

EFEITO TRANSLATIVO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

SPECIAL FEATURE IN EFFECT TRANSMISSIVE

Sérgio Torres Teixeira¹

Diego Cabral Miranda²

RESUMO

Este trabalho tem como escopo acentuar a existência do efeito translativo em sede do recurso extraordinário, sem que isso despreze a constitucional exigência do prequestionamento. Inicialmente, adentrar-se-á na análise do efeito translativo, sem deixar de expor a instigante discussão relativa à autonomia desse efeito, dissociando-o da dimensão vertical do efeito devolutivo. Por fim, far-se-á um estudo sobre o recurso extraordinário, abordando como ocorre sua cognição no juízo de admissibilidade, bem como no juízo de mérito, evidenciando que as atividades cognitivas realizadas nesses juízos são distintas e inconfundíveis, para, com isso, concluir pela compatibilidade do efeito translativo no julgamento do recurso extraordinário, caso este tenha sido conhecido por qualquer que seja o fundamento.

Palavras-chave: Efeito Translativo. Recurso Extraordinário. Admissibilidade.

Keywords: Transmissive Effect. Extraordinary Appeal. Admissibility

ABSTRACT

This article aims to accentuate the existence of a transmissive effect through the extraordinary appeal, without disregarding the constitutional requirement of prequestioning. Initially, there will be an analysis of the transmissive effect, while exposing the fascinating discussion on the autonomy of this effect, dissociating it from the vertical dimension of the devolution effect. Finally, there will be a study on the extraordinary appeal, addressing how the cognition occurs in the phases of admissibility judgment and of merit judgment, showing that cognitive activities in such judgments are distinct and nonconflicting, so as to demonstrate the complete compatibility of the transmissive effect caused by extraordinary appeals, if this appeal has been admitted for whichever the motive.

¹ Currículo Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4778229P7>>

² Currículo Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4366733A7>>

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade estudar a compatibilidade da aplicação do efeito translativo no recurso extraordinário, ou seja, o conhecimento de matérias de ordem pública que não foram prequestionadas.

Para compreensão do tema, inicia-se com algumas considerações, a exemplo, do que vem a ser o efeito translativo, que nada mais é que a possibilidade de o órgão *ad quem* conhecer, de ofício, as matérias de ordem pública, no momento de analisar o recurso, figurando-se como uma decorrência direta do princípio do inquisitivo.

Prosseguindo no *iter* do trabalho, abordam-se algumas ponderações sobre o recurso extraordinário, o qual é um meio de impugnação direcionado ao Supremo Tribunal Federal e ostenta substrato jurídico na Constituição Federal, a qual prevê algumas peculiaridades para que este recurso seja cabível. Entre essas especificidades, encontra-se a exigência de que a matéria que se deseja impugnar tenha sido decidida pelo órgão *a quo*, surgindo, assim, a ideia do prequestionamento.

Feitas essas avaliações, surge a problemática do presente trabalho, qual seja, a de se perquirir se o efeito translativo é compatível com o recurso extraordinário, diante da exigência do prequestionamento.

A doutrina é vacilante quanto ao assunto, existindo forte corrente que entende não ser possível reconhecer o efeito translativo no recurso extraordinário³, entretanto, aliando-se à parcela doutrinária⁴ que diverge desse primeiro pensamento, defende-se, com afinco, a aplicabilidade desse efeito em tal recurso, como forma de zelar por uma prestação jurisdicional efetiva.

Em primeiro plano, todavia, é difícil vislumbrar essa possibilidade, pois, se o Supremo Tribunal Federal só pode analisar as matérias que foram efetivamente analisadas pelo Tribunal de origem, não se mostra razoável que conhecesse de ofício alguma questão, ainda que essa seja de ordem pública.

³ Entre os autores, encontram-se: Nelson Nery Júnior em sua obra: Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; José Miguel Garcia Medina e Tereza Arruda Alvim Wambier na obra: Recursos e ações autônomas de impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart em: Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2; Dentre outros autores.

⁴ Aceitando a aplicabilidade do efeito translativo, podem-se citar: Bernardo Pimentel Souza, na obra: Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha, em: Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Bahia: PODIVM, 2010. v. 3; e Clara Moreira Azzoni, no livro: Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos. São Paulo: Atlas, 2009; Dentre outros autores.

O que se pretende demonstrar no decorrer deste trabalho, contudo, é que o prequestionamento diz respeito ao juízo de admissibilidade, sendo uma das etapas necessária para superar o cabimento desse recurso, porém, após seu conhecimento, o seu juízo de mérito será aberto, devendo-se julgar a causa aplicando-se o direito à espécie, o que implica o conhecimento das matérias de ordem pública de ofício.

Assim, abordar-se-á a possibilidade do efeito translativo no recurso extraordinário, deixando assente que, se o recurso extraordinário for conhecido por qualquer que seja o fundamento, o juízo de admissibilidade encontra-se preenchido, devendo-se ingressar no juízo de mérito, para, aqui, aplicar o direito à espécie, possibilitando, com isso, o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública, até como forma de satisfazer a necessidade de uma efetiva prestação jurisdicional, evitando-se os contratemplos de ter que se ajuizar uma ação autônoma, para arguir um vício, que o Tribunal já poderia ter analisado no processo originário.

1. EFEITO TRANSLATIVO

O efeito translativo traz a possibilidade de o órgão *ad quem* conhecer das matérias de ordem pública de ofício, sendo decorrência direta do princípio do inquisitivo, visto que o Tribunal não depende de provocação das partes para tal mister (MARINONI, 2008, p. 525-526).

O primeiro ponto controvertido quanto a esse efeito diz respeito a sua autonomia, pois há vertente doutrinária que entende que o conhecimento das matérias de ordem pública de ofício seria uma decorrência da dimensão vertical do efeito devolutivo (MOREIRA, 2009, p. 103).

No entanto, como já mencionado supra, o efeito devolutivo decorre do princípio do dispositivo, ou seja, é necessário que haja uma provocação por parte do recorrente no momento de fixar o objeto litigioso de seu recurso através dos pedidos recursais, para que, assim, o Tribunal analise determinada matéria. Se o órgão *ad quem* conhece dessa matéria independente de provocação dos recorrentes, estar-se-á diante de uma atividade inquisitiva, que é incompatível com o efeito devolutivo, ainda que em sua dimensão vertical (MEDINA, 2008, p. 106).

Para quem entende que o conhecimento das matérias de ordem pública decorre da dimensão vertical do efeito devolutivo, argumenta que o princípio do inquisitivo não é incompatível com o efeito devolutivo, de modo que a interposição do recurso leva ao

conhecimento do órgão julgador todas as matérias de ordem pública, sendo, portanto, incorreto associar o efeito devolutivo exclusivamente ao princípio do dispositivo (JORGE, 2009, p. 275-276).

Registre-se, contudo, que o reconhecimento das matérias de ordem pública pode ocasionar uma sucumbência ainda maior do que aquela em que a parte já se encontrava, o que ocasionará a reforma para pior da decisão, sem que isso fira o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, posto que o conhecimento de tais matérias não se submete à preclusão. Dessa forma, fica difícil visualizar que, ao se reconhecerem as matérias de ordem pública de ofício, piorando a situação do recorrente, o Tribunal esteja se utilizando do efeito devolutivo, pois, nesse caso, sim, verificar-se-ia a violação do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, visto que a parte, ao recorrer, não tem interesse jurídico em piorar a sucumbência em que já se encontra (NERY, 2004, p. 484-285).

Importante salientar que o efeito translativo não reside no conhecimento das matérias de ordem pública, mas sim na forma como tais matérias são analisadas, logo, se a parte recorrer e fixar como objeto do recurso a análise de uma matéria de ordem pública, a exemplo da prescrição, o Tribunal, ao analisá-la, estará analisando-a através do efeito devolutivo, pois tal matéria foi fixada como objeto recursal. Se o recorrente, porém, não a alegar, e, de ofício, o Tribunal reconhecê-la, estará utilizando-se agora do efeito translativo.

Diante disso, denota-se que, ao ser provocado para a análise de alguma matéria, o Tribunal sai de sua inércia (princípio do dispositivo) e poderá analisá-la por intermédio do efeito devolutivo, todavia, ao conhecê-la de ofício (princípio do inquisitivo), o Tribunal avaliará a questão via efeito translativo.

Um aspecto ainda não uníssono na doutrina e jurisprudência diz respeito à aplicação do efeito translativo no recurso extraordinário, no entanto, por ser a discussão central deste trabalho, o tema será objeto de estudo próprio.

2. DA COGNIÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: prequestionamento e efeito translativo

Os atos processuais, de um modo geral, envolvem cargas cognitivas, ainda que em níveis distintos. Nessa perspectiva, o estudo da cognição mostra-se relevante para a compreensão do processo moderno, tanto é verdade, que as espécies de processo

(conhecimento, cautelar e execução) organizam-se a partir do grau de cognição judicial que se afigura em cada um deles (DIDIER, 2011, p. 293).

Da mesma forma acontece com os recursos, que, em regra, possuem duas atividades cognitivas, iniciando pelo juízo de admissibilidade e finalizando com o juízo de mérito. As atividades cognitivas na esfera recursal irão variar de acordo com a espécie de recurso que se estuda.

Nosso objeto de estudo será o recurso extraordinário, que é uma espécie do gênero recursos excepcionais, o qual encontra previsão na Constituição Federal e possui uma série de peculiaridades, que serão, aos poucos, enfrentadas neste trabalho.

Preliminarmente, frise-se que o presente debate, apesar de ser restrito ao recurso extraordinário, se aplica, quase que totalmente, ao recurso especial, o qual encontra amparo jurídico na Constituição Federal de 1988, que criou o Superior Tribunal de Justiça, dividindo as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário de competência do STF, o qual, até o advento da Constituição Cidadã, servia para impugnar tanto a violação à Constituição como a violação à legislação federal, buscando, assim, desafogar o crescente número de recursos extraordinários (RODRIGUES, 2008, p. 561).

Com relação à sua fundamentação, o recurso extraordinário classifica-se como de fundamentação vinculada. Dessa forma, apenas as matérias previamente previstas pela lei poderão figurar como causa de pedir desse recurso. Sendo assim, o artigo 102, III, em suas alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, da CRFB, tipifica as matérias que podem ser arguidas em sede de recurso extraordinário.

Faz-se mister salientar ainda que o recurso extraordinário não inaugura um terceiro grau de jurisdição (NERY, 2004, p. 441-442), pois nosso sistema prevê apenas dois graus de jurisdição, ou seja, duas instâncias ordinárias, que são responsáveis por tutelar os interesses subjetivos das partes de forma direta, imediata.

Já o Supremo Tribunal Federal, que detém a constitucional competência para conhecer e julgar o recurso em análise, tem como finalidade precípua pacificar o ordenamento jurídico no tocante à correta aplicação da Constituição Federal. Logo, o STF exerce uma função uniformizadora da jurisprudência pátria, sendo essa sua preocupação imediata, e só, indiretamente, acaba por tutelar os interesses de uma das partes, porém tal tutela é decorrência do exercício da finalidade primária do STF, o que nos permite afirmar que aquela Corte concede guarida aos interesses dos recorrentes apenas de forma indireta (DIDIER, 2010, p. 302).

Fundamentando-se na premissa de que o recurso extraordinário não inaugura um terceiro grau de jurisdição, bem como na de que o STF existe, para pacificar o ordenamento jurídico, aquela Corte não se preocupará com o reexame probatório. Nesse esteio, o Tribunal Paradigmático que aqui se estuda tem o entendimento de que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso extraordinário⁵.

Não preocupado com o reexame probatório que fundamentou a decisão impugnada via recurso extraordinário, tal meio de impugnação pode ser visto sob a óptica de um recurso de estrito direito ou de efeito devolutivo restrito, como usualmente denomina a doutrina (BARIONI, 2010, p. 167-170). Além de o reexame de provas desvirtuar a missão precípua do STF em pacificar o ordenamento jurídico, convém lembrar que o recurso extraordinário é de fundamentação vinculada, e o reexame probatório não se enquadra em nenhuma das hipóteses de seu cabimento.

Realizada essa breve explanação introdutória, passa-se a enfrentar a cognição no recurso extraordinário.

3. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O juízo de admissibilidade do recurso é prévio e condicionante ao juízo de mérito. Em outras palavras, o órgão *ad quem* só adentrará no mérito do recurso, se tal juízo for ultrapassado.

Diante dessa premissa inicial, verifica-se o quanto é importante a observância do preenchimento dos requisitos de admissibilidade dos recursos, o qual possibilitará que o órgão julgador enfrente o mérito recursal (JORGE, 2009, p. 63-64).

Antes de adentrar nos requisitos de admissibilidade, convém salientar que o recurso extraordinário segue a regra do nosso ordenamento de que os recursos são interpostos no juízo *a quo*, ou seja, aquele que prolatou a decisão que se deseja impugnar, de modo que a admissibilidade será feita, em primeiro plano, por tal Tribunal. Entendendo ser o recurso admissível, o Tribunal providenciará a remessa dos autos ao órgão *ad quem*, que é o detentor da competência para analisar, além da admissibilidade, o mérito do recurso.

Pode acontecer ainda de o Tribunal de origem entender a inadmissibilidade do recurso e, conseqüentemente, não o conhecer, hipótese em que o recorrente deverá

⁵Nesse mesmo sentido é o verbete sumular do STF nº 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

interpor um agravo nos próprios autos, provocando a remessa do recurso ao STF. Por fim, frise-se que a decisão sobre a admissibilidade do recurso prolatada pelo Tribunal de origem não vincula, por óbvio, o órgão *ad quem*, podendo este decidir de forma diversa, caso assim entenda.

No juízo de admissibilidade, será auferida a presença de certos requisitos, que tornarão o recurso apto a ter seu mérito analisado. Entre os requisitos, encontra-se a legitimidade, pois, assim como para o ajuizamento da demanda, a parte deve deter esse requisito, sob pena de não preencher uma das condições da ação, para interpor o recurso, também necessitará de legitimidade, visto serem os recursos o prolongamento do exercício desse direito de ação.

Diante dessa exigência, a própria lei encarregou-se de prevê os detentores da legitimidade para recorrer, elencando como tais: as partes, o terceiro e o Ministério Público (art. 499, do CPC).

Além do requisito supra, o legitimado deverá demonstrar interesse recursal, ou seja, a interposição do recurso deverá melhorar, em algum aspecto, a situação fática do recorrente (MEDINA, 2008, p. 89). Dessa forma, por exemplo, se o autor tem todos os pedidos formulados na inicial integralmente acolhidos, faltará interesse para que este recorra, pois o julgamento do recurso em nada lhe beneficiará, pois ele já conseguiu tudo que esperava da prestação jurisdicional que provocou.

Posto isso, pode-se traduzir o interesse recursal através da conjugação da utilidade do recurso com sua necessidade, sendo a utilidade a possibilidade de o recurso melhorar a situação que o recorrente, até então, encontra-se (ASSIS, 2008, p. 719-720), e a necessidade, a demonstração de que o recurso é o meio mais hábil, para que o recorrente obtenha, naquele processo, o que ele deseja contra a decisão impugnada (NERY, 2004, p. 315).

Uma questão interessante no tocante ao interesse recursal é aquela situação em que o acórdão que se deseja impugnar tem fundamento infraconstitucional e constitucional, suficientes para manter a decisão na íntegra.

Nesses casos, o interessado em recorrer deverá interpor recurso especial e recurso extraordinário, para impugnar respectivamente a parte infraconstitucional e constitucional que sustentam o acórdão, pois, se o legitimado recursal se utilizar apenas

de um dos dois recursos citados, este não será conhecido por falta de interesse recursal⁶, visto que o recurso não teria nem uma utilidade para o recorrente.

De nada adiantaria, todavia, ser a parte legítima e detentora de interesse recursal, se ela não atender ao requisito da tempestividade, ou seja, o recurso deverá ser interposto no prazo legalmente previsto para tal, que, tratando-se de recurso extraordinário, esse prazo será de quinze dias (art. 508, do CPC), que se inicia no momento em que a parte é intimada da decisão.

Dentro do juízo de admissibilidade, ainda se verificará a inexistência de preclusão lógica, pois, assim como o juízo de admissibilidade do processo possui requisitos negativos, o juízo de admissibilidade recursal também possuirá. Sendo assim, não poderá haver fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, a exemplo da desistência do direito de recorrer, da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação e o reconhecimento da procedência do pedido (DIDIER, 2010, p. 52-53).

Ainda no juízo de admissibilidade, deverá ser analisada a regularidade formal do recurso. Tal requisito irá variar segundo a espécie de recurso que se utiliza. Tratando-se de recurso extraordinário, o recorrente deverá atentar-se à observância da exposição do fato e do direito, deverá demonstrar o cabimento do recurso bem como as razões do pedido de reforma ou de anulação da decisão recorrida, tudo nos moldes do art. 26 da Lei n° 8.038/90.

O recorrente deverá atender ainda ao requisito do preparo recursal, assim, deverá arcar com o ônus financeiro de interpor o recurso, o que inclui as custas processuais bem como o porte de remessa e retorno dos autos. A peculiaridade desse requisito é que ele deverá ser comprovado na interposição do recurso, e, em não se comprovando, o recurso será considerado deserto e conseqüentemente não será admitido, por não ter preenchido um dos requisitos de admissibilidade, a menos que o recorrente seja isento de recolher o preparo, seja por força de lei, a exemplo do Ministério Público, ou por ter conseguido os benefícios da justiça gratuita.

Todos os requisitos de admissibilidade apresentam-se como relevantes, visto que a falta de apenas um deles é suficiente, para inadmitir o recurso, no entanto há alguns requisitos que, devido as suas peculiaridades, figuram-se como de maior

⁶ Nesse mesmo sentido são as seguintes súmulas: Súmula n° 126/STJ: É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário; Súmula n° 283/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

complexidade, a exemplo do requisito do cabimento e da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.

E, diante das particularidades de tal recurso, para se analisar tais requisitos, vale colacionar o seu substrato jurídico na Constituição Federal, *in verbis*:

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

(...)

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

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

(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros

Como se percebe, no recurso extraordinário, há como se extraírem algumas condições genéricas de cabimento como também condições específicas desse mesmo requisito.

Entre as condições genéricas, encontra-se a exigência do esgotamento das instâncias ordinárias. Sendo assim, o recurso extraordinário só será cabível contra a decisão que tenha julgado a causa em última ou única instância, de modo que, enquanto houver recursos na instância originária, não será cabível tal recurso, pois a causa ainda não foi decidida em única ou última instância (DIDIER, 2010, p. 264-265).

Tal exigência traz morosas consequências práticas, pois, diante de uma decisão por maioria de votos que reformou sentença de mérito no julgamento da apelação, a parte não poderá ingressar com o recurso extraordinário, ainda que o acórdão visivelmente possua grave afronta à Constituição Federal, pois dessa decisão ainda serão cabíveis embargos infringentes (art. 530, do CPC), por isso ainda não há uma decisão de última instância.

Ainda como requisito genérico do cabimento do recurso extraordinário, há a exigência do prequestionamento, que não se trata de um novo requisito de admissibilidade, mas sim de uma condicionante, para que o recurso seja cabível.

O prequestionamento é a exigência de que a matéria que se deseja alegar via recurso extraordinário já tenha sido analisada pelo órgão *a quo*, ou seja, a decisão

recorrida deve ter enfrentado aquela matéria, para que, só assim, ela possa ser arguida em sede do citado recurso. Tal exigência ocorre em virtude de o texto constitucional prever ser cabível recurso extraordinário contra as *causas decididas* (SOUSA, 2009, p. 815-819).

Percebe-se que o esgotamento das vias ordinárias não garante o prequestionamento, pois figura-se possível, inclusive corriqueiro, que as vias ordinárias se esgotem, e, mesmo assim, a matéria ainda não tenha sido objeto de análise. Nesse caso, o acórdão será detentor de uma omissão, que deverá ser sanada através da interposição dos embargos de declaração.

Por fim, ainda no que tange aos requisitos de admissibilidade, podemos citar à Repercussão Geral, a qual é privativa do Recurso Extraordinário.

Conforme já pontuado, o Supremo Tribunal Federal é a Corte Constitucional no ordenamento jurídico pátrio, de modo que o mesmo deve se ater ao julgamento dos casos que demonstrem uma relevância que não se restrinja aos interesses particulares dos recorrentes, assim, as matérias afetas à sua análise, ao menos via recurso extraordinário, devem demonstrar uma repercussão do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que abranja a coletividade.

Tal requisito de admissibilidade foi inserido no sistema normativo a partir da Emenda Constitucional de n. 45/2004, que inseriu na Constituição Federal, entre outros dispositivos, o § 3º do Art. 102. Registre-se, ainda, que por não ser objeto do presente estudo, não nos aprofundaremos no citado requisito de admissibilidade.

Vistas as condições genéricas do cabimento do recurso extraordinário, entra-se no estudo das condições específicas de seu cabimento, representadas pelas alíneas do inciso III, do art. 102 da CF, já transcrito.

Tratando-se de um recurso de fundamentação vinculada, só será admissível nas conjecturas previstas no artigo supracitado, que alude, entre outras hipóteses, que será cabível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida contrariar à Constituição.

Essa hipótese é representada pela alínea 'a' do artigo mencionado, e, quando afirma ser cabível o recurso extraordinário nesta hipótese, está traduzindo a razão de ser de tal recurso, qual seja, tutelar a ordem jurídica Constitucional, ou seja, esse recurso tem por missão resguardar a correta aplicação das normas contidas no texto da Constituição Federal, deixando assente a posição do STF como Corte Paradigmática. Desse modo, a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pode ser simplificada como ofensa à Constituição, ofensa esta que também estará presente nas demais

hipóteses de cabimento desse recurso (MEDINA, 2008, p. 231-214).

Também será cabível, quando o Tribunal *a quo* declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, sendo essa a segunda hipótese de cabimento, bem como, nas hipóteses que a decisão recorrida julga válida lei ou ato de governo local, que foi contestado em face da Constituição Federal, sendo essa, inclusive, a terceira hipótese de cabimento do recurso extraordinário.

Por fim, e com previsão na alínea 'd' do art. 102 III, da CRFB, será cabível o recurso extraordinário quando o acórdão do Tribunal recorrido fizer valer lei local em detrimento de lei federal. Essa matéria, inicialmente, fundamentava a interposição do recurso especial, todavia, se percebeu que o conflito que existe entre lei local e lei federal trata-se de um conflito de competência, o qual, por óbvio, é matéria constitucional, de modo que a Emenda Constitucional de n. 45/2004, corrigiu o equívoco, trazendo a matéria como hipótese de cabimento do recurso extraordinário.

Essas são as hipóteses taxativamente previstas na lei, as quais podem figurar como causa de pedir de um recurso extraordinário, sendo essa a justificativa para que tal recurso seja classificado como de fundamentação vinculada. Frise-se ainda que, dentro do juízo de admissibilidade, o que deverá ser analisado é se a parte alegou, como causa de pedir do recurso, uma das matérias contidas na lei, pois a verificação da efetiva ocorrência de uma das hipóteses que ensejam a interposição do recurso extraordinário é matéria de mérito, e não de admissibilidade recursal.

Pode-se resumir afirmando que o recurso extraordinário será cabível sempre que preencher cumulativamente os requisitos genéricos de seu cabimento (decisão prolatada em última ou única instância, com o devido prequestionamento, que possua Repercussão Geral), somados com os requisitos específicos de seu cabimento, os quais são alternativos, de modo que qualquer um deles, aliado aos requisitos genéricos, é suficiente, para superar o cabimento do recurso extraordinário.

Enfrentados os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, percebe-se que este se trata de um recurso excepcional, que não tem por função direta tutelar o interesse subjetivo dos recorrentes, conforme já afirmado, mas sim pacificar o ordenamento jurídico no tocante à guarda da Constituição Federal.

Note-se, por fim, que todas as excepcionais exigências previstas na Constituição Federal dizem respeito apenas ao cabimento do presente recurso, as quais estão fixadas no juízo de admissibilidade. Após preenchidos esses requisitos, não se pode restringir o juízo de mérito, como adiante se explicitará.

4. JUÍZO DE MÉRITO

Tendo o recurso superado o juízo de admissibilidade, ele será conhecido, para que o Tribunal possa analisar seu mérito. E será nesse juízo de mérito que o órgão julgador avaliará os pedidos recursais, decidindo ou não pela sua procedência, uma vez que mérito revela a pretensão recursal do recorrente.

Dessa forma, é no juízo de mérito que o Tribunal analisa os pedidos recursais, que poderão variar de acordo com o objetivo pretendido pelo recorrente. Dessa maneira, o recorrente, ao se deparar com um erro na atividade judicante, ou seja, um *error in procedendo*, fixará como mérito do recurso o pedido de anulação da decisão. No entanto, havendo um erro na prestação jurisdicional, seja pela má apreciação da questão fática ou da questão jurídica, ter-se-á um *error in iudicando*, devendo o recorrente pleitear, em sede recursal, a reforma da decisão impugnada.(ORINE NETO, 2009, p. 116)

Diante disso, já dá para afirmar que o mérito do recurso não se confunde com o mérito da ação, não obstante o recurso seja o prolongamento do exercício do direito de ação e de defesa. Isso porque o mérito do recurso será restrito à sucumbência que o recorrente suportou na decisão impugnada, que nem sempre coincidirá com todos os pedidos formulados na exordial. Ressalte-se ainda que, se o mérito da ação não foi analisado, visto ter sido o processo extinto sem análise de mérito, os pedidos do recurso também não serão equivalentes aos da ação. Não se deve deixar de considerar, no entanto, que poderá haver coincidência entre o mérito da ação e o do recurso (RODRIGUES, 2008, p. 521)

Dessa forma, muitas vezes, o mérito do recurso será diverso do mérito da ação, o que impõe ao órgão julgador uma maior cautela, ao analisar o mérito recursal, devendo julgá-lo atentando-se ao direito aplicável à espécie, que não deverá sofrer restrições em virtude de peculiaridades existentes no juízo de admissibilidade dos recursos. Nesse diapasão, convém trazer à baila a Súmula de n. 456, do STF: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".

Com igual entendimento, e ilustrando de forma analógica, encontramos a norma extraída do texto do Art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*

Art. 257. 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.** (grifamos)

Nota-se que a excepcionalidade do recurso extraordinário reside em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas restritas hipóteses de cabimento, além do difícil preenchimento do requisito da repercussão geral. Superado tal juízo, nada há de excepcional no seu julgamento, que deverá atender ao direito aplicável à espécie (DIDIER, 2010, p. 281).

5. O EFEITO TRANSLATIVO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Após as considerações até então elucidadas, adentra-se na problemática da compatibilidade do efeito translativo em sede de recurso extraordinário.

O que se busca auferir é se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário, poderia, de ofício, ou seja, sem prequestionamento, conhecer as matérias de ordem pública, concluindo-se, assim, pela existência do efeito translativo em tal recurso.

A problemática ganha relevância, ao passo que o recurso extraordinário exige o prequestionamento, para que o mesmo possa ser cabível, e tal exigência é de cunho constitucional, que prevê ser cabível tal recurso apenas contra as causas decididas.

Para se rechaçar a aplicabilidade do efeito translativo no recurso extraordinário, argumenta-se que ao se reconhecer sua aplicabilidade, o Tribunal estaria conhecendo de uma matéria que não foi, até então, analisada pelo juízo *a quo*, não estando, por óbvio, prequestionada, por isso não seria possível seu conhecimento de ofício, já que tal atitude resta-se incompatível com o regime jurídico previsto na Constituição Federal para esse recurso, de forma que a afronta à matéria de ordem pública deverá ser impugnada via ação autônoma, ou seja, ação rescisória ou ação declaratória, a depender do vício existente (NERY, 2004, p. 487-488).

Com isso, o conhecimento das matérias de ordem pública ficaria subordinado ao prequestionamento, ou seja, o recorrente deve provocar a análise da referida matéria ainda no Tribunal *a quo*, sob pena de ela não poder mais ser reconhecida dentro daquela relação jurídica processual (MARINONI, 2008, p. 579).

Outro ponto arguido pela doutrina é o de que a legislação que autoriza o

afastamento da preclusão e o consequente reconhecimento da matéria de ordem pública de ofício em grau recursal não se aplica às instâncias excepcionais, caso contrário estaria se desvirtuando a finalidade das Cortes Paradigmáticas (MEDINA, 2008, p. 105-106).

Ainda como argumento da inaplicabilidade do efeito translativo no recurso extraordinário, há quem entenda que a impossibilidade dessa aplicação não se justifica pela ausência de prequestionamento da matéria de ordem pública, pois essa espécie de matéria estaria sempre prequestionada, ainda que de forma implícita, de modo que o não reconhecimento desse efeito reside na não incidência do princípio do inquisitivo no julgamento do recurso extraordinário, devendo o Tribunal deter-se exclusivamente à matéria impugnada (JORGE, 2009, p. 275-279).

Acolhendo os argumentos contrários à aplicabilidade do efeito translativo no recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, assentou seu entendimento pela incompatibilidade do conhecimento de ofício das matérias de ordem pública, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. Os temas constitucionais do apelo extremo não foram objeto de análise prévia e conclusiva pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. **A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme em exigir o regular prequestionamento das questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 647186 AgR / PR - PARANÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 13/05/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma) (grifo nosso)**

Com todo respeito, a posição defendida neste trabalho é a da possibilidade da aplicação do efeito translativo no recurso extraordinário, pelas razões que a seguir se expõem, as quais não são compatíveis com o entendimento do STF.

Preliminarmente, deve-se perceber que o instituto da preclusão não prejudica o conhecimento das matérias de ordem pública a qualquer tempo ou grau de jurisdição, ainda que de ofício, pois, diante do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, é de se considerar que as normas atinentes ao interesse predominantemente estatal não sejam desatendidas diante da falta de manifestação da parte.

Dessa forma, mesmo que não analisadas na instância originária, as matérias de ordem pública deverão ser conhecidas de ofício na instância recursal, e isso ocorre em

virtude do efeito translativo do recurso, que permite que o órgão julgador, através de uma atividade inquisitorial, resguarde o interesse público, conhecendo de ofício tais matérias.

Algo que precisa ser fixado é que a cognição no recurso extraordinário passa por dois momentos distintos, iniciando pelo juízo de admissibilidade, que, sendo positivo, possibilitará o ingresso no juízo de mérito. Dessa forma, os requisitos de admissibilidade devem influenciar o conhecimento do recurso, e não seu julgamento.

Não se pode esquecer de que o recurso extraordinário figura como um recurso de revisão, e não um recurso de mera cassação, sendo assim, o STF, no julgamento do recurso extraordinário, não estará limitado a censurar a decisão recorrida, visto que, após a fixação da tese jurídica considerada correta, é função daquela Corte julgar a causa e, conseqüentemente, aplicar o entendimento jurídico fixado ao caso apresentado, substituindo, assim, a decisão recorrida (AZZONI, 2009, p. 35).

Visto ser possível a revisão da decisão pelo STF, e não apenas sua cassação, é preciso criar critérios para que aquele Tribunal reaprecie a matéria, o que, de fato, foi estabelecido na já citada Súmula de n. 456 daquela Corte, ao prevê que, após seu conhecimento, o recurso extraordinário deverá ser julgado, aplicando-se o direito à espécie, que significa conhecer as matérias de ordem pública, ainda que de ofício.

É importante fixar que o pretendido com o reconhecimento do efeito translativo em tal recurso não é desconsiderar o prequestionamento exigido para tal. Porém, devem-se colocar os institutos em seus devidos lugares, e o local do prequestionamento é no juízo de admissibilidade, que, ao ser ultrapassado, impõe que o Tribunal julgue a causa aplicando o direito à espécie, como já salientado.

A aplicação desse efeito ainda se revela possível, em virtude de não ser razoável que, após o conhecimento do recurso extraordinário, e não envolvendo a reapreciação de fatos e provas, o STF se omita a conhecer a falta de uma matéria de ordem pública, sob o argumento de que esta não fora apreciada pela instância *a quo*. (GRINOVER, 2009, p. 208-209) Como já fora salientado, as matérias de ordem pública não se sujeitam ao regime da preclusão.

Outro aspecto favorável ao que aqui se prega é a análise da problemática à luz dos princípios da instrumentalidade, da economia, da utilidade e da celeridade processual, pois, ao se negar o conhecimento de uma matéria de ordem pública, fundamentando-se em impossibilidades formais, estaria negando-se uma efetiva prestação jurisdicional, ao passo que prolatar uma decisão detentora de um vício é

impor à parte o ônus de ter que ajuizar uma ação autônoma, para sanar algo que, desde já, poderia ser remediado (AZZONI, 2009, p. 204-218).

De todo o exposto, pode-se concluir que as matérias de ordem pública não só podem como devem ser conhecidas em qualquer grau de jurisdição, ainda que de ofício, o que derivará do efeito translativo dos recursos, que é uma decorrência direta do princípio do inquisitivo.

Não obstante a necessidade de prequestionamento para o cabimento do extraordinário, essa exigência diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade, que, ao ser ultrapassado, o Tribunal deverá julgá-lo aplicando o direito à espécie, podendo, assim, conhecer das matérias de ordem pública de ofício.

Além disso, o não conhecimento de ofício de alguma matéria de ordem pública, em sede de recurso extraordinário, revela uma grande incoerência do sistema, pois o Tribunal, mesmo tendo consciência da existência de um vício processual, optará por desconsiderá-lo, por falta de prequestionamento, optando por julgar um processo, que, após o trânsito em julgado, poderá ser objeto de uma ação rescisória, a qual, por sinal, será de competência do próprio Supremo, que nesta oportunidade, sem dúvidas, reconhecerá o vício, do qual já havia tomado conhecimento anteriormente.

Dessa forma, fica claro que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, além de revelar, com todo respeito, certa confusão entre a cognição realizada no juízo de admissibilidade e aquela efetuada no juízo de mérito, sem dúvidas, não colabora com a instrumentalidade e efetividade processual, uma vez que acaba por originar decisões que, após seu trânsito em julgado, provavelmente serão desconstituídas pelo próprio STF, através de uma ação rescisória.

Por tudo que aqui foi explanado, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal deve modificar seu posicionamento, para passar a se utilizar do efeito translativo no âmbito do julgamento do recurso extraordinário, como forma de prestigiar o princípio do devido processo legal e todos os seus corolários.

CONCLUSÃO

O efeito translativo possibilita que o Tribunal conheça de uma questão independente da provocação do recorrente, sendo esse efeito uma decorrência do princípio do inquisitivo.

Com relação às matérias de ordem pública, estas, por serem de interesse

predominante do Estado, não se submete ao regime da preclusão.

Deixando a parte de alegar alguma dessas matérias, o Judiciário poderá conhecê-la de ofício, ainda que em sede recursal, mesmo que isso piore a sucumbência em que o recorrente já se encontrava antes de recorrer, tudo isso como forma de obedecer ao princípio da prevalência do interesse público sobre o privado.

Nesse diapasão, é que o efeito translativo é considerado uma forma de se excepcionar o princípio da proibição do *reformatio in pejus*.

Relativamente ao recurso extraordinário, frise-se que este meio de impugnação tem por finalidade imediata a tutela da ordem jurídica, só preocupando-se com os interesses dos recorrentes apenas de forma mediata.

A Constituição Federal, que dá substrato jurídico a este recurso, condiciona o seu cabimento, entre outros fatores, ao preenchimento do prequestionamento.

O prequestionamento é a exigência de que a matéria que se deseja alegar via recurso extraordinário já tenha sido analisada pelo órgão *a quo*.

Daí surge a problemática: se o efeito translativo possibilita o conhecimento das matérias de ordem pública de ofício, e o STF, via recurso extraordinário, só poderá analisar as matérias que foram previamente questionadas, como admitir o efeito translativo nesse recurso?

A forma de compatibilizar o prequestionamento com o efeito translativo é reconhecer que este se dá no juízo de mérito, enquanto aquele ocorrerá no juízo de admissibilidade.

Assim, os requisitos constitucionalmente exigidos para o cabimento do recurso extraordinário, entre eles o prequestionamento, residem no juízo de admissibilidade, devendo o recurso atender-lhe, sob pena de não ser admitido.

Nesse esteio, não se pretende desconsiderar o prequestionamento, visto ter este guarida na Constituição Federal, de modo que o STF só poderá se utilizar do efeito translativo, após o conhecimento do recurso, seja por qual for o fundamento.

Isso ocorre, porque, após ser superado o juízo de admissibilidade, ingressa-se no juízo de mérito, o qual não tem nem uma especificidade, se comparado com os demais recursos, pois, ao ingressar nesse juízo, o STF deverá julgar o recurso extraordinário aplicando o direito à espécie, nos moldes da Súmula de nº 456 do STF e do art. 257 de seu Regimento Interno.

Sendo assim, aquele Tribunal, após admitir o recurso extraordinário, poderá conhecer de ofício as matérias de ordem pública, pois, fazendo isso, estaria aplicando o

direito à espécie, visto que tais matérias não se submetem ao regime da preclusão, podendo/devendo ser conhecidas até mesmo nas instâncias excepcionais.

De tudo aqui explanado, conclui-se que o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública na via do recurso extraordinário é perfeitamente possível, desde que este supere o juízo de admissibilidade, seja por qual for o fundamento, não sendo incompatível a exigência do prequestionamento com o efeito translativo, visto que estes ocorrem em momentos distintos, sendo este no juízo de mérito e aquele no juízo de admissibilidade.

Além do mais, o não conhecimento de uma matéria de ordem pública na via do recurso extraordinário ocasionará o dissabor de impor ao recorrente que se utilize de uma ação autônoma de impugnação, para sanar um vício, que, desde já, deveria ser solucionado, o que não corresponde à noção de instrumentalidade, celeridade e economia processual, bem como estaria o Judiciário se omitindo em prestar uma efetiva tutela jurisdicional.

A presente conclusão ainda encontra resistência por parcela da doutrina, no entanto, com todo respeito às posições contrárias, julga-se ser esse o entendimento que melhor coaduna-se com nosso ordenamento jurídico, tendo a consciência, entretanto, que esse não é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal,

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARIONI, Rodrigo. **Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores**. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg nos EDcl na DESIS no REsp 1123252 / SP, Rel: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, T2 – SEGUNDA TURMA, data do julgamento: 28/09/2010, data da publicação/fonte **DJe 15/10/2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16880489/-stj>>. Acesso em: 15/09/2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 1357618 / SP - 2010/0174457-4, Rel: Ministra MARIA ISABEL GALLOTT, T4 - QUARTA TURMA, data do julgamento 26/04/2011, data da publicação/fonte: **DJe 04/05/2011**. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-276839667>>. Acesso em: 15/09/2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento Nº 1.185.325 - RJ - 2009/0083436-4 Rel: Ministro CELSO LIMONGI - Desembargador convocado do TJ/SP, Data do julgamento: 22/02/11, data da publicação/fonte: **DJe 14/03/2011**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18720610/-stj>>. Acesso em: 15/09/2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Agravo de Instrumento Nº 1.368.327 - RS - 2010/0188322-0, Rel: Ministro SIDNEI BENETI, data do julgamento: 22/03/11, data da publicação/fonte: **DJe 30/03/2011**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18718279/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1368327-rs-2010-0188322-0-stj/inteiro-teor>> Acesso em: 15/09/2011.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8. ed. Bahia: PODIVM, 2010. v. 3.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13. ed. Bahia: PODIVM, 2011. v. 1.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, São Paulo, 2008. v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

NERY JR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 5.

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência**. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.