

O Efeito Translativo no Âmbito dos Recursos Extraordinários

Pérsio Thomaz Ferreira Rosa

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela COGEAE (PUC/SP). Advogado em São Paulo/SP.

Sumário: 1. Notas introdutórias – 2. O efeito translativo – 3. O prequestionamento em relação aos artigos 267, parágrafo 3º e 301, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil e as súmulas nºs 211 e 356, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente – 4. A súmula 456, do Supremo Tribunal Federal – 5. Os argumentos da jurisprudência e da doutrina que não admitem a aplicação do efeito translativo na instância extraordinária - 5.1. O prévio esgotamento das vias ordinárias – 5.2. O significado de causa decidida - 5.3. Não são vocacionados à justiça do caso concreto - 5.4. Não se prestam à análise do escorço fático da lide - 5.5. O juízo de admissibilidade bipartido e desdobrado 5.6. – Os fundamentos de admissibilidade encontram-se na Constituição Federal - 5.7. A execução que se faz na pendência de seu julgamento é provisória:- 6. Nossa posição - 7. Notas conclusivas – 8. Bibliografia

Resumo: O presente estudo almeja contribuir para o exame da aplicabilidade do efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários. Verifica-se na doutrina uma adesão e sensibilização cada vez maior a essa tese, o que reflete em algumas decisões, ainda que isoladas e pontuais, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Procura-se, a partir desse ensaio, estudar os fundamentos jurídicos de cada posição, contrária ou favorável à tese, identificar os princípios aplicáveis à espécie e fundamentar a necessidade de se franquear a plena aplicação do referido efeito no âmbito dos recursos de estrito direito.

Palavras-chave: Recurso extraordinário – Recurso especial – Efeito translativo – Pquestionamento – Causa decidida – Súmula 456 – Súmula 211 – Súmula 356 - Reexame – Questão de direito – Juízo de admissibilidade – Artigo 267, parágrafo 3º – Artigo 301, parágrafo 4º - Esgotamento – Vias ordinárias – Instância extraordinária – Recurso estrito direito – Reexame – Ordem pública – Apreciação – Exame *ex officio* – Economia processual – Dogmas – Conceitos – Efeito devolutivo - Devolutividade.

1. Notas Introdutórias:

Tema que há muito vem despertando discussões em nível doutrinário e jurisprudencial é a aplicação do chamado efeito translativo no âmbito dos recursos

extraordinários¹. Na presente exposição, não nos preocuparemos em tratar dessa questão na seara dos recursos ordinários, posto que nesse tocante a discussão parece estar superada e, pois, pacificada.

De outra banda, ainda é grande a discussão que persiste em relação à possibilidade de, após serem conhecidos os recursos extraordinários, se analisar as chamadas questões de ordem pública e verificar a legitimidade da própria relação processual. Daí o nosso interesse em estudar, sem a pretensão de esgotar o assunto, a ação desse efeito perante a instância extraordinária.

Todavia, verifica-se que se grande parte da doutrina opina no sentido de se admitir a incidência do chamado efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários, o mesmo não se passa com a jurisprudência. Nos Tribunais Superiores ainda é grande a resistência que existe em se admitir a possibilidade de se conhecer de ofício das matérias de ordem pública que não tenham sido prequestionadas pelo acórdão (ou decisão) recorrido.

Quer seja no campo da doutrina, como no campo da jurisprudência, as vozes que sustentam e que negam a aplicabilidade do efeito translativo na via extraordinária não parecem ser vacilantes ou cambiantes. Os doutrinadores e juízes que enfrentam essa questão o fazem apoiados em argumentos fortes, e que, numa primeira análise, parecem ser válidos e aptos a sustentar seu ponto de vista.

Mas é justamente daí que decorre uma contradição inaceitável, e o presente estudo é vazado com o intuito de contribuir para sanar as dúvidas que emergem desse antagonismo de idéias, e que, a nosso entender, impede a evolução e o melhor aproveitamento das espécies recursais ora em foco.

¹ Acolhemos, integralmente, a definição de recursos extraordinários (lato sensu) para se referir tanto ao recurso extraordinário (strito sensu), dirigido ao Supremo Tribunal Federal, como ao recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, pois a despeito das críticas a essa terminologia expendidas pelo ilustre José Carlos Barbosa Moreira, entendemos que é a melhor forma de se identificar a natureza do recurso com a finalidade para a qual está vocacionado;

Em verdade, é preciso identificar quais são os valores adotados em cada entendimento, doutrinário e jurisprudencial, para sabermos eleger, dentre todos esses princípios, qual é aquele que melhor se identifica com a estrutura de nosso sistema jurídico-processual, e saber, daí, qual o melhor caminho a ser seguido.

Não pretendemos, com isso, sustentar que os princípios devam ser interpretados de molde a extrair dos institutos processuais um rendimento tal que lhe altere a própria essência, servindo para justificar qualquer tipo de conclusão. Queremos, isso sim, identificar e demonstrar qual é a vontade que positivamente emerge do sistema, o que faremos a seguir.

2. O efeito translativo:

Quem introduziu o conceito do efeito translativo na doutrina nacional foi o professor Nelson Nery Júnior, o qual não difere substancialmente da dimensão horizontal do efeito devolutivo, tal como tratado por José Carlos Barbosa Moreira, como esclarece a professora Teresa Arruda Alvim Wambier².

² Em sua tese de livre docência, intitulada “Omissão Judicial e Embargos de Declaração”, 2005, Editora Revista dos Tribunais, páginas 185 e seguintes, explica a professora Teresa Arruda Alvim Wambier que a dimensão horizontal do efeito devolutivo (José Carlos Barbosa Moreira), seria o mesmo que o efeito translativo (Nelson Nery Júnior), só que um pouco mais abrangente: “Já nos pareceu, entretanto, que o que Barbosa Moreira vê como sendo a dimensão vertical do efeito devolutivo não é exatamente o mesmo fenômeno a que Nelson Nery Jr. chama de efeito translativo. O que nos pareceu é que, na verdade, a profundidade do efeito devolutivo se vincula, de certo modo, à sua dimensão horizontal. A partir do que terá sido impugnado na decisão é que se pode determinar dentro de que limites a cognição do juízo *ad quem* poderá incursionar naquilo que tenha ocorrido durante o processo e que não esteja refletido na sentença. O juiz tem de, como ensina Barbosa Moreira, decidir questões, suscitadas pelas partes ou apreciáveis de ofício, que digam respeito aos fundamentos do pedido e da defesa. Pode ocorrer que a decisão impugnada tenha realmente examinado todas estas questões, e que, portanto, tudo conste da própria sentença. Ou não. A dimensão vertical do efeito devolutivo possibilita que o Tribunal venha a conhecer destas questões, e a dimensão horizontal influi nestes limites. Esta influência poderia significar, por exemplo, o seguinte: formulados dois pedidos pelo autor e tendo o juiz indeferido ambos, o autor entraria com recurso só quanto ao indeferimento do primeiro dos pedidos formulados. Diz-se que, quanto ao outro pedido, terá havido trânsito em julgado. A dimensão horizontal do efeito devolutivo desta apelação estaria ligada exclusivamente ao primeiro pedido. Portanto, encontrado pelo Tribunal vício a respeito de matéria de ordem pública no processo, seu reconhecimento e decretação afetaria exclusivamente o pedido (negado) de cuja decisão se recorreu. Assim se justificaria a afirmação de que a dimensão da verticalidade do efeito devolutivo está ligada à sua horizontalidade. Parece-nos poder sustentar-se que, pelo efeito translativo, já que este independe da atividade da parte e a ela não fica vinculado, a identificação e a decretação de vício de ordem

Muito embora o professor Nelson Nery Júnior não admita que esse efeito se opere no âmbito dos recursos extraordinários³, a definição e o estudo que fez são integralmente acolhidos pela doutrina e jurisprudência que admitem a sua aplicação na instância extraordinária.

Como se sabe, todos os recursos são dotados do chamado efeito devolutivo, corolário do princípio dispositivo, e que pode ser resumido à máxima *tantum devolutum quantum appellatur*, quer dizer, a parte recorrente é que estabelece os limites dentro dos quais o tribunal exercerá sua atividade jurisdicional.

Pode-se dizer, ainda, que o efeito devolutivo é inerente ao próprio conceito de recurso, haja vista que a parte sucumbente apenas extrairá alguma utilidade de se remeter a sua causa à instância hierarquicamente superior (em nível ordinário) se houver a possibilidade de reapreciação do caso como um todo, abrangendo todos os aspectos fáticos e de direito do caso.

pública (ilegitimidade, p. ex) contaminaria também o pedido (a decisão) não impugnada. **Barbosa Moreira entende abranger, a dimensão vertical do efeito devolutivo, as questões examináveis de ofício e aquelas que foram suscitadas e discutidas pelas partes, não tendo sido objeto de decisão.** Tendo o autor formulado pedido com base em mais de uma causa de pedir e tendo o juiz apreciado só uma delas para deferir o pedido, o recurso do vencido devolve ao Tribunal ambas as causas de pedir, podendo o segundo grau acolher o pedido pelo fundamento que não foi apreciado pelo juízo *a quo*. Nessa medida a conclusão da sentença (*decisum*, em sentido estrito) será confirmada no julgamento da apelação. O mesmo se diga se se tratar de sentença de improcedência, baseada no fundamento *A*, não tendo sido apreciado o *B*. A apelação do autor devolve fundamentos *A* e *B* para o Tribunal. Não há necessidade de reiteração e não há, rigorosamente, interesse em recorrer nestes casos, porque a devolução se opera automaticamente. Esta dimensão vertical do efeito devolutivo **açambarca também questões não apreciadas no primeiro grau, não cognoscíveis de ofício** e que hajam sido *suscitadas e discutidas*.”;

³ Nelson Nery Júnior, *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, Série Recursos no Processo Civil, volume 1, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 420: “Não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas *decididas* pelos tribunais inferiores (arts. 102, n. III, e 105, n. III, CF). Caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os verbetes ns. 282 e 356 da Súmula do STF, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso excepcional. Além disso, a lei autoriza o exame de ofício das questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, §3.º, CPC). Ocorre que a instancia dos recursos extraordinários e especial não é ordinária, mas excepcional, não se lhe aplicando o texto legal referido.”;

Todavia, algumas questões⁴ podem ser conhecidas de ofício pelo juízo, independentemente de manifestação das partes. Trata-se de matérias cuja observância é obrigatória e a respeito das quais quis o legislador que não houvesse qualquer disposição pelas partes, sendo que nesse tocante o aspecto volitivo é absolutamente irrelevante e não atuante.

Desse modo, percebe-se que no processo civil existem duas ordens de fatores que influenciam o julgamento da causa. Primeiramente, há aqueles suscitados pelas partes, que é a fundamentação jurídica do pedido, ou melhor, a conjugação do esforço fático com o direito que lhe é aplicável. Nessa dimensão atua plenamente o princípio *iura novit curia*, pelo qual o juiz, ao conhecer dos fatos, aplica o direito à espécie.

Em segundo lugar, e mais importante que a lide propriamente dita, há a jurisdição. Nessa seara, o juízo deve analisar, em cada caso, se foram atendidas algumas exigências de ordem processual, como condição para que a jurisdição possa existir, atuar de forma válida e produzir um resultado juridicamente válido.

É justamente nesse universo que atua o chamado efeito translativo tal qual delineado por Nelson Nery Júnior⁵, para quem “há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, §3.º, e 301, §4.º, ambos do CPC). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada nos arts. 515, §§ 1.º e 2.º, e 516 do CPC.”

⁴ O termo questão, no âmbito do processo civil, refere-se a tudo aquilo que estiver controvertido nos autos do processo, seja por iniciativa das partes, seja por iniciativa do próprio juízo ao fixar os pontos controvertidos, e até mesmo ao apontar a infração à determinadas matérias de ordem pública;

⁵ Nelson Nery Júnior, *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, Série Recursos no Processo Civil, volume 1, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 415;

Verifica-se, nesse passo, que apenas se cuida, aqui, do efeito translativo em relação às matérias de ordem pública no aspecto processual do fenômeno jurídico, e não aspecto material.

Vale dizer, ainda, que o efeito translativo dos recursos representa não propriamente uma exceção, mas um *plus* ao efeito devolutivo, e ao princípio dispositivo, de modo a deixar a salvo da vontade das partes algumas questões que o legislador pretendeu reger de uma única maneira e de forma cogente. Nessa parte não existe, pois, qualquer subjetivismo e análise particularizada de cada situação em específico. Há, isso sim, uniformidade.

3. O prequestionamento em relação aos artigos 267, parágrafo 3º e 301, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, e as súmulas nºs 211 e 356, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

Como é curial, as súmulas não têm poder normativo próprio, servem apenas para informar ao jurisdicionado e ao julgador qual a linha de raciocínio que determinado tribunal segue diante de casos semelhantes. Poder-se-ia dizer, assim, que são fontes supletivas, ou fontes materiais, ou ainda, fontes secundárias e indiretas do direito.

Da atividade dos tribunais pode-se extrair qual é a inteligência do sistema, mas não se pode analisar, apenas através da criação jurisprudencial, o que seja o Direito em sua essência a estrutura jurídica⁶.

⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 54, expõe que: “A relevante função, que hoje se espera, venha desempenhada pela jurisprudência brasileira, pressupõe que ela venha qualificada por um *plus*, a saber, a sua aptidão a servir como parâmetro interpretativo para julgamento dos casos afins. Essa é a grande contribuição que a jurisprudência predominante e reiterada, especialmente a extratificada em súmula, pode oferecer à nossa prática judiciária, propiciando benefícios diversos: a) para as *partes*, na medida em que possibilita uma certa *previsibilidade* quanto à solução final do caso, operando assim como fator de segurança e de tratamento judicial isonômico; b) para o *Judiciário*, porque a jurisprudência sumulada agiliza as decisões, alivia a sobrecarga acarretada pelas demandas repetitivas e assim poupa precioso tempo, que poderá ser empregado no exame de casos complexos e singulares; c) para o próprio Direito, em termos de sua eficácia prática e credibilidade social, porque o *tratar igualmente as situações análogas* é algo imanente a esse ramo do conhecimento humano, certo que o *sentimento do justo* integra a essência do Direito desde suas origens: *jus est ars boni et aequo*.”;

Atualmente, percebe-se que as súmulas não podem mais ser vistas como meros mecanismos de entendimento do direito, e aquilo que se pensava ser uma ferramenta de exegese, passou a ser lei, ou melhor, um *plus* à lei, uma indicação de que não apenas a lei existe como de que não há interesse processual sequer em discuti-la perante o judiciário, que fica, pois, refratário a determinadas demandas.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 103-A, parágrafo 1º, da Constituição Federal, estatui que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a **eficácia** de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ...”, o que revela a sua função precípua de servir muito mais como um apoio à norma e, conseqüentemente, como uma subespécie de fonte formal do direito⁷.

Alfredo Augusto Becker, em conhecida obra, de longa data criticava a referência extremada que se fazia às súmulas como forma de se encerrar litígios e solucionar discussões jurídicas nos autos do processo⁸. Relativamente ao efeito translativo, muito do que se poderia discutir nos tribunais acaba resumido a um raciocínio pronto e acabado, impedindo que se realize uma discussão mais digna e profícua sobre o tema.

⁷ A crítica que fazemos refere-se ao perigo que existe em se barrar os litígios já nas portas do Judiciário, bem assim à crença de que o caráter vinculativo das súmulas poderá reverter o problema do grande número de processos que se acumulam nas mesas dos juízes, que é uma das causas da crise do Judiciário;

⁸ Alfredo Augusto Becker, *Carnaval Tributário*, 2ª edição, Editora Lejus, página 94: “Para que sejam conhecidos e obedecidos os efeitos jurídicos numerosíssimos e particularíssimos da legislação que impõe a disciplina jurídica à conduta dos indivíduos que integram um Estado, é indispensável que a regra jurídica continue a ter formulação em texto escrito, isto é, a sua estrutura deverá ser enunciada por linguagem que formule uma específica estrutura lógica e não por linguagem que enuncie simples afirmações dogmáticas e, muito menos, por imagens ou signos ou números. Caso contrário, não mais haverá cognição do efeito jurídico que disciplinará a conduta humana, o qual era alcançado pela reflexão do raciocínio. O que, então, estará ocorrendo é simples *choque psíquico*: sensação-ação. Ora, quando para a apreensão (ou transmissão) das idéias se elimina a fase intermediária da reflexão pelo raciocínio e se utiliza o mecanismo psíquico da ligação direta: sensação-ação, o indivíduo humano perde a possibilidade de ajuizar sobre a qualidade sadia ou nociva da conduta que lhe está sendo imposta (ou que ele pretende impor a outros). Perde a oportunidade de aperfeiçoar o instrumental jurídico e substituir o que se tornou obsoleto (ou prejudicial) por novas regras jurídicas. Perde a humanidade. Coisifica-se. O efeito jurídica é uma idéia que amadurece no espaço de um raciocínio. A civilização do numero, predominando sobre a civilização do texto, já determinou distorções e atrofias na atividade mental do homem, a tal ponto que este texto que acabou de ser escrito, se for lido por juristas, será julgado fantasia.”;

As súmulas nºs 282 e 356, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, são colocadas, em verdade, como um limite ao rendimento que se poderia extrair dos artigos 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Aliado a esse argumento, existem conhecidas posições doutrinárias que pugnam por não admitir que o efeito translativo se opere no âmbito da instância extraordinária, haja vista que o texto do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, fala em “causas decididas”, o que não ocorreria quando o acórdão de segunda instância nada dissesse sobre matérias de ordem pública de natureza processual⁹.

Por isso, sustentam alguns autores com apoio em diversos julgados, que caso haja omissão no julgamento de segunda instância a parte deve valer-se dos competentes embargos de declaração, de acordo com as referidas súmulas, assim redigidas: Súmula 211 (STJ): “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da interposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.*”; Súmula 356 (STF): “*O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos de declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*”

Essa súmula tem origem, e atualmente diz-se que está alinhada, numa interpretação que se faz da atual Constituição Federal, com os artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal, pelos quais compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em grau de recurso extraordinário e especial, respectivamente, “*as causas decididas em única ou última instância*”.

⁹ Nesse sentido, *Teresa Arruda Alvim Wambier*, Omissão Judicial e Embargos de Declaração, 2005, Editora Revista dos Tribunais; *Nelson Nery Júnior*, Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, Série Recursos no Processo Civil, volume 1, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 415; *José Gabriel Garcia Medina*, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, 2ª edição, coleção Recursos no Processo Civil – RPC, volume 6, Editora Revista dos Tribunais, página 30; *Eduardo Ribeiro de Oliveira*, *in* Recursos no Superior Tribunal de Justiça, coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Saraiva, Capítulo 12 (Recurso Especial – Algumas Questões de Admissibilidade), página 185;

Desse modo, entende grande parte da doutrina e da jurisprudência que por causa desses dispositivos constitucionais deve-se entender por questão aquele ponto que se tornou controvertido no processo por obra das partes e ou do juiz, a respeito do qual há, efetivamente, julgamento em única ou última instância.

Percebe-se que as súmulas acima mencionadas indicam a maneira pela qual as partes podem obter um juízo positivo de conhecimento de seus recursos extraordinários. Quer dizer, sendo omissa a decisão de única ou última instância sobre determinada questão federal, necessário se faz provocar essa manifestação por meio dos competentes embargos declaratórios.

Assim, considerando que o texto constitucional é a lei de regência em relação aos recursos extraordinários, não haveria que se falar na aplicação dos artigos 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, por (suposta) flagrante inconstitucionalidade de entendimento em contrário.

Sendo esses dispositivos do Código de Processo Civil a base legal do chamado efeito translativo, não seria admissível que vícios relativos às matérias de ordem pública fossem analisados na via estreita dos recursos extraordinários, pois nesse tocante a Constituição Federal estaria a exigir manifestação expressa na decisão recorrida.

Mas essa matéria também é controversa, havendo divergência de interpretação entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Enquanto que há uma posição perante o Supremo Tribunal Federal que considera suficiente a interposição de embargos declaratórios (muito embora em menor parte), entende o Superior Tribunal de Justiça que isso apenas não basta, sendo imprescindível haver manifestação expressa sobre a matéria ventilada pelas partes.

Nesse diapasão, torna-se evidente que a interpretação que se faz da própria Constituição Federal em tema de prequestionamento não é pacífica e muito menos coerente. Natural que haja resistência à aplicação do efeito translativo nessa fase do

processo, mormente pelo fato de que isso causaria, como conseqüência natural e imediata, um aumento no volume de recursos endereçados aos Tribunais Superiores.

Vale aqui mencionar, por oportuno, a visão que os Tribunais Superiores têm sobre o prequestionamento. Há uma posição forte, e majoritária, que entende ser indispensável a identificação de uma questão de direito federal ou constitucional para se franquear o acesso da parte à via extraordinária.

Há uma segunda posição, minoritária, entendendo que o requisito do prequestionamento pode ser afastado quando se tratar de matéria de ordem pública processual. E há, ainda, uma terceira posição, com berço no Supremo Tribunal Federal¹⁰, entendendo que os embargos de declaração da parte têm o condão de integrar a própria decisão recorrida (*prequestionamento ficto*).

Isso influi sobremaneira na conduta das partes, que preventivamente, e dependendo do Tribunal a que se dirigem, passam a manejar os instrumentos processuais da forma como é exigida. Atua-se, pois, pragmaticamente e com certa dose de risco, pois há sempre a possibilidade de o caso vir a ser julgado por quem adota entendimento diverso. É o que se convencionou designar de loteria recursal.

Portanto, a pretexto de se agilizar o sistema, e de se procurar uma solução tecnicamente mais afinada com a inteligência do “microsistema” recursal, acaba-se por se gerar ainda mais controvérsia e discussão.

Ao lado de decisões que seguem o rigorismo de se visualizar a problemática a partir de dispositivos constitucionais com o mesmo conteúdo, existe outras que simplesmente dispensam o requisito do prequestionamento quando se trata de nulidades processuais, ou quando se tem em mira recurso de terceiro prejudicado, por exemplo, e

¹⁰ Nesse sentido, Recurso Extraordinário nº 220.120-5, relator Ministro Sepúlveda Pertence: “Se o acórdão recorrido deixou de enfrentar questão constitucional aventada no processo, a interposição dos embargos de declaração a respeito satisfaz a exigência de prequestionamento para o recurso extraordinário, não importando que, persistindo na omissão, o tribunal recorrido não se tenha pronunciado sobre os temas aventados (Súmula 356).”;

ainda outras que dizem estar prequestionada a matéria quando a parte apresentar seus embargos de declaração, ainda que o tribunal (ou julgador) *a quo* não cumpra com seu dever jurisdicional.

As referidas súmulas têm sido utilizadas, pois, de forma diversa diante de um mesmo comando legal, haja vista que os artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal, possuem conteúdo idêntico, e a origem de cada qual está calcada, ainda, num conceito de prequestionamento que se alterou ao longo dos anos.

O conceito de prequestionamento, assim, sofreu algumas transformações ao longo do tempo, e se confundiu, em grande medida, com um dos requisitos constitucionais de admissibilidade dos recursos extraordinários, o que hoje se admite como sendo realidades absolutamente distintas.

O prequestionamento, assim, não pode ser colocado como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários. Estes requerem, como regra geral que haja uma questão decidida em única ou última instância, e que esta diga a respeito a uma matéria de direito constitucional ou infraconstitucional de nível federal.

O prequestionamento difere do conceito de causa decidida. Ele é, ao contrário, a atividade das partes que agitam uma determinada questão nas instâncias ordinárias, tornando-a controvertida, ou simplesmente, uma questão processual. Caso as Cortes estaduais emitam algum juízo sobre essa *questão*, torna-se possível o manejo dos recursos extraordinários¹¹.

¹¹ José Gabriel Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, 2ª edição, coleção Recursos no Processo Civil – RPC, volume 6, Editora Revista dos Tribunais, página 242: “Em suma, pode-se conceituar prequestionamento como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.”;

Todavia, a interpretação e o rendimento que se dá às súmulas acima referidas causou uma grande confusão processual, o que, em muitos casos, significou um enorme prejuízo para o jurisdicionado. Atenta a isso, propôs a professora Teresa Arruda Alvim Wambier¹², inteligentemente, que seja aplicado o princípio da fungibilidade em sede de prequestionamento, na medida em que a parte não pode ficar sujeita a uma verdadeira loteria recursal, devendo os juízes aproveitar (senão admitir) os entendimentos de seus pares, diante da inexistência de consenso sobre a matéria.

Se confusão existe em relação ao que seja prequestionamento e o meio de se superar a falta dele, muito mais se pode dizer sobre a possibilidade de se admitir a aplicabilidade do efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários. O fato é que, a repetitiva menção aos entendimentos sumulados em nada contribui para um melhor debate sobre a matéria.

4. A súmula 456, do Supremo Tribunal Federal:

Antes, porém, de se adentrar no tema específico desse estudo, necessário se faz algumas colocações a respeito da súmula 456, do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

Essa súmula nada mais é do que uma repetição de normas de idêntico conteúdo constantes nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e que, portanto, torna até mesmo desnecessária a sua referência, conforme segue: Artigo 324, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.” Artigo 257, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “No julgamento do recurso especial, verificar-se-

¹² Teresa Arruda Alvim Wambier, *O princípio da Fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo*, in RT 821/39;

á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

Parte da doutrina e da jurisprudência via nesse verbete a idéia de que os Tribunais Superiores poderiam, vencido o juízo de admissibilidade, conhecer das matérias de ordem pública, ainda que não decididas pela decisão recorrida.

Nelson Luiz Pinto¹³, igualmente, entende que ela se refere à extensão do efeito devolutivo dos recursos extraordinários: “Uma vez admitido o recurso, não importando por qual dos fundamentos constitucionais, o STF ou o STJ rejulgará a causa ou a questão decidida no acórdão recorrido, na sua plenitude, substituindo-o.”

Contrariamente, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier reformou seu entendimento para se posicionar contra a aplicação do efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários, pois entende que essa linha de raciocínio coaduna-se com aquilo que vem sendo decidido de forma mais homogênea e reiterada pelos Tribunais Superiores.

Entendia Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁴ como sendo necessário o prequestionamento não apenas das questões de direito, como também das questões de fato (para fins de controle do processo subsuntivo), haja vista que as decisões não estariam fundadas em normas somente, mas sim na subsunção dos fatos à hipótese legal. Há a necessidade, pois, de se prequestionar também os fatos aos quais se reporta a norma jurídica, pena de se negar acesso à justiça.

Nessa direção, pela aplicação dessa súmula seria possível que os Tribunais Superiores avaliassem, inclusive, os fundamentos da ação ou da defesa, assim como as

¹³ Nelson Luiz Pinto, Manual dos Recursos Cíveis, 3ª edição, Editora Malheiros, página 302;

¹⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier, Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória, Editora Revista dos Tribunais, página 213;

matérias de ordem pública¹⁵, ainda que se tratasse de questão não prequestionada de forma expressa. Seria a aplicação do efeito devolutivo em sua dimensão horizontal (José Carlos Barbosa Moreira), e não apenas do efeito translativo (Nelson Nery Júnior), pois este possui, como vimos, uma abrangência de menor grau.

Mas esse entendimento foi revisto em sua tese de livre-docência¹⁶ (Omissão Judicial e Embargos de Declaração). Ponderou a ilustre professora que seria mais adequado alinhar-se à corrente mais atual e uniforme dos Tribunais Superiores, para adotar o entendimento de que os Tribunais Superiores apenas podem conhecer das matérias efetivamente deduzidas pelo acórdão recorrido.

¹⁵ Ao concluir o capítulo que tratava da súmula 456, do Supremo Tribunal Federal, em seu *Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*, ob.cit., página 233, Teresa Arruda Alvim Wambier assim se manifestou: “Outra das conseqüências da aplicabilidade e da possibilidade de que se dê rendimento à Súmula 456 é conhecer-se, admitido o recurso especial, da ausência de condições da ação. Veja-se abaixo: “Conhecimento. Aplicação do direito à espécie (Súmula 456 – STF e RISTJ, art. 257). Amplitude. I – Caracterizando o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie. II – No contexto assinalado, deve o órgão julgador *limitar-se ao exame da questão federal colacionada*, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, *pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais*. III. Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI).” (Resp 36.943-6-RS (93.00119975-7), relator Ministro Pádua Ribeiro, j. em 17.11.1993, DJ 06.12.1993);

¹⁶ Em sua tese de livre docência (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*, Editora Revista dos Tribunais, 2005, páginas 241 e seguintes), dissertando sobre a súmula 456, do Supremo Tribunal Federal, Teresa Arruda Alvim Wambier coloca que muito embora não considere equivocada a posição daqueles que dão maior rendimento a esse verbete, apóia-se em julgados do Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira para adotar uma posição mais restritiva, não propriamente por convicção própria, mas por uma constatação da realidade. De nossa parte, pedimos venia para discordar da ilustre professora, pois não entendemos que seja profícuo aceitar como critério a manifestação, ainda que reiterada, da jurisprudência atual de nossos Tribunais, pois corre-se o risco de se praticar e perpetuar o mesmo erro dos juízes. Veja-se o entendimento da professora Teresa Arruda Alvim Wambier: “Não se está a afirmar que esta corrente estaria equivocada. De fato, a visão restritiva que temos a respeito do espaço que podem ter os Tribunais Superiores para rejulgar a causa é em parte fruto de mero juízo de constatação. Cada vez mais os Tribunais Superiores se têm cingido aos elementos constantes da decisão para identificar o vício e corrigi-lo. Por isso, não há propriamente discordância de nossa parte em relação à opinião daqueles que entendem que os Tribunais superiores podem realmente *REJULGAR* a causa, sem contar com limites como, p. ex., os da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça ou 279 do Superior Tribunal Federal, não podendo reexaminar matéria fática. Pensamos, isto sim, que talvez fosse esta realmente a solução ideal. Mas, como nos parece que este não tem sido o entendimento predominante nos tribunais superiores, definitivamente não podem as partes, por tudo o que se diz principalmente nos itens 1 e 7 deste trabalho, ser prejudicadas, sendo-lhes negado o acesso à Justiça, devendo os Tribunais de segundo grau fundamentar *não só suficientemente*, mas de maneira *completa*, suas decisões.”;

Para tanto, ponderou que os Tribunais *a quo* deveriam (i) assumir uma posição mais digna em face dos embargos de declaração; (ii) cuidar de prequestionar todas as matérias relevantes para lide, ainda quando não digam respeito aos fundamentos da decisão colegiada e; (iii) encarar com maior seriedade o dever de motivar as decisões judiciais (artigo, 93, inciso IX, da Constituição Federal).

Apenas a título informativo, verifica-se que atualmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal coloca o prequestionamento como requisito imprescindível e inafastável ao conhecimento do Recurso Extraordinário. Já a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encara a questão com temperamentos, o que será devidamente analisado no item nº 06, *infra*.

5. Os argumentos da jurisprudência e da doutrina que não admitem a aplicação do efeito translativo na instância extraordinária:

Doutrina e jurisprudência baseia-se nas características próprias dos recursos extraordinários para justificar a posição segundo a qual seria estranha à natureza dessa espécie recursal a aplicação do efeito translativo.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁷ coloca como características comuns aos recursos extraordinários os seguintes elementos: (i) prévio esgotamento das vias ordinárias; (ii) causa decidida; (iii) não são vocacionados à justiça do caso concreto; (iv) não se analisa matéria de fato; (v) juízo de admissibilidade bipartido e desdobrado; (vi) fundamentos de admissibilidade na Constituição Federal; (vii) execução que se faz na pendência de seu julgamento é provisória. Vejamos:

Cada um desses requisitos é utilizado de forma diferente na análise que os processualistas e os Tribunais pátrios fazem ao concluir pela impossibilidade da aplicação

¹⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 6ª edição, coleção Recursos no Processo Civil – RPC, volume 3, Editora Revista dos Tribunais, páginas 80 e seguintes;

do efeito translativo em grau de recurso extraordinário. Vale aqui tratar isoladamente de alguns dos itens acima mencionados.

5.1. – *O prévio esgotamento das vias ordinárias:*

Como os Tribunais Superiores se prestam para unificar a interpretação do direito federal (constitucional e infraconstitucional), é preciso que antes se saiba qual é, efetivamente, o entendimento que se colhe de um tribunal estadual acerca de determinada matéria, para que apenas então o caso possa ser remetido às Cortes excelsas. É nessa mesma direção a súmula 281, do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”¹⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁹, analisando esse requisito, pondera que “a explicação dessa exigência está em que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espalhando suas decisões por todo o território nacional. Em tais circunstâncias, compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou constitucionais (STF) – que podem ser até prejudiciais – numa lide que esteja totalmente dirimida nas instâncias inferiores. Se os *Tribunais da Federação* darão a última palavra, de acordo com suas atribuições, compreende-se que o interesse do recorrente depende de que já tenham sido experimentadas todas as possibilidades de impugnação que antes se lhe abriram.”

¹⁸ A esse respeito tem-se farta produção jurisprudencial. Exemplificativamente, veja-se decisão proferida pelo Ministro Castro Meira, no Resp nº 583238, DJ 30/08/2004:

“Processual Civil. Apelação. julgamento. Decisão monocrática. Embargos de declaração. Julgamento colegiado. recurso especial. Impossibilidade. exaurimento da instância. Desatendimento. Súmula 281 do STF. 1. Exige-se para a interposição do recurso especial o esgotamento das vias recursais nos tribunais de segundo grau. Isso significa que só cabe recurso para as cortes superiores quando não for mais possível recurso para os tribunais regionais ou estaduais, ante a Súmula 281 do STF. 2. A ora agravante poderia e deveria, para esgotar a instância ordinária, protocolar o agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil - CPC contra a decisão monocrática que julgou a apelação, mesmo que tivesse sido integrada por aclaratórios julgados pelo colegiado. 3. Agravo regimental improvido.”;

¹⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso, ob. cit., página 91;

5.2. – O significado de causa decidida:

O termo *causa*, para efeitos de cabimento dos recursos extraordinários, liga-se ao conceito de *questão*. José Afonso da Silva²⁰ observa que “questão federal é uma dúvida a respeito do direito federal, invocado como fundamento da lide.” A seu turno, João Claudino de Oliveira e Cruz²¹ analisou que “o Supremo Tribunal Federal, pelo voto vencedor de Orozimbo Nonato e em sessão plena, ficou o entendimento de que a palavra *causa*, no texto constitucional sobre recurso extraordinário, tem sentido amplo de *questão*, de *controvérsia*.”

Significa aquilo que está controvertido nos autos, seja por obra das partes, seja por indicação do julgador, e a respeito da qual será extraída uma razão fundamental para o julgamento de mérito da lide. Desse modo, identificando-se a questão federal ou constitucional controvertida aberta estará a via extraordinária²².

A questão, muito embora aparentemente seja simples, envolve grande controvérsia, sobretudo por questiúnculas de ordem burocrática. É que por muito tempo entendeu-se que a admissibilidade do recurso especial e extraordinário estaria sujeito à indicação expressa do dispositivo legal vergastado, entendimento esse que ainda persiste entre nós.²³

²⁰ José Afonso da Silva, ob. cit., página 164;

²¹ João Claudino de Orozimbo Nonato, Dos Recursos no Código de Processo Civil – Comentários e Anotações ao Livro VII do Código de Processo Civil (1939), Editora Revista Forense, 1954, página 382;

²² Veja-se acórdão da relatoria da Ministra Eliana Calmom - AgRg no RESP 487688/SC, 2ª Turma, julgado em 07/10/2004, publicado no Diário de Justiça em 17.12.2004, página 482: “Processual Civil - Agravo regimental - Recurso especial – Ausência de prequestionamento - súmula 282/STF. 1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto. 2. Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recusando-se o Tribunal a fazê-lo, a orientação desta Corte é no sentido de que o recurso especial deve indicar como violado o art. 535 do CPC, sob pena de aplicação da Súmula 211/STJ. 4. Teses em torno dos dispositivos legais tidos por violados no especial não prequestionadas no acórdão recorrido. 5. Agravo regimental improvido.”

²³ Nesse sentido, veja-se a transcrição de trecho de acórdão da lavra do Ministro José Augusto Delgado (AgA 209809/PE, 1ª Turma, julgado em 23.02.1999, publicado no Diário de Justiça em 03.05.1999, página 113: “Apesar de existir corrente jurisprudencial, no âmbito desta Egrégia Corte e do Colendo STF, que admite estar configurado o prequestionamento, independentemente de menção expressa aos dispositivos legais invocados, desde que a matéria

Todavia, é de se ressaltar que a jurisprudência mais abalizada tende por adotar um entendimento mais flexível, e não exigir que haja indicação expressa do dispositivo legal ofendido pela decisão recorrida. Veja-se: “Embargos declaratórios. Prequestionamento numérico. Desnecessidade. Debate no acórdão recorrido. Dá-se por prequestionado o dispositivo tido por violado quando o acórdão debate a matéria jurídica nele contida.”²⁴

Há, pois, que haver uma questão de direito decidida pelo juízo *a quo*, ou melhor, uma questão predominantemente jurídica²⁵, o que será analisado mais extensamente no item 5.4, *infra*.

5.3. – Não são vocacionados à justiça do caso concreto:

Dizer que os recursos extraordinários não se prestam a realizar a justiça do caso concreto pode causar alguma perplexidade, como que se não existisse o compromisso com a busca por esse valor no âmbito dos Tribunais Superiores. Em sentido restrito, efetivamente, não é essa a inspiração dos recursos extraordinários.

Em sentido lato, todavia, o valor *justiça* é o norte de qualquer sistema jurídico. A função dos Tribunais Superiores é a busca pela melhor interpretação do direito constitucional e do direito federal, de modo a uniformizar no plano nacional o

trazida pelo especial tenha sido enfrentada no pronunciamento do Tribunal *a quo*, outra corrente no seio deste Tribunal só admite o recurso especial quando houver menção expressa dos dispositivos legais apontados como violados, caracterizando, assim, o necessário prequestionamento. E a essa corrente, com as mais nobres escusas aos entendimentos divergentes, filio-me.”;

²⁴ Edcl no Resp 486249/RS, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 28/09/2004, publicado no Diário de Justiça em 18.10.2004, página 266;

²⁵ Vicente Miranda (Os Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro, Editora Saraiva, 1993, página 290), dissertando sobre os poderes do juiz no recurso especial, defende a tese de que “a exemplo do recurso extraordinário, faz-se mister que a questão federal tenha sido pré-questionada. A instancia ordinária há de ter apreciado as questões tidas como federais, uma vez que a finalidade do recurso especial é manter a inteireza positiva, a autoridade, a unidade do direito federal e a uniformidade de sua interpretação.”;

entendimento que se deve extrair de um determinado dispositivo legal (constitucional ou de direito federal)²⁶.

Com efeito, o esgotamento fático de uma determinada demanda esgota-se nos tribunais locais, e, portanto, para isso existem dois graus de jurisdição, e, ainda, a possibilidade de a parte se valer da via processual cabível, que é a ação rescisória (artigo, 485, incisos VI, VII e IX, do Código de Processo Civil).

A emenda nº 45 à Constituição da República pretendeu contornar esse problema pelo novel artigo 102, *parágrafo 3º*, que no âmbito do recurso extraordinário fez reviver entre nós o instituto da arguição de relevância, nos seguintes termos: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

De qualquer forma, a função paradigmática desempenhada por nossos Tribunais Superiores tem suas raízes em nosso sistema federativo, e implica em fazer atuar, de modo uniforme e por todo o território nacional, uma única forma de se aplicar o direito (constitucional ou federal) por todos os estados da federação.

Antonio de Pádua Ribeiro²⁷, em estudo sobre a função do recurso especial, ensina que “para a boa compreensão do recurso especial, é importante entender a sua filosofia, a razão da sua existência. A sua função precípua é dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes (Liebman). O motivo está, segundo lembra Buzaid, em que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Com efeito, o erro de fato, por achar-se circunscrito a determinada causa, não transcende os

²⁶ Em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco (Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo II, Editora Malheiros, página 999) pondera: “Não comungo da idéia de que ação rescisória, recurso especial e recurso extraordinário fossem institutos voltados exclusivamente à estabilidade da ordem jurídico-positiva e outros escopos de ordem pública, sem guardar relação com as aspirações dos sujeitos em conflito ou com o valor do justo.”;

²⁷ Antonio de Pádua Ribeiro, Do Recurso Especial Para o Superior Tribunal de Justiça, *in* Recursos no Superior Tribunal de Justiça, Editora Saraiva, obra coletiva coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Capítulo 2, páginas 51/52;

seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais juízes, podendo servir de antecedente judiciário.”

E prossegue dizendo que “tanto quanto nos países europeus em que há juízos de cassação e revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instancia e julgamento do Tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*.”

Arremata o ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça dizendo que “a função do recurso especial é tutelar a *autoridade e unidade* da lei federal. E essa função é exercida, segundo ensinamentos de Pontes de Miranda, assegurando a sua *inteireza* positiva (art. 105, III, *a*), a sua *autoridade* (art. 105, III, *b*) e a sua *uniformidade de interpretação* (art. 105, III, *c*).”

5.4. – Não se prestam à análise do escorço fático da lide:

Na via extraordinária não se pode cogitar dos elementos de fato que compõe a lide. Essa problemática é uma verdadeira celeuma quando se trata de analisar os recursos extraordinários, isso por que, conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier²⁸, ontologicamente não se separa o fato do direito. Ambos são aspectos de uma mesma realidade, que é o fenômeno jurídico.

²⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier, Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória, ob. cit., página 213: “Assim, nestes casos, o prequestionamento há de abranger tanto a norma que se afirma ter sido violada quanto a descrição do quadro fático a que esta norma foi aplicada. Esta afirmação vai ao encontro da conclusão a que acima se chegou, no sentido de que o efeito devolutivo do recurso extraordinário *lato sensu* é desprovido da *dimensão vertical*. Deste fenômeno decorre o que antes chamamos de critério técnico-processual para a distinção entre *questão de fato* e *questão de direito*. Assim, refazer a subsunção é questão ontologicamente de direito. Mas só será questão também de direito, de acordo com o critério técnico-processual, se não for necessário o reexame dos autos (= das provas em si mesmas).”;

A separação da questão fática da jurídica é uma obra que se situa no campo *técnico-processual*, na qual o operador do direito não realiza, propriamente, a divisão plena e exata entre fato e lei. O que se faz é a análise daquilo que prepondera. Deste modo, havendo uma questão predominantemente de direito, vale dizer, existindo dúvida jurídica, cabível será o recurso extraordinário/especial. De modo inverso, havendo uma questão predominantemente de fato, daí será inviável o conhecimento do apelo extremo.

Vale transcrever a conclusão a que chegou Eduardo Arruda Alvim²⁹: “Haverá, sempre, é claro uma zona cinzenta, que não será tão simples definir se se trata de questão puramente de direito, suscetível de ser discutida em sede de recurso especial ou extraordinário, ou se envolve a reapreciação de matéria fática. Os tribunais superiores não deverão, em princípio, reavaliar o quadro fático, tal como este tenha sido definido pelo tribunal local. Como já decidiu o STF: “Os parâmetros fáticos a serem observados quando da apreciação de todo e qualquer recurso de natureza extraordinária são aqueles retratados no acórdão impugnado.” Corretíssimo julgado do STF, do qual se extrai o seguinte trecho: “Sendo certos os fatos, a qualificação jurídica da obrigação está dentro da esfera do recurso extraordinário.”

A dúvida sobre se tal ou qual fato ocorreu não autoriza o manejo dos recursos extraordinários, pois para isso a parte já dispôs de dois graus prévios de jurisdição, e a função dos Tribunais Superiores é paradigmática, ou seja, a de avaliar se a justiça local interpretou determinada regra de direito de forma correta e na direção que deve ser seguida por todos os demais tribunais estaduais.

Obviamente, não é fácil a distinção entre o que seja questão de fato e questão de direito, e na grande maioria dos casos seria até impossível estabelecer uma linha divisória entre essas duas realidades que habitam o processo. Saber se um contrato verbal foi ou

²⁹ Eduardo Arruda Alvim, Recurso Especial e Recurso Extraordinário, *in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis – De acordo com a Lei 10.352/2001, série 5, Editora Revista dos Tribunais, capítulo VI, página 154, obra coletiva coordenada por Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier;

não realizado entre as partes, se determinado fato efetivamente ocorreu, isso não pode ser discutido na via estreita dos recursos extraordinários.

O que pode ocorrer, isso sim, é a valoração da prova, pois aí não é o fato (sua existência) que se coloca perante o juiz, mas sim a consequência jurídica que dele deve decorrer. Nesta hipótese o que terá ocorrido é a não aplicação das súmulas n°s 05 e 07, do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe, respectivamente: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial” e; “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”³⁰

Concordamos, nesse tocante, com a sistematização proposta por Teresa Arruda Alvim Wambier³¹, para quem a admissibilidade dos Recursos Extraordinários dependem de se saber onde estará o foco de atenção do juiz no momento em que for julgar a causa, se no aspecto (preponderantemente) fático ou (preponderantemente) jurídico da lide.

5.5. – Os fundamentos de admissibilidade encontram-se na Constituição Federal:

O principal argumento de que se valem os autores que negam a possibilidade de se aplicar o efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários, é que a sua lei de regência é a Constituição Federal, e que inexistente previsão constitucional para se superar a desnecessidade do *prequestionamento*.

³⁰ Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, ob.cit., página 114: “A matéria de fato, que fica excluída do âmbito do recurso extraordinário, é aquela cujo conhecimento pelo STF *apenas* levaria a um reexame de prova, ou seja: aqueles casos em que não se perscruta o interesse no contraste entre o *decisum* recorrido e um texto constitucional; onde, na verdade, o interesse do recorrente é, pura e simplesmente, *infringir* o julgado, objetivo esse adequado aos recursos de tipo *comum*, que já foram ou poderiam ter sido exercitados. É nessa dimensão que se entende a Súmula 279 do STF: “Para *simples* reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, o adjetivo *simples*, aí, dando a conotação ora sustentada. Corolário do ora exposto é a Súmula 454 do STF: “*Simples* interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.” É que, ao interpretar o contrato, o juiz, atendo-se ao art. 85 do Código Civil, deve consultar a intenção das partes que, por esse dispositivo, prevalece sobre o sentido literal da linguagem. Mas, ao fazê-lo, irá laborar no plano dos fatos. Se fosse admissível o recurso nesses caso, teríamos o STF a reconsultar o *animus* das partes contratantes, buscando atinar seu sentido último, e, com isso, revendo matéria de fato.”;

³¹ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Questões de Fato, Conceito Vago e a sua Controlabilidade Através de Recurso Especial*, in Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, Editora Revista dos Tribunais, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, capítulo XIII, páginas 449 e seguintes;

Tratam, também, de todas as características dos recursos extraordinários para se afastar a admissibilidade desse efeito no âmbito dos recursos, que estaria limitado aos recursos ordinários: recurso de apelação, embargos de declaração, embargos infringentes, agravo de instrumento.

Com relação a essas espécies recursais, dúvida alguma existe em que são atingidos pelo efeito translativo. É que, sendo estes recursos de natureza infraconstitucional, seriam regidos pelas regras do Código de Processo Civil, e, nesse sentido, seria inteiramente aplicável a regra que consta dos artigos 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Nelson Nery Júnior³² afirma peremptoriamente que “não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas *decididas* pelos tribunais inferiores (arts. 102, n. III, e 105, n. III, CF).”

Disso decorre, segundo autorizada doutrina, que os recursos extraordinários são de fundamentação vinculada (vale dizer, são uma via “estreita”, na qual se veiculam recursos de estrito direito), ou recursos tipo, em que o seu cabimento depende sobretudo da existência de uma violação ao direito constitucional (violação direta) ou ao direito federal.

Importante ressaltar que a Constituição Federal prevê apenas a hipótese de cabimento dos recursos extraordinários, ou melhor, sob condições ele pode existir juridicamente. Isso não quer dizer que todo o seu regramento esteja contemplado por esse diploma legal, pois o seu procedimento, o *iter* a ser seguido perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, são questões previstas no Código de Processo Civil e nos regimentos internos dos Tribunais Superiores.

³² Nelson Nery Júnior, *Princípios Fundamentais ...*, ob. cit., página 420;

No entanto, os recursos extraordinários são tidos como recursos-tipo, em que o seu conhecimento depende exclusivamente de saber se a matéria impugnada foi efetivamente decidida pelo órgão *a quo*, e se implica em alguma espécie de ofensa à lei constitucional e ou federal.

Transbordar daquilo que consta da decisão recorrida seria ir além do pedido formulado pelas partes no recurso extraordinário, ou então, ir além dos limites fixados pelo texto constitucional. Seria, ainda, desvirtuar a sua característica principal e acarretaria como consequência transformar os Tribunais Superiores em mais um grau de jurisdição, em uma instância meramente revisora das instâncias ordinárias.

Nesse sentido, interessante trazer à colação o pensamento de Rodolfo de Camargo Mancuso³³: “De sorte que, onde o art. 324 do RISTF e o art. 257 do RISTJ dizem que verificado o cabimento do recurso a Corte “julgará a causa aplicando o direito à espécie”, entenda-se: dentro daqueles parâmetros do *efeito devolutivo* em que se postou o recurso. Na verdade, conhecendo o recurso, a Corte proverá nos limites em que veio vazado; não menos do que isso, porque o julgamento ficaria *aquém* do pleiteado pelo recorrente (julgamento *infra petita* – CPC, art. 460); também, não pode ir *além* dos limites em que se ofereceu o recurso porque, ou já se estaria desbordando para a matéria fática, ou se excedendo na matéria jurídica.”

6. Nossa posição:

Conforme vimos acima, o efeito translativo difere da dimensão horizontal do efeito devolutivo por ser este mais abrangente, englobando não apenas as matérias cognoscíveis de ofício (artigos 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil), mas também aquelas questões dispositivas a respeito das quais controvertem-se as partes³⁴.

³³ Rodolfo de Camargo Mancuso, Recurso Extraordinário e Recurso Especial, ob. cit., página 137;

³⁴ Enquanto que o efeito devolutivo em sua dimensão horizontal, segundo a definição de José Carlos Barbosa Moreira, envolve as matérias que constam dos artigos 267, parágrafo 3º, 301, parágrafo 4º, 515, parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Civil, o efeito translativo de que trata Nelson Nery Júnior engloba apenas os mencionados

Nesse diapasão, é clara a regra do artigo 515, parágrafos 1º e 2º, ao mencionar que o recurso de apelação devolve ao tribunal não apenas a matéria impugnada pelas razões recursais, mas também “as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” (§1º), e os fundamentos do pedido e da defesa mesmo que a sentença haja acolhido apenas um deles (§2º).

A devolução dessas matérias, entendemos, nunca poderia ocorrer perante a via extraordinária, na medida em que seriam ou questões de fato impossíveis de serem discutidas na via extraordinária, a teor da súmula 07, do Superior Tribunal de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”), ou questões de direito não decididas pelo tribunal de segunda instância.

Seriam, igualmente, matérias dispositivas a respeito das quais nem se poderia cogitar da aplicação do efeito translativo. Em não havendo questão decidida pela corte de segundo grau de jurisdição, nem haveria o que ser analisado pelos Tribunais de uniformização.

De outra banda, naquilo em que o efeito translativo se equivale à dimensão horizontal do efeito devolutivo, que são justamente as matérias de ordem pública, entendemos que se aplica às instâncias extraordinárias, em que pesem os entendimentos em contrário. Basta, para tanto, que o recurso seja conhecido³⁵.

artigos 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. Poder-se-ia até fazer alusão ao artigo 516, do Código de Processo Civil, como base legal do efeito translativo, mas comungamos do entendimento defendido por Nelson Nery Júnior, de que esse artigo é absolutamente desnecessário, pois a matéria de que ele trata já está contida nas normas acima aludidas;

³⁵ Veja-se, nesse sentido, ementa de acórdão da relatoria da Ministra Eliana Calmon - AgRg no RESP 441.726/SE, 2ª Turma, julgado em 03/06/2004, votação unânime: “Processo Civil – Agravo Regimental – Legitimidade do sindicato para propor ações relativas à correção monetária do FGTS – Matéria de ordem pública – 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. Na hipótese dos autos, conhecido e provido em parte o recurso especial da CEF, deve ser apreciada a tese sobre a ilegitimidade do sindicato. (...)”;

A nosso sentir, essa forma de entender o processo está afinada com o seu caráter publicista e inquisitório, bem assim com princípios secundários, como o da economia processual. Dizer simplesmente que os recursos extraordinários são de estrito direito, absolutamente dependentes da existência de uma questão decidida pelo juízo *a quo* desemboca num exagero que é avesso à razoabilidade que é intrínseca à ciência do direito.

Em sua mais recente obra, Teresa Arruda Alvim Wambier optou por adotar uma posição mais restritiva em razão de um juízo de constatação, acolhendo a tese que vem sendo defendida pelos Tribunais Superiores pela maior parte de seus membros. Contudo, é de se reconhecer que existem importantes decisões em sentido contrário adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça, e que há forte tendência doutrinária nesse sentido também.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal atualmente é unânime no que se refere à não aplicação do efeito translativo no âmbito do recurso extraordinário. Vale registrar, contudo, que existem decisões que a doutrina normalmente aponta como sendo as primeiras manifestações de um Tribunal Superior em abono da tese ora defendida. Tratam-se, dentre outros, dos recursos extraordinários n.ºs 66.103 (novembro de 1970), relatado pelo Ministro Eloy da Rocha, 66.128 (agosto de 1970), relatado pelo Ministro Raphael de Barros Monteiro, e 64.999/BA (maio de 1969), relatado pelo Ministro Thompson Flores³⁶.

³⁶ Raul Armando Mendes (*Da Interposição do Recurso Extraordinário*, Editora Saraiva, 1984, páginas 79/80), analisando o tema da dispensa do prequestionamento ainda sob a vigência do Texto Constitucional revogado, anota que existem (*existiam*) duas hipóteses de dispensa: erro judiciário e erro do serviço judiciário, nos seguintes termos: “Todavia, é de ressaltar que nem sempre *a parte* atingida pela decisão *a quo* tem oportunidade de prequestionar a *quaestio*, pois ingressa em juízo justamente para profligar contra qualquer gravame. É o caso, por exemplo, em *mandado de segurança, dos litisconsortes passivos não citados* e que entram na causa de pois de ter sido prolatado o acórdão recorrido. Não se pode exigir deles o prequestionamento, porque o que arguem é precisamente a sua ausência no processo, não se compondo a relação processual de todas as partes necessárias. O entendimento está consubstanciado no RE 91.405-RJ, cujo relator foi o Min. Moreira Alves, em que o juízo *a quo*, por erro de interpretação d art. 694, II, do Código de Processo Civil, considerou definitivo leilão condicional, antes que o arrematante depositasse o preço integral da arrematação (RTJ, 99:726). No caso em tela, o prequestionamento não foi exigido pó ter havido *erro judicial*. Em vista disso, tem-se de levar em conta que o prequestionamento só não é exigido em dois casos: quando houver *erro do serviço judiciário* ou *erro judicial*”. Não concordamos com essa

Como vimos acima, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que a solução mais adequada para efeitos de controle do processo subsuntivo e para ensejar a decisão do tribunal *a quo* a respeito de todas as matérias que possam gerar a reforma do julgado recorrido, seria o seu prequestionamento por via de todos os instrumentos processuais, hipótese em que os embargos de declaração assumem papel de maior relevo, pois é a última via do prequestionamento e do contraditório também.

Assim, seria legítimo que a parte requisitasse do órgão *a quo* que se manifestasse sobre todas as questões, fáticas e de direito, que fossem pressuposto do julgamento da ação, para que ficasse franqueada a via extraordinária, em termos mais singelos, para que a questão fosse efetivamente decidida.

Muito embora se trate de uma solução possível, entendemos que pragmaticamente seria muito difícil impor esse papel aos tribunais de segunda instância e aos juízes em geral, na medida em que implicaria no dever de preparar o julgamento de forma absolutamente extensa, como que assumindo a possibilidade de erro e de conseqüente reforma da decisão por parte dos Tribunais Superiores, o que seria contrário à segurança jurídica, ao postulado da economia processual e à própria autoridade e autonomia da instância.

Os argumentos que vem sendo adotados pela doutrina e jurisprudência mais recente que se propôs a enfrentar o problema do efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários são convincentes. Ao invés de se esgotar a análise dessa espécie recursal com base exclusivamente num único artigo do texto constitucional, deve-se visualizar a questão sob o prisma da teoria geral do processo.

Importante não perder de vista, também, e isso é uma constatação já bem difundida atualmente, que os Tribunais Superiores não têm propriamente interesse em adotar uma

opinião, haja vista que nosso entendimento considera fatores outros que não apenas a força maior e ou culpa de terceiro como únicos fatores aptos a afastar o rigor desse requisito constitucional;

posição que implique, na prática, em um acúmulo ainda maior de trabalho, como que ampliando os limites de sua competência.

O que se quer provar, com isso, é que atualmente os recursos extraordinários possuem uma nova função paradigmática, ao elevar a justiça do caso concreto de um efeito secundário (no campo dos recursos extraordinários) para primário e imediato também. Hodiernamente, a ciência processual posiciona-se no sentido de se extrair um maior aproveitamento dos atos processuais e de se evitar que o processo se preste para a prática de atos inúteis e efêmeros.

Impossível crer que casos de nulidade absoluta, ou até de inexistência de atos processuais, pudessem subsistir em razão de questões meramente formais, remetendo as partes para a via da ação rescisória, por exemplo. Impor às partes um caminho mais longo para a busca de um direito líquido e certo seria compactuar com a injustiça da decisão e aceitar, pelo menos em princípio, que decisões potencialmente nulas pudessem transparecer feições de legalidade num momento imediato.

Essa situação teratológica necessita ser corrigida com a revisão de antigos conceitos. Nesse diapasão, os Tribunais Superiores passam a desenvolver uma função pragmática e efetiva. **Superam-se antigos dogmas para se modificar os conceitos:** (i) Recursos Extraordinários passam a ter uma cognição também em sentido vertical, em determinados casos; (ii) dispensabilidade do esgotamento das vias ordinárias; (iii) afastamento do rigor do prequestionamento em casos justificáveis; (iv) vocação dos Recursos Extraordinários à justiça do caso concreto (efeito secundário do julgamento que possui igual importância e relevância jurídica).

O caráter publicista e inquisitório do processo são princípios implícitos na Constituição Federal, e que estão a reclamar que o juiz, antes de decidir, em qualquer instância e grau de jurisdição, manifeste-se sobre a validade do processo, cujas características são: (i) unidade; (ii) complexidade; (iii) norma de direito público; (iv) progressividade e; (v) autonomia. Em resumo, Mais oportuno aplicar o direito ao caso

concreto, superando obstáculos que em nada aproveitam às partes e ao interesse público que norteia a relação processual.

Nelson Luiz Pinto³⁷, com propriedade, entende que a ofensa às matérias de ordem pública gera vícios insanáveis que se propagam para todo os atos processuais posteriores, e daí afirmar-se que essa invalidade contamina (*fruits of the poison tree*) toda a causa, inclusive os próprios recursos extraordinários.

Seria teratológica a exigência de que, havendo qualquer questão capaz de provocar a nulidade e até a declaração de inexistência da sentença produzida (sentença apenas aparente), fosse entregue a prestação jurisdicional a despeito desse fato, remetendo a parte para as vias autônomas de impugnação da coisa julgada.

Como foi mencionado acima, essa posição vem assumindo maior relevo sobretudo no campo da doutrina, e cada vez mais os processualistas começam a pensar o processo segundo outros princípios. Deixa-se de lado uma interpretação do processo civil que durante décadas foi contaminada pela teoria geral do direito civil, e passa-se a visualizar o processo sob o prisma do direito público.

Como consequência assume-se uma nova postura diante da realidade processual, na qual a os pressupostos de existência da relação jurídico-processual e das condições da ação passam a servir como pressuposto primeiro da atividade jurisdicional.

Paulo Henrique dos Santos Lucon³⁸, em recente estudo sobre esse tema, concluiu que “havendo violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido naqueles casos em que a decisão será *inutiliter data*. É por isso que matérias

³⁷ Nelson Luiz Pinto, *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça*, Editora Malheiros, 1992 – tese de doutorado, página 228. Nesse mesmo sentido, Hubert Vernon L. Nowill, *Recurso Extraordinário – Prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF) – Interpretação razoável da lei (Súmula 400)*, in RT 430/247;

³⁸ Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento*, in Linhas Mestras do Processo Civil, obra coletiva coordenada por Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco, Editora Jurídico Atlas, capítulo 22, página 490;

relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento. A violação à norma jurídica por inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária.”

Divagar sobre a regra constitucional que regula os recursos extraordinários apenas desvia o foco da questão para um falso problema, relegando para segundo plano os critérios que efetivamente devem ser seguidos pelo intérprete da lei. Concordamos com Paulo Henrique dos Santos Lucon em que o *prequestionamento*, nesses casos, não é o melhor critério a ser seguido.

Todavia, ainda que assim fosse, seria correto concluir que o sistema admite, para esses casos, o *prequestionamento implícito*, ou melhor dizendo, que o sistema admite reconhecer existir, sobre determinadas matérias, sempre uma decisão, o que é fácil de se reconhecer em se tratando de matérias de ordem pública (em nível processual), pois aos juizes é sempre acometido o dever de avaliar a possibilidade jurídica de a tutela jurisdicional **existir** e ser prestada de forma válida.

Essa questão também foi analisada sob o aspecto do terceiro prejudicado e sua legitimidade para interpor recurso especial e ou extraordinário, e aqui é feita uma interessante analogia. A posição dominante entende que é obrigação dele, para fins de admissibilidade do recurso, manejar os embargos de declaração no prazo devido, a fim de se prequestionar a matéria.

No entanto, isso significa dizer que o prazo para o terceiro prejudicado manejar recurso especial/extraordinário fica reduzido, na prática, ao prazo para os embargos de declaração, pois em qualquer caso será inafastável obter o prequestionamento da matéria.

Além disso, trata-se de uma condição extremamente severa para que o terceiro prejudicado obtenha sucesso pela via menos onerosa. Relegar as partes, qualquer delas,

sejam partícipes ou terceiros em relação ao processo, às vias de impugnação autônoma, acarreta num ônus muito grande.

Os custos são maiores, o tempo do litígio igualmente, e o que é pior, convive-se ao longo de todo o trâmite processual com uma sentença que é juridicamente nula, senão inexistente. Trata-se de uma surrealidade jurídica que existe em razão da dogmática meramente formal, mas em detrimento da instrumentalidade e efetividade da jurisdição, garantida pelo atual artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que assim dispõe: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”*

Mantovani Colares Cavalcanti³⁹, analisando a situação do terceiro e os requisitos dos recursos extraordinários, diz que “jamais se deveria, contudo, afastar situações em que tal prequestionamento não se mostre possível, diante da peculiaridade do caso, como tão bem delineado pelo STF em feliz momento de reflexão sobre o tema, porque se está diante de uma impossibilidade de natureza processual.”

Seria obviamente absurda a hipótese em que um ministro de um Tribunal Superior, deparando-se com um processo em que houvesse flagrante ilegitimidade de parte, simplesmente silenciasse diante dessa questão pela falta de prequestionamento da questão, prendendo-se às amarras de um formalismo que não só não serve como agride a jurisdição⁴⁰.

³⁹ Mantovanni Colares Cavalcante, *A Intervenção de Terceiros nos Recursos Especial e Extraordinário e o Prequestionamento*, in Aspectos Polêmicos e Atuais Sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins, Editora Revista dos Tribunais, capítulo XXII, página 641;

⁴⁰ Rodrigo da Cunha Lima Freire (Condições da Ação – Enfoque sobre o Interesse de Agir no Processo Civil Brasileiro, 1ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, página 90), com apoio em Donaldo Armelin, acentua que “A utilidade jurídica repele ações ajuizadas com abuso de direito ou com fins subalternos ou ilícitos, e compreende, em seus graus, desde a necessária atuação do Judiciário, no caso de determinadas ações constitutivas, até a inadequação do provimento ou procedimento postulados, tendo, por outro lado, a vantagem de conectar o exercício do direito de ação com o princípio da economia processual, que veda a atuação inócua ou despicienda da jurisdição.”;

Tampouco seria admissível que, ao invés de apontar a nulidade existente, o recurso extraordinário fosse julgado com uma ressalva em nota de rodapé apontando o vício existente. O Ministro Teori Albino Zavascky⁴¹⁴², acolhendo a tese que ora sustentamos, foi enfático ao dizer que o processo não é um palco de desfile de teses meramente acadêmicas.

Sustentou que “embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF, art. 257 do RISTJ).” E termina dizendo: “Nesses limites É DE SER RECONHECIDO O EFEITO TRANSLATIVO COMO INERENTE TAMBÉM AO RECURSO ESPECIAL.”

Gleydson Kleber Lopes de Oliveira⁴³, nessa linha de raciocínio, sustenta que “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 de ação declaratória de inexistência de decisão judicial.”

⁴¹ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Especial nº 609144/SC, votação unânime, julgado em 06.05.2004, publicado no Diário de Justiça em 24.05.2004;

⁴² Nesse mesmo sentido, ver ainda acórdão proferido no RESP 36.943-6/RS, relatado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro; e no RESP 441.726-SE, relatado pela Ministra Eliana Calmon – 2ª Turma, julgado em 03 de junho de 2004; RESP 36.943-6-RS, relatado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 17.11.1993. Consideramos, todavia, que o acórdão relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki é aquele que tratou dessa questão de forma mais clara, direta e abrangente;

⁴³ Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Recurso Especial, série Recursos no Processo Civil, volume 9, Editora Revista dos Tribunais, página 342;

Como bem ensina o professor Egas Moniz de Aragão⁴⁴, é dever do juiz analisar, sempre, em todo e qualquer caso, a validade do processo que se lhe apresenta. Deveras, impossível admitir que a jurisdição (sobretudo a jurisdição dos Tribunais Superiores) possa ser prestada sem que seja válido o substrato material que conduziu a causa a julgamento.

Não podemos deixar de apontar que o crescente número de recursos que diariamente são remetidos aos Tribunais Superiores também é fator que desencoraja a adoção de uma visão mais consentânea com os princípios que regem o processo civil, o que elevaria em muito o trabalho dos ministros.

As recentes reformas do Código de Processo Civil, assim como a própria “descentralização” do Supremo Tribunal Federal com a criação do Supremo Tribunal Federal não foram suficientes para se eliminar o problema do excesso de serviço. Ao contrário, quer parecer que a maior conscientização das pessoas sobre seus direitos, a democratização do país, apenas fez crescer o número de recursos.

Mas essa constatação não é motivo para que se adote a posição restritiva que tem prevalecido nos Tribunais Superiores, até mesmo pela recente aprovação da emenda constitucional de nº 45, a qual, pelo menos em relação ao Supremo Tribunal Federal, (re) instituiu a argüição de relevância, que já é uma válvula de contenção que irá reverter o déficit existente.

Compartilhamos do entendimento de que “a resposta que se pondera é que aos Tribunais cabe o *munus* público de afastar o julgamento crivado de mácula de ordem pública, seja mediante recurso especial, seja em sede de impugnação da parte a quem não aproveita a declaração respectiva, visto que tal necessidade decorre não somente da lei,

⁴⁴ Egas Moniz de Aragão, Comentários ao Código de Processo Civil, 03ª edição, 1979, Editora Forense, páginas 537/538;

mas de todos os princípios acima, singelamente lembrados, que devem permear o exercício da jurisdição.”⁴⁵

Sempre nos pareceu simplista a idéia de que os recursos extraordinários, por serem de estrito direito, por retirarem seu substrato de existência da Constituição Federal, por visarem a proteção da uniformidade interpretativa do Texto Constitucional, não seguissem outros princípios que são inerentes ao processo civil.

Situações teratológicas não podem ser admitidas sob pena de se admitir que é lícito submeter ao crivo dos Tribunais Superiores a apreciação de processos que poderão ser declarados nulos ou inexistentes, dependendo de a parte apenas apresentar a competente ação rescisória ou declaratória de nulidade de coisa julgada, conforme for o caso.

Nesses casos, nem ao menos se poderá dizer que houve a preservação da uniformidade na interpretação do direito federal, pois o acórdão proferido poderá ser facilmente desconstituído no futuro, com a inutilização do trabalho realizado por parte do Judiciário, e com excessivo ônus para a máquina jurisdicional.

Se a criação dos recursos extraordinários está contida na Constituição Federal, e se estão lá previstas as suas hipóteses de cabimento, isso não significa que essa espécie recursal está imune ao sistema processual e ao conjunto de princípios contemplados pelo direito processual constitucional.

7. Notas conclusivas:

Em breve síntese, é fato que a ciência do direito processual deve ser analisada com rigor técnico, de forma a possibilitar a aplicação correta da norma e a extrair o melhor rendimento possível.

⁴⁵ Eduardo de Albuquerque Parente, Os Recursos e as Matérias de Ordem Pública, *in Aspectos Atuais e Polêmicos dos Recursos Cíveis – e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, obra coletiva coordenada por Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, série 7, Editora Revista dos Tribunais, capítulo V, página 140.

Se os princípios podem ser manejados, em muitos casos, de forma contraditória, deve o intérprete estabelecer qual, dentre todas as propostas, é aquela que está afinada com a opção política de nosso legislador.

Nessa tarefa, deve-se analisar sobretudo quais são os critérios utilizados pelos defensores de cada posição para se saber, exatamente, em que consiste cada posição.

De nossa parte entendemos que as barreiras que se têm colocado à possibilidade de se conhecer das matérias de ordem pública, desde que superada fase do juízo de admissibilidade, tem em vista apenas parte do problema, utilizando como critério expresso apenas o rigor de uma única norma constitucional (ou de normas constitucionais com o mesmo conteúdo).

Como critério subjetivo, quer nos parecer, como muitos estudiosos alertam, está o desinteresse que os Tribunais Superiores têm em criar um volume ainda maior de recursos e, conseqüentemente, de trabalho.

Com efeito, a posição que diz ser impossível o conhecimento das chamadas matérias de ordem pública no âmbito dos recursos extraordinários nega, indevidamente, o caráter inquisitório e publicista do processo. Nega-se, com esse raciocínio, a existência e a aplicação dos chamados princípios informativos do processo, conforme preceitua Nelson Nery Junior⁴⁶, sem desprezar, aqui, a divergência de sua opinião com a nossa.

Desconsidera completamente a característica que os recursos têm de não inaugurarem uma nova relação jurídica. É, portanto, dever de qualquer juiz analisar, em todos os casos, a validade da relação processual que levou ao seu conhecimento o recurso que está sob o crivo de seu julgamento.

⁴⁶ Nelson Nery Júnior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, página 28. Nessa obra, o citado professor ensina que os princípios informativos são inerentes ao sistema jurídico e prescindem de demonstração. São regras inatas e habitam o próprio conceito do processo, de forma que as demais normas processuais devem respeito a esses postulados que constroem o direito processual.

Evita-se, ademais, que instância extraordinária seja utilizada como meio meramente consultivo, que se produza trabalho meramente inútil, facilmente inutilizável por via dos meios autônomos de se impugnar a coisa julgada, sob o falso pretexto de se respeitar o requisito do prequestionamento, que não é o único, tampouco o mais importante.

8. Bibliografia citada e consultada:

Alvim, Eduardo Arruda. *Recurso Especial e Recurso Extraordinário*, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis – De acordo com a Lei 10.352/2001, série 5, Editora Revista dos Tribunais, capítulo VI, obra coletiva coordenada por Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier.

Aragão, Egas Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 03ª edição, 1979, Editora Forense.

Becker, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*, 2ª edição, Editora Lejus.

Cavalcante, Mantovanni Colares. *A Intervenção de Terceiros nos Recursos Especial e Extraordinário e o Prequestionamento*, in Aspectos Polêmicos e Atuais Sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins, Editora Revista dos Tribunais, capítulo XXII.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, Editora Malheiros.

Freire, Rodrigo da Cunha Lima, *Condições da Ação – Enfoque sobre o Interesse de Agir no Processo Civil Brasileiro*, 1ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais;

Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 6ª edição, coleção Recursos no Processo Civil – RPC, volume 3, Editora Revista dos Tribunais.

_____. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais.

Medina, José Gabriel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, 2ª edição, coleção Recursos no Processo Civil – RPC, volume 6, Editora Revista dos Tribunais

Mendes, Raul Armando. *Da Interposição do Recurso Extraordinário*, Editora Saraiva, 1984.

Miranda, Vicente. *Os Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, Editora Saraiva, 1993.

Parente, Eduardo de Albuquerque. *Os Recursos e as Matérias de Ordem Pública*, in Aspectos Atuais e Polêmicos dos Recursos Cíveis – e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, obra coletiva coordenada por Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, série 7, Editora Revista dos Tribunais, capítulo V.

Nery Júnior, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, Série Recursos no Processo Civil, volume 1, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais.

Nonato, João Claudino de Orozimbo. *Dos Recursos no Código de Processo Civil – Comentários e Anotações ao Livro VII do Código de Processo Civil (1939)*, Editora Revista Forense, 1954.

Oliveira, Eduardo Ribeiro de. *Recurso Especial – Algumas Questões de Admissibilidade*, in Recursos no Superior Tribunal de Justiça, coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Saraiva, Capítulo 12.

Oliveira, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso Especial*, série Recursos no Processo Civil, volume 9, Editora Revista dos Tribunais.

Pinto, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*, 3ª edição, Editora Malheiros.

_____. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça*, Editora Malheiros, 1992 – tese de doutorado.

Ribeiro, Antonio de Pádua. *Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça*, in Recursos no Superior Tribunal de Justiça, Editora Saraiva, obra coletiva coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Capítulo 2.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial es Embargos de Declaração*, 2005, Editora Revista dos Tribunais;

_____. *O Princípio da Fungibilidade sob a Ótica da Função Instrumental do Processo*, in RT 821/39;

_____. *Questões de Fato, Conceito Vago e a sua Controlabilidade Através de Recurso Especial*, in Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, Editora Revista dos Tribunais, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, capítulo XIII.

_____. *Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*, Editora Revista dos Tribunais.