

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil

Telma Degani Reis

O prequestionamento nas matérias
de ordem pública

Brasília – DF

2008

Telma Degani Reis

**O prequestionamento nas matérias
de ordem pública**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Arnaldo Camanho de Assis

Brasília- DF

2008

Telma Degani Reis

O prequestionamento nas matérias de ordem pública

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente Prof.

Integrante Prof.

Integrante Prof.

RESUMO

O prequestionamento é um dos requisitos específicos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. Trata-se de um dos assuntos mais relevantes na esfera dos recursos excepcionais, que até os dias atuais não encontrou um entendimento uniforme na doutrina e na jurisprudência. Ainda não se chegou a um consenso sobre a configuração e a extensão deste requisito que viabiliza o conhecimento dos recursos extraordinário e especial. Tradicionalmente compreendido como a necessidade da presença, no acórdão recorrido, da questão constitucional ou federal suscitada nos recursos excepcionais, sua exigência gera certo impasse especialmente quando em confronto com matérias de ordem pública, passíveis de exame de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de requerimento da parte ou interessado. Busca-se, no presente estudo, colacionar as diversas orientações da doutrina e das Cortes Superiores acerca do instituto e do seu alcance em relação às matérias de ordem pública, propondo-se, a partir daí, a solução mais adequada ao processo civil moderno. A compreensão do tema garante a boa administração da justiça, a segurança jurídica e a efetividade da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Recurso Extraordinário – Recurso Especial – Requisito de Admissibilidade – Prequestionamento – Matéria de Ordem Pública.

ABSTRACT

“Prequestionamento” is one of the specific requirements for eligibility of special and extraordinary appeals. This is the most relevant topic in the matter of exceptional appeals. Until now, there is no uniform understanding about it in doctrine and jurisprudence. There is no agreement yet about the configuration and range of that requirement which enables the judgement of both extraordinary and special appeals. Traditionally understood as the need, in the judgement given by the ordinary court, of the constitutional or federal matter brought on the appeal, their demand causes trouble when in confrontation with public matters, that can be judged in any jurisdiction, at any time and without the need of application. This study intends to present various guidelines of Superior Courts and doctrine about the institute, and its range above matters of public policy, offering, up from there, the most appropriate solution to the modern civil procedure. The understanding of the subject ensures the proper administration of justice, legal certainty and effectiveness of providing court.

Keywords: Extraordinary Appeal – Special Appeal – Admissibility Condition – Prequestionamento – Matter of Public Policy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O PREQUESTIONAMENTO.....	10
2.1 O juízo de admissibilidade e o juízo de mérito	10
2.2 Os requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos	11
2.3 Os requisitos específicos ou constitucionais de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial	11
2.3.1 Causa decidida em única ou última instância.....	12
2.3.2 Cabimento do recurso extraordinário	14
2.3.3 Cabimento do recurso especial.....	16
2.4 A configuração do prequestionamento	17
2.4.1 O prequestionamento nas Constituições Brasileiras.....	17
2.4.2 O conceito de prequestionamento	20
3. O PREQUESTIONAMENTO NAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA	24
3.1 As matérias de ordem pública.....	24
3.2 O efeito translativo nos recursos especial e extraordinário	27
3.3 A exigência do prequestionamento nas matérias de ordem pública	31
4. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES	45
4.1 Conceito e finalidade	45
4.2 Análise comparativa entre a Súmula 356 do STF e a Súmula 211 do STJ	46
5. CONCLUSÃO.....	53
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1. INTRODUÇÃO

No sistema recursal cível brasileiro, os recursos só têm o mérito analisado pelo órgão julgador, se for ultrapassada a barreira do juízo de admissibilidade, exame prévio que verifica a presença de determinados requisitos processuais impostos pela lei.

Alguns desses requisitos são aplicáveis a todas espécies de recursos, a exemplo do cabimento e da tempestividade, outros são específicos para determinados recursos, como o prequestionamento, exigido apenas para os recursos extraordinário e especial.

No plano do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, dentro do qual se afere o requisito do prequestionamento, não é verificado o acerto da decisão recorrida. Embora a análise do conteúdo da postulação se revista de maior importância para o recorrente, o exame da admissibilidade tem prioridade lógica, velando pela boa técnica processual. Não há como se investigar o mérito se o recurso não for admitido. Assim, o prequestionamento é condição necessária para que a matéria seja apreciada no âmbito dos recursos extremos.

Apesar de estar consagrado na jurisprudência e na doutrina, nesta com alguns entendimentos destoantes, como requisito indispensável de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, o tema relativo ao prequestionamento tem gerado grande polêmica em razão da diversidade de interpretações quanto à forma de sua configuração e à extensão de sua exigência.

A exigência do prequestionamento em relação às matérias de ordem pública constitui um dos debates mais intrigantes no objeto de estudo. Por um lado, é obrigatório o exame, de ofício, das matérias de ordem pública pelo julgador, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de requerimento da parte. Por outro lado, sua invocação em sede de recurso especial e extraordinário pode encontrar óbice no requisito do prequestionamento.

A possibilidade de conhecimento de ofício das matérias de ordem pública decorre do efeito translativo dos recursos. Todavia, no âmbito dos recursos especial e extraordinário, questiona-se a compatibilidade deste efeito com a sua natureza constitucional e seus requisitos específicos de admissibilidade, sobretudo, o

prequestionamento, que exige a efetiva apreciação do tema federal ou constitucional pelo tribunal de origem.

Em razão da previsão constitucional taxativa quanto às hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário, indaga-se se as matérias que em regra são cognoscíveis em qualquer grau de jurisdição também o são em relação aos recursos excepcionais.

Pergunta-se: a necessidade de que as questões invocadas nos recursos especial e extraordinário constem obrigatoriamente do acórdão recorrido, bem como das razões recursais, impossibilita a aplicação do efeito translativo a estes recursos? Em outras palavras, as matérias de ordem pública podem ser conhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal independentemente de prequestionamento, ou ainda, sem a provocação da parte nas razões recursais?

O presente estudo tem como finalidade investigar o significado do prequestionamento, seu histórico, fundamento, natureza jurídica, configuração e extensão às matérias de ordem pública, e ainda, destacar o papel fundamental dos embargos de declaração para oportunizar a manifestação do tribunal de origem e preencher o requisito do prequestionamento.

Para a melhor compreensão do assunto, o estudo será apresentado em três capítulos. O primeiro abordará o conceito de prequestionamento, sua natureza jurídica, seu histórico nas Constituições Brasileiras e sua forma de configuração. O segundo enfocará o prequestionamento nas matérias de ordem pública, buscando definir o conceito de ordem pública e o efeito translativo dos recursos e, ainda, apresentando os três entendimentos divergentes a respeito da exigência do prequestionamento. Finalmente, o terceiro capítulo apresentará os embargos de declaração prequestionadores, seu conceito e finalidade, e ainda, a análise comparativa das Súmulas 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Serão colacionadas as diversas orientações da doutrina e da jurisprudência das Cortes Superiores acerca do prequestionamento e de seu alcance em relação às matérias de ordem pública, propondo-se, a partir daí, a solução mais adequada ao processo civil moderno.

É preciso identificar quais são os fundamentos de cada entendimento e quais os interesses estão em conflito na tentativa de sugerir o caminho que melhor

se amolda à estrutura do sistema jurídico-processual e, ainda, garante a boa administração da justiça e a efetividade da prestação jurisdicional.

A temática relativa aos limites da cognição, pelos Tribunais Superiores, das questões de ordem pública, está longe de encontrar um consenso na doutrina e na jurisprudência. Pretende-se, com o presente estudo, contribuir para uma melhor compreensão do assunto, sistematizando seus aspectos fundamentais e propondo uma posição conciliadora dos princípios legais e constitucionais conflitantes.

É fato incontroverso que o imenso volume de recursos afoga as Cortes Superiores, ensejando, na tentativa de amenizar o problema, a criação de mecanismos de política judiciária, dentre os quais o excessivo rigor no exame dos requisitos de admissibilidade. Em relação às matérias de ordem pública, essa barreira merece a atenção especial dos operadores do direito na busca de uma solução eficiente, precisamente para se evitar o distanciamento da realização do interesse público.

A falta de um critério uniforme no tema em discussão causa a desorientação dos jurisdicionados quanto às possibilidades reais de ascenderem ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, em virtude de questões meramente formais. Enquanto não houver um consenso a respeito da configuração e da extensão do prequestionamento, o acesso às Cortes Superiores resta seriamente comprometido.

2. O PREQUESTIONAMENTO

2.1 O juízo de admissibilidade e o juízo de mérito

No sistema recursal cível brasileiro, os recursos só têm o mérito examinado pelo órgão julgador se forem satisfeitos determinados requisitos processuais impostos pela lei. Dessa forma, há dois exames distintos: o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito.

O juízo de admissibilidade, obrigatório e anterior, declara a presença ou a ausência dos requisitos necessários à apreciação do mérito. O juízo de mérito verifica a existência ou inexistência de fundamento da postulação, acolhendo-a ou rejeitando-a. No primeiro, o recurso é admitido ou inadmitido. No segundo, é provido ou improvido. Somente se passa ao juízo de mérito se o juízo de admissibilidade for positivo (BARBOSA MOREIRA, 1999).

A regra é que o juízo de admissibilidade é duplo, sendo exercido, primeiramente, pelo órgão perante o qual se interpõe o recurso e, posteriormente, pelo órgão julgador, que não está vinculado à decisão do primeiro (NERY JUNIOR, 1997).

O juízo de admissibilidade é essencialmente declaratório, pois reconhece ou não a presença dos requisitos indispensáveis à apreciação do mérito do recurso. Nenhuma influência exerce sobre o julgamento do mérito.

Se positivo, o recorrente terá acesso ao órgão *ad quem*; se negativo, será trancada essa via, podendo o recorrente interpor recurso contra esta decisão, pleiteando o processamento do recurso inadmitido (BARBOSA MOREIRA, 1999).

Contra a decisão que não admite o recurso extraordinário ou o recurso especial cabe o agravo de instrumento previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil.

2.2 Os requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos

Feita a distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, passa-se a examinar os requisitos de admissibilidade dos recursos, isto é, o objeto do juízo de admissibilidade.

Barbosa Moreira (1999, p. 260) classifica os requisitos de admissibilidade em intrínsecos e extrínsecos. Os requisitos intrínsecos dizem respeito à própria existência do poder de recorrer e os requisitos extrínsecos, ao modo de exercê-lo. O primeiro grupo abrange o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Já o segundo grupo compreende a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Todos esses requisitos, intrínsecos e extrínsecos, enquadram-se num só grupo, denominado requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos (PINTO, 1996). São genéricos por serem aplicáveis, em princípio, a todas espécies de recursos.

2.3 Os requisitos específicos ou constitucionais de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial

A admissibilidade dos recursos extraordinário e especial não é assegurada pela simples observância dos requisitos genéricos, fazendo-se necessário o preenchimento de requisitos específicos (MANCUSO, 1999). Tais requisitos devem ser buscados na Constituição Federal.

Os recursos são de natureza constitucional devido aos seus objetivos específicos: restabelecer a inteireza positiva do direito constitucional ou federal, fixar-lhes a interpretação ou preservar-lhes a autoridade (MANCUSO, 1999). Por estarem estabelecidos na Constituição Federal (artigos 102, III e 105, III), e não na lei processual, podem também ser chamados de requisitos constitucionais.

Adicionam-se aos requisitos genéricos de admissibilidade, os seguintes requisitos específicos ou constitucionais: causa decidida em única ou última

instância e questão constitucional ou federal enquadrável em uma das alíneas dos dispositivos constitucionais mencionados.

2.3.1 Causa decidida em única ou última instância

O conceito de causa é o mais amplo, abrangendo a totalidade dos processos em que tenha sido proferida decisão judicial, tanto em jurisdição contenciosa, quanto em jurisdição voluntária (CARNEIRO, 1999). Nesse conceito, entretanto, não se incluem os processos meramente administrativos.

A decisão há de ser final, dela não cabendo qualquer outro recurso, exceto embargos de declaração. Não é decisão de última instância o acórdão não unânime que houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória, porque ainda são cabíveis os embargos infringentes.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 207: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

A decisão pode versar sobre o mérito da causa, ou sobre questão interlocutória, desde que a decisão seja final. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 86: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”. O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória, são processados na forma retida, nos termos do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil.

Decisão proferida em única instância é aquela relativa a causas de competência originária dos tribunais, v.g., mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado (artigo 105, I, “b”, da Constituição Federal – competência do Superior Tribunal de Justiça).

O artigo 102, III, da Constituição Federal, que dispõe sobre o recurso extraordinário, faz menção a decisão proferida “em única ou última instância”, enquanto o artigo 105, III, no que concerne ao recurso especial, refere-se a decisão proferida “em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”.

Há, portanto, um tratamento diferenciado. O recurso extraordinário poderá ser interposto contra decisão de colegiado de segundo grau, como as Turmas ou Câmaras Recursais dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) se já estiverem esgotadas as vias recursais. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 203: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

No tocante ao recurso especial, entretanto, a Constituição Federal menciona expressamente o tribunal prolator da decisão recorrida: Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

A expressão “causas decididas” evidencia que apenas a matéria sobre a qual o tribunal *a quo* tenha se pronunciado pode ser objeto de impugnação. Aí reside a necessidade do prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, sob pena de inadmissibilidade dos recursos (SOUZA, 2000).

Sobre o assunto, assinala Saraiva (2002, p. 247):

A essência da exigência em tela decorre da própria função do recurso especial no sistema processual e na atividade da jurisdição. Com efeito, essa forma de impugnação visa controlar a constitucionalidade e a legalidade das decisões judiciais proferidas em certos casos especificados na Constituição da República, a fim de assegurar que o Poder Judiciário estadual ou federal ordinário interpretem e apliquem as normas nacionais com uniformidade e correção. Como consectário dessa realidade, convém indagar: como pode ser verificada a correta aplicação de determinadas normas nacionais se elas não foram utilizadas pela decisão recorrida na solução da controvérsia?

Eis o prequestionamento. Não se pode verificar a correta interpretação e aplicação de determinada norma constitucional ou legal, se o *decisum* impugnado não apreciou a causa com base na matéria e nos dispositivos aduzidos pelo recorrente especial. Ou seja, para que o recurso seja pertinente, mister se faz que a violação legal ou a constitucional apontada constem na decisão recorrida, porque, do contrário, não terá o órgão *a quo* como verificar a sua correta aplicação à causa.

Tanto é assim que o inciso III do art. 105 atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para “julgar as causas decididas”. Daí decorre somente ser passível de apreciação em recurso especial a questão jurídica federal efetivamente decidida no acórdão recorrido.

Portanto, embora não seja expresso legalmente na forma como tratado pela doutrina e pela jurisprudência, o prequestionamento deflui da própria natureza do recurso especial e da previsão constitucional do seu cabimento.

Com efeito, não é possível haver ofensa a dispositivo constitucional, tratado ou lei federal, se o acórdão recorrido não tiver apreciado a questão constitucional ou federal. Igualmente, não é concebível haver divergência jurisprudencial, se o tribunal

local não tiver tratado da questão federal, pois a divergência pressupõe duas interpretações distintas acerca da mesma questão.

Portanto, o prequestionamento, objeto deste estudo, é um requisito de admissibilidade específico ou constitucional, imprescindível para todas as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial.

2.3.2 Cabimento do recurso extraordinário

Nos termos do artigo 102, III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário contra decisão de única ou última instância que: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A alínea “a” contém um permissivo genérico, no qual estão contidos os demais permissivos. O termo “contrariar” tem significado amplo, podendo-se discutir acerca da incidência ou não do dispositivo constitucional, bem como de sua correta aplicação (SOUZA, 2000). Para o conhecimento do recurso extraordinário basta a argüição da contrariedade ao dispositivo constitucional, ou seja, o recorrente não precisa provar desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição Federal (BARBOSA MOREIRA, 1999). A verificação da ofensa diz respeito ao mérito do recurso.

As alíneas “b” e “c” contêm permissivos específicos. Cabe recurso extraordinário pela alínea “b” quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Nesta hipótese, ao julgar o recurso, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle difuso de constitucionalidade (SOUZA, 2000).

Cabe recurso extraordinário pela alínea “c” quando o tribunal recorrido aplica à espécie lei estadual ou municipal, ou prestigia ato de governo local, cuja validade é discutida em relação à Constituição Federal.

A alínea “d” foi acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Essa hipótese de cabimento de recurso extraordinário solucionou antiga polêmica doutrinária. De acordo com Dino (2005, p. 71):

Anteriormente, cuidava-se de hipótese ensejadora de recurso especial, sob o fundamento de competir ao STJ a guarda da autoridade da lei federal. Entretanto, desde 1988 argumenta-se que, neste caso, configura-se um contencioso eminentemente constitucional. Com efeito, como de regra não há hierarquia entre lei local e lei federal somente examinando-se a competência constitucional para legislar pode-se concluir acerca de qual daquelas é válida. Isto é, a sistemática anterior era dúbia e ensejava o exame da causa pelo STJ e pelo STF. Agora, fica evidente que a competência para dirimir a questão pertence ao STF.

Enquanto a competência ainda era do Superior Tribunal de Justiça, este deixava de apreciar a questão por entender que se tratava de matéria com eventual resíduo de direito constitucional.

Na opinião de Massoud (2005, p. 125):

O novo contorno que agora se nota com a EC n. 45 consiste em um avanço na matéria. Isso porque a hipótese de lei local contestada diante de lei federal será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, a ensejar a revisão da Súmula n. 280, com a garantia de que, quando se tratar de matéria constitucional, o STF poderá apreciar a questão, a teor do disposto nas alíneas *c* e *d* do inciso III do art. 102. É de se suscitar, por conseguinte, que, se a Súmula for revista, o recurso extraordinário relativo ao ato de governo local contestado em face da CF poderá ser apreciado pelo STF, com a aplicação do próprio texto da Constituição (art. 102, III, *c*).

O desmembramento, portanto, da competência originariamente atribuída ao STJ possibilita aos jurisdicionados o direito de recorrer das decisões locais, para externar uma das idéias centrais do constituinte reformador: o acesso à justiça.

Tal permuta leva ao fim a controvérsia sobre a apreciação da validade de lei local em face de lei federal, com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal.

Outra inovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 foi a introdução do § 3º no artigo 102 da Constituição Federal, exigindo que a questão constitucional agitada no recurso extraordinário tenha repercussão geral para que o recurso possa ser conhecido.

Segundo Dino (2005, p. 73):

O requisito, com essa denominação, é uma novidade no Direito brasileiro. Evidentemente visa combater o acesso ao STF como uma espécie de “quarta instância” nos processos judiciais. Esse fenômeno, aliado à tramitação individualizada de ações repetitivas, é a principal causa das estatísticas que o STF ostenta, sem paralelo no Direito comparado.

O instituto da repercussão geral tem como finalidade delimitar a competência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário, às questões

constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa e, ainda, permitir que a Corte Suprema decida uma única vez sobre cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria.

Assim, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada passou a ser um dos requisitos específicos de admissibilidade do recurso extraordinário, exigindo-se preliminar formal destacada nas razões recursais, sob pena de não conhecimento.

2.3.3 Cabimento do recurso especial

Nos termos do artigo 105, III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal, cabe recurso especial contra decisão de única ou última instância dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Assim como no recurso extraordinário, a alínea “a” do recurso especial revela um permissivo genérico. Aqui, entretanto, foram utilizados os termos “contrariar” e “negar vigência”. A discussão sobre o alcance do significado dos dois termos não tem utilidade prática, pois cabe recurso especial para suscitar ambos os vícios, abrangendo qualquer tipo de equívoco na interpretação ou na aplicação da legislação federal (SOUZA, 2000).

Para o conhecimento do recurso especial basta a alegação de contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal. A efetiva ocorrência da contrariedade ou negativa de vigência será verificada em etapa posterior, no exame do mérito do recurso (BARBOSA MOREIRA, 1999).

A expressão “lei federal” abrange as leis federais propriamente ditas, os decretos e os regulamentos federais, as medidas provisórias e o direito estrangeiro incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, não abrange portarias ministeriais, circulares, instruções normativas, provimentos, convênios interestaduais e enunciados de súmulas dos tribunais, bem como seus regimentos internos (SOUZA, 2000).

Conforme a citada alteração processada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, permanece com o Superior Tribunal de Justiça a competência para apreciar decisão que julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. A expressão “ato de governo local” alcança os atos dos Poderes Executivos e Legislativos estaduais e municipais, bem como do Judiciário estadual (SOUZA, 2000).

A finalidade do recurso especial pela alínea “c” é possibilitar a uniformização da jurisprudência dos tribunais acerca da interpretação da legislação federal. A divergência jurisprudencial pode ocorrer entre dois tribunais federais, entre um tribunal federal e outro local, ou entre tribunais locais de unidades federadas distintas (BARBOSA MOREIRA, 1999). “A divergência entre julgados de um mesmo Tribunal não enseja recurso especial” (Súmula 13 do Superior Tribunal de Justiça). Por outro lado, é admissível a divergência em relação a julgado do próprio Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

2.4 A configuração do prequestionamento

2.4.1 O prequestionamento nas Constituições Brasileiras

As primeiras linhas do prequestionamento surgiram na Constituição de 1891:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:
§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
a) quando se *questionar* sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela.

A Constituição de 1934 continuou a exigir o prequestionamento da seguinte forma:

Art. 76. À 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.

A mesma exigência constou na Constituição de 1937, que estabelecia no seu artigo 101, III:

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

- a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se *haja questionado*;
- b) quando se *questionar* sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada.

A Constituição de 1946 exigia o prequestionamento no artigo 101, III:

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes:

- a) [...]
- b) quando se *questionar* sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada.

Conforme se verifica nos textos constitucionais mencionados, desde a primeira Constituição republicana destacam-se elementos comuns, claramente explícitos, que caracterizam o perfil do recurso extraordinário, dentre eles a exigência de a questão federal ter sido questionada. Já a Constituição de 1967 e a Constituição de 1988 (agora disciplinando o recurso especial), não utilizaram o termo “questionar” de forma expressa, despertando dúvidas quanto à constitucionalidade do prequestionamento, que continuou sendo exigido pelo Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça.

A jurisprudência continuou exigindo o prequestionamento como um dos requisitos necessários à interposição dos recursos extraordinário e especial, embora não esteja mais previsto expressamente na Constituição Federal. Cumpre, então, analisar os fundamentos de tal exigência para verificar o seu acerto.

Para Teixeira (1991, p. 71), trata-se de um requisito jurisprudencial para a admissibilidade dos recursos, sendo lícita a sua exigência:

Não tendo a nova Constituição reproduzido a autorização dada pela anterior ao Supremo Tribunal Federal para dispor regimentalmente sobre matéria processual em causas de sua competência, não mais lhe é facultado criar os chamados óbices regimentais, que cada vez mais restringiam o conhecimento do recurso extraordinário. De igual forma, tal faculdade não tem o Superior Tribunal de Justiça.

Diversamente, entretanto, lícito é a ambos os tribunais valer-se dos denominados óbices jurisprudenciais, haja vista que, ao contrário daqueles, decorrem eles da própria natureza dos recursos constitucionais.

Para Costa Leite (1991, p. 192), o prequestionamento decorre da natureza extraordinária dos recursos, pouco importando a omissão da Constituição Federal a respeito:

Forçoso reconhecer que a exigência de prequestionamento não é pacífica na doutrina. Há respeitáveis opiniões num e noutro sentido. Não me parece correto, entretanto, negar-lhe legitimidade apenas porque o texto constitucional, a partir de 1946, deixou de contemplá-la expressamente. O equívoco fundamental está em que a exigência de prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição.

Voltado o recurso a dirimir controvérsia sobre questão federal, pressupõe logicamente que dita questão federal haja sido suscitada e, conseqüentemente, decidida na instância ordinária. Do contrário, desconsiderar-se-iam até mesmo os efeitos da preclusão.

De forma semelhante argumenta Oliveira (1991, p. 185):

Tenho como indubitoso que a regra há de aplicar-se ao especial. Não me impressiona a circunstância de o texto atual, ao contrário do que sucedia em 1891, 1934 e 1937, não se referir a lei *sobre cuja aplicação se haja questionado*. A exigência decorre necessariamente da natureza do recurso. Destinando-se a controlar a correta aplicação do direito, mister que a pertinente questão jurídica haja sido objeto de exame. Se da *quaestio juris* não se cogitou, apenas no especial sendo suscitada, não se pode afirmar que o direito haja sido infringido.

A questão é de ordem constitucional, não se podendo invocar textos de norma infraconstitucional ou mesmo a jurisprudência solidificada em súmulas para solucioná-la. Os recursos extraordinário e especial inserem-se numa categoria própria porque a Constituição Federal lhes atribui características que os tornam diferenciados dos demais. Por isso, não há de se admitir outros requisitos para sua interposição que não os estipulados pela Lei Maior.

Nesse sentido, o prequestionamento é um requisito específico ou constitucional de admissibilidade porque decorre da interpretação do texto constitucional. Embora não esteja previsto de forma expressa, a exigência continua

presente no alcance da expressão “causas decididas” constante no dispositivo constitucional. Esta expressão evidencia que apenas a matéria sobre a qual o tribunal de origem tenha se pronunciado pode ser objeto de impugnação porque a questão federal ou constitucional há de estar na decisão recorrida.

2.4.2 O conceito de prequestionamento

Como visto, o prequestionamento é um requisito específico ou constitucional de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, que decorre da natureza extraordinária desses recursos. Falta examinar qual o significado deste requisito, ou seja, quando se pode considerar que a matéria constitucional ou federal está prequestionada.

Na doutrina há três entendimentos sobre o significado do instituto: (I) prequestionamento é o debate anterior acerca de determinado tema, realizado pela parte antes da decisão recorrida; (II) prequestionamento é a manifestação inequívoca do tribunal recorrido acerca do tema, ainda que não se tenha verificado um debate anterior; e (III) prequestionamento é o prévio debate acerca do tema, acompanhado de manifestação inequívoca do tribunal a respeito.

Para Medina (1999, p. 229):

Prequestionamento decorre de manifestação das partes, manifestação esta que deve ocorrer perante o órgão julgante para que este se manifeste sobre a questão constitucional ou federal, determinando o cabimento do recurso extraordinário ou especial em relação a tal pronunciamento. Daí se inferir que o prequestionamento deve ocorrer, necessariamente, antes da decisão recorrida, e não depois.

Sustentando o entendimento contrário de que o prequestionamento decorre de manifestação do tribunal de origem a respeito do tema de direito constitucional ou federal, independentemente de postulação anterior da parte, expõe Oliveira (1999, p. 249):

O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema, objeto do recurso, haver sido examinado pela decisão atacada, constitui conseqüência inafastável da própria previsão constitucional, ao estabelecer os casos em que cabíveis extraordinário e especial. Não há nenhum amparo legal ou constitucional, entretanto, para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule a provocação da parte, antes do julgamento.

Segundo um terceiro entendimento, que se equivale à soma dos dois anteriores, destaca-se a opinião de Arruda Alvim (1997, p. 177): “O prequestionamento quer significar, tão-somente, a existência de prévio debate e conseqüente prévia decisão acerca de determinada tese jurídica emergente da interpretação da lei federal”.

Não há na Constituição Federal qualquer indicativo de que os recursos extraordinário e especial tenham seu conhecimento condicionado a que a matéria neles veiculada haja sido objeto de anterior postulação da parte (OLIVEIRA, 1999). O que importa é que o julgado tenha afrontado a Constituição Federal ou a lei federal. Portanto, o entendimento correto é o de que o prequestionamento consiste na exigência de que o tribunal de origem tenha apreciado a questão constitucional ou federal, independentemente de postulação anterior da parte. Constata-se sua presença pelo exame da decisão recorrida.

É suficiente, para que esteja preenchido o requisito do prequestionamento, que a questão federal ou constitucional tenha sido enfrentada pelo acórdão recorrido, não se fazendo necessária a referência expressa ao dispositivo legal ou constitucional que se alega ter sido violado. O prequestionamento explícito ou numérico constitui um formalismo excessivo. Porém, apesar desta orientação ser pacífica no Superior Tribunal de Justiça, há precedentes do Supremo Tribunal Federal que exigem a referência explícita ao dispositivo constitucional.

O prequestionamento é explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pelo acórdão recorrido, e implícito quando, apesar de não haver menção expressa à norma, a questão jurídica tiver sido enfrentada. O Superior Tribunal de Justiça aceita o prequestionamento implícito, dispensando a menção expressa ao dispositivo legal. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal tem admitido tão-somente o prequestionamento explícito.

Critica-se que a exigência rigorosa do prequestionamento explícito, na forma exigida pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, funciona como instrumento para a rápida solução dos milhares de recursos dirigidos ao Pretório Excelso, sem a apreciação do respectivo mérito (SARAIVA, 2002).

Ressalta-se que é insuficiente a menção *en passant* ao dispositivo de lei federal ou constitucional que se pretende tenha sido ofendido, sem que tenha havido

efetivo pronunciamento do tribunal de origem a respeito (ARRUDA ALVIM, 1997). Por exemplo, se o tribunal menciona no relatório do acórdão um determinado preceito legal ou constitucional, mas a ele não se refere na decisão propriamente dita, empregando outro dispositivo em sua fundamentação, que trata de questão jurídica diversa, o recurso especial ou extraordinário não poderá ser interposto com base no preceito contido no relatório, mas que não foi analisado no *decisum*.

A doutrina divergia, quanto à configuração do prequestionamento, quando a matéria só era enfrentada pelo voto vencido. Apesar das críticas, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento na Súmula nº 320: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Pode ocorrer que a ofensa à lei federal ou à Constituição Federal surja no próprio acórdão recorrido, como no caso do julgamento *extra petita*, violando os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, ou nos casos de nulidade formal, tais como irregularidade na intimação das partes para a sessão de julgamento, equívoco na contagem de prazo do recurso, ou ausência de revisor quando necessária a sua intervenção. Discute-se, então, se o prequestionamento também é necessário nessas hipóteses.

De um lado, sustenta-se ser impossível o prequestionamento em tais circunstâncias, pois a questão surge de ofício no acórdão recorrido, somente podendo ser suscitada *a posteriori* (ARRUDA ALVIM, 1997). Não haveria, portanto, a necessidade de oposição de embargos de declaração para viabilizar o recurso especial ou extraordinário.

Diversamente, argumenta-se que continua a ser indispensável o requisito do prequestionamento nessas hipóteses, devendo o tribunal de origem ser provocado a se manifestar sobre o ponto pelos embargos declaratórios.

Nesse sentido, expõe Oliveira (1999, p. 250):

Se, entretanto, sem qualquer referência à existência do óbice, o tribunal, por exemplo, ultrapassa os lindes da devolução, cumpre seja convocado a se manifestar sobre o ponto. Poderá a matéria prender-se, por hipótese, à interpretação do que foi objeto da impugnação. O pronunciamento específico é indispensável para verificar se houve violação da lei ou dissídio jurisprudencial.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal adotaram o entendimento de que, também em tais casos, é indispensável o prequestionamento.

O prequestionamento, entendido como manifestação do tribunal de origem a respeito de matéria constitucional ou federal, constitui um requisito indispensável de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, que decorre da natureza extraordinária e das finalidades a que visam. Não se pode dispensar a exigência, sob pena de serem admitidos os recursos fora das hipóteses estabelecidas pela Constituição Federal (OLIVEIRA, 1999). Portanto, ainda que a violação à Constituição Federal ou à lei federal surja no próprio acórdão recorrido, a presença do prequestionamento é imprescindível, devendo o recorrente opor embargos de declaração, a fim de possibilitar o pronunciamento do tribunal *a quo* a respeito do tema.

3. O PREQUESTIONAMENTO NAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

3.1 As matérias de ordem pública

Pode-se afirmar que o conceito de ordem pública é obscuro, vago e impreciso. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, cuja falta de precisão faz com que a função do intérprete assuma um papel significativo no alcance da expressão.

Segundo Bechara (2005, p. 97):

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. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assuma um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão de maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível. [...]

Prosseguindo na definição de ordem pública, tem-se que ora ela é tratada como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, a dizer, normal e própria dos princípios gerais de ordem expressados pelas eleições de base que disciplinam a dinâmica de um objeto de regulamentação pública e, sobretudo, de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva.

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os

princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

[...]

A ordem pública nada mais é que o estado social que resulta da relação que se estabelece entre os representantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como governantes, e os particulares, como governados, no sentido de realização dos interesses de ambos. A ordem pública é uma consequência da ação de autoridade sobre os particulares para lhes regular ou modificar a ação. Essa intervenção, formando uma relação, origina um estado social, que é a ordem pública.

[...]

A relação de ordem pública constitui o parâmetro para a interpretação das leis, adaptando-as aos fatos sociais ou lhes modificando, para esse mesmo fim, a respectiva inteligência. A ordem pública associa-se à idéia de bem social, já que este representa o desejo da autoridade, que resulta da ação sobre os governados, e cuja limitação pode significar muitas das vezes ao indivíduo como um mal social.

É ainda a ordem pública, expressão da situação de tranqüilidade e normalidade que o Estado assegura – ou deve assegurar – às instituições e a todos os membros da sociedade, consoante as normas jurídicas legalmente estabelecidas.

Como um conceito jurídico indeterminado, a ordem pública coloca-se no sistema jurídico como um princípio geral, que implica na preponderância do interesse público ou geral sobre o particular ou individual. Assim, são questões de ordem pública aquelas em que o interesse predominantemente protegido é do Estado e da sociedade. A sua principal característica é a inderrogabilidade ou indisponibilidade, ou seja, seus preceitos não podem ser afastados pela vontade das partes ou interessados.

No direito processual, a ordem pública tem como objetivo limitar a vontade das partes para preservação e estabilidade do ordenamento jurídico, conferir segurança aos litigantes e o acesso à ordem jurídica justa.

As matérias de ordem pública dizem respeito essencialmente às condições da ação, bem assim aos pressupostos processuais de existência e de validade (pressupostos positivos) e aos pressupostos processuais negativos.

São de ordem pública as matérias especificadas nos incisos IV, V e VI do artigo 267 do Código de Processo Civil: pressupostos processuais, preempção, litispendência, coisa julgada e condições da ação.

Na opinião de Ruy Rosado (2006, p. 280):

É de ordem pública a questão que versa sobre matéria inderrogável e inafastável pelas partes, em razão do interesse público prevalente que nela se expressa, sendo que, no âmbito do Recurso Especial, são de ordem pública as questões enumeradas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, as que versam sobre nulidade absoluta e relativa (art. 245, parágrafo único) e as presentes em outras situações que também não precluem para o juiz (*v.g.* inconstitucionalidade de lei, intempestividade de recurso), apreciáveis de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Acrescenta-se que são também de ordem pública os requisitos de admissibilidade dos recursos, tais como a tempestividade, o recolhimento das custas e do porte de remessa e retorno, bem assim a documentação exigida pela lei para o conhecimento de alguns recursos, como o agravo de instrumento. Igualmente são de ordem pública as disposições do Código de Processo Civil cuja observância pela parte se faz obrigatória sob pena de nulidade absoluta (MELLO, 2007).

Nos dizeres de Boccuzzi Neto (2007, p. 443):

Tais questões desafiam uma relação de direito público, que envolve de maneira imediata e prevalecente um interesse de caráter geral. Quando surge uma questão de ordem pública num processo, há o predomínio das coisas do Estado em detrimento do interesse particular das partes.

Tais matérias podem e devem ser conhecidas de ofício pelo julgador, não se operando a preclusão (artigos 267, § 3º, e 301, § 4º, do Código de Processo Civil). Podem ser examinadas, portanto, independentemente de iniciativa da parte, em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Nesses casos, a regularidade do processo justifica a inexistência de forma preestabelecida para que sejam argüidas essas matérias, uma vez que elas interessam à própria legalidade da prestação jurisdicional. A expressa autorização legal decorre do interesse social de que não sejam perpetuadas situações repudiadas pelo ordenamento jurídico.

Segundo Lucon (2004, p. 483), a possibilidade de o julgador conhecer de ofício das matérias de ordem pública nos diversos graus de jurisdição vai além do simples imperativo legal, estando relacionada ao papel do juiz no processo civil moderno. O autor explica que:

Nesses casos, o próprio Estado tem interesse de que sejam respeitadas as regras que disciplinam o modo pelo qual o processo se desenvolve. Não interessa ao juiz, como representante do Estado, que o processo não se desenvolva regularmente e não possa chegar ao fim colimado, que é justamente o julgamento de mérito. Por isso, está o julgador autorizado a

conhecer dessas matérias de ofício, observando sempre o contraditório legitimador de seu provimento. A cognição *ex officio* dessas matérias é garantia de boa administração da justiça, sendo que (I) a falta de alegação do réu na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos provoca sua responsabilidade patrimonial pelo retardamento, e (II) eventual inércia do magistrado o torna responsável pelo mau desempenho do cargo em decorrência de grave omissão.

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

Esse entendimento é pacífico em se tratando de graus de jurisdição ordinária. Já nos graus de jurisdição especial e extraordinária, a questão é mais complexa em razão do requisito do prequestionamento, que consiste na necessidade de que o tema ventilado no recurso especial ou extraordinário tenha sido enfrentado pelo tribunal de origem.

3.2 O efeito translativo nos recursos especial e extraordinário

A doutrina controverte sobre o fundamento do conhecimento de ofício das matérias de ordem pública. Parte dos doutrinadores, destacando-se Barbosa Moreira, entende que tal possibilidade advém da profundidade do efeito devolutivo em sua dimensão vertical (NOLASCO, 2006). Outra parcela da doutrina, representada por Nery Junior, sustenta que o exame dessas questões ocorre em razão do efeito translativo, que é manifestação do princípio inquisitório, ao contrário do efeito devolutivo que é decorrência do princípio dispositivo (NERY JUNIOR, 2007).

O efeito translativo consiste na automática transferência das questões de ordem pública ao tribunal, independentemente de ter havido decisão a esse respeito na instância recorrida e ainda que a parte não tenha abordado tal assunto em seu recurso (MELLO, 2007).

Nessas hipóteses, o tribunal está autorizado a julgar fora do que consta nas razões ou contra-razões do recurso, pronunciando-se de ofício relativamente às matérias de ordem pública. Não há, na hipótese, ocorrência de julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. As questões de ordem pública são transferidas automaticamente

à instância superior independentemente de pedido ou de requerimento da parte ou interessado.

Nery Junior (2007, p. 505) explica que o efeito translativo compõe o juízo de mérito do recurso, e não o juízo de admissibilidade. Por isso, é necessário que o tribunal, antes, proceda ao conhecimento do recurso, para que, ao julgá-lo no mérito, possa examinar de ofício as matérias de ordem pública. Segundo o autor:

O exame de ofício das matérias de ordem pública depende do conhecimento do recurso, porque a translação está inserida no juízo de mérito do recurso e não no juízo de admissibilidade. Por isso é defeso ao tribunal não conhecer do recurso e, a despeito disso, decidir matéria de ordem pública de ofício. Se não conhece do recurso (juízo de admissibilidade negativo), não tem competência para proferir o juízo de mérito, isto é, entrar no mérito das questões postas no recurso e das demais questões, ainda que de ordem pública.

O efeito translativo amolda-se perfeitamente à natureza jurídica da apelação, que possui efeito devolutivo amplo. Quanto aos recursos excepcionais, sustenta-se a sua incompatibilidade com a natureza constitucional dos recursos especial e extraordinário e seus requisitos específicos de admissibilidade.

Sobre o assunto, argumenta Medina (1999, p. 62):

No caso dos recursos ditos ordinários (*v.g.*, apelação, agravo, etc.), por força dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, as matérias de ordem pública são transladadas ao tribunal, que deverá conhecê-las e julgá-las *ex officio*, sob pena de a decisão ser omissa, cabendo, inclusive, a interposição de embargos de declaração para suprir a omissão (*cf.* CPC, art. 535, inc. II).

Situação diversa ocorre com os recursos extraordinário e especial – chamados pela doutrina de recursos excepcionais, ou extraordinários. As hipóteses de cabimento de tais recursos são estritamente previstas na Constituição Federal (arts. 102, inc. III, e 105, inc. 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.

Essa incompatibilidade decorre, sobretudo, de um dos seus requisitos específicos de admissibilidade, o prequestionamento, que exige a apreciação do tema federal ou constitucional pelo tribunal de origem. Sustenta-se que a necessidade de que a matéria de ordem pública conste obrigatoriamente do acórdão recorrido, bem como das razões do recurso, impossibilita a aplicação do efeito translativo aos recursos especial e extraordinário.

Mello (2007, p. 236) alega que:

O requisito do prequestionamento, ao exigir debate acerca do tema federal na decisão impugnada pelo especial para que este seja admitido, torna impossível a translação na forma delineada no parágrafo acima, na medida em que a constância obrigatória da matéria de ordem pública no aresto recorrido (o prequestionamento) e sua abordagem no recurso especial escapam ao efeito translativo (consistente precisamente no contrário: transporte do tema de ordem pública independentemente de decisão de instância ordinária a respeito e de abordagem em sede recursal).

Monnerat (2006, p. 202) também defende que a previsão legal de conhecimento dessas matérias em qualquer grau de jurisdição colide com a regra específica prevista na Constituição Federal para o conhecimento dos recursos especial e extraordinário. O autor afirma que “o efeito translativo não se aplica aos recursos excepcionais, sendo vedado o exame de qualquer matéria, que não tenha sido objeto de prequestionamento pelo tribunal *a quo*, inclusive as de ordem pública”.

Indaga-se, então, se a matéria de ordem pública pode ser conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de prequestionamento, ou ainda, sem a provocação da parte nas razões recursais. Em outras palavras, aplica-se o efeito translativo aos recursos excepcionais, ainda que de forma mitigada?

Nery Junior (2007, p. 505) explica que, no exercício da competência recursal extraordinária, para que o tribunal superior possa aplicar o efeito translativo e examinar, pela primeira vez, as matérias de ordem pública não suscitadas e/ou não decididas no tribunal de origem, é preciso que o recurso excepcional seja conhecido e provido (cassada a decisão recorrida). Nessa linha, sustenta o autor:

Quando os tribunais superiores (STF, STJ e TST) estiverem no exercício de sua competência recursal extraordinária (*v.g.*, CF 102 III e 105 III), não basta o conhecimento do recurso para que possam aplicar o efeito translativo dos recursos. É imprescindível que, primeiro, *cassem* a decisão recorrida para, depois, em sua função revisora, aplicando o direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257), examinar pela primeira vez matérias de ordem pública. Isto porque os recursos excepcionais têm duas fases (cassação e revisão), sendo que a primeira delas (cassação), a CF estabelece o requisito de que a questão posta tenha sido *efetivamente decidida*, sem o que não caberá o recurso. Como para essa fase a fundamentação e o objeto do recurso são *vinculados*, não se pode aplicar o CPC 267, § 3º que, como é curial, cede diante da exigência da CF 102 III e 105 III. Por isso é que, somente depois de cassada a decisão recorrida, isto é, de *reexaminada* a questão já anteriormente decidida é que poderá o tribunal,

por incidência do efeito translativo do recurso, *examinar* as questões de ordem pública pela primeira vez.

Compartilhando do mesmo entendimento, Souza (2000, p. 313) afirma que:

Resta saber se o recurso especial produz efeito translativo. A melhor resposta parece ser a afirmativa. É que, conhecido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça aplica desde logo o direito à espécie, julgando o caso concreto. Ora, ao julgar a causa, o Superior Tribunal de Justiça pode constatar a ausência de algum pressuposto processual, de alguma condição da ação. Por tal razão, ultrapassada a barreira da admissibilidade, o tribunal deve apreciar de ofício questões de ordem pública.

Nolasco (2006, p. 490) também defende a incidência do efeito translativo aos recursos especial e extraordinário, “mas o reconhecimento de ofício da matéria de ordem pública no âmbito dos recursos extraordinários só pode ser admitido quando impedir o julgamento do mérito do recurso, e desde que não haja necessidade de apreciação de questões de fato e reexame de provas para conhecê-la”.

Portanto, apesar da respeitável posição que nega a aplicação do efeito translativo aos recursos excepcionais por incompatibilidade com a exigência do prequestionamento, atualmente cresce o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que este efeito também é inerente aos recursos especial e extraordinário, ainda que de forma temperada.

Nessa linha de entendimento, ultrapassado o juízo de admissibilidade e conhecido o recurso por outro fundamento, o tribunal superior julgará o mérito, aplicando o direito à espécie. Assim, reconhecendo eventual nulidade processual, falta de condição da ação ou de pressuposto processual, por incidência do efeito translativo, estará autorizado a examinar o vício, independentemente de prequestionamento ou de impugnação da parte nas razões recursais.

O Ministro Teori Albino Zavascki defende que o efeito translativo é inerente ao recurso especial:

Nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que, uma vez superado o juízo de admissibilidade (inclusive o do prequestionamento das matérias atacadas no recurso), o tribunal conheça e enfrente de ofício as relevantes matérias acima referidas (STJ, Primeira Turma, REsp n. 885.152, RS, DJ de 22.02.2007).

Nos dizeres da Ministra Eliana Calmon, “o entendimento é exato na medida em que se pretende fazer do processo instrumento de resultado para a adequada aplicação do direito, mesmo com o compromisso de seguir-se a técnica de um recurso que, como diz o próprio nome, é especialíssimo” (STJ, Segunda Turma, REsp n. 841.414, MT, DJ de 02.03.2007).

3.3 A exigência do prequestionamento nas matérias de ordem pública

Ainda não há uniformidade na doutrina quanto à necessidade do prequestionamento em matérias de ordem pública. Destacam-se, então, três entendimentos a respeito do assunto: (I) as matérias de ordem pública não prequestionadas não podem ser conhecidas no recurso especial ou extraordinário; (II) as matérias de ordem pública podem ser conhecidas independentemente de prequestionamento e de ter sido o recurso conhecido por outro fundamento e (III) as matérias de ordem pública não prequestionadas podem ser conhecidas desde que o recurso seja conhecido por outro fundamento e a Turma Julgadora tiver que julgar o mérito.

Em razão da previsão constitucional taxativa quanto às hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário, daí decorrendo a fundamentação vinculada e o efeito devolutivo restrito ou limitado destes recursos, afirma-se que as matérias que em regra são cognoscíveis em qualquer grau de jurisdição não o são em relação aos recursos excepcionais.

Ortiz (2005, p. 179) explica que, à luz desse entendimento:

mesmo as matérias relativas às condições da ação e pressupostos processuais, estarão sujeitas ao prequestionamento, de modo que, somente poderão ser apreciadas pelos tribunais superiores se tiverem sido previamente discutidas e decididas no acórdão objeto do recurso especial/extraordinário. Ou seja, jamais poderão ser invocadas originariamente no bojo de recursos excepcionais, nem apreciadas e decididas no respectivo acórdão.

Para Medina (1999, p. 254), “sob qualquer prisma que se analise a questão, não cabe recurso especial ou recurso extraordinário em relação a questões não decididas, mesmo que se trate de matéria de ordem pública que, por força de lei, deve ser conhecida *ex officio*”.

Na opinião de Arruda Alvim (1997, p. 170):

Quer-nos parecer que, também neste caso, há necessidade de prequestionamento, porque, caso contrário, não se fará presente o requisito constitucional ensejador do cabimento do recurso especial pela alínea a do inc. III do art. 105 da CF/88. Ou seja, será sempre preciso que o tribunal local tenha apreciado a questão federal objeto do recurso, para viabilizar o acesso ao Superior Tribunal de Justiça, pela via do recurso especial. Ou por outras palavras, o parágrafo 3º do art. 267, assim como o parágrafo 4º do art. 301, dentre outros dispositivos, não se aplicam ao Superior Tribunal de Justiça, pelo menos se for o caso de recurso especial.

Esse também é o entendimento de Eduardo Ribeiro (1991, p. 249):

Não importa, pois, que o tema, trazido para fundamentar o recurso, diga com a ordem pública. Não considerada na decisão recorrida, inexistirá a questão constitucional, ou simplesmente federal, capaz de ensejar o recurso, irrelevante a circunstância de que se exponha a conhecimento de ofício. O princípio não é aplicável aos recursos de natureza extraordinária, já que seus pressupostos originam-se, como dito, de específicas normas constitucionais.

Para esse entendimento, as normas constitucionais são específicas em relação às normas processuais, já que estas dispõem de modo genérico acerca da preclusão das matérias de ordem pública e aquelas prevêm especificamente que as questões devem ter sido decididas no tribunal de origem (MELO, 2006).

Nesse sentido, as normas constitucionais que disciplinam o cabimento dos recursos excepcionais (artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal) não podem ser preteridas em favor das disposições especiais dos artigos 267, § 3º, e 301, § 4º, do Código de Processo Civil. De acordo com essa orientação, portanto, a determinação contida no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil não se estende aos recursos de natureza extraordinária.

Nos dizeres de Martinez (2006, p. 72):

A exigência do prequestionamento é imprescindível ao trânsito do recurso extraordinário e do especial, haja vista estar fundado no direito positivo constitucional. Logo, ainda que o recurso esteja fundamentado em questões de ordem pública, se não decididas no provimento recorrido – independentemente de serem conhecidas de ofício –, inexistirá questão

constitucional ou federal capaz de ensejar os recursos extraordinários, pois são as normas constitucionais que definem os pressupostos de tais recursos.

Critica-se essa orientação sob a alegação de que tal exigência geraria injustiças, além de situações absurdas. Em defesa do seu entendimento, Medina (1999, p. 252) sustenta que não é bem assim:

A uma, porque é estranho aos recursos extraordinário e especial saber se a decisão recorrida foi, ou não justa, porquanto tais recursos voltam-se precipuamente à proteção da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de entendimento acerca da Constituição e de lei federal, na já citada concepção de Pontes de Miranda. No máximo, como se viu, o que se admite é que, ao solucionar a *quaestio juris*, o interesse do litigante acabe por ser satisfeito, mas esse não é o objetivo dos recursos extraordinário e especial.

No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento de que o prequestionamento é indispensável para o exame das matérias de ordem pública. Para muitos, a verdadeira razão desta posição rígida é o enorme volume de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Prestigia-se de modo inflexível nessa orientação jurisprudencial os requisitos específicos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, especialmente o prequestionamento, mesmo diante das matérias de ordem pública.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

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).

[...] (STJ, Terceira Turma, REsp n. 250.544, SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.03.2005).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURÍCOLA. COMPROVAÇÃO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. DOCUMENTOS EM NOME DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE.

1. Ainda que se refira a questão de ordem pública, a matéria não tratada no acórdão recorrido – ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal – não pode ser objeto de exame em sede de recurso especial, por carecer do indispensável prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF.

[...]

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, desprovido (STJ, Quinta Turma, REsp n. 447.655, PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 29.11.2004).

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - LEILÃO DE BENS APRENDIDOS PELO DETRAN - MOTOCICLETAS ALIENADAS PARA EMPRESA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO - PRETENDIDA EXCLUSÃO DOS BENS - NÃO RECONHECIMENTO EM 1ª E 2ª INSTÂNCIAS - ALEGADA NULIDADE, POR INOBSERVÂNCIA DE PRAZO PARA NOTIFICAÇÃO - MATÉRIA AGITADA SOMENTE EM RECURSO ESPECIAL - ALEGAÇÃO NO SENTIDO DE QUE SE TRATA DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

- Não prevalece o entendimento da recorrente no sentido de que, por cuidar de nulidade, matéria de ordem pública, pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado. Assim, se não foi provocado um pronunciamento da Corte de origem acerca dos diplomas normativos tidos por violados e, por conseguinte, se a Turma Julgadora não emitiu juízo de valor sobre os dispositivos tidos por violados, reclama o tema o necessário prequestionamento, requisito viabilizador do acesso à essa instância especial. Com o fito de espancar eventual dúvida, cumpre trazer à balha o posicionamento no sentido de que "esta Corte já pacificou o entendimento de que as questões de ordem pública também devem estar prequestionadas no Tribunal *a quo* para serem analisadas em sede de recurso especial" (cf. Agr. Reg. No Agravo n. 309.700-RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, *in* DJ de DATA:24/2/2003).

- Recurso especial não conhecido (STJ, Segunda Turma, REsp n. 426.397, AC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 08.09.2003).

Processual Civil. Agravo no Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Fundamentação. Ofensa a dispositivos legais. Prequestionamento. Fundamento inatacado.

- Somente é apreciável, no recurso especial, a ofensa a dispositivos legais específicos.

- O recurso especial deve preencher o pressuposto específico do prequestionamento, ainda que a questão federal suscitada seja matéria de ordem pública.

- O agravo deve impugnar os fundamentos suficientes do despacho agravado.

- Agravo não provido (STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag n. 444.498, MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 23.09.2002).

Confirmam-se, ainda, os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282. I – A questão constitucional impugnada no recurso extraordinário não foi objeto de apreciação do acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 282 do STF. II – Matéria de ordem pública não afasta a necessidade do prequestionamento da questão. III – Agravo regimental improvido (STF, Primeira Turma, AI-AgR n. 633.188, MG, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 31.10.2007).

1. O prequestionamento é requisito de admissibilidade recursal na via extraordinária, ainda que a questão debatida seja de ordem pública. 2. Além de ser de índole infraconstitucional, constitui inovação à discussão da lide controversa relativa à prescrição, não impugnada no apelo extremo. 3.

Agravo regimental improvido (STF, Segunda Turma, AI-AgR n. 518.051, GO, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 17.02.2006).

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. I. – Em se tratando de recurso extraordinário, qualquer questão, inclusive de ordem pública, necessita ter sido discutida e apreciada na instância *a quo*. Precedentes. II. – Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. III. – Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. IV. – Agravo não provido (STF, Segunda Turma, AI-AgR n. 505.029, MS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 06.05.2005).

1. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento, exigível, segundo a jurisprudência da Corte, ainda que a matéria seja de ordem pública, cuja declaração deva se dar de ofício: incidência das Súmulas 282 e 356: precedentes (STF, Primeira Turma, RE-AgR-ED n. 254.921, SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13.08.2004).

Observa-se no inteiro teor dos precedentes a seguinte linha de raciocínio: a regra segundo a qual as matérias de ordem pública podem ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição deve ser interpretada como sendo específica para as instâncias ordinárias, não sendo extensiva às instâncias especial e extraordinária.

Para uma posição mais liberal, a exigência do prequestionamento sucumbe diante da importância, para o legislador, da apreciação de temas desta natureza. Na linha desse entendimento, as matérias de ordem pública, por expressa disposição legal, são cognoscíveis de ofício pelos órgãos jurisdicionais, não tendo o legislador explicitado qualquer obstáculo em função dos graus de jurisdição. Pelo contrário, o artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil estabelece claramente que tais matérias devem ser examinadas *ex officio* em qualquer grau de jurisdição. Tal orientação visa privilegiar a lógica do processo e o acesso à ordem jurídica justa.

Esse é o entendimento de Nelson Luiz Pinto (1996, p. 182):

Parece-nos que, relativamente às questões de ordem pública, que, por disposição legal, devem ser conhecidas e decretadas até mesmo *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º), que são, essencialmente, os vícios ligados à falta das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos de existência e de validade do processo, bem como à presença dos pressupostos processuais negativos, deve ser dispensado o prequestionamento, devendo o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecer dessas questões, evitando-se, assim, o trânsito em julgado da decisão viciada, que poderá ensejar a propositura de ação rescisória (art. 485, V, do CPC).

Essa também é a opinião de Mancuso (1999, p. 194):

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.

Há um terceiro entendimento que flexibiliza a exigência do prequestionamento no caso de o recurso ser conhecido por outro fundamento. Essa posição decorre da interpretação da Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”, bem assim do artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

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

Barbosa Moreira (2001, p. 592) comenta a aplicação do direito à espécie no julgamento dos recursos especial e extraordinário:

Note-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê a *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga “a causa” (*rectius*: a matéria objeto da impugnação), como rezam o art. 324, *fine*, do regimento interno do Supremo Tribunal Federal – que não é mera norma “permissiva” -, e o art. 257, *fine*, do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Nisso se distinguem os nossos recursos extraordinário e especial não apenas dos “recursos de cassação” de tipo francês, mas também do seu equivalente argentino, tal como tem funcionado na prática. Só quando o fundamento do recurso consista em *error in procedendo* é que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ao dar-lhe provimento, anula a decisão da instância inferior e, se for o caso, faz baixar os autos, para que outra ali se profira.

Para Nagib (2007, p. 145), “*judgar a causa* significa decidir concretamente a matéria objeto da impugnação, e não simplesmente assentar a tese com base na qual ela será decidida por outro órgão do Judiciário”.

Aplicando-se o entendimento contido na Súmula nº 456 do STF e no artigo 257 do RISTJ, os recursos excepcionais, uma vez conhecidos, ocasionam o efeito translativo, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não ficam adstritos à devolução da matéria alegada, podendo examinar as questões de ordem pública, pois a sua cognição é sobre toda a causa (GÓES, 2005).

Mello (2007, p. 238) esclarece que:

Forte na premissa de que o processo é instrumento a serviço da realização do direito material, o entendimento sumulado em referência significa que, instaurando-se a competência jurisdicional do STJ mediante admissão do recurso especial, questões cognoscíveis de ofício e que não tenham sido decididas nas instâncias ordinárias comportarão avaliação na seara do apelo especial.

Nagib (2007 p. 145) explica que o julgamento do recurso extraordinário (bem assim do recurso especial), ao contrário dos recursos ordinários, divide-se em duas etapas. Segundo o autor:

Na primeira, o STF examina, a partir das alegações deduzidas pelo recorrente – a quem o art. 541, II, do CPC, impõe o ônus de demonstrar o cabimento do recurso -, se a decisão recorrida incidiu em qualquer das hipóteses relacionadas nas alíneas do inciso III do art. 102 da Constituição. Se verificar que isto ocorreu, concluirá pelo cabimento do recurso e passará à segunda etapa, que é a do julgamento da causa. Portanto, o recurso é cabível desde que propicie o julgamento da causa.

A primeira fase termina com a decisão de conhecimento ou não conhecimento do recurso. Se entender que é cabível, o STF conhecerá do RE. Se entender que não é cabível, dele não conhecerá, ainda que para chegar a tal conclusão tenha tido de examinar em profundidade a alegação de ofensa a dispositivo da Constituição, na hipótese de recurso interposto com fundamento na letra “a” do permissivo constitucional.

Conhecendo do recurso, o STF passa à segunda fase, que é a do julgamento da causa. Nessa fase, o Tribunal já não se limitará às questões de direito veiculadas no recurso, devendo apreciar todos os aspectos necessários à solução da demanda, respeitados, naturalmente, os limites da matéria impugnada. Se o julgamento da causa for favorável ao recorrente, o Tribunal dará provimento ao recurso; do contrário, negar-lhe-á provimento.

Quando se afirma que os recursos excepcionais são de fundamentação vinculada, o que se pretende exprimir é que eles passam por um rigoroso juízo de admissibilidade, mas uma vez admitidos, o juízo de mérito é totalmente amplo, abrangendo as questões de ordem pública (GÓES, 2005).

Assim, uma vez afirmado o cabimento do recurso, o exame de matéria de ordem pública, mesmo não prequestionada, pode ser necessária ao julgamento da causa.

Partindo dessa premissa, ultrapassado o juízo de admissibilidade e conhecido o recurso especial ou extraordinário por outro fundamento, o tribunal superior deverá necessariamente apreciar as matérias de ordem pública, seja de ofício, seja por provocação da parte, em ambos os casos dispensando a exigência de que o tema tenha sido enfrentado nas instâncias ordinárias.

Ruy Rosado (2006, p. 286) faz algumas observações oportunas a respeito desse entendimento:

a) O conhecimento que permite apreciação de questão de ordem pública é o conhecimento do recurso especial por fundamento que levará à apreciação do mérito da demanda. Se o conhecimento for de questão diferente do mérito, não caberia o reconhecimento da questão de ordem pública. Isto é: A questão de ordem pública deve ser uma passagem para o julgamento que o tribunal vai proferir no especial. Assim, se o Recurso Especial for questão de honorários, conhecido o recurso por qualquer dos fundamentos, não caberia ao tribunal anular o processo por ilegitimidade da parte.

b) Não me parece cabível julgar contra o interesse do único recorrente, fundado em questão de ordem pública, que não foi prequestionada, nem suscitada pela parte, para piorar a situação do recorrente. Isso não se aplicaria quando o acórdão é em um sentido e por um fundamento, e o STJ mantém a conclusão do julgamento, mas por outro fundamento, invocando regra de ordem pública em tema não prequestionado, porque nesse caso, não se agrava a situação do recorrente, apenas se amplia a fundamentação.

Ortiz (2005, p. 182) sustenta que:

Uma vez ultrapassada a fase de admissibilidade recursal, e, iniciado o exame do mérito do recurso, será plenamente possível, sob o ponto de vista técnico-processual, o reconhecimento e proclamação, pelo Tribunal Superior *ad quem*, da existência de vícios estruturais absolutos relacionados às condições da ação e pressupostos processuais cuja envergadura seja capaz de obstar a apreciação do mérito da própria lide subjacente.

Segundo Melo (2006, p. 26):

O prequestionamento, nessa medida, não deve ser contemplado de modo absoluto, sob pena de contribuir à inexistência de uma efetiva prestação jurisdicional, sendo possível, e até recomendável, que, em relação às questões de ordem pública, seja relativizada a sua concepção, no sentido de se dispensar a exigência.

Na opinião de Lucon (2004, p. 489), o temperamento quanto à exigência do prequestionamento nas matérias de ordem pública é de suma importância para evitar decisões inúteis, nulidade absoluta e inexistência do processo. Nesses casos, a violação à norma jurídica por inobservância de preceito de ordem pública não pode ser desconsiderada pelas instâncias superiores para o próprio bem da boa administração da justiça.

Conforme os ensinamentos de Boccuzzi Neto (2007, p. 447):

Esta proposta de admitir a flexibilização das regras inerentes aos recursos excepcionais, quando envolvida questão de ordem pública sobre a qual deva haver a manifestação do órgão julgador, é, também, a iniciativa de conceber um processo como instrumento de realização da justiça, flexibilizando a interpretação do direito formal como meio de ampliar seu campo de atuação e dar maior efetividade ao direito material tutelado pela jurisdição.

Não deve o intérprete apegar-se à literalidade das regras constitucionais. Deve, em vez disso, interpretar a Constituição de forma sistêmica, como forma de prestigiar os direitos fundamentais propugnados para atingir um Estado Democrático de Direito.

[...]

Em razão da própria reformulação do conceito de jurisdição, cujo elástico foi ampliado, devemos conceber um novo processo civil, com predominante função social.

Essa orientação, ainda minoritária, revela uma tendência de abrandamento quanto à exigência do prequestionamento nas matérias de ordem pública, podendo ser observada nos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

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

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem.

2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ).

3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, o regular processamento da causa, é cabível, uma vez superado o juízo de admissibilidade do recurso especial, conhecer, mesmo de ofício, a matéria prevista no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.

4. No caso dos autos, o acórdão recorrido não tem relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Decidiu sobre a responsabilidade pela apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS em Juízo, enquanto a pretensão recursal posta na apelação discute a possibilidade de o magistrado rejeitar liminarmente embargos à execução cuja inicial venha desacompanhada dos cálculos dos valores que a embargante entende devidos, sem que lhe seja oportunizada a apresentação de emenda.

5. Recurso especial conhecido para, de ofício, declarar a nulidade do acórdão que julgou a apelação (STJ, Primeira Turma, REsp n. 885.152, RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 22.02.2007).

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - PARQUE NACIONAL DA CHAPADA DOS GUIMARÃES - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO IBAMA - RECONHECIMENTO *EX OFFICIO*.

1. 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).

2. O Decreto-lei 3.365/1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, em seu art. 2º, estabelece que "todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios", sendo, pois, estes entes os que detêm, originariamente, a competência para a ação de expropriação e, conseqüentemente, para responder por pedidos de indenização em ação de desapropriação indireta.

3. Previu o art. 3º do citado decreto-lei, entretanto, a possibilidade de os "concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público" promoverem desapropriações, que haveria de ser autorizada expressamente em lei ou contrato.

4. Não se pode entender que o art. 3º do Decreto 97.656/1989, que criou o Parque Nacional da Chapada dos Guimarães, conferiu implicitamente ao IBAMA competência para desapropriação, pois, consoante o art. 3º do Decreto-lei 3.365/4, essa autorização somente pode ser concedida de modo expresso.

5. Conhecer do recurso especial do MPF para considerar a ilegitimidade passiva *ad causam* do IBAMA (STJ, Segunda Turma, REsp n. 841.414, MT, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 02.03.2007).

PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE IMPETRADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento.

2. Excepciona-se caso o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial.

3. Aplicação analógica da Súmula n.º 456/STF, segundo a qual "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".

4. *In casu*, deveriam os autos regressar à origem por violação ao art. 535 do CPC, porquanto omitiu-se o tribunal quanto à análise da falta de interesse de agir da impetrante, questão alegada desde as informações da autoridade impetrada.

5. Não obstante, ausente uma das condições da ação, deve o processo ser extinto sem julgamento de mérito por absoluta ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, aplicando-se o efeito translativo do recurso especial, já que o apelo seria conhecido e provido por violação ao art. 535 do CPC.

6. Impõe-se, em consequência, a anulação *ex officio* do acórdão recorrido e a extinção do processo sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, IV e VI, do CPC, por absoluta ilegitimidade passiva da autoridade impetrada.

7. Recurso especial prejudicado (STJ, Segunda Turma, REsp n. 789.937, GO, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 20.04.2006).

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. PROVISÃO DE OFÍCIO.

A REGRA DO ART. 267, PARAG. 3. , DO CPC, SO PODE SER APLICADA NA INSTÂNCIA ESPECIAL UMA VEZ CONHECIDO O RECURSO, QUANDO, ENTÃO, APLICA-SE O DIREITO À ESPÉCIE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGOU PROVIMENTO (STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag n. 65.827, RJ, Relator Ministro Costa Leite, DJ de 13.05.1996).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. AFRMM. ISENÇÃO. DECRETO-LEI N.S 2.404/87 E 2.414/88. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE.

I - APLICAÇÃO DO DIREITO E ESPÉCIE (ART. 257 DO RI/STJ).

II- CONFORME DECIDIU ESTA TURMA, "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 QUE SE CONHECE PARA JULGAR EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MERITO (CPC, ART. 267, VI) (STJ, Segunda Turma, REsp n. 32.410, PE, Relator Ministro José de Jesus Filho, DJ de 20.06.1994).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE. ISENÇÃO. DDLL NUMS. 2404/87 E 2414/88. - APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE (ART. 257, RISTJ). CONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DAS MATÉRIAS ATINENTES ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO E AOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MERITO (ART. 267, VI, DO CPC). PRECEDENTE. (STJ, Segunda Turma, REsp n. 41.226, PR, Relator Ministro Américo Luz, DJ de 06.06.1994).

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE (SUMULA N. 456 - S.T.F. E RISTJ, ART. 257). AMPLITUDE.

I - CARACTERIZADO O DISSENSO ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E O PARADIGMA COLACIONADO, QUANTO À NATUREZA DA ISENÇÃO, IMPÕE-SE, NA ESPÉCIE, O 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 PRÁTICAS ATINENTES ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO E OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS.

III - RECURSO ESPECIAL DE QUE SE CONHECE, A FIM DE SE JULGAR

EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MERITO (C.P.C., ARTIGO 267, VI) (STJ, Segunda Turma, REsp n. 36.663, RS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 08.11.1993).

Adotando essa posição ainda minoritária, o Superior Tribunal de Justiça já examinou as seguintes matérias de ordem pública independentemente de prequestionamento: julgamento *extra e ultra petita*, *reformatio in pejus*, ilegitimidade passiva, ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública, impossibilidade jurídica do pedido, incompetência absoluta e ausência de citação de litisconsorte passivo necessário.

Quando os tribunais superiores se furtam a reconhecer uma questão de ordem pública, há um comprometimento da prestação jurisdicional justa e adequada e do processo de resultado (GAIA, 2006).

Dizer simplesmente que os recursos excepcionais são absolutamente dependentes de uma questão decidida pelo tribunal *a quo* desemboca num exagero que é avesso à razoabilidade intrínseca à ciência do direito e ao caráter publicístico e inquisitório do processo (ROSA, 2006).

A razão de ser do conhecimento de ofício das questões de ordem pública, em qualquer tempo e grau de jurisdição, está ligada a um fundamento maior, relacionado ao papel do Estado-juíz no processo. Interessa ao próprio Estado que sejam observadas as regras disciplinadoras do desenvolvimento regular do processo para que seja alcançado o resultado útil da prestação jurisdicional.

É dever do juiz fiscalizar a regularidade do processo, buscando evitar decisões eivadas de nulidades processuais. Diante de um vício de ordem pública, o julgador não pode ignorá-lo, mantendo a situação processual irregular em prejuízo do interesse público e das próprias partes. A cognição de ofício dessas matérias garante, assim, a boa administração da justiça, a segurança jurídica e a efetividade da prestação jurisdicional.

O que se pretende é que não persistam situações em que o irrestrito apego aos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais possa gerar convalidação de lesão a matérias de ordem pública (MELLO, 2007). Evitam-se, assim, decisões viciadas e inúteis, que inclusive podem ensejar a propositura de ação rescisória e ação autônoma de impugnação.

A ciência processual moderna 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 (ROSA, 2006). A dogmática formal cede espaço à instrumentalidade e efetividade da jurisdição.

Todavia, em que pese a sua importância, as questões de ordem pública não devem afastar o requisito do prequestionamento em qualquer hipótese.

Como bem elucida Ruy Rosado (2006, p. 286):

Isso significaria alterar substancialmente o sistema recursal desenhado na Constituição, transformando o STJ em tribunal de revisão ordinária dos julgados dos tribunais locais, desfigurando a sua posição, aumentando ao infinito o número dos recursos e permitindo o uso abusivo das “nulidades guardadas”, a serem suscitadas depois de vencida a instância ordinária. Na situação mais favorável, a sua apreciação acontecerá sem prequestionamento, quando necessária para a aplicação do direito à espécie, no recurso conhecido por outro fundamento.

O prequestionamento é importante para efeito de conhecimento do recurso. Por isso, se o único fundamento do recurso especial ou extraordinário for a violação à matéria de ordem pública não enfrentada pelo tribunal de origem, o tribunal superior não poderá apreciá-la. Mas superado o juízo de admissibilidade porque o recurso foi conhecido por outro fundamento, deverá o tribunal superior examinar a questão de ordem pública independentemente de prequestionamento. Conhecido o recurso, a cognição sobre a causa é ampla.

Nesse sentido, argumenta Oliveira (2000, p. 267):

A ventilação ou não da questão de ordem pública na decisão recorrida mostra-se importante para efeito de conhecimento do recurso excepcional quando seja o fundamento invocado no recurso. Caso o recurso excepcional 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 ao conhecimento do recurso, não podendo, portanto, o tribunal superior 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 excepcional – ou seja, ultrapassado o juízo de admissibilidade – deverá o tribunal analisar de ofício matéria de ordem pública, porquanto não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira o tribunal superior decisão de mérito eivada de vício.

Essa parece ser a posição tecnicamente mais adequada e conciliadora dos princípios constitucionais e processuais em conflito, a de dispensar a exigência do prequestionamento para as matérias de ordem pública quando, conhecido o recurso especial ou extraordinário por outro fundamento, for necessária a aplicação do direito à espécie para o julgamento do mérito do recurso.

Se por um lado a exigência do prequestionamento não pode representar um óbice intransponível ao conhecimento das matérias de ordem pública pelos Tribunais Superiores, por outro lado também não pode ser desconsiderada a natureza constitucional dos recursos excepcionais e de seus requisitos específicos de admissibilidade.

Para conhecer dos recursos especial e extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal devem observar rigorosamente os requisitos específicos desses recursos, mas ultrapassado o juízo de admissibilidade, devem aplicar o direito à espécie e, para atingir tal finalidade, ingressam em toda a causa, cumprindo-lhes examinar as questões de ordem pública independentemente de prequestionamento ou de provocação da parte nas razões recursais.

Se não fosse assim, estaria suprimida dos julgadores das Cortes Superiores a capacidade de exercer a função jurisdicional em sua plenitude, chegando-se à conclusão equivocada de que a medida de jurisdição alocada na competência dos julgadores das instâncias ordinárias é maior do que aquela contida na competência recursal dos Tribunais Superiores.

4. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES

4.1 Conceito e finalidade

Os embargos de declaração se constituem no instrumento processual destinado a expungir do julgamento obscuridade, contradição ou omissão (artigo 535 do Código de Processo Civil). Nesse sentido, verificando-se a omissão, seja por não ter sido apreciada a matéria articulada pelas partes, ou por ter sido decidida com fundamentação diversa, seja em razão de o tribunal de origem não ter examinado de ofício determinadas questões, impõe-se necessário o pedido de declaração.

Comumente esses embargos são chamados de “prequestionadores” (MANCUSO, 1999), porque servem ao exclusivo propósito de prequestionar o ponto a ser agitado no recurso extraordinário ou no recurso especial, suprimindo as exigências das Súmulas 282¹ e 356² do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 211³ do Superior Tribunal de Justiça.

Deve-se atentar para o fato de que os embargos hão de ser “prequestionadores”, e não “pós-questionadores” (NEGRÃO, 1997). Dessa forma, não podem ser utilizados para suscitar a questão pela primeira vez no processo. Devem ser utilizados para que o tribunal *a quo* se manifeste a respeito de uma questão constitucional ou federal já suscitada pelas partes nas instâncias ordinárias, mas que sobre ela permaneceu silente o órgão julgador.

Não pode a oposição dos embargos de declaração “prequestionadores” ser considerada protelatória, nos termos da Súmula 98 do Superior Tribunal de Justiça.⁴ Como conseqüência, não poderá ser aplicada a multa prevista no artigo 538,

¹ Súmula 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

² Súmula 356 do 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”.

³ Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

⁴ Súmula 98 do STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

parágrafo único, do Código de Processo Civil. No entanto, correta é aplicação da multa quando os embargos são apresentados com o intuito de elucidar questões que já foram exaustivamente examinadas pelo acórdão, demonstrando tão-somente a irresignação do embargante com o resultado do julgamento.

Ressalta-se que é insuficiente, para caracterizar o prequestionamento, o mero acolhimento dos embargos declaratórios somente para considerar prequestionados os pontos solicitados, sem a devida discussão do tema.

Em razão da divergência de entendimento quanto à exigência do prequestionamento para as matérias de ordem pública, recomenda-se a prévia utilização dos embargos declaratórios. Assim, havendo omissão por parte do órgão jurisdicional de segundo grau na análise de questão de ordem pública, compete ao recorrente buscar o prequestionamento do tema com a oposição dos embargos de declaração.

4.2 Análise comparativa entre a Súmula 356 do STF e a Súmula 211 do STJ

Pode ocorrer que o tribunal *a quo* continue omissivo, mesmo após a oposição dos embargos de declaração. Surge, então, um problema de ordem técnica: o requisito do prequestionamento estaria satisfeito pela simples oposição dos embargos de declaração ou ainda estaria descumprido ante a falta de pronunciamento do órgão julgador? Soluções diversas são indicadas pelas Súmulas 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito da necessidade de apresentação dos embargos de declaração para suprir o requisito do prequestionamento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 356, que estabelece que “o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Ocorre que a redação da súmula permite concluir que basta a apresentação dos embargos declaratórios para ter-se caracterizado o prequestionamento, independentemente do seu desfecho (OLIVEIRA, 1999). Como consequência, o

recurso extraordinário seria cabível quanto ao ponto em relação ao qual o acórdão permaneceu omissa após a decisão dos embargos, em razão da ocorrência de um “prequestionamento ficto”, ou seja, uma presunção de que a questão constitucional ou federal foi prequestionada (BUENO, 1999).

Argumenta-se que nada mais poderia se exigir do recorrente, que teria utilizado todos os meios legais capazes de provocar o julgamento da questão (MEDINA, 1999). Se o resultado dos embargos fosse indispensável para aferir o prequestionamento, estaria sendo imposta uma condição impossível de acesso às instâncias superiores, pois o recorrente não tem poderes para obrigar que os membros do tribunal local cumpram seu dever, emitindo juízo sobre as questões omissas (MONTEIRO, 1992).

Adotando esse entendimento, numerosos são os acórdãos do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PREQUESTIONAMENTO MEDIANTE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. A rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, *a contrario sensu*, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador. A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas, se opostos, o tribunal *a quo* se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (STF, Primeira Turma, RE n. 214.724, RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 06.11.1998).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356. O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela (STF, Primeira Turma, RE n. 210.638, SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.06.1998).

Outra corrente jurisprudencial, sustentada especialmente pelo Ministro Marco Aurélio, surgiu no Supremo Tribunal Federal, adotando o entendimento contrário de que a decisão omissa proferida pelo tribunal de origem no julgamento dos embargos de declaração, ante a existência de *error in procedendo*, deverá ser anulada para que outra seja proferida em seu lugar. Dessa forma, o recurso extraordinário deverá ser interposto com base na violação ao artigo 5º, LV, da

Constituição Federal, e não com base na matéria sobre a qual o tribunal não se pronunciou.

Seguindo essa orientação, verificam-se os seguintes precedentes:

RECURSO – PREQUESTIONAMENTO. Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, incumbindo à parte sequiosa de ver o processo guindado à sede extraordinária instá-lo a tanto. Persistindo o vício de procedimento, de nada adianta articular no extraordinário a matéria de fundo, em relação à qual não houve adoção de enfoque. Cumpre veicular no recurso não o vício de julgamento, mas o de procedimento, ressaltando-se não haver ocorrido a entrega completa da prestação jurisdicional – inegavelmente matéria pertinente à Carta. A razão de ser do prequestionamento está na necessidade de proceder-se a cotejo para, somente então, dizer-se do enquadramento do recurso no permissivo constitucional (STF, Segunda Turma, AGRRE n. 210.769, SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 25.06.1999).

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO IV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese no sentido de que a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. Embargos declaratórios - omissão. Uma vez constatado o silêncio sobre matéria de defesa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios. Persistindo o órgão julgador no vício de procedimento, tem-se a transgressão ao devido processo legal no que encerra garantia assegurada, de forma abrangente, pela Carta da República - artigo 5º, inciso LV (STF, Segunda Turma, RE n. 170.463, DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 20.03.1998).

Essa divergência está superada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde foi editada a Súmula 211, com o seguinte teor: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

De acordo com a Súmula 211, não basta a oposição dos embargos de declaração para caracterizar o prequestionamento. É necessário que a questão federal tenha sido apreciada e resolvida pelo tribunal de origem. A falta de manifestação do tribunal *a quo* enseja o recurso especial com base na violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, no qual se postulará a anulação do acórdão proferido nos embargos. Somente após o eventual acolhimento deste recurso, e a

cassação do acórdão, terá cabimento novo recurso especial contra o outro acórdão, com base na questão federal em que se funda a causa (BUENO, 2000).

Confirmam-se os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGATIVA DE PROVIMENTO – AG. REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – NÃO ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA AO ART. 535, DO CPC.

1 – Não cabe recurso especial se, apesar de provocados em sede de embargos declaratórios, o tribunal *a quo* não apreciou a matéria. Aplicação da Súmula 211, desta Corte.

2 – Para o conhecimento do recurso, necessário seria o recorrente interpô-lo alegando ofensa, também, ao art. 535, do CPC. Precedentes (REsp. nºs 70.644/RJ e 176.416/PR; AG nºs 95.882/PR e 64.527/MA).

3 – Agravo regimental conhecido, porém, desprovido (STJ, Quinta Turma, AGRAGA n. 251.942, RS, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 17.02.2003).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO FEDERAL. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ARTIGO 535. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 211 DO STJ.

1. Nos casos em que o tribunal de 2ª instância se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão. Inteligência da Súmula 211 do STJ.

2. Agravo regimental improvido (STJ, Primeira Turma, AGA n. 456.809, RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.02.2003).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO REITERADA PELO ÓRGÃO JULGADOR. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. NECESSIDADE DE JURISPRUDÊNCIA ITERATIVA DO STJ. I. A mera oposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento não satisfaz a respectiva exigência se o tribunal recalitra em não examinar a controvérsia à luz dos preceitos legais apontados como violados no recuso especial. Neste caso, faz-se imprescindível a veiculação de ofensa à regra processual do art. 535, do CPC, no bojo do apelo nobre. Não o fazendo, torna-se inadmissível dele conhecer, por falta de prequestionamento, mormente se na hipótese em que o acórdão hostilizado decidiu a lide, o fez com apoio em acordo realizado entre as partes (Súmulas 282 e 280 do STF e 211 do STJ). II. Agravo interno improvido (STJ, Segunda Turma, AGA n. 238.362, SP, Relatora Ministra Nancy Andriahi, DJ de 01.08.2000).

Tal concepção contribui para o retardamento da prestação jurisdicional, porque os autos devem retornar ao tribunal de origem para ser realizado novo julgamento dos embargos declaratórios. Contudo, o entendimento de estar configurado o prequestionamento pela simples alegação do tema nos embargos, sendo dispensada a sua expressa apreciação pelo tribunal local, embora facilite a

célere prestação jurisdicional, traz contradição insanável na exigência do pressuposto em comento, pois, ou é necessário como consectário lógico dos recursos excepcionais, ou não é, e por isso deve ser dispensado em qualquer caso (SARAIVA, 2002). Não se justifica, portanto, a atenuação da exigência em determinados casos, em nome da celeridade processual.

Como visto, a rejeição dos embargos de declaração, permanecendo omissivo o tribunal de origem a respeito da questão constitucional ou federal invocada, tem conseqüências distintas, dependendo da corrente jurisprudencial: para a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a matéria está prequestionada; para a Segunda Turma do mesmo Tribunal e para o Superior Tribunal de Justiça, a matéria permanece não prequestionada, devendo a decisão proferida nos embargos ser anulada, por violação ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal ou ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Diante dessa constatação, indaga-se: seria concebível no ordenamento jurídico brasileiro duas concepções diversas acerca do prequestionamento, exigindo comportamentos processuais distintos por parte dos litigantes? (BUENO, 2000)

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a orientação estabelecida pela Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, embora conflitante com aquela adotada na Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal (STF, Primeira Turma, AGRAG n. 198.631, PA, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.1997).

Na opinião de Araken de Assis (2002, p. 27):

A par das ressalvas à sofrível técnica de aplicação dessas súmulas, há embaraçosa divergência de critérios entre o STF e o STJ, para averiguar a afloração dos tipos constitucionais, em que pese a redação uniforme das letras dos incisos III dos arts. 102 e 105 da CF.

Admitiu o confronto a 2ª Turma do STJ, com encantadora naturalidade, enfatizando: “O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento no recurso extraordinário (Súmula 356) e no recurso especial (Súmula 211)”. Do ponto de vista das partes, considerando a possibilidade da afloração simultânea das questões federal e constitucional no mesmo julgado, a diferença revela-se potencialmente desorientadora, a um só tempo tornando admissível o recurso extraordinário, porque interpôs embargos declaratórios, embora rejeitados, e inadmissível o recurso especial, porque rejeitados os embargos interpostos. A individualização dos capítulos do julgado, para a interposição concomitante dos recursos

excepcionais, e sua adequação ao princípio da singularidade, já é tema muito árduo, dispensando esta ulterior complicação.

Em princípio, competirá ao STF resolver o imbróglio, porquanto o requisito de admissibilidade do recurso especial, posto na alínea a do inciso III do art. 105 da CF/88, cria questão constitucional. No entanto, a Corte Constitucional, até o presente momento, demitiu-se da intrincada e urgente tarefa, entendendo inviável o exame dos pressupostos de cabimento do recurso especial, porque indireta ou oblíqua a ofensa à Carta Política. Em outro julgado, o STF rejeitou infração àquele dispositivo “se a decisão proferida pelo STJ não afirma a desnecessidade do prequestionamento para o conhecimento do recurso especial”. A vingar a tese, o STJ assume, no tocante à admissibilidade do recurso especial, a exegese soberana do texto da Carta Política.

Não se justifica a diversidade de entendimento, diante da igualdade de tratamento dos recursos conferida pela Constituição Federal. Os dois dispositivos estabelecem que, serão cabíveis os recursos quanto a “causas decididas”, “quando a decisão recorrida” enquadrar-se em uma de suas alíneas. De acordo com as normas constitucionais, poderão ser interpostos os recursos extraordinário e especial se a decisão recorrida apreciar a questão constitucional ou federal (MEDINA, 1999). Não havendo decisão sobre tais questões, a interposição dos recursos é inadmissível. Dessa forma, a simples oposição dos embargos de declaração nada significa. Decisivo é o resultado que se obtém com sua apresentação, desde que se obtenha o pronunciamento almejado (OLIVEIRA, 1999).

Constata-se, então, que o entendimento encerrado na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça expressa corretamente o que se deve entender por prequestionamento: enfrentamento da questão federal ou constitucional pela decisão recorrida (BUENO, 2000). Já a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal não oferece solução adequada para o instituto em estudo.

Portanto, se a decisão a que se visa impugnar via recurso extraordinário ou especial é omissa, a despeito da oposição de embargos de declaração, não estão presentes os requisitos constitucionais mencionados. Poderá o recorrente opor novos embargos de declaração, ou poderá, desde logo, interpor o recurso extraordinário ou o especial contra a rejeição dos embargos, e não para discutir a questão que se pretendia prequestionar.

Conforme o caso, caberá recurso extraordinário com base na violação ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, ou recurso especial com base na violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, postulando-se a anulação da decisão proferida nos embargos (BUENO, 1999). Se o recurso for provido, os autos

retornarão à origem para que o tribunal local se manifeste acerca dos embargos, integrando a decisão, e só então poderá ser interposto o recurso extraordinário ou o especial com base na matéria de fundo.

Na atuação prática do processo civil, o tema vem gerando insegurança para os recorrentes. Como não há uniformidade de entendimentos, cabe ao recorrente argüir toda a matéria de defesa, segundo o princípio da eventualidade, pronunciando-se, desde logo, sobre o mérito do recurso, sob pena de precluir o direito. Dessa forma, se o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal entender que não houve omissão no julgado, nem negativa de prestação jurisdicional, será analisada imediatamente a matéria em que se funda a ação.

Nesse sentido, assinala Santos (2002, p. 79):

Portanto, quando a parte tiver seus embargos de declaração rejeitados, ou acolhidos sem a emissão de juízo explícito sobre o tema constitucional, deverá, em decorrência do princípio da eventualidade, deduzir preliminarmente em seu recurso extraordinário a alegação de violação ao art. 5º, LIV e LV, da Carta Magna, e requerer a cassação do acórdão recorrido. Após a argüição da preliminar, deverá ser suscitado o próprio mérito recursal. Nesse contexto, se o recurso for distribuído à 2ª Turma, esta cassará o acórdão recorrido e mandará que o tribunal *a quo* decida a questão jurídica, e se for distribuído à 1ª Turma, esta julgará de imediato o mérito recursal. Além disso, outra alternativa para aumentar as chances de conhecimento do recurso extraordinário neste caso é a interposição simultânea do recurso especial, alegando violação ao art. 535, II, do CPC ou 619 do CPP.

Como se vê, a falta de unificação da jurisprudência do STF sobre a interpretação da Súmula 356 vem acarretando sério transtorno e insegurança às partes que pretendem recorrer àquele Pretório Excelso. Porque dependendo da Turma para a qual o recurso for distribuído, diferente será o seu destino. Portanto, urge que o Pleno do STF pacifique de uma vez por todas a matéria.

O tratamento da matéria deve ser uniformizado com urgência, sob pena de total ineficácia do sistema recursal delineado pela Constituição Federal. Afinal, uma das missões institucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça consiste na preservação da inteireza do ordenamento jurídico, não se justificando entendimentos divergentes por parte das Cortes Superiores acerca do prequestionamento.

5. CONCLUSÃO

O prequestionamento é um requisito específico de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial que decorre de sua natureza extraordinária. Esses recursos são de fundamentação vinculada; não se prestam à rediscussão dos fatos da causa, nem à reapreciação de provas. Os fatos reconhecidos pelo acórdão recorrido não podem ser modificados, somente se permitindo discutir sobre a aplicação da norma federal ou constitucional. Além disso, o efeito devolutivo nos recursos extraordinário e especial é restrito às hipóteses mencionadas no texto constitucional e às matérias prequestionadas.

A exigência do prequestionamento constou expressamente dos textos constitucionais de 1891, 1934, 1937 e 1946. Já a Constituição de 1967 e a Constituição de 1988 não utilizaram o termo de forma clara, o que despertou dúvidas, em certo momento, quanto à constitucionalidade do requisito.

Interpretando a atual Constituição, constata-se que a exigência continua presente no alcance da expressão “causas decididas” constante nos artigos 102, inciso III e 105, inciso III. Esta expressão evidencia que apenas a matéria sobre a qual o tribunal *a quo* tenha se pronunciado pode ser objeto de impugnação, sob pena de inadmissibilidade dos recursos.

Prequestionamento significa manifestação inequívoca do tribunal de origem a respeito da questão constitucional ou federal. Não há na Constituição Federal qualquer indicativo de que a matéria deva ser objeto de postulação anterior da parte. O que importa é que o julgado tenha afrontado a Constituição ou a lei federal. Portanto, constata-se sua presença pelo exame da decisão recorrida.

Para que esteja preenchido o requisito, basta que a questão jurídica tenha sido enfrentada pelo acórdão recorrido, não se fazendo necessária a referência expressa ao dispositivo legal ou constitucional que se alega ter sido violado. Contudo, a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal exige o juízo explícito.

Há prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pelo acórdão recorrido, e há prequestionamento implícito quando,

apesar de não haver menção expressa à norma, a questão jurídica tiver sido enfrentada.

A principal discussão do presente estudo diz respeito à exigência do prequestionamento para as matérias de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo julgador, independentemente de iniciativa da parte ou interessado, em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

O entendimento quanto ao exame de ofício dessas matérias é pacífico em se tratando de graus de jurisdição ordinária. Já nos graus de jurisdição especial e extraordinária, a questão é mais complexa em razão do requisito do prequestionamento.

O conhecimento de ofício das matérias de ordem pública tem como fundamento o efeito translativo, que consiste na automática transferência dessas questões ao tribunal, independentemente de ter havido decisão a esse respeito na instância recorrida e ainda que a parte não tenha abordado tal assunto em seu recurso.

O efeito translativo amolda-se perfeitamente à natureza jurídica dos recursos ordinários. Quanto aos recursos excepcionais, sustenta-se a sua incompatibilidade com a natureza constitucional dos recursos especial e extraordinário e seus requisitos específicos de admissibilidade, sobretudo, o prequestionamento.

Apesar da respeitável posição que nega a aplicação do efeito translativo aos recursos excepcionais por incompatibilidade com a exigência do prequestionamento, defende-se neste estudo a posição segundo a qual este efeito também é inerente aos recursos especial e extraordinário, ainda que de forma temperada.

Nessa linha de entendimento, ultrapassado o juízo de admissibilidade e conhecido o recurso por outro fundamento, o Tribunal Superior julgará o mérito, aplicando o direito à espécie. Assim, reconhecendo eventual nulidade processual, falta de condição da ação ou de pressuposto processual, por incidência do efeito translativo, estará autorizado a examinar o vício, independentemente de prequestionamento ou de impugnação da parte nas razões recursais.

Essa orientação decorre da interpretação da Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, os recursos excepcionais, uma vez conhecidos, ocasionam o efeito translativo, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não

ficam adstritos à devolução da matéria alegada, podendo examinar as questões de ordem pública, pois a sua cognição é sobre toda a causa.

Conhecido o recurso especial ou extraordinário por outro fundamento, as Cortes Superiores deverão necessariamente apreciar as matérias de ordem pública, seja de ofício, seja por provocação da parte, em ambos os casos dispensando a exigência de que o tema tenha sido enfrentado nas instâncias ordinárias.

O temperamento quanto à exigência do prequestionamento nas matérias de ordem pública é de suma importância para evitar decisões inúteis, nulidade absoluta e inexistência do processo. A inobservância de preceito de ordem pública não pode ser desconsiderada pelas instâncias superiores para que seja alcançado o resultado útil da prestação jurisdicional.

Assim como os demais julgadores da instância ordinária, os integrantes das Cortes Superiores devem fiscalizar a regularidade do processo, buscando evitar decisões eivadas de nulidades processuais. Diante de um vício de ordem pública, não podem ignorá-lo, mantendo a situação processual irregular em prejuízo do interesse público e das próprias partes. A cognição de ofício dessas matérias garante, assim, a boa administração da justiça, a segurança jurídica e a efetividade da prestação jurisdicional.

Essa parece ser a posição tecnicamente mais adequada e conciliadora dos princípios constitucionais e processuais em conflito, a de dispensar a exigência do prequestionamento para as matérias de ordem pública quando, conhecido o recurso especial ou extraordinário por outro fundamento, for necessária a aplicação do direito à espécie para o julgamento do mérito do recurso.

Se por um lado a exigência do prequestionamento não pode representar um óbice intransponível ao conhecimento das matérias de ordem pública pelos Tribunais Superiores, por outro lado também não pode ser desconsiderada a natureza constitucional dos recursos excepcionais e de seus requisitos específicos de admissibilidade.

Para conhecer dos recursos especial e extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal devem observar rigorosamente os requisitos específicos desses recursos, mas ultrapassado o juízo de admissibilidade, devem aplicar o direito à espécie e, para atingir tal finalidade, ingressam em toda a causa, cumprindo-lhes examinar as questões de ordem pública independentemente de prequestionamento ou de provocação da parte nas razões recursais.

Em razão da divergência de entendimento, recomenda-se que, ao constatar que o tribunal de origem deixou de examinar questão de ordem pública, a parte utilize os embargos de declaração para oportunizar a manifestação a respeito da matéria.

Se, a despeito da oposição dos embargos de declaração, o tribunal de origem se recusa a suprir lacuna que realmente exista, negando prestação jurisdicional, poderá o recorrente opor novos embargos de declaração ou poderá, desde logo, interpor o recurso extraordinário ou o especial contra a rejeição dos embargos. Caberá, então, recurso extraordinário com base na violação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, ou recurso especial com fundamento na ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 132, p. 273-287, fev. 2006.

ARRUDA ALVIM, Angélica; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Recurso especial e prequestionamento. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 160-178.

ASSIS, Araken de. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, São Paulo, v. 3, n. 33, p. 11-31, set. 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 439-447.

BUENO, Cassio Scarpinella. Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re) interpretação pelos tribunais superiores. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 99-157.

_____. Prequestionamento - reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52-81.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96-111.

COSTA LEITE, Paulo Roberto Saraiva da. Recurso especial: admissibilidade e procedimento. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 191-196.

DINO, Flávio. *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda nº 45/2004*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GAIA, Marcio André Monteiro. Reflexões sobre a incidência do chamado “efeito translativo” em sede de agravo de instrumento. *Revista dialética de direito processual (RDDP)*, São Paulo, n. 41, p. 110-122, ago. 2006.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Recursos especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal? *Revista dialética de direito processual (RDDP)*, São Paulo, n. 22, p. 58-64, jan. 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento. In: *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 476-490.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINEZ, Maria Cristina da Rosa. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista jurídica*, Porto Alegre, n. 347, p. 65-73, set. 2006.

MASSOUD, Carolina Ormanes. Mudanças nas competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. In: *Reforma do Judiciário Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 118-127.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO, Andréa Cherem Fabrício de. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 132, p. 7-29, fev. 2006.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. In: *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, 2007. p. 231-239.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ. *Revista de processo*, São Paulo, n. 141, p. 197-208, nov. 2006.

MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário (teoria e prática)*. São Paulo: Hemus, 1992.

NAGIB, Miguel Francisco Urbano. A competência recursal extraordinária do STF e do STJ. *Revista de direito do estado*, n. 7, Rio de Janeiro, p. 141-173, jul/set. 2007.

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOLASCO, Rita Dias. Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 454-494.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Recurso especial: algumas questões de admissibilidade. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 177-189.

_____. Prequestionamento. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 245-257.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 232-271.

ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, p. 175-183, out. 2005.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 138, p. 27-55, ago. 2006.

SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. Prequestionamento. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 50, n. 295, p. 72-80, maio 2002.

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

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67-81.