sua incidência e aplicação de modo uniforme para todos aqueles que a elas se sujeitam.

Todo ordenamento jurídico deve respeitar o princípio de que a lei deve ser igual para todos e buscar meios de reduzir ao máximo possível as divergências e antagonismo que venha a ser verificados entre as decisões proferidas pelos tribunais e que tenha por fundamento uma mesma lei. No sistema processual brasileiro, a preservação do princípio da unidade do ordenamento jurídico dispõe de dois valiosos instrumentos: o expediente da uniformização de jurisprudência do artigo 476 do Código de Processo Civil, para os casos em que a divergência na aplicação da mesma lei se der entre órgãos fracionários do mesmo tribunal; e o recurso extraordinário e o especial, quando tal divergência ocorrer entre tribunais diferentes. (SILVA, 2005, p. 428).

Assim, os recursos de natureza extraordinária, ao contrário dos recursos ordinários, não têm por fim somente o interesse do recorrente que busca reformar a decisão impugnada em seu próprio benefício. Mas, ao lado desse interesse privado, o ordenamento jurídico se serve dessa iniciativa tomada pelo recorrente para preservar os princípios superiores de unidade e inteireza do sistema jurídico vigente, evitando que interpretações

divergentes e contraditórias sobre um mesmo preceito de lei federal acabem gerando a insegurança e a incerteza quanto à existência dos direitos consagrados e protegidos pela lei. (SILVA, 2005, p. 429).

O recurso especial resulta do desdobramento do extraordinário, tendo por área de atuação a matéria federal ou infraconstitucional. Ao tratar acerca do recurso especial, Sálvio de Figueiredo (1991, p.70) faz a seguinte afirmativa:

Trata-se de recurso extraordinário lato sensu, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e a autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e a uniformização da jurisprudência. Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato, nem representa terceira instância.

O recurso especial possui caráter distinto dos recursos ordinários, uma vez que não se prestam os recursos constitucionais a exercer juízo de mérito sobre a decisão recorrida, ou seja, através do recurso especial não se reaprecia o caso concreto. O recurso especial tem por finalidade principal assegurar o regime federativo, por meio do controle da aplicação da lei federal ao caso concreto. Sua finalidade é assegurar que as leis federais sejam corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juizes, uma vez que tais leis devem ter o mesmo teor e a mesma aplicabilidade em todo o território nacional e para todas as causas. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 554).

Vê-se, então, que o recurso especial, que foi desmembrado do recurso extraordinário devido à sobrecarga de processos dirigidos à Corte Suprema, tem por finalidade maior, preservar o direito federal, zelando pela correta interpretação e aplicação da lei, o que tem o condão de promover a unificação da jurisprudência em todo o território nacional.

1.2 Pressupostos ou requisitos de admissibilidade

Os requisitos dos recursos são os elementos que devem estar presentes no recurso para que este possa ser aprovado no exame preliminar da sua admissibilidade. Têm de ser preenchidos para que o órgão julgador do recurso possa analisar o seu mérito.

Nesse sentido Bernardo Pimentel (2009, p. 44) afirma que requisitos ou pressupostos processuais “são as exigências legais que devem estar satisfeitas para que o órgão julgador possa ingressar no juízo de mérito do recurso”.

A doutrina moderna classifica os requisitos de admissibilidade em intrínsecos e extrínsecos. Enquanto os intrínsecos estão relacionados à existência do direito de recorrer, os extrínsecos estão ligados ao exercício daquele direito. Os intrínsecos são: o cabimento, a legitimidade recursal, o interesse recursal e a inexistência de fatos extintivos e impeditivos. Os extrínsecos, por sua vez, são: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. (SOUZA, 2009, p. 44).

No tocante ao recurso especial, a competência para aferir a presença dos pressupostos recursais de admissibilidade é, num primeiro momento, do Presidente ou do Vice-Presidente do Tribunal que proferiu a decisão recorrida. Por esse motivo, o apelo deve ser interposto perante o Tribunal de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal ou Tribunal Regional Federal, para que se efetive essa análise prévia de admissibilidade. Se presentes todos os pressupostos de admissibilidade, o recurso será admitido e encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça. No entanto, essa primeira análise de admissibilidade exercida pelo Tribunal de origem não vincula o Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional incumbido de dar a palavra final acerca da admissibilidade do recurso especial. (FREITAS, 2010).

1.2.1 Pressupostos intrínsecos

Como dito anteriormente, os pressupostos intrínsecos dizem respeito à própria existência do direito de recorrer. São eles: cabimento, legitimidade, interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

1.3.1.1 Cabimento

O cabimento consiste na necessidade de o recurso está expressamente previsto na lei processual contra certa decisão judicial e que o mesmo seja o adequado à espécie.

Segundo Nelson Nery (2004, p. 275), o “recurso precisa estar previsto na lei processual contra determinada decisão judicial, e, ainda, que seja o adequado para aquela espécie”. Ou seja, a recorribilidade e a adequação compõem o requisito do cabimento para a admissibilidade do recurso.

Bernardo Pimentel (2009, p. 45) ao tratar de tal pressuposto diz:

O requisito de admissibilidade do cabimento consiste na exigência de que o recorrente utilize, entre as espécies recursais existentes na Constituição Federal e na legislação federal vigente, aquela adequada para impugnar a decisão jurisdicional causadora da insatisfação. Com efeito, o requisito do cabimento concretiza os princípios da taxatividade, da singularidade e do esgotamento das vias recursais, porquanto o recurso só é cabível quando previsto na Constituição Federal ou na legislação processual em vigor, e for o apropriado para combater o *decisum* gerador do inconformismo.

Quanto ao recurso especial, vale frisar que não se encontra no âmbito da jurisdição ordinária. Razão pela qual terá que preencher determinados requisitos rigidamente previstos no texto constitucional para que possa transpor o requisito do cabimento. (ALVIM, 2008, p. 754).

O recurso especial tem previsão legal no art. 496, VI do CPC, que também disciplina no art. 541 as regras relativas à sua interposição “nos casos previstos na Constituição Federal”. Desta forma, o recurso especial é cabível quando a decisão recorrida afrontar a lei federal, nas hipóteses previstas no art. 105, III, a, b e c, da Constituição, a saber: contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

1.3.1.2 Legitimidade

A legitimidade para a interposição dos recursos acha fundamento legal no art. 499 do CPC, que dispõe que “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”.

Ao mencionar a “parte vencida” como sendo legitimada para recorrer, a lei não se referiu somente a autor e réu, havendo ou não litisconsórcio, mas também ao terceiro interveniente, que ao intervir, torna-se parte. Também o assistente, o denunciado e o chamado

recorrem na qualidade de parte. O conceito de parte vencida ainda deve incluir o sujeito processual, que é parte apenas de alguns incidentes, como é o caso do juiz, na exceção de suspeição. (DIDIER JR, CUNHA, 2008, p. 49).

O Ministério Público possui ampla legitimidade para recorrer, seja como parte, seja como fiscal da lei, nos termos do art. 499 caput e § 2º da Lei Processual.

Quanto ao recurso especial, a legitimidade para sua interposição não se diferencia daquela prevista no art. 499 do CPC. Assim, possuem legitimidade para interposição as partes (autor, réu, litisconsortes, conforme saiam vencidos na demanda), o Ministério Público tanto no processo em que foi parte, como no que atuou como fiscal da lei, nos termos do art. 499, § 2º, bem como os terceiros prejudicados.

1.3.1.3 Interesse em recorrer

O interesse recursal restará configurado sempre que se puder demonstrar a utilidade do recurso, isto é, a possibilidade de que decisão do recurso traga ao recorrente uma situação mais favorável do que a apresentada antes do recurso, e a sua necessidade, que significa ser o recurso o único meio capaz de produzir aquela utilidade buscada. Nesse sentido, Bernardo Pimentel (2009, p. 63):

O requisito de admissibilidade do interesse recursal está consubstanciado na exigência de que o recurso seja útil e necessário ao legitimado. O recurso é útil se, em tese, puder trazer alguma vantagem sob o ponto de vista prático ao legitimado. É necessário se for a única via processual hábil à obtenção, no mesmo processo, do benefício prático almejado pelo legitimado.

No caso específico do recurso especial, o interesse recursal exige a satisfação de outros requisitos, não sendo suficiente a simples demonstração de sucumbência. Nessas situações, o direito de recorrer e, conseqüentemente, o interesse recursal provém da sucumbência e de um *plus* que a norma processual exige. Que seria a necessária demonstração de uma questão federal controvertida, circunscrita à aplicação do Direito federal infraconstitucional (art. 105, III, da CF/88). Verifica-se, portanto, que formam o interesse de recorrer em recurso especial a sucumbência e a demonstração de uma questão federal controvertida atinente à correta aplicação da lei federal infraconstitucional. (FREITAS, 2010)

1.3.1.4 Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer

O requisito de admissibilidade da inexistência de fatos extintivos e impeditivos consiste na exigência de que não tenha ocorrido nenhum fato que leve à extinção do direito de recorrer ou que impeça a admissibilidade do recurso. Trata-se, de requisito de admissibilidade de cunho negativo, já que os demais pressupostos recursais são de natureza positiva (o recurso precisa ser cabível, o recorrente necessita ter legitimidade e interesse etc.) para a prolação de juízo positivo de admissibilidade. Ao contrário, em relação ao requisito da inexistência, a ausência de fatos extintivos e impeditivos é essencial para a prolação do juízo de admissibilidade. (SOUZA, 2009, p. 68).

Para Bernardo Pimentel, são fatos extintivos do direito de recorrer: ¹ a renúncia ao direito de recorrer e a aceitação (aquiesscência) da decisão desfavorável. Os fatos impeditivos são: a desistência ² do recurso, a desistência da ação, o reconhecimento da procedência do pedido e a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. (SOUZA, 2009, p. 69).

No ensinamento de Barbosa Moreira (2005, p. 340) renúncia ao direito de recorrer “é o ato pelo qual uma pessoa manifesta a vontade de não interpor o recurso de que poderia valer-se contra determinada decisão”.

Tem-se a renúncia quando o legitimado a recorrer revela a sua vontade de não exercer o direito que lhe cabe. O legitimado simplesmente abdica do direito de recorrer. A renúncia tem seu regulamento no artigo 502 do Código de Processo Civil, e tem como principal característica a ausência de interposição de recurso. Com efeito, a renúncia dá-se em relação ao “direito de recorrer”, o qual ainda não foi consumado pela prática do ato processual de recorrer. (SOUZA, 2009, p. 69).

A aceitação ou aquiesscência da decisão recorrida também é causa extintiva do direito de recorrer, conforme art. 503 do CPC, que dispõe que “A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer” Trata-se de conduta indireta, em que a parte não manifesta de maneira expressa seu desinteresse em recorrer, mas se

¹ Para Luiz Orione Neto, somente a desistência do recurso é fato extintivo, sendo a renúncia classificada como fato impeditivo do poder de recorrer: “o fato extintivo do poder de recorrer é a desistência do recurso, pois a desistência caracteriza-se como um fato extintivo do julgamento do mérito do recurso; os impeditivos são: a renúncia ao recurso e aquiesscência à decisão, a desistência da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, e renúncia ao direito sobre que se funda a ação”. (2006, p. 106).

² Há divergência na doutrina quanto a classificar a desistência como fato impeditivo. “A desistência é fato extintivo do poder de recorrer (assim como o são o reconhecimento jurídico do pedido, e renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação e a desistência da ação)”. (MIRANDA; PIZZOL, 2009, P. 29).

conformam por meio de atos que demonstram, de modo inequívoco, a concordância com a decisão da qual poderia recorrer. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 516).

Entre os fatos impeditivos do direito de recorrer encontram-se o reconhecimento jurídico do pedido e a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, sendo ambos considerados causas de extinção do processo com resolução do mérito, de acordo com o artigo 269, II e V, CPC. Situação que leva à ausência de interesse recursal, a menos que o recurso vise discutir o próprio reconhecimento ou renúncia. Esses institutos jurídicos só são aplicados quando se tratar de direitos disponíveis. (ALVIM, 2008, p. 775).

A desistência do recurso é ato unilateral, disposto no art. 501, CPC. Pode o recorrente desistir do recurso até o momento em que este comece a ser julgado. Não há necessidade de a parte contrária concorde com a desistência. (ALVIM, 2008, p. 776).

Para Bernardo Pimentel (2009, p. 73):

A desistência é o ato pelo qual o recorrente abre mão do recurso interposto, demonstra o desinteresse em relação ao inconformismo manifestado em momento anterior. O artigo 501 do Código revela que a desistência pressupõe a existência de recurso já interposto. O que distingue a desistência da renúncia é exatamente a existência de recurso interposto. A renúncia alcança o próprio direito de recorrer, o qual ainda não foi consumado com a interposição do inconformismo.

A desistência da ação, o reconhecimento da procedência do pedido e a renúncia ao direito sobre o que se funda a ação, constantes nos artigos 267, inciso VIII, e 269, incisos II e V do CPC, que como já visto, configuram fatos impeditivos da admissibilidade do recurso, só podem ser efetuados por advogado com poderes especiais, em virtude do disposto no art. 38 do Código, que estabelece:

Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

Essas causas são aplicadas ao recurso especial, lembrando que, acerca da desistência do recurso especial repetitivo de controvérsia, introduzido pelo art. 543-C do CPC, a Corte Especial do STJ já decidiu em Questão de Ordem no RESP 1063343/RS, que "é inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o

procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n. 08/08 do STJ”.

1.2.2 Pressupostos extrínsecos

Os pressupostos extrínsecos são aqueles ligados ao exercício do direito de recorrer. São: tempestividade, regularidade formal e preparo.

1.3.2.1 *Tempestividade*

O recurso deve ser interposto dentro de um prazo determinado, fixado expressamente por lei. A interposição do recurso fora prazo estipulado será considerado intempestivo e por isso rejeitado como inadmissível. O prazo para interposição dos recursos também deve seguir as regras de contagem de prazo previstas no art. 178 e seguintes do CPC, podendo ser suspenso ou interrompido como os demais prazos processuais. (BAPTISTA, 2005, p. 400).

O prazo para interposição do recurso especial é o disposto no artigo 508 do Código de Processo Civil, que prevê que “Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias”.

Assim, o prazo para interpor o recurso especial será de quinze dias a contar da intimação da decisão recorrida. O prazo para apresentar contestação também será de quinze dias. Prazo que será contado em dobro para recorrer quando a parte for o Ministério Público ou a Fazenda Pública, por força do artigo 188 do CPC.

Os defensores públicos e os que ocupam cargo com atribuição de defensoria pública também têm prazo em dobro tanto para recorrer quanto para responder, conforme o disposto nos artigos 44, inciso I, e 128, inciso I, ambos da Lei Complementar n. 80, e no artigo 5º, § 5º, da Lei n. 1.060, parágrafo acrescentado pela Lei n. 7.871. Com efeito, os preceitos contêm a expressão “todos os prazos”, levando ao entendimento de que a duplicação dos prazos se dá tanto para recorrer como para contestar. (SOUZA, 2009, p. 93.) Do mesmo

modo, os litisconsortes com procuradores diferentes, terão o prazo em dobro, para contestar ou recorrer, em conformidade com o disposto no artigo 191 do Código Processual Civil.

1.3.2.2 Regularidade formal

O requisito da regularidade formal consiste em que o recurso interposto esteja em conformidade com a forma prevista pela lei. É nesse sentido a lição de Bernardo Pimentel (2009, p. 78): “O requisito de admissibilidade da regularidade formal consiste na exigência de que o recurso seja interposto de acordo com a forma estabelecida em lei”.

O recorrente deve estar atento à forma segundo a qual o seu recurso deve vir revestido. Isto é, o recurso deve vir veiculado por petição (geralmente escrita) interposta e direcionada ao primeiro juízo que irá examinar a admissibilidade, devendo está devidamente fundamentada, e com pedido expresse de reforma da decisão. (NOGUEIRA, 2007, p. 11).

No tocante ao recurso especial, este deverá ser interposto por petição escrita, dirigida ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Tribunal recorrido, na qual contenha a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto, além das razões do pedido de reforma da decisão recorrida, em conformidade com o artigo 541 do CPC.

A não observância da regularidade formal no recurso especial pode acarretar na aplicação da Súmula 284 do STF, que estabelece que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” e que é aplicada ao recurso especial no Superior Tribunal de Justiça.

1.3.2.3 Preparo

O preparo é o pagamento prévio das custas referentes ao processamento do recurso, conforme o disposto no artigo 511 do CPC, que estabelece que “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”.

Segundo Athos Gusmão Carneiro (2008, p. 88):

O preparo consiste no pagamento das custas relativas ao processamento de uma ação, e é exigível, nos termos da lei federal ou estadual, quando do ajuizamento da causa, ou em determinada etapa processual, ou para a prática de determinado ato ou, por fim, como requisito de admissibilidade de um recurso.

Preparo, então, é o completamento do recurso mediante o pagamento das custas processuais. O recorrente deverá, no momento do protocolo da petição do recurso especial, anexar a guia de recolhimento de preparo, bem como das despesas de remessa e retorno, referentes às despesas de correios. (CUNHA, 2010, p. 170)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi a Lei 11.636/2007 que estabeleceu normas acerca das custas judiciais, ensejando a edição da Resolução/STJ n. 1, de 16 de janeiro de 2008. Tal resolução estabelece que são devidas “custas judiciais e porte de remessa e retorno dos autos nos processos de competência recursal”. (SALOMÃO, 2008, p. 14)

Não efetuado o preparo, ocorre a deserção do recurso especial, o que vale dizer que este não será admitido ou conhecido. Já quando pagamento for efetuado a menor, contudo, terá conseqüência jurídica diversa, pois não tem o condão de gerar, de imediato, a deserção. Hipótese em que o recorrente será intimado para, no prazo cinco dias, complementar o valor, em conformidade com o §2º do art. 511 do CPC. Em caso não cumprimento de tal determinação, aí sim, o recurso será considerado deserto, e conseqüentemente não admitido ou não conhecido. (FREITAS, 2010)

1.3.3 Pressupostos específicos do recurso especial

O recurso especial apresenta peculiaridades, visto que se trata de recurso de natureza excepcional, apresentando requisitos específicos para sua admissão e conhecimento. (SERAU JUNIOR; REIS, 2009, p. 42)

O Código de Processo Civil disciplina apenas a parte procedimental, como, por exemplo, no que diz respeito a prazo e ao modo de interposição. No que diz respeito ao fundamento, ao mérito, ao fulcro dos recursos de natureza extraordinária, as lei processuais silenciam, porque os Tribunais Superiores é que verificarão esses aspectos com base nos permissivos constitucionais. A propósito, o próprio Código diz em seu artigo 541 que esses recursos serão interpostos “nos casos previstos na Constituição Federal”. (MANCUSO, 2006, p. 182)

Nesse sentido Rodolfo Mancuso (2006, p. 182) revela que um dos motivos pelo qual o recurso especial pertence à classe dos “excepcionais” reside justamente no fato de que seus pressupostos não são dados pela lei processual, e sim pela Constituição Federal. Visto não tratar-se de recurso comum, desses a que a simples sucumbência basta para liberar o exercício: exige um *plus* que vem a ser a questão federal.

Assim, a impugnação de acórdãos por meio do recurso especial requer, “além dos pressupostos objetivos e subjetivos, outros de natureza constitucional, bem como requisitos específicos intrínsecos a essa espécie de recurso”. (SARAIVA, 2002, p. 165).

Os pressupostos constitucionais de cabimento do recurso especial estão dispostos no art. 105, III, a b e c, da Constituição Federal de 1988 que estabelece as hipóteses em que este será cabível.

A seguir buscar-se-á, em apertada síntese, fazer análise de alguns dos pressupostos específicos de admissibilidade do recurso especial. Requisitos esses retirados do texto constitucional. A análise apresentada visa o melhor entendimento das hipóteses de cabimento, que serão apresentadas logo adiante.

1.3.3.1 Decisão proferida por Tribunal

Para que possa ensejar recurso especial, a decisão recorrida deve, obrigatoriamente, ter sido exarada por um tribunal. É o que se extrai do próprio texto constitucional “as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”.

Razão pela qual não cabe recurso especial contra decisão proferida pelas turmas de recursos dos Juizados Especiais regulados pela Lei 9.099/95. (ALVIM, 2008, p.862). Pois se trata de um colegiado de juízes de primeiro grau, o que não corresponde a “tribunal”.

O que se confirma pela leitura do enunciado da Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

Assim sendo, o recurso especial deverá ser interposto somente contra as decisões colegiadas proferidas pelos tribunais, ou seja, somente acórdãos podem ensejar o recurso especial.

1.3.3.2 Questão de direito federal

O recurso especial não se presta a analisar questões que recaiam sobre direito estadual ou municipal. O que decorre de expressa previsão constitucional que delimitou o campo de atuação desse recurso excepcional, qual seja, tão somente a interpretação ou aplicação da legislação infraconstitucional federal. (SERAU JR; REIS, 2009:43).

Reforça esse entendimento o enunciado da Súmula n. 280 do STF, que expressa que “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Súmula que tem aplicação no recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça. O se confirma em recente decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins no bojo do Agravo Regimental no RESP 1191910 / SC:

DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – READAPTAÇÃO – PRÊMIO EDUCAR – DIREITO LOCAL – SÚMULA 280 DO STF [...]

1. Impende assinalar que, embora o recorrente alegue ter ocorrido violação de matéria federal, segundo se observa, os fundamentos que serviram de fundamento para a Corte de origem apreciar a controvérsia estão calcados em análise de direito local (Medida Provisória n. 145/2008, convertida na Lei estadual n. 14.406/2008 e Lei estadual n. 6.745/85).

2. Assim, não compete a esta Corte Superior de Justiça apreciar o deslinde do desiderato contido no recurso especial. O exame de normas de caráter local é inviável na via do recurso especial, em virtude da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

(AgRg no REsp 1191910/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010)

Como visto, o recurso especial pressupõe a ocorrência de uma questão de direito federal, relativa à aplicação ou incidência de tratado ou lei federal. O conceito de lei federal abrange leis emanadas pelo Poder Legislativo da União (ordinária ou complementar), decretos e regulamentos, e ainda, o direito estrangeiro incorporado ao nosso direito interno. (GUSMÃO, 2008, p. 27).

Conforme ensina Luis Felipe Salomão (2008, p. 15) quando se trata da admissibilidade do recurso especial, além da sucumbência e da existência de uma “causa” decidida em “única ou última instância” pelos tribunais locais, faz-se necessário que se trate de uma “questão de direito federal”.

1.3.3.3 Esgotamento das vias recursais ordinárias

Para que o recurso especial possa ser manejado, é necessário que se trate de causa decidida em única ou última instância. Ou seja, só se poderá interpor o recurso especial quando todos os demais recursos cabíveis já tiverem sido interpostos. (MIRANDA; PIZZOL, 2010, p. 130).

A necessidade de prévio esgotamento da instância ordinária para que o recurso especial possa ser conhecido decorre da redação do permissivo constitucional que estabelece sua possibilidade para impugnar decisões proferidas em última ou única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. É necessário que a decisão recorrida seja definitiva para que possa ensejar a interposição do recurso especial. (CARVALHO, 2006, p. 776).

É o que ocorre quando da decisão recorrida cabe embargos infringentes. Nesse caso o recorrente deverá primeiro opor os referidos embargos perante o *juízo a quo*, para só depois interpor o especial. Caso contrário, o recurso especial não será admitido, acarretando aplicação da Súmula 207 do STJ, que dispõe: “*É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem*”.

1.3.3.4 Análise exclusiva de matéria de direito

A posição das Cortes Superiores é direcionada à proteção do direito objetivo e não mais à tutela do direito subjetivo, o que exclui o exame de alegações em face de injustiças ou erros decorrentes de má apreciação de matéria de fato. (SERAU JR; REIS, 2009, p. 45).

Assim sendo, o recurso especial não se presta à mera revisão de matéria de fato ou ao reexame de provas, visto que é dotado de efeito devolutivo restrito: sua cognição não é ampla e ilimitada como se dá na apelação. Ela se restringe aos limites da matéria jurídica versada no recurso. A revisão realizada pelo Tribunal Superior é somente *in iure*, isto é, só serão reapreciadas as questões de direito enfrentadas pelo tribunal de origem. (AZZONI, 2009, p. 45).

Sobre essa questão a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se posicionou de forma taxativa ao editar a Súmula n. 7, que dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Corroborando com esse entendimento:

É pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos excepcionais para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da higidez do direito objetivo. Isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recurso excepcional para a revisão de matéria de fato. (DIDIER JR; CUNHA, 2008, p. 250).

Essa limitação é decorrente da idéia de que o Superior Tribunal de Justiça não é instância ordinária de revisão, mas sim, tribunal excepcional, que tem por função a preservação da inteireza do direito infraconstitucional.

1.3.3.5 Prequestionamento

Assunto de grande importância, quando o assunto é a admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária, é justamente o prequestionamento. Tema que ainda suscita divergências e polêmicas. Vale frisar que se fará uma breve abordagem acerca do tema, razão pela qual não se fará maiores desdobramentos, não se fazendo, por exemplo, uma revisão histórica do instituto.

No entendimento de José Theophilo Fleury (2007, p. 124), “O prequestionamento é um dos requisitos específicos e indispensáveis a tornar apto o conhecimento dos recursos especial e extraordinário”.

Para Bernardo Pimentel (2009, p. 815) a necessidade do prequestionamento do tema suscitado no recurso especial é exigência imposta pelo inciso III do artigo 105 da Constituição Federal que estabelece que a matéria jurídica tratada no recurso especial deve ter sido solucionada no julgado recorrido. Sendo o prequestionamento uma decorrência lógica da expressão constitucional “causas decididas em única ou última instância”.

Nessa esteira, Elpídio Donizetti (2007, p. 451) afirma que o recurso especial só pode ser interposto em face de “causas decididas”, motivo pelo qual se exige prévia decisão nos autos acerca da matéria que se pretende discutir em sede do especial. Caso o tribunal de

origem não tenha analisado a matéria de direito infraconstitucional faz-se necessário o manejo de embargos declaratórios pré-questionadores, a fim de que haja decisão acerca do tema jurídico que se pretende debater no recurso especial.

Luiz Fernando Valladão (2006, p. 26), que também entende que este decorre do texto constitucional, afirma que quando o legislador constituinte estabeleceu a exigência de “causas decididas” é porque não se contempla a hipótese de recurso especial quando a matéria nele versada não houver sido pronunciada na decisão recorrida. Pois se não houve pronunciamento acerca da matéria, significa que sobre ela não ocorreu decisão.

A firma, ainda o referido autor:

Daí por que é mais correto afirmar que, na real verdade a origem do prequestionamento está no próprio texto constitucional, sendo inexato dizer que tal pressuposto é criação, exclusivamente, jurisprudencial. O entendimento jurisprudencial do STJ, em coro com o do STF, apenas, e nada mais, corporificou explicitou aquilo que está assentado na própria Carta Constitucional.

Já no entender de Sérgio Sérulo da Cunha (2010, p. 163), “não se encontra, na Constituição e no código de processo civil, referência a ‘prequestionamento’ como requisito da petição de recurso especial”. Trata-se de figura criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação ao recurso extraordinário que se estendeu para o recurso especial.

Este mesmo autor, reforçando sua posição, afirma que:

A exigência de prequestionamento, em si mesma exorbitante, surge aí como excesso formalista, fetichismo. Em grande parte dos casos é arbitrária, e denegatória de justiça, a recusa do tribunal recorrido em examinar a tese do embargante. Se a instância “*a quo*”, à luz dos elementos constantes dos autos, tem como avaliar a tese do recorrente, igual possibilidade tem o STJ. Assim, a recusa deste quanto ao exame dessa tese agride os direitos da parte e o princípio da economia.

Acerca do entendimento do conceito de prequestionamento, há na jurisprudência várias acepções, que podem ser classificadas em três grupos:

Um grupo que entende prequestionamento como sendo a manifestação expressa do Tribunal recorrido sobre determinado tema; um segundo grupo que defende que prequestionamento é o debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; há, ainda, um terceiro grupo

que tempera as duas correntes anteriores, segundo a qual se entende prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito. (MEDINA, 2005, p. 217-218)

Para Garcia Medina, (2005, p. 221) a controvérsia existente em torno do tema é recente, no surgimento do recurso extraordinário no nosso ordenamento jurídico a mesma não ocorria. Isso porque a Constituição Federal de 1891 previa o cabimento do extraordinário quando se questionasse sobre a validade ou aplicação de tratados ou leis federais, e a decisão dos tribunais dos Estados lhe fosse contrária. Segundo o qual, a controvérsia acerca do conceito de prequestionamento teria surgido em virtude da ausência de uma determinação precisa quanto ao alcance do termo “questão federal”. (p. 222)

As Constituições de 1946, de 1967, bem com a Carta vigente, não usaram a expressão questionamento, fazendo com que parte da doutrina entendesse que tal silêncio significasse a dispensa do requisito do prequestionamento após 1988. Todavia, essa posição não prevaleceu e hoje nos tribunais superiores a exigência do prequestionamento acha-se plenamente consolidada. Também na doutrina se firmou o entendimento segundo o qual tal requisito é indispensável para o cabimento dos recursos especial e extraordinário, seja por tratar-se de previsão constitucional, seja por força da própria natureza dos recursos excepcionais. (AZZONI, 2009, p. 53).

Trata-se de matéria sumulada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como no Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes enunciados:

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

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

Súmula n. 211/STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Súmula n. 320/STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Várias são as teorias acerca do instituto ora estudado. Fala-se em prequestionamento implícito, explícito, ficto e numérico.

O chamado prequestionamento implícito divide-se em duas correntes: uma que defende que o mesmo se dá quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida

não menciona a norma jurídica violada, ao contrário do prequestionamento explícito, onde a norma jurídica violada, isto é, o dispositivo legal deve estar mencionado de modo expresso na decisão recorrida.

Para a segunda corrente, ocorre o prequestionamento implícito quando a questão foi posta em discussão no primeiro grau de jurisdição, mas não foi mencionada no acórdão que, apesar disso, a recusa implicitamente. Para essa corrente, o prequestionamento explícito ocorre quando houver decisão expressa acerca da matéria levantada. (AZZONI, 2009, p. 56).

No entender de Luiz Fernando Valladão (2006, p. 27), existirá prequestionamento sempre que o tribunal se manifestar a respeito da matéria em discussão, sendo insignificante se houve referência explícita ou não ao artigo de lei correspondente.

O prequestionamento ficto, por sua vez, consistiria na admissão dos recursos extraordinário e especial sempre que a parte fizer uso de embargos de declaração prequestionadores perante a instância ordinária, mesmo que recurso de embargos seja sequer conhecido, ou que seja conhecido e improvido e a omissão em relação à questão federal ou constitucional seja mantida.

Entendimento esse que não acha respaldo no Superior Tribunal de Justiça por força da Súmula n. 211, que dispõe: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

No Supremo Tribunal Federal existem precedentes reconhecendo a possibilidade de prequestionamento ficto, caso Tribunal de origem permaneça omissa diante da oposição de embargos declaratórios, pela aplicação a contrario sensu do disposto em sua Súmula 356. Entre os precedentes, o primeiro foi o RE 42.662 da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado em 26/10/1961, segundo o qual “não tendo sido apreciada a *questio iuris*, na decisão recorrida, por falta de embargos declaratórios, não cabe recurso extraordinário”.

Em que pese as divergências, para os fins do presente trabalho, prequestionamento será entendido como sendo a exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido.

Athos Gusmão Carneiro (2008, p. 48) defende que:

[...] não se deve confundir prequestionamento com “postulação pela parte”, a respeito de uma dada questão federal: a questão federal considera-se prequestionada quando decidida no acórdão, haja ou não sido, expressamente ou implicitamente,

suscitada pelo litigante. O prefixo “pré” significa anterioridade com relação ao momento processual em que a parte manifesta o recurso extraordinário ou especial, e não ao momento em que prolatada a decisão recorrível.

Segundo esse entendimento, a questão federal estará prequestionada quando decidida no acórdão, mesmo que não tenha sido levantada pela parte e que só tenha surgido o tema no segundo grau.

1.3 Hipóteses de cabimento do recurso especial

As hipóteses autorizadoras do recurso especial estão dispostas no art. 105, III, *a*, *b* e *c*, da Constituição Federal de 1988, a saber:

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;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

1.3.1 Recurso especial pela alínea “a”

Nos termos do art. 105, III, *a*, CF/88, cabe recurso especial, quando o acórdão recorrido “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

Trata-se permissivo genérico, no qual estão contidos os demais, tidos por específicos. Nessa esteira, pode o recurso especial ser interposto por mais de um fundamento, conjugando as hipóteses previstas nas letras *a* e *c*, por exemplo. Embora a alínea *a*, por si só, já seja suficiente para provocar a ampla discussão acerca do tratado e da lei federal. (SOUZA, 2007, p. 162).

O termo contrariar é mais amplo do que negar vigência, é mais abrangente, aparenta ser mais grave. Aquele não permite sequer que se dê à lei federal uma interpretação

razoável, ao passo que ao dispositivo razoavelmente interpretado não se negou vigência. Ou seja, uma interpretação inadequada causa uma contrariedade, mas não significa ocorrência de negativa de vigência. As expressões possuem sentidos semelhantes, contudo contrariar se mostra mais abrangente. De sorte que se pode concluir que o termo “negar vigência” está contido no termo “contrariar”. (DIDIER JR; CUNHA, 2008, p. 298).

Contrariar a lei federal equivale a não observar o preceito legal, a não atender a vontade da norma, ao passo que negar-lhe vigência significa deixar de aplicar a norma ou declarar que esta se acha revogada, afastando a sua aplicação ao caso concreto. (MIRANDA; PIZZOL, 2009, p. 135).

O dispositivo constitucional que dispõe ser cabível o recurso especial quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhe vigência”, mostra importante finalidade desse recurso, qual seja, a de aferir a legalidade da fundamentação das decisões proferidas em última ou única instância ordinária pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. (ORIONE NETO, 2006, p. 521).

A alínea a refere-se a tratado ou lei federal, portanto, como já se mostrou, não cabe recurso especial quando se discutir direito local. A referência a tratado, na verdade, é uma redundância, visto que o tratado quando recepcionado pelo ordenamento jurídico deve ser entendido como lei em seu sentido *latu*. Ou seja, o tratado recepcionado está na mesma categoria jurídica das leis. Exceto quando se tratar de direitos humanos, que se equipara a emenda constitucional, dando ensejo ao recurso extraordinário. (ALVIM, 2008, p. 864).

Como se falou antes, o conceito de lei federal abrange leis emanadas pelo Poder Legislativo da União (ordinária ou complementar), decretos e regulamentos, e ainda, o direito estrangeiro incorporado ao nosso direito interno.

Importante lembrar que, para efeitos de recurso especial, devem ser consideradas leis federais somente aquelas de natureza de direito federal, isto é, devem versar sobre matéria federal, excluindo-se aquelas de origem federal, mas que tratam de matéria de interesse local, a exemplo das Leis do Distrito Federal. (ORIONE NETO, 2006, p. 522).

1.4.2 Recurso especial pela alínea “b”

A segunda hipótese de cabimento do recurso especial é disposta na alínea b do inc. III do art. 105, que alterada pela Emenda Constitucional 45/2004, prevê que este será cabível quando o acórdão recorrido “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”.

A referida hipótese representa verdadeiro requisito objetivo, bastando que o tribunal local tenha julgado válido ato de governo local contestado em face de lei federal para que se satisfaça o cabimento pela alínea b. O que equivale a dizer que no julgado impugnado houve a prevalência do ato do governo local, e via de consequência, o afastamento da lei federal. No entanto, a contrário *sensu*, se o ato do governo local for julgado inválido, prevalecendo a lei federal, não será cabível o recurso. (ALVIM, 2008, p. 865).

As hipóteses trazidas no art. 105, III apresentam acentuadas diferenças. Enquanto a alínea “a” pressuposto de procedência, que é a contrariedade à lei federal, as alíneas “b” e “c” se referem a pressupostos de conhecimento. Razão pela qual o recurso interposto com fundamento na alínea “b”, deverá apresentar, concomitantemente, o pressuposto previsto na alínea “a” para que possa ser julgado procedente. (CUNHA, 2010, p. 146). Ou seja, hipótese trazida na alínea “b” é verdadeira espécie do gênero “contrariedade à lei federal”, uma vez que prevalecendo a ato local em detrimento da norma federal, o órgão julgador está contrariando ou negando vigência a esta. (MIRANDA; PIZZOL, 2009, p. 137).

Por fim, considera-se “ato de governo local” tanto os atos normativos quanto os atos administrativos oriundos dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e do Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal. Assim, a impugnação de decreto, instrução, portaria ou qualquer outro ato proveniente de alguma das autoridades públicas de Estado (Governador, Assembléia Legislativa ou Tribunal de Justiça), do Distrito Federal (Governador, Câmara Legislativa ou Tribunal de Justiça) ou de Município (Prefeito ou Câmara Municipal) em face da legislação federal, que tenha sido julgado pelo tribunal de origem em prol da validade do ato impugnado, autoriza a interposição de recurso especial pela atual alínea “b”, para que o Superior Tribunal de Justiça julgue acerca da contrariedade à lei federal. (SOUZA, 2009, p. 829-830).

1.4.3 Recurso especial pela alínea “c”

O recurso especial será admitido com base na alínea “c” do permissivo Constitucional sempre que o acórdão recorrido “*der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*”. Ou seja, “quando a corte de origem tiver atribuído à lei federal interpretação diferente da conferida por outro tribunal”. O especial interposto por esse fundamento tem por finalidade a uniformização da jurisprudência dos tribunais do país acerca da interpretação da lei federal. (SOUZA, 2009, p. 830).

Importante, nesse ponto, analisar a extensão da expressão “outro tribunal”, para melhor deslinde do tema.

Para Pimentel (2009, p. 831) a divergência que autoriza a admissibilidade do recurso especial é a existente entre a corte regional ou local e “outro tribunal”. Diferentemente do acórdão recorrido, que deve ter sido proferido por Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, o acórdão paradigma pode ter sido prolatado por qualquer “outro tribunal”, até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são outros tribunais em relação à corte regional ou local que proferiu o acórdão recorrido.³

Tal divergência deverá se dar entre tribunais diferentes, segundo o que se afere da expressão “outros tribunais”. Entendimento que se confirma com o disposto na Súmula n. 13 do STJ, que dispõe que “A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial”.

A comprovação de divergência deve se dar em conformidade com o disposto no art. 541, parágrafo único do CPC c/c o art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Sendo necessário que o acórdão seja demonstrado por certidão, cópia autenticada ou pela citação do repertório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou até mesmo pela reprodução do julgado disponível na internet, desde que indicada a fonte e sempre a transcrição dos trechos conflitantes. (MIRANDA; PIZZOL, 2009, p. 143)

³ Em sentido contrário, Mancuso afirma que “esse ‘outro tribunal’ a que se refere a *alínea “c”* do art. 105, III da CF há de ser qualquer dos que integram o 2º grau, estaduais e federais. Isso exclui o STJ, porque é tribunal Superior, apartado do ‘2º grau de jurisdição’”. (2009, p. 314).

Outro ponto a ser observado é com relação ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria tida por divergente, pois se sua posição estiver no mesmo sentido da decisão recorrida, o recurso especial não será admitido, por força da Súmula n. 83, que diz: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

1.5 Efeitos do recurso especial

A interposição de um recurso tem o condão de produzir, tanto no plano processual, quanto no plano fático, inúmeros efeitos. Bernardo Pimentel diz que “os efeitos são as conseqüências jurídicas da recorribilidade, da interposição ou do julgamento dos recursos processuais”. (SOUZA, 2009, p. 23)

Não existe consenso na doutrina com relação aos efeitos produzidos pelos recursos. Apenas os efeitos devolutivo e suspensivo gozam de certa unanimidade, mas nem sempre na mesma dimensão. Não é diferente quanto se trata dos efeitos do recurso especial.

Talvez contribua para isso o fato do art. 542, § 2º do CPC, dispor que “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

Eduardo Arruda Alvim assim afirma:

O art. 542, § 2º, é claro ao dispor que os recursos extraordinário e especial serão recebidos apenas no efeito devolutivo. Reafirma-se, nesse dispositivo, a regra do art. 497, que estatui que a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário não suspendem a eficácia da decisão recorrida.

Mesmo assim, tem-se firmado forte divergência doutrinária acerca dos efeitos produzidos pelo recurso especial.

Seguindo o entendimento apresentado por Bernardo Pimentel é possível afirmar que o apelo especial é capaz de produzir vários efeitos, a saber: efeito obstativo, efeito devolutivo, efeito suspensivo, efeito substitutivo, efeito regressivo e efeito translativo.

A seguir busca-se fazer uma breve análise acerca de cada um dos efeitos mencionados.

1.5.1 Efeito obstativo

Na lição de Barbosa Moreira (2005, p. 257), “todos os recursos admissíveis produzem, no direito pátrio, um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interposto, ao trânsito em julgado da decisão impugnada”. Assim, percebe-se que o denominado efeito obstativo se caracteriza por impedir, obstar que a decisão transite em julgado e a demanda se encerre.

Também o recurso especial, como todos os demais recursos, produz o efeito obstativo, visto que a sua interposição impede o trânsito em julgado do acórdão recorrido, que poderá, inclusive, vir a ser cassado ou anulado. (SOUZA, 2009, p. 848).

1.5.2 Efeito devolutivo

Para Barbosa Moreira “chama-se devolutivo ao efeito do recurso consistente em transferir ao órgão ad quem o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição.” (MOREIRA, 2005, p. 259). É o efeito devolutivo que atribui ao juízo recursal o exame da matéria analisada pelo órgão recorrido. (MARINONI; ARENHART, p. 520).

O recurso especial também produz efeito devolutivo, de acordo com art. 542, § 2º, uma vez que transfere ao Superior Tribunal de Justiça o conhecimento da matéria de direito federal infraconstitucional impugnada pelo recorrente. No entanto, esse efeito não é amplo, devendo se debruçar apenas sobre a matéria decidida pelo tribunal de origem. (SOUZA, 2009, p. 849)

Essa restrição ao efeito devolutivo do recurso especial, o qual deverá voltar-se exclusivamente à interpretação do direito contido na decisão recorrida, justifica-se pelo fato de que os Tribunais Superiores se destinam a exercer o controle da legalidade da decisão proferida pela instância inferior, e a uniformização da jurisprudência sobre a legislação federal. (AZZONI, 2009, p. 148)

1.5.3 Efeito suspensivo

Para Nelson Nery Jr., o efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão recorrida desde a interposição do recurso e que a decisão proferida pela instância recursal transite em julgado. (NERY JR., 2004, p. 445)

Segundo Ovídio Baptista, “diz-se que determinado recurso possui efeito suspensivo quando sua interposição impede que os efeitos da sentença se produzam desde logo, prolongando, assim, o estado de ineficácia peculiar à sentença sujeita a recurso.” (SILVA, 2005, p. 392).

Esse mesmo autor afirma que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, devendo ser recebido apenas no efeito devolutivo, por força do disposto no art. 542, § 2º, do CPC, já mencionado. (SILVA, 2005, p. 434)

No entanto, para impedir que ocorra eventual dano grave e de difícil reparação, seja pela execução provisória ou pela execução definitiva, é que se admite o uso de ação cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial. Portanto, se presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, poderá o recorrente ajuizar ação cautelar no tribunal ad quem, em conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. (SOUZA, 2009, p. 850)

Em que pese o recurso especial não ser dotado do efeito suspensivo de pronto, pode se verificar que esse efeito poderá ser-lhe atribuído, o que se fará por meio de uma medida cautelar perante o Superior Tribunal de Justiça, desde que atendidas as exigências legais para o seu deferimento.

1.5.4 Efeito substitutivo

O efeito substitutivo não é um efeito propriamente do recurso, mais um efeito do julgamento do próprio recurso, que, em virtude do disposto no art. 512 do CPC, faz com que a decisão de mérito do recurso substitua a decisão recorrida, na medida do que tiver sido objeto do recurso, ou seja, a substituição se opera apenas sobre a parte impugnada. Se, por exemplo, a apelação foi parcial, a parte não impugnada permanece válida. (DONIZETTI, 2007, 411)

Nelson Nery Jr. entende que a decisão recorrida será integralmente substituída pela decisão proferida pelo tribunal *ad quem* sobre o mérito no recurso, sendo que só se pode cogitar da existência de tal efeito quando o recurso for conhecido e julgado pelo mérito, caso contrário não terá ocorrido o pronunciamento da instância recursal acerca do acerto ou desacerto da decisão recorrida. De sorte que, havendo o conhecimento do recurso, pelo juízo de admissibilidade positivo, passando-se a analisar o mérito, haverá efeito substitutivo em duas hipóteses: quando versar sobre *error in iudicando* ou *in procedendo*,⁴ lhe seja negado provimento; em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso. (NERY JR., 2004, p. 488)

Acerca do efeito substitutivo no recurso especial Bernardo Pimentel ensina que:

Sem dúvida, a regra no direito brasileiro é a de que, conhecido o recurso, há a produção do efeito substitutivo, nos termos do artigo 512 do Código de Processo Civil. No entanto, quando o tribunal *ad quem* reconhece a ocorrência de *error in procedendo*, há mera cassação do acórdão recorrido, e não substituição. Com efeito, embora o Superior Tribunal de Justiça seja uma corte de revisão quando julga recurso especial, o que explica a existência de substituição no mais das vezes, há simples cassação quando a Corte verifica a ocorrência de *error in procedendo*. (SOUZA, 2009, p. 849)

O efeito substitutivo também se opera no âmbito do recurso especial, uma vez que não se trata de recurso de cassação e sim de recurso de revisão, o que vale dizer que ao contrário da Corte de Cassação, o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de *error in iudicando*,⁵ podem proferir novo julgamento sobre a causa aplicando o direito à espécie, nos termos da Súmula 456 do STF e do art. 257 do seu Regimento Interno, respeitado o limite de sua cognição. (AZZONI, 2009, p. 255)

1.5.5 Efeito regressivo

O efeito regressivo, também denominado de efeito de retratação, se caracteriza pela possibilidade que o próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão recorrida tem, em

⁴ O *error in procedendo* é o erro que o juiz comete no exercício de sua atividade jurisdicional, no curso procedimental ou na prolação de sentença, violando norma processual *latu sensu*. (LEITE, 2009, p. 2)

⁵ O *error in iudicando* é o existente numa decisão que julgou o mérito da causa, podendo ser um erro de fato (o juiz considera verídico um fato, de forma não condizente com a realidade) ou erro de direito (o juiz erra na valoração jurídica do fato ou na aplicação do direito aos fatos). (LEITE, 2009, p. 2)

alguns casos, de rever a sua decisão. Trata-se, para alguns, de uma forma do efeito devolutivo. (DIDIER; CUNHA, 2008, p. 85)

Diz Cássio Bueno, (2006, p. 77) que “de acordo com este efeito, é dado ao próprio juízo de interposição do recurso julgá-lo”.

Em virtude da instituição dos chamados recursos especiais repetitivos, Bernardo Pimentel entende que o recurso especial produz efeito regressivo, ou seja, de retratação. Isso por força do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil que dispõe acerca da possibilidade que tem o próprio tribunal recorrido de reconsiderar o acórdão recorrido quando esse divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça tomada nos autos do recurso representativo da controvérsia. (SOUZA, 2009, p. 848)

Nessa esteira, pode-se assegurar que o efeito regressivo também se produz no âmbito do recurso especial.

1.5.6 Efeito translativo

O efeito translativo ocorre em virtude dos princípios inquisitório e publicista do processo. Esse efeito consiste na possibilidade de o juiz apreciar, mesmo não tendo sido levantadas pelas partes nas razões ou contra-razões dos recursos, questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição, visto que contra elas não se opera a preclusão, conforme os artigos 267, § 3º, e 301, § 4º, do Código de Processo Civil. (OLIVEIRA, 2002, p. 336)

Como se verá com mais detalhes adiante, existe divergência acerca da sua ocorrência no âmbito do recurso especial. Divergência esta que se funda em dois pontos importantes: o fato de o recurso especial possuir efeito devolutivo restrito e a exigência do prequestionamento como pressuposto de admissibilidade. Para os que entendem pela sua inocorrência as questões de ordem pública não sendo objeto do recurso, o Superior Tribunal de Justiça não poderá apreciá-las. Em posição oposta, há os que defendem a dispensa do prequestionamento da questão de ordem pública no especial, por força do artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil. (Ibidem, p. 336)

No entendimento de Bernardo Pimentel, o recurso especial produz o efeito translativo, desde que atendido o requisito do prequestionamento. (SOUZA, 2009, p. 851)

CAPÍTULO 2

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E EFEITO TRANSLATIVO

No capítulo que se encerrou foram empreendidos esforços para apresentar o instituto do recurso especial, procurando realizar uma breve síntese acerca do seu histórico bem como acerca de suas principais características, tudo como a intenção de propiciar um melhor desenvolvimento para o tema central da presente pesquisa: analisar a possibilidade de apreciação de matéria de ordem pública não prequestionada no âmbito de recurso especial, em outras palavras, busca-se verificar se esse apelo extremo produz, ou não, o chamado efeito translativo.

Neste segundo capítulo buscar-se-á trazer à baila noções e conceitos acerca de questões de ordem pública, além de uma abordagem do efeito translativo propriamente dito, voltado para sua conceituação e aplicação nos recursos ordinários.

2.1 Noções acerca de “ordem pública”

Considerando que o tema central do presente trabalho se relaciona sobremaneira com as chamadas questões de ordem pública, entende-se de fundamental importância buscar entender, em um primeiro momento, o que vem a ser essa “ordem pública”.

Não é tarefa fácil apresentar um conceito de ordem pública. Podendo afirmar que “o conceito de ordem pública é obscuro, vago e indeterminado”. (MENDONÇA, 2006, p. 1)

Fábio Ramazzini Bechara, ao se deter sobre o tema, ensina que:

A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. (BECHARA, 2009, p.97)

Nenhum ordenamento jurídico positivo tratou expressamente da idéia de ordem pública. Por outro lado, mesmo sem que exista um conceito preestabelecido, não há ordenamento jurídico no qual não esteja presente a idéia de ordem pública. O que acabou por impulsionar grande produção doutrinária que busca desvendar o seu real sentido, e o faz

mediante análise lingüística dos dois termos gramaticais que a compõem. (GARMENDIA ARIGÓN, 2003, p. 27)

Esclarecendo essa afirmativa, o referido autor sustenta que:

O sentido técnico que atualmente possui o conceito excede, com imensa amplitude, as margens semânticas das duas palavras (“ordem” e “pública”) que lhe têm servido de continente. Trata-se do curioso caso de um “conteúdo” muito maior que seu “continente” [...] (Ibidem, p. 27)

Na obra citada, o autor apresenta algumas definições clássicas apresentadas na busca de se definir um conceito para o tema. Na definição de DEMOGUE (1911, p. 146), ordem pública “... é o conjunto de idéias sobre as quais se assenta firmemente a sociedade, descartando a liberdade, pois se considera portadora da verdade”. Ao passo que para SALVAT, ordem pública é “o conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e alguns religiosos aos quais uma sociedade considera intimamente ligadas a existência e à continuação da organização social estabelecida”. (GARMENDIA ARIGÓN, 2003, p. 27-28)

Tendo por base as idéias apresentadas, pode-se entender ordem pública “como o conjunto de valores da vida que, pela especial transcendência que assumem em determinado estágio da evolução social, passam a integrar a consciência jurídica coletiva e se constituem em objetos de tutela privilegiada por parte do Direito”. (IDIBEM, p. 29)

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, trata-se de conceito que não é estático, mas sim dinâmico e externo, variando de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar. Como se trata de conceito conjuntural, não é genérico nem absoluto. De sorte que, o que se considera como sendo de ordem pública pode variar de acordo com os interesses que predominam na sociedade em cada época. Este autor ainda diz, a título de exemplo, que hoje podem ser consideradas questões de ordem pública a tutela da dignidade da pessoa humana, e também o respeito ao meio ambiente. (AGUIAR JR., 2005, p. 4)

2.2 Matéria de ordem pública

Partido das características já apresentadas pode-se perceber que as questões de ordem pública se caracterizam pela prevalência do interesse da coletividade sobre individual, ou seja, do interesse público sobre o particular.

Como visto, não são apenas normas processuais que podem ser consideradas de ordem pública, mas também algumas normas materiais, como já se referiu anteriormente à tutela da dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente.

Vários preceitos de direito material também são considerados como sendo de ordem pública, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, as normas que tratem de direito ambiental e de sistema financeiro da habitação. (PARENTE, 2003, p. 114).

Ruy Rosado, ainda acrescenta que “no direito material são arroladas como sendo de ordem pública as leis sobre cidadania, o direito de família, os direitos da coletividade, as leis fiscais, etc.” (AGUIAR JR., 2006, p. 8)

Importante frisar que, diferentemente das matérias de ordem pública processuais, as matérias de ordem pública de natureza material não estão sujeitas a aplicação do efeito translativo, ou seja, não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, pois estão atreladas ao plano vertical da demanda, significando dizer que só serão apreciadas se forem objeto dos pedidos formulados pelas partes. Além do mais, do contrário estaria se violando as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. (PARENTE, 2003, p. 120-121)

Feitas essas breves considerações acerca da existência de matérias de ordem pública de ordem material, passa-se ao estudo das questões de ordem pública de natureza processual, sobre as quais se buscará apresentar estudo mais detalhado, visto que estas estão intimamente ligadas ao tema central da pesquisa ora intentada.

Seguindo o entendimento apresentado por Ruy Rosado, segundo o qual questão de ordem pública é a que trate sobre matéria que não possa ser derogada ou afastada pela vontade das partes, em virtude da supremacia do interesse público que nela predomina. Mas só isso não basta para definir se determinada questão é ou não de ordem pública. Veja o que diz o referido autor:

Todas as normas da legislação processual, porque integrantes do direito público, podem ser consideradas de ordem pública. Mas essa conclusão não nos serve,

porque nem todas as questões processuais são questões de ordem pública, para os fins estritos do direito recursal. Um fator que nos pode auxiliar está no conceito de preclusão ⁶. (AGUIAR JR., 2006, p. 8)

Para Gleydson de Oliveira (2002, p. 72), a questão de ordem pública “abrange, sobretudo, as condições da ação e os pressupostos processuais”. No entanto, não se encerra nas “condições de admissibilidade do julgamento do mérito”, visto que nestas se incluem todas as situações capazes de ensejar vícios que maculem o processo.

No âmbito do Recurso Especial, são de ordem pública as questões enumeradas nos artigos 267, § 3º, 301, § 4 do CPC, as que envolvam nulidade absoluta e relativa (art. 245, parágrafo único), além de outras que também não precluem para o juiz, a exemplo das que envolvam inconstitucionalidade da lei, ou a intempestividade do recurso, apreciáveis de ofício em qualquer grau de jurisdição. (AGUIAR JR., 2006, p. 11)

Neste trabalho serão analisadas as seguintes questões de ordem pública: condições da ação, pressupostos processuais, nulidade absoluta, além da prescrição e da decadência.

2.2.1 Condições da ação

O direito de ação é um direito público subjetivo. Público porque se relaciona com o Estado, que surge como sujeito passivo da relação que se institui com o exercício do direito de ação, na qual se torna devedor da prestação jurisdicional pretendida. Sendo a função jurisdicional de monopólio estatal, este tem a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas. E o faz justamente por meio do exercício do direito de ação. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 112)

Prosseguindo, Misael Montenegro Filho afirma que, uma vez exercitado o direito de ação, espera-se que haja uma sentença de mérito, resolvendo a causa. No entanto, para que isso seja possível, é necessário que se atenda a requisitos mínimos, que dizem respeito à

⁶ Preclusão é a perda do direito de manifestar-se no processo, isto é, a perda da capacidade de praticar os atos processuais por não tê-los feito na oportunidade devida ou na forma prevista. É a perda de uma faculdade processual, isto é, no tocante à prática de determinado ato processual. Para as partes, a preclusão pode ser dar quando o ato não for praticado dentro do prazo estipulado (preclusão temporal); quando houver incompatibilidade com um ato anteriormente praticado (preclusão lógica); ou quando o direito à prática daquele ato já houver sido exercido anteriormente (preclusão consumativa). (DICIONÁRIO DireitoNet.)

própria validade da ação, “sem os quais impossível aprofundar na análise do direito sustentado pelas partes”. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 112)

Para Eduardo Arruda Alvim, as condições da ação “são categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei, como em nosso Direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito”. (ALVIM, 2005, p. 352)

Para que não restem dúvidas quanto à classificação das condições da ação como matéria de ordem pública, transcrevem-se as palavras de Misael Montenegro Filho (2007, p. 114), que afirma:

A possibilidade de a matéria ser invocada a qualquer tempo dentro do mesmo processo, inclusive enfrentada de ofício pelo juiz, decorre da constatação de que o tema enlaça questões de ordem pública, do interesse do Estado, não apenas das partes que se encontram em litígio.

O artigo 267, VI do Código de Processo Civil estabelece que o processo seja extinto, sem resolução do mérito, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

Assim, em conformidade com o dispositivo mencionado, entende-se que as condições da ação são: *a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual*.

2.2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido está presente quando o ordenamento jurídico não veda o exame da matéria pelo Poder Judiciário. Esta não se confunde com a improcedência do pedido. A improcedência se dá quando o direito material não ampara a pretensão. Diferentemente, não existirá possibilidade jurídica do pedido quando o ordenamento jurídico veda a discussão do pedido no plano processual. (DONIZETTI, 2007, p. 12-13)

Acerca do tema ensina Ada Pellegrini, que:

Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído *a priori* pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto. Nos países em que não há o divórcio, por exemplo, um pedido nesse sentido será juridicamente impossível, merecendo ser repellido sem que o juiz chegue a considerar quaisquer alegações feitas pelo autor e independentemente mesmo da prova dessas alegações. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 266)

Para que se atenda ao requisito da possibilidade jurídica do pedido, não se poderá ingressar com ação pedindo providência jurídica que não esteja prevista na lei, ou que ao menos não seja proibida pelo ordenamento jurídico material. (ALVIM, 2005, p. 353)

Assim, para que o Poder Judiciário possa solucionar o conflito que lhe foi posto, o pedido deve ser juridicamente possível, isto é, não poder haver proibição no ordenamento jurídico a tal pretensão. Como exemplo, temos o artigo 814 do Código Civil, que proíbe a cobrança de dívidas de jogos e apostas que não sejam permitidos por lei. Resultando que, se proposta uma ação de cobrança para obter o pagamento de dívidas contraídas em jogos ilegais ou não autorizados por lei, a lide deverá ser extinta de pronto, sem que lhe seja examinado o mérito.

2.2.1.2 Legitimidade das partes ou *ad causam*

O Código de Processo Civil em seu artigo 6º estabelece que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Significando dizer que somente está legitimado para a causa, na condição de autor, aquele que se julga titular do direito material pleiteado; e na condição de réu, somente aquele, que no plano do direito material, tem a obrigação correspondente ao direito material afirmado na petição inicial. (MARINONI; ARENHAT, 2005, p. 62)

No entanto, não é tão simples assim, pois a própria norma citada estabelece a exceção, permitindo que se reconheça direito alheio por iniciativa de outrem, nas hipóteses expressamente dispostas em lei. O que se dará através da substituição processual. O que ocorre, por exemplo, na ação civil pública e no mandado de segurança coletivo, onde o autor do processo não defende seu interesse particular, e sim, interesses ou direitos difusos ou coletivos. O substituto processual busca o reconhecimento do direito que pertence ao substituído. Nessa situação tem-se a legitimação extraordinária. Ao passo que quando é o

próprio titular que busca o direito, diz-se que se trata da legitimação ordinária. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 121-122)

A ilegitimidade ativa ou passiva pode e deve ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício pelo juiz, gerando, quando acolhida, a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC. Caso seja percebida logo que proposta a demanda, poderá ocasionar o indeferimento da petição inicial por força do artigo 295, inciso II, do CPC.

2.2.1.3 Interesse processual

O interesse processual ou interesse de agir está atrelado ao binômio necessidade+adequação ⁷, ou seja, a parte tem *necessidade* se seu direito material não puder ser satisfeito sem a intervenção do juiz. Mas só a necessidade não basta, terá que apresentar *adequação*. Assim, se a parte busca providência jurisdicional que não seja apta a atender ao pedido redigido, estará ausente o interesse de agir. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 62)

O artigo 3º do CPC estabelece que “para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade”. O artigo 295, III vem complementar e esclarecer que o interesse a que refere é o interesse processual.

O interesse de agir ora apresentado é de índole exclusivamente processual, que difere do interesse substancial ou material.

O interesse material é aquele diretamente tutelado pelo direito material, trata-se de interesse primário, que recai diretamente sobre o bem. Assim, o interesse do proprietário é se servir da coisa que lhe pertence em toda a sua amplitude. Porém, quando surgem obstáculos que possam impedir o titular da pretensão de usufruir o seu direito, nasce um outro interesse. Trata-se de interesse secundário, que tem por finalidade a retirada do obstáculo, proporcionando ao titular o uso e gozo do seu direito. Nesta hipótese é que nasce o interesse processual. (ALVIM, 2005, p. 354)

A falta de interesse processual, como as demais condições da ação, pode ser reconhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, sua ausência resulta em

⁷ Misael Montenegro se refere a “necessidade + utilidade”. Ao passo que Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 155) diz que “o interesse processual é aferível mediante a verificação da utilidade, necessidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado”.

extinção do processo sem resolução do mérito ou provocar o indeferimento da inicial, se for percebida antes da citação do réu. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 123)

2.2.2 Pressupostos processuais

O processo é o instrumento da jurisdição. Sendo necessário que se realize uma seqüência de atos capazes de estabelecer as relações jurídicas que destinam a viabilizar a prestação jurisdicional, possibilitando ao Estado a aplicação da lei ao caso concreto. Sendo, o processo, indispensável para o exercício da jurisdição e a seqüência de atos que o constitui deve ser obedecidos por todos que integram a relação jurídica processual. Em outras palavras, “o processo pode ser considerado uma espécie de caminho que deve ser percorrido pelas partes e pelo juiz para que, ao final, se chegue ao fim almejado, que é a prestação jurisdicional”. (GONÇALVES, 2009, p. 104-105)

A ação existe como direito a uma resposta de mérito, porém para que o juiz possa emitir uma resposta, seja de mérito ou não, é necessário que exista um processo. Assim, além das condições da ação, é preciso que se atenda aos pressupostos processuais indispensáveis para aferir a regularidade. Pois antes de examinar o mérito, o juiz analisará se foram obedecidos os referidos pressupostos, ou seja, se o processo se apresentou de forma regular. (Ibidem, p. 105)

O processo como relação jurídica que é pressupõe a presença de requisitos de existência e validade. Nesse aspecto, o processo pressupõe: partes, órgão jurisdicional e demanda. Tais elementos devem apresentar determinados requisitos de validade. De sorte que as partes devem ser capazes, o órgão jurisdicional competente e a demanda dever ser lavrada na forma da lei. Esses elementos são chamados de pressupostos de existência, ao passo que os requisitos são denominados de pressupostos de validade. (FUX, 2008, p. 434)

Segundo Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2009, p. 106), “alguns requisitos são de importância tão grande que a sua não-observância implicará a própria inexistência do processo. Outros não chegam a afetar a existência, mas a validade”.

Os atos processuais inválidos não se confundem com os inexistentes. Os primeiros poderão ser convalidados, tornando-se válidos, se, por exemplo, não for proposta a ação rescisória no prazo legal. Ao contrário, os atos tidos por inexistentes não se convalidam, e a

qualquer tempo, mesmo depois de transcorrido o prazo para a rescisória, poderá se postular pela declaração de inexistência, o que fará em ação própria, que se processará perante o primeiro grau de jurisdição. (Ibidem, p. 106)

Os pressupostos processuais se dividem em pressupostos processuais de existência, pressupostos processuais de validade e pressupostos processuais negativos.

Segundo Márcia Dinamarco (2009, p. 65), “a validade do processo supõe a sua existência, ou seja, a relação jurídica processual pode existir, válida ou invalidamente, porque a validade se coloca depois de constatada a existência”.

2.2.2.1 Pressupostos processuais de existência

Como visto, os atos processuais inválidos são diferentes dos atos inexistentes. Por isso a importância de se diferenciar os pressupostos processuais de existência e os de validade. A falta dos pressupostos processuais de existência tornam o ato processual inexistente. Ao passo que a falta dos pressupostos de validade, o torna inválido.

São pressupostos processuais de existência: existência de jurisdição; existência de demanda; capacidade postulatória; e citação.

Pelo pressuposto da “existência de jurisdição”, tem-se que os atos processuais são considerados inexistentes quando praticados por alguém que não se ache revestido da função jurisdicional. A função jurisdicional, por sua vez, tem como principal característica a investidura, sendo que está autorizado a aplicar a lei ao caso concreto somente quem tenha sido designado pelo Estado para exercer tal função. Motivo pelo qual será considerado inexistente ato processual praticado por juiz aposentado ou que ainda não tinha tomado posse. (GONÇALVES, 2009, p. 108)

Segundo o pressuposto da “existência de demanda”, entende-se que pelo princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual, esta só agirá quando provocada pelo jurisdicionado, só existirá processo se for aforada uma demanda. (GONÇALVES, 2009, p. 108). Alguns autores se referem a esse pressuposto como “petição inicial”, caso de Márcia Dinamarco (2009, p. 65), justificando que a provocação da jurisdição se faz “através de uma petição inicial”.

Luiz Rodrigues Wambier (2006, p. 200) também se refere a esse pressuposto como petição inicial, e diz:

Um dos pressupostos de existência é a petição inicial, instrumento da demanda, através do qual o autor exerce o direito de ação e invoca a prestação da tutela jurisdicional. Segundo prevê o art. 262, do CPC, *o processo civil começa por iniciativa da parte.*

O pressuposto da capacidade postulatória consiste na aptidão para praticar atos processuais, sendo que somente os advogados com inscrição regular perante a Ordem dos Advogados do Brasil, bem como o Ministério Público, têm o direito de postular (*ius postulandi*). Excetuando-se as hipóteses de habeas corpus, juizados especiais e justiça do trabalho, situações em que a parte pode agir sem se fazer representar por advogado. A regra geral é que a parte precisa participar da relação processual através de quem possuam o *jus postulandi*, só assim será possuidora da capacidade postulatória. (PINHO, 2010, p. 189)

Outro pressuposto de existência é a citação, visto que só após a citação válida do réu é que a relação processual estará completa, ou seja, o processo só se formará depois que o réu tiver o conhecimento de que corre uma demanda contra ele. Caso contrário, isto é, não havendo a citação válida do réu, qualquer provimento judicial que vier a ser proferido, será inexistente. (WAMBIER, 2006, p. 200)

Assim, pode-se afirmar que jurisdição é um pressuposto processual justamente porque, na nossa sistemática, para dizer o direito, há de ser acionada a jurisdição, o que se faz por intermédio de uma petição inicial, sendo para que se forme a relação jurídica a parte contrária deverá ser chamada para expor suas razões, o que se faz através da citação e, por fim, sendo o advogado indispensável à administração da justiça, sua presença, ou seja, a capacidade postulatória se faz necessária, na maioria das vezes, para que a relação processual possa se estabelecer. (DINAMARCO, 2009, p. 65)

2.2.2.2 Pressupostos processuais de validade

O processo existe com a provocação da jurisdição através de petição inicial, que esteja assina por advogado com procuração nos autos, e com a citação válida do réu. Mas existir não é suficiente, tem que ser válido, regular. De sorte que, os pressupostos processuais

de validade são, em verdade, desdobramentos dos pressupostos processuais de existência. (DINAMARCO, 2009, p. 66)

Os pressupostos processuais de validade são aqueles que a lei se refere como sendo de desenvolvimento válido e regular do processo. São requisitos de cunho estrutural, que se não forem preenchidos, acarretará na nulidade absoluta do processo. São: petição inicial apta, competência e imparcialidade, capacidade de ser parte e capacidade processual.

Como se mostrou, é pela petição inicial que se provoca a jurisdição, dando início ao processo. Como pressuposto de validade, é exigido que essa petição inicial seja apta, isto é, válida, regular, capaz de conduzir o pedido de tutela jurisdicional, na forma da lei. Assim, a petição inicial, deverá apresentar os requisitos que a lei estabelece como indispensáveis para que possa produzir os efeitos desejados. (WAMBIER, 2006, p. 202)

Marcus Vinícius Gonçalves (2009, p. 110), a respeito desse pressuposto, assevera que:

O aforamento da demanda, com a formulação de um pedido, é, como visto, um pressuposto processual de existência. Mas é preciso que a petição inicial seja apta, isto é, que preencha os requisitos necessários para que o processo seja levado a bom termo, e que seja proferida a sentença.

Pelo requisito da competência e imparcialidade, entende-se que, se para que o processo exista é necessário que haja a jurisdição, ou seja, que a petição inicial seja dirigida a um juiz, para que seja válido é necessário que o órgão jurisdicional seja o competente para analisar a ação. Em caso de incompetência absoluta o processo será invalidado. Além do mais, o órgão jurisdicional ou juiz deve ser imparcial, ou seja, deve ser capaz de analisar com isenção a demanda apresentada. A imparcialidade pode ficar comprometida por impedimento ou por suspeição. Sendo que só a gerada pelo o impedimento é capaz de invalidar o processo, por ser absoluta. A suspeição, assim como a incompetência relativa, só produzirá efeitos se alegadas pela parte na primeira oportunidade. (GONÇALVES, 2009, p. 110)

A capacidade de ser parte é inerente a todas as pessoas, naturais e jurídicas, bem como a alguns entes desprovidos de personalidade, e consiste na possibilidade de poder integrar a relação jurídica processual, isto é, de poder figurar na demanda no pólo ativo ou passivo. Geralmente a capacidade de ser parte está relacionada com a personalidade jurídica, que é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações na esfera civil. Há casos, porém, que a lei processual confere a alguns entes despersonalizados a prerrogativa de poder ir a

juízo, dotando-os de uma espécie de personalidade que pode ser chamada de processual. (GONÇALVES, 2009, p. 110-111)

A capacidade processual, também chamada de capacidade de estar em juízo, consiste na possibilidade de integrar o processo na condição de parte, sem que seja necessário ser representado ou assistido. Conceito que tem aplicação quando se tratar de pessoas físicas, visto que as pessoas jurídicas sempre deverão ser representadas. (Ibidem, p. 111)

Diferentemente da capacidade de ser parte, que todas as pessoas possuem, nem todas as pessoas não possuidoras da capacidade processual, somente as pessoas maiores e capazes a possuem.

Assim, para que o processo se desenvolva de maneira regular é necessário que a petição inicial preencha os requisitos legais, que se processe perante um juízo competente e imparcial, além disso, as partes devem ser plenamente capazes, e em não sendo ou tratando-se pessoa jurídica, deverão se achar representadas por quem de direito.

2.2.2.3 Pressupostos processuais negativos

O processo para ser válido não pode apresentar algumas circunstâncias, ou seja, algumas situações devem se fazer ausentes. Motivo pelo qual a doutrina denominou tais situações de pressupostos processuais negativos, que são: a litispendência, a coisa julgada e a preempção.

A litispendência significa dizer que já existe demanda anteriormente proposta, ainda pendente de julgamento, na qual figuram as mesmas partes, com os mesmos pedidos e a mesma causa de pedir. (WAMBIER, 2006, p. 204). De modo que a ação proposta por último será extinta sem julgamento do mérito, nos termos do artigo, 301, §§ 1º, 2º, e 3º, do CPC.

A coisa julgada é um fenômeno de natureza processual, através do qual a decisão se torna firme e imutável. Ou seja, com configuração da coisa julgada, não caberá mais recurso contra a decisão, e esta se torna sólida, seja por decurso do prazo ou porque já manejados todos os meios de impugnação possíveis. (WAMBIER, 2006, p. 204)

Tal qual na litispendência, na coisa julgada há o impedimento de que nova ação seja proposta, na qual esteja presente a mesma causa de pedir, com o mesmo pedido, e que envolvam as mesmas partes presentes não ação transitada em julgado.

Normalmente a extinção do processo sem resolução de mérito não impede que o autor proponha a mesma ação, em nova relação processual. Exceto quando a extinção se fundar em perempção, litispendência ou coisa julgada, conforme dispõe o artigo 268 do Código de Processo Civil.

O parágrafo único do artigo supramencionado estabelece que se a causa for extinta três vezes por abandono da parte, não poderá ser intentada nova ação contra o réu com o mesmo objeto, podendo somente alegar o seu direito em sede de contestação, caso a outra parte venha a propor a mesma demanda.

É justamente esse dispositivo legal que institui a figura da perempção, veja o que diz Costa Machado (2010, p. 292):

O parágrafo em questão institui a figura da perempção da ação (literalmente, morte da ação) em virtude de três extinções por abandono. Por consequência, fica o autor impossibilitado de deduzir em face do réu o mesmo pedido, fundado na mesma causa de pedir, não assim alegar em defesa o seu direito em causa que envolva o réu ou terceiro.

Não há consenso quanto à inclusão da perempção entre os pressupostos processuais negativos, visto que gera as mesmas consequências das outras duas. Ou seja: extingue o processo, conforme artigo 267, V, do CPC; pode ser reconhecida de ofício, nos termos do artigo 267, § 3º; deve ser alegada em sede de preliminar da contestação, por força do artigo 301, IV, do CPC. Tal divergência decorre de uma diferença específica que se dá entre os institutos, que se funda no fato da litispendência e da coisa julgada impedirem a repositura da ação tanto para o autor quanto para o réu, ao passo que a perempção, por seu turno, favorece ao réu, visto que este não se acha impedido de propor a demanda. (DINAMARCO, 2009, p. 67)

No entendimento de Luiz Fux (2008, p. 435), num primeiro momento pode-se entender que o dispositivo que tratou dessas situações indica que o juiz só resolverá o processo se as mesmas forem alegadas pelas partes. O que não se confirma, podendo o juiz apreciá-las de ofício, nos termos do at. 267, § 3º do CPC. Isso porque “em todo campo em que o juiz não perde a sua imparcialidade é admitida a iniciativa estatal”.

Assim, para que o processo transcorra toda a sua trajetória de forma válida é preciso que as condições da ação e os pressupostos processuais se façam presentes. Como já se falou, a ausência desses requisitos pode ser reconhecida de ofício. Do contrário, ou seja, se

o vício não for decretado, a sentença resultante desse processo viciado será considerada nula. (JORGE, 2007, p. 76)

2.2.3 Nulidade absoluta

O sistema das nulidades requer a análise do ato processual por três ângulos distintos: existência, validade e eficácia.

Como já se mostrou, para que tenha configurada a sua existência, o ato processual deverá reunir certos requisitos, como agente, objeto e forma.

Nesse sentido, Elpídio Donizetti, ensina que “como todo ato jurídico, o ato processual tem como requisito a capacidade do agente, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei”.

O ato existente pode ser válido ou inválido, sendo válido quando sua forma se encaixa na forma legalmente prevista para sua realização. Geralmente, esse ato inválido não gera efeitos, vez que a invalidade teria o condão de impingir-lhe automaticamente a ineficácia. Todavia, trata-se de esferas distintas, havendo casos em que mesmo eivado de invalidade, o ato venha a produzir efeitos. (PINHO, 2010, p. 238)

A eficácia, por sua vez, é a aptidão que o ato tem para produzir os efeitos esperados e previstos pela lei. De modo que o ato que não produz efeitos é ineficaz.

Nem todos os vícios apresentados pelo ato processual acarretam conseqüências, situações havendo, em que mesmo que a forma não tenha sido observada, os efeitos produzidos são os previstos, não ocasionando qualquer sanção. Entretanto, outros vícios serão capazes de acarretar em nulidade ou mesmo inexistência do ato processual praticado. Nulidades essas que são sanções impostas ao ato como forma de garantia das partes na relação processual. (Ibidem, p. 238)

Quanto aos atos processuais praticados de modo diverso do estabelecido por disposição legal, a sanção que se impõe é a nulidade. Quando a ilegalidade recai sobre a tutela de interesses de ordem pública, ocorre a nulidade ou nulidade absoluta, hipótese em que o juiz poderá decretá-la de ofício. Por outro lado, quando a ilegalidade repercutir apenas na esfera do interesse privado da parte ocorrerá a anulabilidade ou nulidade relativa, aqui, o juiz

só decretará a invalidade se provocado pela parte interessada. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 298)

Nesse sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra (2005, p. 353) ensina que:

Às vezes a exigência de determinada forma do ato jurídico visa a preservar interesse da ordem pública no processo e por isso quer o direito que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância. Trata-se de nulidade absoluta, que por isso pode e deve ser decretada de - ofício, independentemente de provocação da parte interessada.

A lei não trouxe critérios que possam ajudar na distinção entre nulidade absoluta e relativa, existindo certa dificuldade em identificar se a forma imposta visa favorecer o interesse público ou das partes, ficando, a doutrina e a jurisprudência, incumbidas de se manifestarem acerca do tema em cada caso verificado. (GONÇALVES, 2009, p. 259)

O Código de Processo Civil, mesmo reconhecendo a importância das formas como meio de garantia das partes e para o desempenho da função jurisdicional, não priva o ato processual de efeitos apenas por não observar o rito previsto, sem que tenha causado prejuízo para as partes.

Nesse ponto, o Código teve inspiração no princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, que prega que o ato será considerado nulo e desprovido de efeitos nos casos em que, além de ter sido praticado de forma diferente da prevista em lei, não tenha alcançado a sua finalidade. (THEODORO JR., 2010, p. 300)

É o que dispõe o artigo 244, do CPC, segundo o qual “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Partindo do princípio da finalidade do ato processual acima disposto, as nulidades são classificam-se em cominadas e não-cominadas, sendo que apenas as cominadas impedem que ato nulo seja sanado, as não-cominadas, por sua vez, possibilitam a validação ao ato quando atingir sua finalidade, mesmo tendo sido praticado em desobediência à forma prevista em lei. (SILVA, 2005, p. 205)

Não havendo prejuízo para a parte, não há nulidade, é o que dispõe o artigo 249, § 1º, do CPC. Mas em algumas hipóteses de nulidade absoluta o prejuízo será presumido para parte ou para a jurisdição, não necessitando de alegação. O que se exemplifica com o caso de sentença proferida por juiz impedido, que fere o princípio da imparcialidade da jurisdição,

podendo ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive em ação rescisória. O mesmo se aplica para sentença proferida por juiz absolutamente incompetente. (DONIZETTI, 2007, p. 153)

2.2.4 Prescrição e decadência

A prescrição e a decadência são institutos trazidos no bojo do Código Civil, que ao seu respeito dispõe nos artigos 189 a 211.

O artigo 189, que dispõe acerca da prescrição, e diz que “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Segundo Elpídio Donizetti (2007, p. 192), a prescrição “é a perda da pretensão à reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal estipulado pela lei”. Com a prescrição perde-se apenas pretensão, o direito que deu causa à ação não será atingido. O que exemplifica com a hipótese de um cheque que prescreve seis meses após a data de apresentação, ou seja, a cártula não poderá mais ser executada, visto que foi atingida pela prescrição. No entanto, o titular do direito poderá buscar a satisfação do seu crédito por meio de ação monitória.

Já a decadência é a perda do próprio direito em decorrência do não-exercício no prazo estabelecido pela lei. (Ibidem, p. 193)

Com relação a esses institutos, diz Maria Beatriz Inkis (2008, p. 1) traz a seguinte assertiva:

Prescrição e decadência são institutos muito semelhantes, embora de efeitos e alcance diversos. Não obstante ambos os institutos extinguiem um direito em razão da inércia de seu titular durante determinado prazo prescrito em lei, a decadência atinge diretamente um direito ou faculdade, enquanto a prescrição atinge apenas o direito de ação, permanecendo o direito, em si, resguardado, mas com o seu exercício via judicial prejudicado. Dessa forma, tanto a prescrição, quanto a decadência, geram a extinção de uma ação (se já intentada), mas por motivações diferentes. Há que se notar também que o marco inicial da decadência é o nascimento do direito e o da prescrição é a violação deste direito.

O artigo 219, § 5º, do CPC, dispõe que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Do mesmo modo, o Código Civil no artigo 210, dispõe que “deve o juiz, de

ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”. Vale lembrar que até recentemente o juiz se achava impedido de reconhecer de ofício a prescrição, só podendo fazê-lo em favor de absolutamente incapaz, por força do artigo 194 do Código Civil que assim estabelecia. No entanto, a Lei 11.280/06 acrescentou o parágrafo 5º ao artigo 219 do CPC e revogou o referido artigo 194 da Lei Civil. Passando, assim, a prescrição, a receber tratamento semelhante ao dispensado à decadência, sou seja, a partir de então, ambas podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz.

Quando houver o reconhecimento da prescrição ou da decadência o processo será extinto com resolução do mérito, diferentemente das hipóteses anteriores, em que o processo se extingue sem resolução do mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC.

Nesse sentido, Luiz Fux (2008, p. 442) afirma que a prescrição e a decadência são institutos que geram a extinção do processo com resolução do mérito, visto que atingem a própria pretensão deduzida em juízo, uma vez que não se limitam apenas a questões formais.

A extinção do processo com resolução do mérito, provocada pela ocorrência de ambas, produz coisa julgada material, o que impede a propositura de nova ação que apresente os mesmos elementos, ou seja, partes, pedido e causa de pedir. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 324)

Também a ocorrência da prescrição e da decadência poderá ocasionar o indeferimento da petição inicial, nos termos do artigo, 295, IV, segundo o qual, a petição será indeferida “quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição”.

Quanto à inclusão da decadência e da prescrição no rol das matérias de ordem pública, traz-se trecho de recente voto do ministro Jorge Mussi a esse respeito:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. PETIÇÃO INCOMPLETA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME QUE SE IMPÕE.
1. Não obstante a petição formulada como embargos declaratórios esteja incompleta quanto à ocorrência da decadência e prescrição, por se tratar de matéria de ordem pública e permitindo o requerimento a exata compreensão da controvérsia, mister apreciar as questões deduzidas pela embargante. [...]
(EDcl no REsp 905.475/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008)

Assim, pode-se aferir que ambos os institutos também são considerados matérias ordem pública, e como visto, podendo ser decretada de ofício pelo julgador, nas instâncias ordinárias.

2.3 O efeito translativo dos recursos

A atuação do órgão ad quem geralmente se limita ao pedido formulado pelo recorrente, tendo em vista o princípio do dispositivo ⁸, segundo o qual só se devolve ao tribunal a matéria que o recorrente efetivamente impugnou e sobre a qual pede nova decisão.

Há casos, porém, que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do formulado pelas partes, sem, contudo, incorrer em julgamento *extra, ultra, ou infra petita*. Essa translação dessas questões ao juízo *ad quem* tem previsão nos artigos 515 §§ 1º a 3º e 516 do CPC. (NERY JR, 2004, p. 482)

É o que se dá quando se trata de questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz. É o chamado efeito translativo, que decorre do princípio inquisitório, segundo o qual pode o órgão julgador, em situações determinadas por lei, agir e pronunciar-se de ofício, independentemente de pedido ou manifestação da parte ou interessando. (MEDINA, 2005, p. 76)

Para Bernardo Pimentel (2009, p. 26), o efeito translativo diz respeito à apreciação de ofício pelo órgão julgador do recurso de matérias cujo exame é obrigatório por força de lei, ainda que não tenham sido impugnadas pelo recorrente. Em outras palavras, o efeito translativo está intimamente ligado às matérias de ordem pública, nas quais deve prevalecer o interesse público em relação ao interesse pessoal das partes.

Para os que não admitem a existência de tal efeito, a possibilidade de conhecimento das questões de ordem pública em grau recursal é vista sob o aspecto da profundidade do efeito devolutivo, devendo tal matéria ser efetivamente impugnada pelo recorrente. (AZZONI, 2009, p. 103)

Entre os autores que entendem que não há o referido efeito, traz-se a posição de Flávio Cheim Jorge (2007, p. 227), segundo o qual a análise de matérias estranhas ao posto pelas partes decorre do efeito devolutivo, na sua visão, este deve ser visto sob dois aspectos: o da extensão, que está ligado ao pedido formulado no recurso, sendo assim, a extensão fixada pelo recorrente; e o da profundidade, que está relacionado com as questões e fundamentos que foram ou poderiam ser utilizadas pelo magistrado ao prolatar a decisão recorrível.

⁸ O princípio dispositivo manifesta-se sob dois aspectos: primeiro, significa dizer que a máquina judiciária apenas se movimenta mediante atividade das partes (inércia da jurisdição) e, sob outro ângulo, consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão. (MEDEIROS, 2003).

Veja o que diz o referido autor:

Quanto ao chamado efeito translativo, em que pese a perspicácia em sua identificação, entendemos que não merece um tratamento distinto do efeito devolutivo. A possibilidade de o recurso levar ao conhecimento do órgão julgador matéria estranha à impugnação advém, como já mencionado, da incidência do princípio inquisitório na esfera recursal. Nada mais do que isso. A peculiaridade de o tribunal conhecer de questões que não foram impugnadas pelo recorrente, decorre da característica que o efeito devolutivo possui quando manifestado nos recursos denominados “ordinários”, notadamente no que tange à sua profundidade, a qual tem o condão de levar ao conhecimento do órgão julgador todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnadas pelo recorrente. (Ibidem, p. 227)

Para Didier, (2008, p.83), o efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso, enquanto o efeito translativo determina os limites verticais. Aquele delimita o que se pode decidir, enquanto este delimita o material com o qual o *ad quem* trabalhará para decidir a questão posta. O efeito devolutivo (extensão) está relacionado ao objeto litigioso, a questão principal do recurso, ao passo que o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo), relaciona-se ao objeto de conhecimento do recurso, às questões a serem examinadas pelo tribunal como fundamentos para solucionar o objeto do recurso.

Ao comentar acerca do tema, Nelson Nery (2007, p. 815) apresenta o seguinte ensinamento:

O efeito translativo do recurso transfere ao tribunal o exame e o reexame das matérias de ordem pública, independentemente de haverem sido alegadas pelas partes. Isto porque não se trata de efeito devolutivo. A norma comentada é manifestação do efeito translativo do recurso, quanto ao exame dessas questões em outro grau de jurisdição. Para que o tribunal possa aplicar o efeito translativo e examinar, pela primeira vez, as matérias de ordem pública não suscitadas e/ou não examinadas no primeiro grau, é preciso que o recurso seja conhecido. [...] O efeito translativo compõe o juízo de mérito do recurso e não o juízo de admissibilidade. Por isso é necessário que o tribunal conheça do recurso e, ao julgá-lo no mérito, possa examinar de ofício as matérias de ordem pública.

Segundo o este autor, o efeito translativo, que tem o poder de transferir o reexame das matérias de ordem pública ao tribunal, não tem relação com o efeito devolutivo. De sorte que, o recurso sendo admitido, o tribunal estará apto a examinar as referidas questões pela primeira vez, visto que o efeito translativo faz parte do juízo de mérito e não de admissibilidade.

Outro ponto que merece ser tratado é o que diz respeito ao efeito translativo e a proibição da *reformatio in pejus*. A proibição da reforma para pior (*reformatio in pejus*)

decorre da incidência do princípio dispositivo, impedindo que o recurso prejudique a situação do recorrente. Por outro lado, o princípio inquisitório, que como visto, possibilita que o tribunal conheça de questões de ordem pública, aceitando-se a *reformatio in pejus* nessas hipóteses. (JORGE, 2007, p. 201-206)

Ainda acerca da proibição da *reformatio in pejus*, Nelson Luiz Pinto, ensina que:

Também não é abrangida pela proibição da reforma in pejus oriunda do conhecimento ex officio de uma questão de ordem pública, da decretação de uma nulidade, ainda que não levantada pela parte contrária, mas sobre a qual deva o tribunal se manifestar de ofício, como, por exemplo, a falta de uma condição da ação ou de um pressuposto processual.

Assim, denota-se que quando se tratar de matérias que devam ser conhecidas de ofício pelo órgão julgador do recurso, não há que se falar em proibição de reforma da decisão que venha a pior a situação do recorrente. Pois como já visto, o exame de ofício dessas matérias visa atender o interesse da coletividade, e não apenas do recorrente.

O recurso no qual o efeito translativo se mostra mais evidente é a apelação, não sem razão, visto que se trata do recurso mais abrangente do nosso sistema processual, que apresenta como característica uma ampla devolutividade, o que se pode perceber pelo disposto nos artigos 515 e 516 do Código de Processo Civil. (MELLO, 2010, p. 197)

Bernardo Pimentel (2009, p. 26), afirma encontrar-se referência ao efeito translativo em alguns dispositivos legais, como por exemplo, no artigo 113, caput, do CPC, que estabelece que a incompetência absoluta deva ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção; bem como no artigo 219, § 5º, que assevera que o juiz decretará de ofício a prescrição; no artigo 245, parágrafo único, segundo o qual não se dá a preclusão quando se tratar de matérias que devam ser conhecidas de ofício; no artigo 267, § 3º, que dispõe que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. Também está presente nos artigos 515, §§ 1º e 2º, e 516, do Código de Processo Civil, assim como no artigo 210 do Código Civil de 2002.

Quanto ao exame de ofício das matérias de ordem pública no âmbito dos recursos ordinários, não resta dúvida da sua aceitação pela doutrina, seja pelo efeito translativo ou pela profundidade do efeito devolutivo para os que negam a existência daquele efeito. No entanto, quando se refere aos recursos de natureza extraordinária, como é o caso do recurso especial, o dissenso está posto, dando azo a correntes doutrinárias e jurisprudenciais diversas, o que será analisado com mais vagar adiante.

Como exemplo cita-se o entendimento defendido por Nelson Nery (2006, p. 487), segundo o qual “o efeito translativo tem aplicação nos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), mas não nos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência)”.

Neste capítulo buscou-se analisar as questões de ordem pública, ocasião em que se pretendeu apresentar estudo acerca das condições da ação, bem como dos pressupostos processuais, das nulidades absolutas, e ainda sobre prescrição e decadência, questões que poderão ser conhecidas de ofício pelo magistrado, justamente por serem de ordem pública. Num segundo momento buscou-se estudar o efeito translativo e sua aplicação no âmbito dos recursos ordinários. Isso visando proporcionar desenvolvimento lógico que facilite a compreensão do tema proposto, o qual se passará a tratar a seguir.

CAPÍTULO 3

A APLICAÇÃO DO EFEITO TRANSLATIVO

AO RECURSO ESPECIAL

O processo de se inicia e tem seu prosseguimento pautado no princípio dispositivo, que, como já se disse, significa que a atividade jurisdicional é fixada pela parte, ou seja, é a parte que provoca a jurisdição e apresenta a matéria a ser apreciada pelo juiz. No que concerne aos recursos, tal princípio é que norteia o efeito devolutivo, que se acha presente em todos os recursos e, segundo o qual só será examinada a matéria trazida pelas partes.

Mas há exceções. Em algumas situações a lei estabelece que o juiz poderá (ou deverá) julgar de ofício certas matérias, independente de manifestação das partes. É o que ocorre quando estão em pauta as chamadas questões de ordem pública, sobre as quais não se opera a preclusão, podendo ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, como as condições da ação, os pressupostos processuais, ou ainda no caso de nulidade absoluta, que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz ou tribunal. Isso porque são questões que transcendem ao interesse puro e simples da parte, sendo de interesse público, que sobre elas predomina. Essa atuação *ex officio* decore do princípio inquisitório, segundo o qual “se permite, especialmente, na esfera recursal, que o juiz conheça de questões que não foram pelas partes impugnadas em seu recurso.” (JORGE, 2007, p. 204)

Para Flávio Cheim Jorge (2007, p. 205), além das referidas questões de ordem pública, devem ser incluídas as “situações que possam vir a comprometer a própria validade da prestação da tutela jurisdicional, como ocorre diante da presença de uma nulidade absoluta”. Sendo permitido ao tribunal, por exemplo, em sede de apelação, anular a sentença que seja *citra, infra ou extra petita*, ou na qual não tenha sido ouvido o Ministério Público, quando deveria ter sido.

É o que Nelson Nery Junior (2004, p. 482) denominou de efeito translativo, segundo o qual o órgão *ad quem* poderá julgar as questões de ordem pública, ainda que não impugnadas pelas partes, como já se referiu anteriormente. A aplicação do referido efeito é bem aceita no âmbito dos recursos ordinários.

Quanto se trata de sua aplicação no âmbito do recurso especial não existe consenso doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista que esse recurso é de natureza extraordinária e tem seus requisitos específicos de admissibilidade previstos na Constituição

Federal (art. 105, III), sobretudo, pela exigência do prequestionamento, segundo o qual a questão federal deverá ter sido apreciada no acórdão recorrido para que o recurso especial possa ser admitido. Isso decorre do fato do recurso especial ser de fundamentação vinculada, sendo indispensável a presença dos vícios determinados pela Constituição Federal (artigo 105, III) para que possa ser cabível. (AZZONI, 2009, p. 204)

Também não há consenso na jurisprudência verificada perante o Superior Tribunal de Justiça. Tanto é que em seu Comparativo de Jurisprudência n. 20-A, datado de 13 de fevereiro de 2008 trouxe estudo intitulado “apreciação em recurso especial de matéria de ordem pública não prequestionada”, apresentado a divergência existente na Corte sobre o tema. Segundo esse estudo, existem dois entendimentos diferentes no âmbito do STJ, que serão apresentados mais adiante.

Já para Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2006, p. 11-13), na jurisprudência do STJ é possível identificar três correntes a respeito do tema, a saber: I – a questão de ordem pública não prequestionada não pode ser conhecida em Recurso Especial; II – a questão de ordem pública pode ser conhecida independentemente de prequestionamento e de ter sido o Recurso Especial conhecido por outro fundamento; III – a questão de ordem pública não prequestionada pode ser conhecida, desde que o recurso seja conhecido por outro fundamento, e a Turma tenha que enfrentar o mérito.

A seguir se procurará apresentar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram acerca da aplicação do efeito translativo no âmbito do recurso especial.

3.1 Primeira corrente doutrinária e jurisprudencial: contrária

Boa parte da doutrina nega a existência do efeito translativo nos recursos de natureza extraordinária, como é o caso do recurso especial. Para os partidários dessa corrente, os Tribunais Superiores estariam impedidos de conhecer das questões de ordem pública que não tenham sido impugnadas pelo recorrente ou que não tenham sido decididas no acórdão recorrido, por faltar-lhes o requisito do prequestionamento. De sorte que o STJ só poderia apreciar em recurso especial as matérias de ordem pública que forem objeto do recurso e que se achem devidamente prequestionadas, ou seja, tenham sido trazidas pela parte e já decididas no acórdão do tribunal de origem. Posicionamento defendido por autores como Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier e Barbosa Moreira, entre outros.

Segundo Nelson Nery Junior (2004, p. 485), o efeito translativo se aplica nos recursos ordinários, mas não nos recursos excepcionais, visto que estes têm seus regimes jurídicos previstos no texto constitucional que “diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores”. Continuando, assevera que:

Caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os STF 282 e 356, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional.

Afirma, ainda, que o artigo 267, § 3º do CPC, que autoriza que as matérias de ordem pública sejam reconhecidas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, não se aplica aos recursos extraordinário e especial, porque estes fazem parte de instância excepcional, e não ordinária.

Luiz Orione Neto (2006, p. 140) endossa o posicionamento supracitado, afirmando que “a incoerência do efeito translativo nos recursos excepcionais decorre do próprio texto constitucional, ao preconizar serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (arts. 102, III e 105, III, da CF)”. Do mesmo modo defende que a falta de manifestação do tribunal sobre questões de ordem pública só autoriza a parte a impugnar o acórdão pela via da ação rescisória.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2004, p. 283) também defende a impossibilidade do exame de ofício das questões de ordem pública no recurso especial. O que se justifica pelo fato da Constituição Federal estabelecer as suas hipóteses de cabimento e os seus fundamentos, o que se dá em decorrência da sua função específica, que é zelar para que o direito objetivo seja efetivamente aplicado e uniformemente entendido ou interpretado em todo o território nacional.

Por ter suas hipóteses de cabimento e fundamentação previstas em sede constitucional, o recurso especial é chamado por alguns de recurso de fundamentação vinculada ou de estrito direito.

Para a autora citada, “o âmbito da devolutividade que ocorre em virtude da interposição de um recurso especial é bastante limitado”. Entende que “a estreiteza do efeito devolutivo” dos recursos de natureza extraordinária não permite que os tribunais superiores

conheçam de ofício questões como nulidades processuais ou falta de condições da ação. (Ibidem, p. 283)

Barbosa Moreira (2005, p. 601), por sua vez, considera que se da decisão recorrida impugnou-se apenas parte, somente sobre essa parte é que ocorre a devolução ao tribunal superior, de maneira que se o acórdão recorrido tiver se pronunciado acerca de preliminar, “mesmo que de mérito (rejeitando, por exemplo, a argüição de prescrição), o recurso interposto no concernente à questão principal não estende seu efeito à preliminar”. O Tribunal *ad quem* só poderá reexaminar a preliminar se a parte a impugnou, do contrário não poderá fazê-lo, ainda que para isso haja fundamento.

Luiz Guilherme Marinoni (2005, p. 559), que também se filia a essa corrente, afirma que o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, só poderá examinar a questão federal invocada pela parte, não podendo conhecer de outros temas, “mesmo que haja, em outra parcela da decisão atacada, violação a lei federal”. Dando continuidade, ao tratar dos efeitos dos recursos especial e extraordinário, assevera:

Outrossim, não têm os recursos em tela o chamado efeito translativo. Vale dizer que os tribunais superiores, no exame dos recursos especial e extraordinário, não podem examinar questões de ordem pública, salvo se tiverem sido prequestionadas no julgamento recorrido.

José Miguel Garcia Medina (2005, p. 76-77), analisando o efeito translativo, ensina que o princípio inquisitório é excepcional, razão pela qual só ocorrerá tal efeito nas hipóteses previstas na lei. Como é o caso dos artigos 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, que dispõem que as matérias de ordem pública sejam transladadas ao tribunal, que deverá conhecê-las e julga-las, de ofício. No entanto, tal dispositivo só se aplica aos recursos ordinários. Diz mais o autor:

Situação diversa ocorre com os recursos extraordinário e especial – chamados pela doutrina de recursos excepcionais, ou extraordinários. As hipóteses de cabimento de tais recursos são estritamente previstas na Constituição Federal (arts. 102, III e 105, III), que não trazem, em seu bojo, disposição semelhante, v.g., ao art. 267, § 3º, do CPC. Ao contrário, dispõem que referidos recursos somente são cabíveis quando o pronunciamento judicial recorrido decidir sobre a questão constitucional ou federal. Desse modo, não havendo decisão sobre a questão constitucional ou federal, não caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

Assim, verifica-se que esses renomados autores julgam não ser possível o conhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito do recurso especial. Para uns,

em virtude do efeito devolutivo restrito inerente a esse apelo; para outros, pela não aplicação do efeito translativo na instância extraordinária.

Como já salientado, também não há consenso perante a Jurisprudência do Superior tribunal de Justiça. Pelo estudo apresentado no Comparativo de Jurisprudência já mencionado, são dois os entendimentos firmados acerca do tema.

O primeiro entendimento é no mesmo sentido do posicionamento doutrinário apresentado pela corrente ora estudada, segundo o qual “**Não é possível** apreciar em recurso especial matéria de ordem pública não prequestionada, **ainda que** ultrapassado o juízo de admissibilidade por outro fundamento” (STJ, 2008). Entendimento encontrado em julgados da Corte Especial, e em todas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais se passará a apresentar alguns.

O primeiro julgado que se apresenta é relativo ao Recurso especial 250544/SP, no qual o Ministro Humberto Gomes de Barros assim decidiu:

PREQUESTIONAMENTO - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA - NECESSIDADE - NOTA PROMISSÓRIA - ASSINATURA LATERAL - POSSIBILIDADE.

- Mesmo em temas de ordem pública, o prequestionamento é necessário ao conhecimento do Recurso Especial. (AGA 385.540/HUMBERTO).

[...] (REsp 250544/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 14/03/2005, p. 317)

Também o Ministro Humberto Martins decidiu sobre a questão, a exemplo do Recurso Especial 967385/RJ, no qual proferiu a seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL – MERA INDICAÇÃO DE VIOLAÇÃO – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – APOSENTADORIA COMPLEMENTAR – PREVIDÊNCIA PRIVADA – LEI N. 7.713/88 – ISENÇÃO DO BENEFICIÁRIO – RECONHECIMENTO.

1. Verifica-se que a Corte a *quo* não analisou a matéria recursal à luz do artigo 111 do CTN, dispositivo legal apontado como violado.

Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. As questões de ordem pública, ainda que passíveis de conhecimento ex-officio, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se não prequestionadas. Precedentes.

[...]

Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 967385/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 04/10/2007, p. 227)

O Ministro Aldir Passarinho Junior, em julgado bem recente, apresenta decisão proferida em sede de Agravo Regimental no Agravo 1033070/RS, cuja ementa assim dispõe:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. VIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO E SEM PREQUESTIONAMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. [...]

II. "O recurso especial é de fundamentação vinculada, não sendo possível, na via especial, o conhecimento de questões de ofício e sem prequestionamento, ainda que se trate de matéria de ordem pública." (AgR-AG n. 405.746/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, unânime, DJU de 25.02.2002).[...]

IV. Agravo improvido. (AgRg no AgRg no Ag 1033070/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 30/09/2010)

Pelos julgados acima expostos, percebe-se que no Superior Tribunal de Justiça é bem aceito o entendimento de que mesmo as matérias de ordem pública não poderão ser conhecidas de ofício no âmbito do recurso especial, pois mesmo estas precisam ultrapassar a barreira do prequestionamento. Ruy Rosado (2006, p. 20) afirma que atualmente esta corrente é minoritária no Superior tribunal de Justiça, embora alguns julgados recentes sobre a existência do prequestionamento.

3.2 Segunda corrente doutrinária e jurisprudencial: amplamente favorável

A segunda corrente doutrinária e jurisprudencial se mostra bem mais flexível e liberal quanto à possibilidade de se conhecer de ofício as matérias de ordem pública no recurso especial. Seus signatários defendem que estas devem ser conhecidas sem qualquer restrição. Corresponde à segunda corrente apresentada por Ruy Rosado, segundo a qual “a questão de ordem pública pode ser conhecida independentemente de prequestionamento e de ter sido o Recurso Especial conhecido por outro fundamento”.

Nelson Luiz Pinto (1996, p. 139) é o principal defensor dessa corrente, segundo o qual, no que concerne às questões de ordem pública, as quais a lei dispõe que devem ser

conhecidas e decretadas até mesmo *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do artigo 267, § 3º, do CPC, deve ser dispensado o prequestionamento, devendo o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecê-las, impedindo, assim, que uma decisão viciada transite em julgado, o que poderia autorizar a propositura de ação rescisória. Para ele, as matérias de ordem pública estariam, em virtude de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito, o que já seria bastante para dispensar o requisito do prequestionamento. Nesse sentido afirma o referido autor:

Para tanto, pois, é necessário que a questão a ser enfrentada no recurso especial já tenha sido ao menos levantada na instância inferior, exceto, entendemos, quando se tratar daquelas questões de ordem pública, que geram nulidade absoluta do processo e das decisões nele proferidas e que, por isso, deve ser decretada até mesmo *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição, razão pela qual dispensam o prequestionamento explícito. Na verdade, as condições da ação e os pressupostos processuais, necessariamente, devem ter sido examinados nas instâncias inferiores, independentemente da alegação das partes, para que se chegue a um julgamento de mérito. Poder-se-ia, assim, até mesmo dizer que o prequestionamento dessas questões de ordem pública estaria, por força de lei, implícito em qualquer decisão de mérito. (Ibidem, p. 139)

Ainda segundo Nelson Luiz Pinto (1996, p. 182), a omissão do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao vício de nulidade existente no processo fará com que o seu acórdão seja nulo, em vista da propagação do vício a todos os atos posteriores.

No entender de Clara Monteiro Azzoni (2009, p. 208) essa lhe parece ser “a posição mais extremada”.

Sustenta a autora, que o prequestionamento é requisito indispensável e se justifica no próprio texto constitucional. A sua exigência se dá em decorrência da natureza excepcional do recurso especial, que tem por função controlar a correta aplicação do direito federal, e não revisar fatos e provas ou, nem tão pouco, analisar a injustiça da decisão impugnada. Entretanto, considera que “existem algumas exceções para que o prequestionamento seja dispensado, tanto para efeitos de conhecimento como para fins de julgamento do recurso especial, podendo se falar em efeito translativo nesses casos”. (Ibidem, p. 211).

Seguindo esse entendimento, considera que quanto ao juízo de admissibilidade, existem duas exceções unicamente em relação ao recurso especial, não se aplicando ao recurso extraordinário em virtude da exigência da repercussão geral.

A primeira exceção refere-se à hipótese em que a parte tenha argüido a matéria de ordem pública no recurso ordinário, e mesmo após a interposição de embargos de declaração,

o tribunal não se manifesta sobre a questão, impedindo o conhecimento do especial, por faltar-lhe o prequestionamento. Isso porque se a parte faz tudo o que podia e mesmo assim o tribunal de mantêm omissa não pode ser punida, tendo o seu recurso não conhecido. Também se poderia dispensar o prequestionamento quando se refere a fundamento novo, surgido no próprio acórdão recorrido, e que fere o interesse público, como o caso de o acórdão julgar *extra* ou *ultra petita*. (Ibidem, p. 211-212).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p. 279), que também defende essa corrente, sustenta:

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.

Prosseguindo, o autor justifica sua escolha por essa corrente, afirmando que é a que melhor atende ao binômio instrumentalidade do processo-efetividade da prestação jurisdicional, visto “que em algum modo se lhe agrega – ao menos em espírito – o quanto vem disposto no § 3º do art. 515 do CPC, permitindo ao tribunal, nos casos do CPC, art. 267, ‘julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento’”.(Ibidem,p. 280)

Segundo Vito Antônio Boccuzzi Neto (2007, p. 446), os adeptos da primeira corrente se apegam ao princípio da hierarquia das normas, de modo que a norma infraconstitucional que dispõe acerca do efeito translativo (art. 515, CPC), não poderia influir nas regras dos recursos excepcionais, visto que estes são de índole constitucional.

Com isso sendo possível que uma decisão contaminada por vícios insanáveis seja perpetuada pelo trânsito em julgado. O que terminaria por gerar um conflito com o princípio do devido processo legal, garantidor de que o processo se dará em conformidade com o previsto em lei, e, além disso, que a tutela jurisdicional seja adequada às necessidades do direito material, ou seja, a efetividade da tutela jurisdicional. O que certamente não será atingido em um processo em que a parte é ilegítima, por exemplo, e por isso, viciado. Prosseguindo, afirma o autor:

Fazendo o confronto da tensão existente entre o princípio da hierarquia das normas e o princípio do devido processo legal, entendemos, tendo por aplicação o princípio da

proporcionalidade, que deva prevalecer a possibilidade de se conhecer a questão de ordem pública quando da apreciação dos recursos excepcionais, independentemente do preenchimento dos requisitos exigidos pelos arts. 102 e 105 ambos da CF. (Ibidem, p. 447)

Conclui o autor citado, pela ocorrência do efeito translativo no recurso especial, visto que um ordenamento jurídico coerente e que visa promover e manter um Estado Democrático de Direito não pode admitir que permaneça situações efetivadas em violação aos bens jurídicos de interesse social, a exemplo das questões de ordem pública inerentes ao processo judicial.

Após intensa pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se encontrou outros julgados que abriguem o entendimento esposado pela corrente ora estudada, a exceção do seguinte acórdão, o qual foi citado por Ruy Rosado (2006, p. 13):

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS A EXECUÇÃO - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA.

I - MATERIA DE ORDEM PUBLICA PODE SER SUSCITADA EM QUALQUER FASE DO PROCESSO, ATE MESMO NO RECURSO EXTRAORDINARIO OU RECURSO ESPECIAL E AINDA QUE NÃO PREQUESTIONADA.

II - NÃO OBSTANTE, COM SUPORTE NOS PRINCIPIOS DA ECONOMIA E DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, ADMITE-SE QUE A MULHER POSSA, TAMBEM, POSTULAR A EXCLUSÃO DE IMOVEL, DE PROPRIEDADE DO CASAL, ATRAVES DE EMBARGOS A EXECUÇÃO, MORMENTE SE A EXECUÇÃO E MOVIDA CONTRA EMPRESA-EXECUTADA, DE QUE SÃO SOCIOS, CO-RESPONSAVEL PELA DIVIDA ASSUMIDA.

IV - RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 66.567/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/1996, DJ 24/06/1996, p. 22754)

No presente julgado entendeu-se que a matéria de ordem pública pode ser suscitada no recurso especial, mesmo sem prequestionamento.

Assim, verifica-se que o entendimento defendido pelos que se filiam a essa corrente doutrinária não encontra respaldo jurisprudencial perante o Superior Tribunal de Justiça. Segundo Ruy Rosado (2006, p. 20) “nenhum acórdão mais recente aceitou a tese de que o tribunal pode livremente conhecer da matéria”.

3.3 Terceira corrente doutrinária e jurisprudencial: posição intermediária

Os defensores desta terceira corrente doutrinária admitem a ocorrência do efeito translativo no recurso especial, porém de forma mais moderada que a anterior, ou seja, para

que a matéria de ordem pública não prequestionada possa ser conhecida no recurso especial, é necessário que o recurso especial seja admitido por outros fundamentos.

Segundo Ruy Rosado (2006, p. 14) a regra é que o órgão julgador, ao conhecer do Recurso Especial, deve limitar-se ao exame da questão federal apresentada. Mas quando do julgamento do mérito da controvérsia, pode conhecer, de ofício, das matérias referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Para Gleydson Kleber de Oliveira (2002, p. 341), a ocorrência do efeito translativo no recurso especial não é incompatível com a sua função, que é a defesa e uniformização da legislação federal, pois na sua atuação não deverá desconsiderar o caso concreto, ainda que de forma secundária, principalmente com relação às condições de admissibilidade da tutela jurisdicional.

Para esse autor, sendo o recurso especial admitido, poderá o Tribunal apreciar questões de ordem pública, senão vejamos:

Caso o recurso especial se reporte apenas à questão de ordem pública não ventilada na decisão recorrida, o mesmo apresenta-se inadmissível por ausência de prequestionamento, que é requisito indispensável e inafastável, não podendo, portanto, o Superior Tribunal de Justiça infringir o julgado, porquanto a sua cognição exaure-se na própria declaração de inadmissibilidade do recurso. No entanto, com o preenchimento dos requisitos gerais e específicos do recurso especial, deve o Superior Tribunal de Justiça analisar de ofício matéria de ordem pública, porquanto não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial. (Ibidem, p. 342)

Fredie Didier (2008, p. 274) no mesmo sentido, afirma que quando o recurso especial for interposto por outro fundamento, sendo conhecido poderá o STJ, ao analisar o mérito, conhecer de ofício ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo, a exemplo das previstas no art. 267, § 3º, do CPC, bem como a prescrição e a decadência. Diz o referido autor:

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo ou profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer, inclusive a prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o § 3º do art. 267 do CPC [...] (Ibidem, p. 276)

Athos Gusmão Carneiro (2007, p. 54) afirma que “a mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública”, desde que conhecido o recurso especial por outros fundamentos.

Bernardo Pimentel (2009, p. 851) defende que o recurso especial produz efeito translativo, uma vez conhecido o recurso, o Tribunal poderá analisar de ofício questões de ordem pública. Pois o seu próprio Regimento Interno dispõe no artigo 257, sendo conhecido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça aplicará o direito à espécie, julgando o caso concreto. Diz, ainda, o autor:

Ora, ao julgar a causa, o Superior Tribunal de Justiça tem competência para reconhecer a ausência de algum pressuposto processual, a inexistência de alguma condição da ação e a ocorrência de nulidade absoluta, consoante o disposto nos artigos 113, 219, § 5º, 245, caput, e 267, § 3º, todos do Código de Processo Civil. Por conseguinte, ultrapassada a barreira da admissibilidade, o tribunal *ad quem* deve apreciar de ofício questões de ordem pública.

Também corrobora para entendimento a Súmula 456 do Supremo, a qual se aplica ao recurso especial, dispõe que “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”.

Assim, para os defensores dessa corrente, o Superior Tribunal de Justiça poderá conhecer de ofício, no âmbito do recurso especial, as questões de ordem pública como nulidades absolutas e condições da ação e pressupostos processuais, desde que ultrapassado o juízo de admissibilidade por outros fundamentos.

Também esse é o posicionamento que vem ganhando força na jurisprudência verificada perante o Superior Tribunal de Justiça. Como já mencionado anteriormente, é justamente nesse sentido o segundo entendimento trazido pelo Comparativo de Jurisprudência, segundo o qual “É possível apreciar em recurso especial matéria de ordem pública não prequestionada, desde que ultrapassado o juízo de admissibilidade por outro fundamento”.

Para exemplificar, passa-se a apresentar alguns julgados que decidiram nesse sentido.

O primeiro acórdão refere-se ao Agravo Regimental no Agravo 939.714/RS, o qual assim dispôs:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – DECADÊNCIA – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150, § 4º E 173 DO CTN) – NULIDADE ABSOLUTA – CONHECIMENTO EX OFFICIO – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL.

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

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

3. Hipótese em que se conheceu do recurso especial por violação do art. 161 do CTN, ensejando no seu julgamento o reconhecimento *ex officio* da decadência.

[...]

Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção.

[...]

6. Crédito tributário fulminado pela decadência, nos termos do art. 156, V do CTN.

[...]

8. Agravo regimental provido para prover em parte o recurso especial e reconhecer, de ofício, a decadência. (AgRg no Ag 939.714/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJ 21/02/2008, p. 54)

Percebe-se que nesse julgado a Ministra Eliana Calmon reafirma a indispensabilidade do prequestionamento para que o recurso especial seja admitido. Por outro lado, segue o posicionamento doutrinário aqui apresentado ao passo que conhece de ofício a decadência.

Também o acórdão do Recurso Especial 1043561/RO trata da questão, referindo claramente ao efeito translativo, assim dispondo sua ementa:

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE ABSOLUTA. PREQUESTIONAMENTO. EFEITO TRANSLATIVO.

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

2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal "julgar a causa, aplicando o direito à espécie" (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF). [...]

(EDcl no AgRg no REsp 1043561/RO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJE 03/09/2010)

Nesse julgado reafirma-se que as matérias de ordem pública não prequestionadas podem ser analisadas no recurso especial, desde que tenha sido admitido por outros fundamentos.

Por fim, traz-se acórdão proferido no Recurso Especial 1195441/SP que foi recém-publicado, o que demonstra que esse posicionamento é corrente e atual perante essa Corte e que assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO POR AFRONTA AO ART. 463 DO CPC. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO DO ERROR IN PROCEDENDO.

1. Em sede de recurso especial, é possível examinar, de ofício, questões que envolvam a declaração de nulidade absoluta do processo, ainda que tal exame esteja subordinado ao conhecimento do recurso especial, dado o efeito translativo dos recursos. Nesse sentido: REsp 609.144/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, RDR, vol. 30, p. 333; REsp 701.185/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 3.10.2005, p. 210.

2. No caso concreto, verifica-se a ocorrência de nulidade processual absoluta por inobservância do art. 463 do CPC, pois fora proferida uma segunda sentença de extinção deste processo de execução fiscal, quando o mesmo processo já havia sido sentenciado conjuntamente com o processo de embargos à execução fiscal, estando ainda pendente de julgamento perante o Tribunal de origem a apelação interposta contra a primeira sentença.

3. Recurso especial conhecido e decretada, de ofício, a nulidade tanto da segunda sentença proferida neste processo de execução fiscal quanto do acórdão recorrido, determinando-se, por conseguinte, o apensamento da execução ao processo de embargos, cuja apelação encontra-se pendente de julgamento perante o Tribunal de origem. (REsp 1195441/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

Note-se que no presente julgado o Ministro Mauro Campbell afirma ser possível examinar de ofício questões que envolvam nulidade absoluta de processo, desde que o recurso especial seja admitido, por força do efeito translativo dos recursos. No caso em tela, é decretada a nulidade, de ofício, tanto da sentença quanto do acórdão recorrido.

Depois de verificadas todas as correntes que se formaram acerca do tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, percebe-se que todas apresentam fundamentos jurídicos válidos, sendo certo que são providas de razão.

Entretanto, percebe-se que a primeira corrente estudada, a qual pugna pela inexistência do efeito translativo no recurso especial, razão pela qual não seria possível o conhecimento de ofício das questões de ordem pública por faltar-lhes o prequestionamento, mostra-se demasiadamente conservadora. Perceba que ao seguir essa corrente doutrinária, o

Superior Tribunal de Justiça poderá confirmar uma sentença viciada, fazendo com que um processo igualmente eivado de nulidade transite em julgado. Nessa situação a parte não terá recebido a devida prestação jurisdicional, visto que ou aceita a decisão que lhe é desfavorável e que fora proferida em um processo viciado; ou terá de propor uma nova relação processual (ação rescisória ou declaratória de inexistência) para cassar essa decisão. O que de qualquer forma restará em prejuízo. Dessa maneira, entende-se que esse posicionamento, ao ser posto em prática, não atende aos reclamos de um processo civil moderno, mostrando-se incompatível com os princípios da economia e da celeridade processual, o que culmina por resultar em uma prestação jurisdicional ineficaz.

A segunda corrente aqui estudada, por sua vez, apresenta um posicionamento liberal ao extremo, que prega a total desconsideração do prequestionamento em face das questões de ordem pública por conta do interesse público que sobre estas predomina. Embora carregada de boas intenções, visto que almeja alcançar uma prestação jurisdicional efetiva e uma ordem jurídica justa, entende-se que esse posicionamento também não merece prosperar, visto que o prequestionamento é exigência constitucional para admissão do recurso especial, não podendo, portanto, ser ignorado.

Desta forma, a terceira corrente doutrinária e jurisprudencial aqui apresentada, que busca um equilíbrio entre as duas correntes anteriores, se mostra mais moderada, ao passo que aceita que as matérias de ordem pública possam ser conhecidas de ofício no âmbito do recurso especial, desde que este seja admitido por outros fundamentos. Ou seja, admite a ocorrência do efeito translativo sem, contudo, ignorar o requisito do prequestionamento. Assim, entende-se ser essa a corrente que melhor se adéqua ao ordenamento jurídico vigente, pois ao mesmo tempo em que atende ao disposto na Constituição quanto aos requisitos de admissibilidade do recurso especial, se mostra capaz de garantir uma prestação jurisdicional efetiva, atendendo aos princípios da economia e celeridade processual.

E não poderia deixar de ser assim, pois em consonância com o disposto na Súmula 456 do STF combinado com o artigo 257 do seu Regimento Interno, o Superior Tribunal de Justiça, depois de conhecer do recurso especial, deverá no seu julgamento, aplicar o direito à causa. Ora, se o STJ se negar a apreciar as questões de ordem pública que tenham interferência direta sobre a relação processual, podendo até mesmo invalidá-la, certamente não estará atendendo a esses dispositivos.

CONCLUSÃO

Desde o estabelecimento da Casa da Suplicação do Brasil (de 10/05/1808 à 8/01/1829), passado pela criação do Supremo Tribunal de Justiça (de 9/01/1829 à 27/02/1891), até o estabelecimento do Supremo Tribunal Federal (a partir de 28/02/1891) esteve presente a idéia de implantar uma Corte de abrangência nacional com fins de preservação da unidade e aplicação uniforme da lei em todo território nacional, ou seja, a idéia de uma Suprema Corte e Casa Revisora. Junto à idéia de Casa Revisora surge a necessidade de criação de um instituto de “recurso extraordinário” ou revisor de sentenças. Como Casa Revisora entende-se a competência dada a Suprema Corte para rever as decisões de última instância proferidas pelos tribunais de justiça dos Estados, quando o tema se referisse à constitucionalidade das leis, à legitimidade nas normas estaduais, aos títulos, direitos, privilégios e isenções pertinentes com a Constituição e com tratados e leis da União.

Assim, em 1890 tal instituto foi criado com essa finalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Instituto esse que posteriormente passou a ser denominado de “recurso extraordinário”. Vale salientar que incumbia ao Supremo Tribunal Federal acolher tal recurso. Contudo, durante o longo período em que o recurso extraordinário teve por escopo a preservação da inteireza e da uniformização da interpretação da Constituição e também da lei federal, a quantidade de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal aumentou consideravelmente, o que acabou gerando a chamada crise do Supremo. Visando solucionar o problema, foram adotados mecanismos de restrição ao acesso à Suprema Corte, tais como a arguição de relevância e os óbices regimentais e jurisprudenciais. As medidas não foram capazes de solucionar a crise.

Desta forma, com a Constituição de 1988 foi instituído o Superior Tribunal de Justiça, tendo como principal competência julgar os recursos sobre questões de direito federal infraconstitucional comum. Transferindo, desta forma para a nova Corte parte significativa da competência antes conferida ao Supremo, bem como parte da competência do extinto Tribunal Federal de Recursos, que deu lugar aos Tribunais Regionais Federais. Mecanismo este que visava dar cabo a crise. Portanto, a instituição dos recursos extraordinários, dentre estes o recurso especial, no ordenamento jurídico brasileiro confundiu-se com a história do Supremo Tribunal Federal e a criação do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas estas devidas considerações, ainda sobre recurso especial, é de ressaltar que este resulta de desmembramento do recurso extraordinário que se destinava a julgar tanto as violações à Constituição quanto à legislação federal. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça houve a divisão. O Supremo Tribunal Federal ficou responsável por zelar pela Constituição e o STJ, pela legislação infraconstitucional. Assim, caberá o recurso especial quando se demonstrar precisa ofensa à lei federal, além de atendido os requisitos gerais e específicos de admissibilidade, tais como legitimidade, interesse recursal, regularidade formal, causas decididas em última ou única instância pelos tribunais estaduais ou Regionais Federais, análise exclusiva de direito e o prequestionamento da questão federal, ou seja, a questão trazida deve ter sido decidida no acórdão recorrido.

Viu-se que a atuação da jurisdição, sobretudo na instância recursal, se funda no princípio dispositivo, segundo o qual só se analisará o que for impugnado pelas partes. No entanto, há casos em que a lei prevê situações específicas em que o juiz ou tribunal poderá agir de ofício. Isso por força do efeito translativo, que tem fundamento no princípio inquisitório, que em virtude do caráter publicista do processo, autoriza essa atuação de ofício, principalmente quanto se trata das chamadas questões de ordem pública, que se caracterizam pela prevalência do interesse da coletividade sobre individual, ou seja, do interesse público sobre o particular.

Assim sendo, podem ser consideradas de ordem públicas, não apenas normas processuais, mas também algumas normas materiais. Vale frisar que diferentemente das matérias de ordem pública processuais, as matérias de ordem pública de natureza material não estão sujeitas a aplicação do efeito translativo, ou seja, não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, pois estão atreladas ao plano vertical da demanda, significando dizer que só serão apreciadas se forem objeto dos pedidos formulados pelas partes. Além do mais, do contrário estaria se violando as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Verificou-se que há consenso quanto ao exame de ofício das matérias de ordem pública no âmbito dos recursos ordinários, seja pela ocorrência do efeito translativo ou pela profundidade do efeito devolutivo. Porém quando se discute essa possibilidade no âmbito dos recursos de natureza extraordinária, como é o caso do recurso especial, a divergência está posta, existindo três correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do efeito translativo no âmbito recurso especial.

Uma primeira corrente que nega a existência do efeito translativo nos recursos de natureza extraordinária. Os Tribunais Superiores estariam impedidos de conhecer das questões de ordem pública que não tenham sido impugnadas pelo recorrente ou que não tenham sido decididas no acórdão recorrido, por faltar-lhes o requisito do prequestionamento. De sorte que o STJ só poderia apreciar em recurso especial as matérias de ordem pública que forem objeto do recurso e que se achem devidamente prequestionadas, ou seja, tenham sido trazidas pela parte e já decididas no acórdão do tribunal de origem; uma segunda corrente que se mostra bem mais flexível e liberal quanto à possibilidade de se conhecer de ofício as matérias de ordem pública no recurso especial. Seus signatários defendem que estas devem ser conhecidas sem qualquer restrição; e a terceira corrente que busca um equilíbrio entre as duas primeiras, representando uma posição intermediária, de modo que seus defensores admitem a ocorrência do efeito translativo no recurso especial, porém de forma mais moderada que a anterior, ou seja, para que a matéria de ordem pública não prequestionada possa ser conhecida no recurso especial, é necessário que o recurso especial seja admitido por outros fundamentos, ou seja, o prequestionamento deve estar presente na questão federal trazida pela parte.

Verifica-se que todas as correntes apresentam fundamentos jurídicos válidos. Porém, como já explicitado no final do capítulo anterior, entende-se que a terceira corrente doutrinária e jurisprudencial aqui apresentada é a que se mostra mais correta e adequada, ao passo que busca um equilíbrio entre as duas correntes anteriores. Por isso mostra-se mais moderada, defendendo que as matérias de ordem pública possam ser conhecidas de ofício no âmbito do recurso especial, desde que este tenha sido admitido por outros fundamentos. Ou seja, admite a ocorrência do efeito translativo sem, contudo, ignorar o requisito do prequestionamento. De forma que se mostra plenamente compatível com o ordenamento jurídico vigente, pois ao mesmo tempo em que atende ao disposto na Constituição quanto aos requisitos de admissibilidade do recurso especial é capaz de garantir uma prestação jurisdicional efetiva, atendendo aos princípios da economia e celeridade processual.

E não poderia ser diferente, visto que em atendimento ao disposto na Súmula 456 do STF combinado com o artigo 257 do seu Regimento Interno, o Superior Tribunal de Justiça, depois de conhecer do recurso especial, deverá no seu julgamento, aplicar o direito à causa. Ora, se o STJ se negar a apreciar as questões de ordem pública que tenham interferência direta sobre a relação processual, podendo até mesmo invalidá-la, certamente não estará aplicando o direito à espécie.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso especial: questões de ordem pública: prequestionamento. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br>.
- ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, v. 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- AZZONI, Clara Moreira. Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos. São Paulo: Atlas, 2009.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Prisão cautelar. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOCCUZZI NETTO, Vito Antônio. Recursos excepcionais – o prequestionamento e a matéria de ordem pública. In: _____. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. V. 11. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. Código Civil. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Efeitos dos recursos. In: _____. NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10).
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com invocação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CARVALHO, Paulo G. Medeiros. Recurso especial. In: _____. CARVALHO, Paulo Gustavo M.; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). Processo nos tribunais superiores: de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006.

CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Recurso extraordinário e especial. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMOGUE, R. Les notions fondamentales du Droit Prive *apud* GARMENDIA ARIGÓN, Mario. Ordem pública e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

DICIONÁRIO Jurídico DireitoNet. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br>.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Vol. 3. 6. ed. Salvador, Editora JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FLEURY, José Theophilo. Recurso especial e extraordinário. (Coleção Biblioteca Arruda Alvim) Curitiba: Juruá, 2007.

FREITAS, Roberto da Silva. Pressupostos gerais de admissibilidade do recurso especial. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2658, 11 out. 2010. Disponível em: <<http://meujus.com.br/revista/texto/17587>>. Acesso em: 15 out. 2010.

FUX, Luiz. Curso de direito processual civil, v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. Ordem pública e direito do trabalho. [traduzido por Edílson Alkmim Cunha]. São Paulo: LTr, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

INKIS, Maria Beatriz D Almeida Ramos. Aspectos polêmicos sobre decadência e prescrição no Código de Defesa do Consumidor. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1803, 8 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11363>>. Acesso em: 30 out. 2010.

JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. A lei dos recursos repetitivos. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 67, 01/08/2009 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6527. Acesso em 24/10/2010.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEDEIROS, Marcílio Nunes. Algumas manifestações dos princípios do direito processual civil no processo eleitoral. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4778>. Acesso em 11 de outubro de 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial – e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO FILHO, José Celso de. Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República). 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Atuação de ofício em grau recursal. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Theotônio Negrão/ Coordenação José Roberto F. Gouvêa).

MENDONÇA, Paulo Halfeld Furtado de. Questões de ordem pública e a competência recursal dos tribunais de superposição. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1437, 8 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9992>>. Acesso em: 25 out. 2010.

MIRANDA, Gilson Delgado, PIZZOL, Patrícia Miranda. Recursos no processo civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de processo civil: Volume V, (arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. Recurso Especial. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Recurso especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORIONE NETO, Luiz. Recursos cíveis. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: _____ NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 7).

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria geral do processo civil contemporâneo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SALOMÃO, Luis Felipe. Breves anotações sobre a admissibilidade do recurso especial. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br>.

SALVAT, E. Derecho civil argentino. Parte general *apud* GARMENDIA ARIGÓN, Mario. Ordem pública e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

SARAIVA, José. Recurso Especial e o Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 2002.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. Recursos especiais repetitivos no STJ. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, vol. 1: processo de conhecimento, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Dos recursos constitucionais. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

_____. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. In: _____. O recurso Especial e o Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, 1991, p. 67-81.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de processo civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.