

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – COGEAE

MUNIRA AJALA SIQUEIRA SOUSA

**O PREQUESTIONAMENTO EXIGIDO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS
QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA**

SÃO PAULO

2015

MUNIRA AJALA SIQUEIRA SOUSA

**O PREQUESTIONAMENTO EXIGIDO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS
QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo –
Coordenadoria Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE),
como requisito parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* –
Especialização em Direito Processual Civil.
Orientador: Professor Doutor José Maria
Câmara Junior.

SÃO PAULO

2015

RESUMO

O estudo pretende investigar se é indispensável o prequestionamento de matéria de ordem pública como requisito genérico de admissibilidade dos recursos extremos. O estudo considera indispensável interpretar a norma processual que disciplina os pressupostos para processamento dos recursos extraordinários diante da divergência existente na doutrina e na jurisprudência. Alguns consideram que a necessidade do prequestionamento das matérias revestidas de ordem pública decorre da própria redação empregada pelos 102 e 105 da Constituição Federal que mencionam expressamente as "causas decididas". De outra banda, outros sustentam que o efeito translativo determina a cognição da matéria de ordem pública sem que houvesse o prequestionamento, considerando, para tanto, os princípios que informam a instrumentalidade do processo e a efetividade da tutela jurisdicional e que qualificam a cognição de ofício, mesmo que não tenham sido enfrentadas e julgadas pelo órgão jurisdicional "a quo". Há uma terceira corrente sobre o assunto, distinguindo-se das outras no sentido de que a matéria de ordem pública será analisada a partir da aplicação do direito à espécie, após a abertura da competência jurisdicional do STF ou STJ, conforme o caso. É nesse contexto que o presente trabalho apresenta um estudo sobre a necessidade de prequestionamento em relação às questões de ordem pública. A análise dos diversos institutos legais que permeiam a ordem pública revela a imprecisão e diversidade dos referidos institutos. Outrossim, as divergências quanto à conceituação do prequestionamento fazem com que sejam adotados procedimentos diversos ao se tentar fazer chegar aos Tribunais Superiores a análise das questões de ordem pública.

Palavras-chave: Prequestionamento. Matéria de ordem pública. Recursos excepcionais.

ABSTRACT

The public policy matter doesn't need to be questioned earlier when of lodging the exceptional resources. The issue finds barriers among jurists. The first stream provides that the need to question the matter previously not fail to be applied before the coated materials public policy because of the constitutional term "cases decided" contained in Articles 102 and 105 of the Federal Constitution. The second line of thought, however, argues that, under transmissive effect and honoring the instrumentality of the process and the effectiveness of the adjudication, the matters of public policy should be known craft, even if they have not been judged by the body court. There is a third stream on the subject, distinguishing the other in the sense that the public policy matter will be analyzed from the application of the law to the species, after opening the jurisdiction of the Supreme Court or Supreme Court, as appropriate. In this context, this paper presents a study on the needing to question previously in relation to matters of public policy. The analysis of the various legal institutions that permeates the public policy reveals the vagueness and diversity of these institutes. Furthermore, the differences regarding the concept of needing to question previously make them adopted various procedures when trying to get the Superior Courts of the analysis of the public policy issues.

Keywords: Need to question previously. Public policy matter. Exceptional resources.

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	7
2	ORDEM PÚBLICA.....	10
3	ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL.....	15
3.1	PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS	20
3.1.1	PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE EXISTÊNCIA.....	21
3.1.1.1	JURISDIÇÃO.....	21
3.1.1.2	PETIÇÃO INICIAL	23
3.1.1.3	CITAÇÃO	24
3.1.1.4	CAPACIDADE POSTULATÓRIA.....	26
3.1.1.5	CAPACIDADE DE SER PARTE E CAPACIDADE JURÍDICA	26
3.1.2	PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE VALIDADE.....	27
3.1.2.1	PETIÇÃO INICIAL REGULAR	27
3.1.2.2	COMPETÊNCIA ABSOLUTA	28
3.1.2.3	IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO.....	28
3.1.3	PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NEGATIVOS.....	29
3.1.3.1	LITISPENDÊNCIA	30
3.1.3.2	COISA JULGADA	30
3.1.3.3	PEREMPÇÃO.....	31
3.2	CONDIÇÕES DA AÇÃO	31
3.2.1	POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO	32
3.2.2	LEGITIMIDADE AD CAUSAM.....	32
3.2.3	INTERESSE DE AGIR.....	32
4	PREQUESTIONAMENTO.....	34
5	PREQUESTIONAMENTO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	38
6	PREQUESTIONAMENTO E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.....	40

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não há entre os operadores do direito, em especial na Doutrina pátria, um consenso acerca da definição de “ordem pública”, entretanto genericamente, esse termo remete a uma ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Abstratamente, a ordem pública cuida de matérias que devem ser conhecidas pelo magistrado *ex officio*, sem provocação da parte, isso porque, tratam-se de questões imperativas para a garantia de uma justa e correta prestação jurisdicional. No entanto, cabe ressaltar que, nem toda matéria cognoscível de ofício trata de uma questão revestida pela ordem pública.¹

Apesar do afinco com que se debruçam os doutrinadores para a delimitação de um conceito para a ordem pública, tal ainda se apresenta como algo quase que intuitivo. Sabemos que a matéria de ordem pública é aquela de extrema relevância e que seu controle é atividade inerente da jurisdição.²

De difícil classificação e enumeração, a ordem pública recebe diferentes enfoques dependendo da disciplina jurídica tratada. No trabalho em apreço, abordou-se tão somente a ordem pública processual, dentro da qual, destacam-se os pressupostos processuais e as condições da ação, podendo também, acrescentar, como decorrência lógica, as nulidades processuais.³

O tema ora estudado versa, mais especificamente, sobre a controvérsia causada pelo próprio legislador, com relação aos limites dos julgadores (de todas as instâncias, inclusive as extraordinárias) se pronunciem sobre as questões de ordem pública. O §3º do artigo 267 e §4º do artigo 301, ambos do Código de Processo Civil, trazem a seguinte redação, *in verbis*:

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(...)”

¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 241.

² *Ibid.* pp. 63-66.

³ *Ibid.* p. 76.

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.” (grifou-se)

“Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta;

III - inépcia da petição inicial;

IV - preempção;

V - litispendência;

VI - coisa julgada;

VII - conexão;

VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

IX - convenção de arbitragem;

X - carência de ação;

XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

(...)

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.” (grifou-se)

Como se depreende do texto legal é imprecisa e não técnica a redação do parágrafo 3º do art. 267, na medida em que estabelece que o juiz conhecerá de ofício as mencionadas matérias **a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito.**⁴

A disposição dá margem a indagações: existe ou não limite temporal ao conhecimento de ofício, pelo magistrado, das questões de ordem pública? Ela pode ser invocada, de fato, a qualquer tempo ou até a sentença de mérito? Ou até o trânsito em julgado da sentença de mérito?

⁴ Questão levantada pelo Professor Antonio Carlos Marcato em aula ministrada no curso de pós-graduação *stricto sensu*, na matéria “Teoria Geral dos Recursos”, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2013.

Parece que a melhor solução para a celeuma é, em regra, a interpretação que leva em consideração **o trânsito em julgado da decisão de mérito** como limite temporal, como se explicará no corpo do trabalho.

Ainda, o operador do direito se depara com outros questionamentos, como por exemplo, a possibilidade ou não de apreciação dessas matérias, independentemente do prequestionamento, no âmbito dos recursos extraordinários, isto é, perante o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário e do Superior Tribunal de Justiça, pelo Recurso Especial.

O intuito deste trabalho é analisar o efeito que tem a questão de ordem pública quando deparada com o prequestionamento, seguindo a linha de entendimento que tenta demonstrar a **possibilidade de que os Tribunais Superiores reconheçam uma questão de ordem pública, sem que esta esteja decidida pelo acórdão do Tribunal *a quo*.**

2 ORDEM PÚBLICA

As questões de ordem pública tem a função de condicionar a legitimidade do exercício jurisdicional, de maneira que não precluem, podendo, a qualquer tempo, ser objeto de exame, de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos dos artigos 267, §3º, 301, §4º e 303, II e III do CPC.⁵

A problemática envolvendo a definição da ordem pública se deve, principalmente, a fatores e mudanças sociais, a importância conferida pelos cidadãos, circunstâncias que se alteram de tempos em tempos.

Neste diapasão, pode-se conceituar a matéria de ordem pública como aquela de interesse de toda uma sociedade, que ultrapassa os limites das partes envolvidas no litígio, sendo essa a razão do dever do Estado-Juiz de poder controlá-las de ofício, ainda que não haja qualquer pedido expresso das partes de uma relação processual.

Ela é inafastável não só em relação magistrado, mas, também, quanto ao próprio litigante, que não pode fugir à sua aplicabilidade.

Cândido Rangel Dinamarco⁶ ensina que:

“São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos

⁵ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código. (...) §3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

“Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...) §4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.”

“Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: (...) II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.”

⁶ *Apud* MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126.

sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam, mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao interesse público. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.

Não é possível traçar conceitos muito rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para a distinção entre umas e outras. Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes. Não o são aquelas que têm em conta os interesses das partes em primeiro plano, sendo relativamente indiferente ao correto exercício da jurisdição a submissão destas ou eventual disposição que venham a fazer em sentido diferente.”

Já Gleydson Kleber Lopes de Oliveira,⁷ se baseia nos ensinamentos de Piero Calamandrei, que faz correlação entre ordem pública e indisponibilidade, pois as “relações regulamentadas por normas jurídicas cuja observância é subtraída, em medida mais ou menos ampla, segundo os casos, à livre vontade das partes e à valorização arbitrária que as mesmas podem fazer de seus interesses individuais”.

O citado Professor ainda acredita ser oportuno coligar a questão de ordem pública e as nulidades, pois caso seja, haverá um vício processual, ensejando a nulidade e até a inexistência:

“Ocorre nulidade absoluta quando o ato processual ofender uma norma que tutele um interesse público, caso em que o vício será insanável, e deve ser examinada de ofício pelo juiz, podendo qualquer das partes invocá-la a qualquer tempo, enquanto a nulidade relativa terá lugar quando a norma infringida tenha por objeto preservar o interesse da parte, caso em que o vício será sanável, devendo somente a parte suscitá-la, sob pena de preclusão.

As nulidades consubstanciam-se em vícios de forma e de fundo. Os primeiros: não previstos em lei como nulidades absolutas, somente as partes podem suscitá-las, sob pena de preclusão; excepcionalmente previstos os vícios de forma em lei como nulidades absolutas, são decretáveis de ofício e não há preclusão. Os segundos, que são defeitos relativos, sobretudo, aos pressupostos processuais e às condições da ação, consubstanciam-se em nulidades absolutas, sendo decretáveis de ofício e não geram preclusão.”⁸

⁷ 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 de matéria impugnada. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. v. 3. p. 239.

⁸ *Ibid.* p. 240.

Em razão da inexistência de definição pela lei positivada, o conceito mostra-se vago e impreciso, tornando a conceituação do instituto axiológica.

Diante dessa situação, os trabalhos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência são essenciais, podendo em determinadas matérias, falar-se em um consenso sobre quais detém essa rubrica.

Nesse passo, Humberto Theodoro Júnior⁹ enfatiza que, no que se refere às matérias pertinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, por se tratarem de questões de ordem pública, sobre as quais não têm disponibilidade as partes, e que funcionam como pressupostos de “legitimidade da própria função jurisdicional do Estado”, não há preclusão “nem lógica, nem temporal, nem consumativa”.

O direito constitui uma unidade orgânica no plano científico. Não obstante haja referida unidade, devem-se diferenciar duas categorias, uma de direito público e outra de direito privado.

No espaço do direito privado, a ordem jurídica abdica de definir a consequência imputável à conduta, deixando essa definição à vontade dos próprios sujeitos envolvidos na situação qualificada como suposto normativo.

Cuida-se da vasta área reservada ao que se denomina de autonomia privada, devendo ser deferido ao ser humano o poder de opção, entendendo-se como permitido tudo quanto juridicamente não previamente tipificado como proibido ou devido.

De outro lado, o direito público, disciplina os interesses sociais, assim como os do próprio Estado, cuidando apenas de forma reflexa da conduta individual.

Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁰ brilhantemente, nos ensina que:

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1. p. 444.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64.

“(...) indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.”

O processo, por instrumento apto a garantir que o cidadão – em sentido lato – alcance a tutela estatal, isto é, a instrumentalização do direito de ação, deve ser revestido de segurança jurídica, a qual é alcançada através de normas pré-existentes na legislação. Nesse sentido é o que afirma a Professora Ada Pellegrini Grinover,¹¹ ponderando que o processo exige atividade típica, ou seja, os atos que o compõem devem ser traçados previamente pelo legislador.

Deste modo, a regulamentação normativa dos atos processuais contribui para que se atinja o objetivo de realização da atividade jurisdicional. O ato praticado, concretamente, é típico ou perfeito quando se amolda exatamente ao padrão da lei; é atípico, ou defeituoso, quando dele se afasta.

Caio Mário da Silva Pereira se refere à ordem pública como um conjunto de princípios de ordem pública, aduzindo que são princípios de direito privado que:

“(...) tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo”.¹²

Como se verifica, o conceito é impreciso e vago, todavia, possível afirmar que a ordem pública implica a prevalência do interesse geral sobre o individual, como antedito. Certo é que a dificuldade na conceituação de ordem pública tem origem na evolução do direito, eis que os momentos históricos dão ênfase a valores sociais diversos. A acepção moderna do termo é ampla ante as ideologias do tipo social, próprias do Estado intervencionista contemporâneo.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 19.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1. p. 13.

Nesse mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci¹³ aduz que:

“A possibilidade de cognição *ex officio* dessa matéria corresponde, evidentemente, à garantia de boa administração da justiça, sendo que eventual inércia do magistrado *lo hace responsable de mal desempeño del cargo, por grave omisión*.

(...) O julgador – afirma JORGE LUÍS DALL’AGNOL – tem o dever de conduzir o processo despido de quaisquer vícios; se, por ventura, vislumbrando ele a existência de determinado pressuposto processual, declarar saneado o processo, poderá evidentemente, em momento ulterior, reexaminar o assunto, ‘sob pena, até, de o juiz ter de decidir com afronta à norma imperativa (que determina constante atuação em prol da regularidade do processo) e contrariando, inclusive, sua própria convicção’.

(...) Adotando esse mesmo entendimento, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS conclui que, no concernente aos pressupostos processuais positivos ou negativos e às denominadas condições da ação, a matéria interessa substancialmente à atividade jurisdicional. Por via de consequência, a respeito dessa temática não há se falar em julgamento explícito, e muito menos em implícito, sujeito a preclusão, uma vez que não se pode conceber a distribuição de justiça pelo Estado sem que estejam preenchidas as condições de admissibilidade do julgamento da lide. ‘A questão é de ordem pública’.”

Pelos percalços demonstrados, faz-se necessário discorrer, ainda que de forma sucinta, sobre tais questões de ordem pública, de forma a agrupá-las e proporcionar uma visão geral sobre os preceitos de categoria pública que fazem parte do sistema jurídico vigente.

¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 640, fev. 1989. p. 23.

3 ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

Conforme dito alhures, são inúmeras as matérias que podem ser incluídas no rol da ordem pública, havendo, inclusive, para cada ramo do direito um grupo de matérias que são consideradas de ordem pública. Entretanto nesse trabalho, dar-se-á ênfase à ordem pública processual.

Sobre o fenômeno processual, dentre as teorias que o explicam, a prevalecente, hoje, é a de Oscar Von Bülow, esta, em linhas gerais, define o processo como relação.¹⁴ Sendo a teoria, é a relação existente entre o Estado e as partes que permite a apropriada aplicação do direito e da justiça – o que significa, no conceito de Ulpiano, a possibilidade de dar a cada indivíduo aquilo que é seu.

O processo — materialização do direito de ação — constitui um direito do cidadão e um dever do Estado, a este último, além de outras obrigações, impõe-se o dever de prestar seu serviço eficientemente.¹⁵

Como mencionado, o processo é dotado de tipicidade, o efeito disso não é outro, senão a obrigatoriedade de descrição formal de suas regras pela norma jurídica, sendo que os atos que a compõem são previamente traçados pelo legislador.

A leitura das linhas antecedentes demonstra a extrema importância de que se reveste o processo dentro de um Estado Democrático de Direito, nele, toda regra processual, naturalmente, possui caráter cogente, entretanto, algumas regras possuem esse caráter mitigado, ao passo que, a outras, que o legislador considerou mais relevantes, por algum motivo especial, deu uma proteção maior, o que reflete na permissão de que o magistrado reconheça a regra, bem como a sua infringência ou inobservância, sem a provocação de quem lhe caiba.

¹⁴ *Apud* CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 314.

¹⁵ Nos termos da Constituição Federal de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** (...)”. (grifou-se)

No processo civil, as regras consideradas mais relevantes e que dispensam a atuação de um ente que provoque o Poder Judiciário estão dispostas em três grupos, são elas: pressupostos processuais, condições da ação e nulidades processuais.

Esse grupo de assuntos formam as “questões de ordem pública processuais”, que, por serem assim consideradas, possibilitam o atingimento da finalidade do processo de forma racional, célere e econômica.

É devido ao magistrado, no exercício da função jurisdicional, apreciar duas relações jurídicas distintas, quais sejam, (i) a relação processual, que é de ordem pública e nasce da propositura da ação e se aperfeiçoa com a citação do demandado, vinculando, assim, autor, juiz e réu (*iudicium est actus trium personarum*), e (ii) a relação de direito material, que é objeto da controvérsia existente entre as partes (lide ou litígio) e que configura o mérito da causa, comumente de natureza privada.

Assim, ao decidir acerca da pretensão autoral, cabe ao magistrado se manifestar sobre a relação processual, aquela de ordem pública, que trata das questões preliminares e decidir também o mérito da causa, resolvendo a segunda relação processual, a de direito material.

Oportuno mencionar que a questão de fundo do processo se fixa, como regra, no pedido autoral. O pedido é o objeto da ação e tem o condão de delimitar o objeto litigioso de uma demanda, consistindo naquilo que se almeja atingir com a prestação jurisdicional pleiteada.

Nos termos do art. 2º do CPC, "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais". Tem-se, portanto, que a atividade jurisdicional é inerte, é exercida somente mediante provocação da parte interessada, conforme corrobora o art. 262 do CPC.¹⁶

¹⁶ “Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

A demanda judicial se desenvolve por meio do pedido veiculado na petição inicial, de acordo com o que leciona Humberto Theodoro Júnior,¹⁷ *verbis*:

“(...) petição inicial e sentença são os atos extremos do processo. Aquela determina o conteúdo desta. *Sententia debet esse libello conformis*. Aquela, o ato mais importante da parte, que reclama a tutela jurídica do juiz; esta, o ato mais importante do juiz, a entregar a prestação jurisdicional que lhe é exigida.”

Distinção existe entre o pedido imediato e o pedido mediato. O primeiro representa a tutela judicial pretendida pelo autor, trazida na petição inicial, no âmbito do processo de cognição, que pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória, por exemplo. O pedido mediato é o bem da vida, aquilo que o sujeito ativo da relação processual afirma que lhe é de direito.

Em que pesem as disposições legais supramencionadas, que tratam da necessidade de provocação do magistrado para a obtenção da tutela jurisdicional, na análise de determinados temas, cumpre ao magistrado emitir juízo de ofício, independentemente de qualquer pronunciamento das partes. Essa situação se impõe quando se está diante de preceitos de ordem pública processuais, que versem, em regra, sobre pressupostos processuais e condições da ação. Essa imposição se dá em observância ao comando constitucional previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Como exemplo de necessidade de emissão de juízo de ofício de forma independente de provocação, têm-se as disposições do parágrafo 4º do art. 301 do CPC, que estabelecem que, anteriormente ao pronunciamento a respeito da questão de fundo (mérito da causa), compete ao órgão julgador emitir juízo sobre:

- I - inexistência ou nulidade de citação;
- II - incompetência absoluta;
- III - inépcia da petição inicial;
- IV - preempção;
- V - litispendência;
- VI - coisa julgada;
- VII - conexão;

¹⁷ *Op. cit.* p. 313.

VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
IX - convenção de arbitragem;
X - carência da ação;
XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.”

Oportuno mencionar que o mesmo dispositivo (§4º do art. 301 do CPC) afasta expressamente a necessidade de manifestação de ofício do magistrado sobre o compromisso arbitral.

Este pela inteligência dos dispositivos da Lei nº 9.307/96, juntamente com a cláusula compromissória, consiste em forma de convenção de arbitragem. A cláusula compromissória é convenção por meio da qual as partes se utilizam de contrato que se determine a submissão de eventuais litígios relacionados ao contrato possivelmente vindouros à arbitragem, ao passo que, o compromisso arbitral é definido como pacto específico de instituição do juízo arbitral diante de um litígio.

Destaca-se que, embora o referido dispositivo se refira unicamente ao compromisso arbitral, firmou-se o entendimento de que o pronunciamento de ofício seria igualmente vedado à cláusula compromissória. Na verdade, teria havido equívoco do legislador ao não fazer também referência à cláusula compromissória.

Esclarecida a questão, conclui-se que ambas as formas de convenção de arbitragem serão objeto de pronunciamento de ofício pelo julgador. No entanto, ainda cabe às partes o debate sobre a existência ou não da arbitragem. Não o fazendo, tacitamente, ter-se-á a compreensão de que ambas estariam renunciando à arbitragem.

De tal modo, à exceção de convenção arbitral, os demais itens elencados no art. 301 do CPC, de modo geral, estão relacionados à formação e ao desenvolvimento válido da relação jurídica processual (pressupostos processuais) e ao exercício regular da ação (condições da ação).

É bom ressaltar que, embora a disposição literal do §3º do art. 267 do Código de Processo Civil possa levar ao entendimento de que as matérias nele referidas somente

poderiam ser aduzidas até a prolação da sentença de mérito em primeiro grau de jurisdição, de modo que, havendo recurso contra sentença definitiva, seria defeso ao tribunal o exame de ofício da questão de ordem pública, o disposto no art. 512 do CPC clareia eventuais dúvidas quando expressa que “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

Apesar disso, nada impede que as mencionadas questões sejam também levantadas em fase processual ao Tribunal de Justiça. Ademais, a sentença de mérito por si só não impede a análise de ofício da questão de ordem pública pelo Tribunal, uma vez que o acórdão, desde que haja julgamento do mérito, substitui a sentença.

Reforçando esse posicionamento, Arruda Alvim¹⁸ assevera que:

“(...) tendo em vista que o § 3º do art. 267 referiu-se à inoccorrência de preclusão (...), concluímos que, mesmo que o juiz de primeiro grau, julgando procedente uma ação, e, mesmo que o problema do interesse processual e legitimidade não sejam objeto de impugnação, no recurso de apelação, o Tribunal pode (em rigor, deve) rever esses resquícios. E isto porque a lei refere-se a em qualquer tempo e grau de jurisdição. Se assim é, a dicção em qualquer tempo e grau de jurisdição, só pode referir-se à inoccorrência de preclusão, também para o segundo grau.”

Conforme sobredito confere-se ao magistrado o dever de se manifestar sobre tais tópicos, independentemente de arguição do contestante, em face da existência de interesse público que se debruça sobre tais questões.

Ademais, mostra-se relevante, para o tema, a disposição do parágrafo único do art. 245 do Código de Processo Civil, que afasta preclusão de nulidades que o magistrado deva decretar de ofício, uma vez que são absolutas.

No que concerne à natureza jurídica das condições da ação, o Código de Processo Civil optou pela aplicação da teoria do trinômio que consiste em três categorias: os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa.

¹⁸ ALVIM, José Manuel Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1. pp. 321-322.

Nesta esteira, Humberto Theodoro Júnior¹⁹ informa que a decisão do magistrado terá natureza e efeitos diversos, a depender da verificação de uma das categorias das condições da ação destacadas, para melhor entendimento, vide os ensinamentos, *in verbis*:

- “a) o reconhecimento da ausência de pressupostos processuais leva ao impedimento da instauração da relação processual ou à nulidade do processo;
- b) o da ausência das condições da ação redundam em declaração de carência da ação; e
- c) o da ausência do direito material subjetivo conduz à declaração judicial de improcedência do pedido, e não da ação, como é de praxe viciosa e corriqueira na linguagem forense.”

Diante do que se demonstrou, tem-se que o direito processual é um ramo do direito público, uma vez que se presta a regular relação jurídica da qual o Estado faz parte. Como consequência, exige-se que suas normas busquem, sobretudo, a realização do interesse público na efetivação da prestação jurisdicional.

Deste modo, visando ao cumprimento do escopo maior do processo (a prestação jurisdicional), cabe ao magistrado o pronunciamento sobre os vícios dos quais podem padecer os atos processuais, velando pelas exigências processuais essenciais para que se alcance o devido processo legal.

3.1 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Os pressupostos processuais, assim como as condições da ação, são elementos imprescindíveis para existência e validade do processo. Tratando dos pressupostos processuais, observamos que são requisitos heterogêneos de complexa enumeração.

Em virtude deste fato, são geradas inúmeras classificações deste instituto por doutrinadores.

Humberto Theodoro Júnior²⁰ propõe a seguinte classificação, *verbis*:

¹⁹ *Op. cit.* p. 48.

²⁰ *Op. cit.* p. 53.

“a) pressupostos de existência, que são os requisitos para que a relação processual se constitua validamente; e
b) pressupostos de desenvolvimento, que são aqueles a ser atendidos depois que o processo se estabeleceu regularmente, a fim de que possa ter curso também regular, até a sentença de mérito ou a providência jurisdicional definitiva.”

Em consonância com esse entendimento, pode-se dividir os pressupostos de existência válida ou de desenvolvimento regular do processo, em subjetivos, abrangendo a competência do juiz para a causa, a capacidade civil das partes e sua representação por procurador, e objetivos, relacionados ao procedimento.

Estes são: a) a observância da forma processual adequada à pretensão; b) a existência nos autos do instrumento de mandato conferido ao advogado; c) a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou de inépcia da petição inicial; e d) a inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual.

Independente da classificação doutrinária adotada, fato é, que os pressupostos processuais são elementos de presença obrigatória para configurar a existência e a validade da relação processual, assim como os pressupostos processuais negativos, sendo que sua existência é determinante para que se possa cogitar a possibilidade de uma sentença de mérito.

3.1.1 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE EXISTÊNCIA

3.1.1.1 JURISDIÇÃO

A jurisdição é função exercida pelo Estado, própria e exclusiva do Poder Judiciário que, substituindo a vontade das partes, procura, de forma imparcial, a pacificação do conflito entabulado entre elas, através da concessão ou não, da tutela pleiteada, declarando qual preceito é pertinente para aplicação e resolução do caso concreto.

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos:

“Jurisdição é função do Estado desde o momento em que, proibida autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida”.²¹

Referido requisito está positivado na Carta Magna através do princípio do juiz natural, cuja inobservância gera nada mais que um processo de aparência.

Nos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover:

“O princípio do juiz natural nasceu e se desenvolveu no ordenamento anglo-saxão, passando pelos sistemas constitucionais norte-americano e Francês. Este princípio, historicamente, apareceu como a proibição dos juízes ou tribunais extraordinários ou de exceção, e, as vezes, enriquecido pela garantia da exigência do juiz competente. No direito brasileiro vigente, o princípio do juiz natural (= garantia de que todos têm direito ao “seu” “juiz constitucional”) está concretizado, abrangendo a proibição de tribunais e juízes de exceção (artigo 5º, XXXVII, da CF) e a necessidade da competência do juízo (art.5º, LIII, da CF), e, evidentemente, também a proibição de juízes pós-constituídos”.²²

No Brasil adota-se o sistema de jurisdição una, no qual a função jurisdicional é exercida pelo Estado-Juiz (Poder Judiciário), ressalvadas as situações excepcionais dos artigos 51, I, 52, I e II, e 55, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Poder Judiciário, nos termos do art. 92 da CRFB de 1988, é composto da seguinte forma:

- “I - o Supremo Tribunal Federal;
- I-A o Conselho Nacional de Justiça;
- II - o Superior Tribunal de Justiça;
- III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI - os Tribunais e Juízes Militares;

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Processo de conhecimento. In: _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 67.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Op. cit.* p. 44.

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

É imprescindível que a parte ajuíze uma ação, visto que a jurisdição é função absolutamente provocada, perante o órgão investido nos poderes inerentes a tal função estatal para que se cumpra, integralmente, o pressuposto processual de existência consistente na jurisdição.

Julgado prolatado por órgão que não goze de jurisdição é nulo *ipso jure*, ou seja, incapaz de gerar a coisa julgada e, por isso mesmo, insuscetível de se convalidar pelo transcurso do prazo decadencial destinado à interposição da ação rescisória.

3.1.1.2 PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial consiste em ato formal e, em regra, escrito, por meio pelo qual o interessado, para obter determinada prestação jurisdicional, exercita seu direito constitucional de ação.

Esse instrumento processual faz-se necessário para que exista a demanda, instaurando-se então, a relação jurídica processual. Isso é essencial, pelo simples fato de que, como mencionado acima, a jurisdição praticada pelo Estado-Juiz é inerte, cabendo à parte, quando entender necessária a tutela estatal, se dirigir ao Poder Judiciário.

Nos termos do supracitado art. 262 do CPC, há vedação ao juiz de proceder de ofício no campo da jurisdição contenciosa, salvo nos casos em que se vislumbre a existência de questões de ordem pública, como a abertura do inventário, que pode ser de ofício pelo magistrado.

Além de ser instrumento para constituição do processo e materialização do direito de ação, a petição inicial delimita o poder de decisão do órgão julgador, sendo essencial que nela haja pedido específico, delimitando assim a decisão do Juiz, sendo que, caso não se denote congruência entre o pedido da parte autora e a decisão do magistrado, a decisão deverá ser anulada.

O ajuizamento da ação, por meio da petição inicial, enseja a existência da relação processual, entretanto, há previsões encontradas em leis específicas que autorizam o início do processo dispensando provocação do interessado, como no caso do *habeas corpus*.²³

Fora das hipóteses de dispensa expressa da exordial, sua ausência torna inexistente a relação processual, pela inteligência do art. 263 do diploma processualista civil.²⁴

Veja-se que a inicial que não preencher os requisitos arrolados nos artigos 282 e 283 do CPC ou que possuir algum dos vícios constantes no artigo 295 do CPC não é dotada de falha quanto à existência e, sim, quanto à validade da relação processual. Este tópico será objeto de considerações infra.

3.1.1.3 CITAÇÃO

De acordo com a legislação processual a citação é "o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender" (art. 213 do CPC).

Ausente a citação do réu, a relação processual não se aperfeiçoa, e a sentença será, fatalmente, inoperante. Com efeito, reza o art. 214 do CPC que "para validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu".

Há calorosa divergência doutrinária no atinente à espécie de pressuposto processual ao qual a citação pertenceria.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior:

²³ Há, também, a possibilidade de se iniciar uma ação sem a petição inicial, oralmente, nos casos de competência dos juizados especiais, de alimentos ou, ainda, nos casos de competência da justiça do trabalho.

²⁴ "Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado."

“A citação é ato processual de comunicação ao sujeito passivo da relação jurídica processual (réu interessado) de que em face dele foi proposta uma demanda, a fim de que possa, querendo, vir a defender-se ou a manifestar-se. Tem pois, dupla função: a) *in ius vocatio*, convocar o réu a juízo; b) *edictio actionis*, cientificar-lhe do teor da demanda”.²⁵

Alguns autores afirmam tratar-se de pressuposto processual de existência, outros de validade, havendo, ainda, aqueles que sustentam ser a citação pressuposto de existência e validade do processo, da relação processual.

Em que pesem os válidos argumentos contrários, entende-se que a existência de citação se caracteriza como pressuposto de existência do processo, considerando que a relação jurídica processual contenciosa é trilateral, há indispensabilidade de chamamento do réu ao processo.

Por outro lado a citação sem vícios se enquadra como requisito de validade do processo. Isso é o que se depreende da leitura do Código de Processo Civil, no que tange expressamente a nulidade das citações "quando feitas sem observância das prescrições legais" (art. 247 do CPC).

Válido destacar que, ainda que inválida, se a citação ocorre, a relação jurídica processual se completará, pois, ainda que defeituosa, fora instaurado o contraditório, ou seja, o objetivo fora atingido. Tais assertivas podem ser retiradas do art. 214, §1º, do CPC.

Com efeito, na hipótese de não se haver estabelecido o contraditório, por ausência de citação, eventual sentença proferida no bojo desse processo, sem ocorrer o chamamento do réu, não transitará em julgado, por ser tida como sentença inexistente, isso porque, o processo não fora juridicamente formado.

Com exceção da hipótese em que é proferida sentença a favor do réu não citado, ante a ausência de prejuízo (art.249, §§1º e 2º, CPC).

²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria geral do processo de conhecimento. In: _____. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. v. 1. p. 477.

3.1.1.4 CAPACIDADE POSTULATÓRIA

A Constituição Federal, nos arts. 5º, LXXIV, art. 133 e 134, determina que o *jus postulandi* é um privilégio dos advogados. Nesses dispositivos constitucionais resta consignado que a jurisdição não pode ser exercida sem a representação ou assistência das partes por advogado, ressalvadas as hipóteses excepcionais em que se admite a postulação em causa própria.²⁶

A capacidade postulatória das partes se constitui através do instrumento de representação. Nesse sentido o artigo 36 do CPC.

Parte da doutrina entende que a capacidade postulatória é pressuposto de validade, no entanto, com embasamento na súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça,²⁷ temos que se trata, na verdade, de pressuposto de existência.

No novo Código de Processo Civil, de forma não técnica, haverá a disposição afirmando que atos sem a juntada da procuração no prazo legal são considerados ineficazes e conclui que não terão validade.

3.1.1.5 CAPACIDADE DE SER PARTE E CAPACIDADE JURÍDICA

A capacidade de ser parte está discriminada na lei civil, que indica que todo aquele que tiver capacidade para contrair direitos e obrigações na ordem jurídica é dotado de capacidade de direito.

Conforme dispõe a primeira parte do art. 4º do Código Civil, "a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida".

²⁶ O art. 36 do CPC estabelece que "a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver". Existe, também, a possibilidade de se entrar em juízo sem advogado habilitado em casos de alimentos, de competência dos juizados especiais (quando a causa possuir valor inferior a vinte salários mínimos) ou da justiça do trabalho ou, ainda, quando se tratar de *habeas corpus*.

²⁷ Súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça: "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos."

A personalidade é atributo da pessoa natural e também da pessoa jurídica. Porém, existem determinados entes desprovidos de personalidade jurídica, conhecidos por *pessoas formais*, como a massa falida, o condomínio, as sociedades de fato, aos quais a lei (art. 12, CPC) confere capacidade de ser parte.

Por sua vez, a capacidade para estar em juízo é nada mais, nada menos que a possibilidade de exercer direitos e deveres processuais, ou seja, praticar de forma válida os atos processuais.

3.1.2 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE VALIDADE

3.1.2.1 PETIÇÃO INICIAL REGULAR

A petição inicial, para ser admitida, deve preencher de forma integral os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, não sucumbindo aos vícios expressamente previstos no art. 295 do CPC.

Dentre tais requisitos, em razão da importância para a regularidade da petição inicial, cabe tecer considerações acerca do pedido (arts. 282, III e IV, 295, I, parágrafo único, I e IV) e sobre a causa de pedir (art. 295, I, parágrafo único, I).

O pedido imediato guarda correspondência com a natureza do provimento pleiteado, ao passo que o mediato corresponde ao teor do provimento jurisdicional.

A causa de pedir é a indicação, dos fatos jurídicos e fundamentos jurídicos do pedido, nos termos do art. 282, III, do CPC, o que torna evidente a adoção, pelo legislador, da teoria da substanciação, a qual considera a causa de pedir como fato ou complexo de fatos aptos a suportar a pretensão do autor, pois são eles que constituem o elemento de onde deflui a conclusão.

A falta do pedido ou da causa de pedir não impede a formação da relação jurídica processual, entretanto tal vício contaminará a sentença proferida, o que permitirá sua rescindibilidade, nos termos do art. 485, V, do CPC.

O pedido e a causa de pedir delimitam a abrangência da sentença, que deverá ser proferida em seus limites, sendo certo que a ausência dos requisitos não gera emenda.

3.1.2.2 COMPETÊNCIA ABSOLUTA

De acordo com os incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF/88, é indispensável a existência de juiz natural, órgão jurisdicional competente incumbido de aplicar a lei.

A competência absoluta, ditada pela matéria, pessoa ou função, é colocada em favor do interesse público, não havendo possibilidade de alteração pela vontade das partes.

Por sua vez, a competência relativa tem por embasamento o interesse privado, podendo ser alterada pelas partes, a exemplo do que dispõem os artigos 111 e 112 do CPC, não constituindo, assim, um pressuposto processual, nos termos da súmula nº 33 do STJ.

Reconhecer, de ofício, a violação às regras de competência absoluta é função do magistrado. Uma vez reconhecida, deve ser determinada a remessa dos autos ao órgão a quem compete apreciar a demanda, tendo-se por nulos os atos decisórios pronunciados pelo juízo tido por absolutamente incompetente. A inobservância de tal determinação gera a nulidade absoluta do processo, tornando rescindível a sentença, nos termos do art. 485, II, do CPC.

3.1.2.3 IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

O juiz imparcial é aquele que prolata decisões judiciais sem que qualquer motivo particular possa influir em seu ânimo. O CPC enumera as hipóteses que fazem o juiz suspeito ou impedido, com o escopo de afastá-lo de determinadas demandas.

Os casos de impedimento (art. 134 do CPC) apresentam maior gravidade do que os de suspeição (art. 135 do CPC). Com efeito, nos termos do art. 485, II, do CPC, é razão para ação rescisória a sentença proferida por juiz impedido, evidenciando que, no caso de suspeição, não há se falar em rescindibilidade da decisão, eis que vigora, no particular, a regra da preclusão temporal.

O impedimento do magistrado pode ser aduzido a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, sanando-se o vício com a remessa dos autos ao substituto legal (art. 313 do CPC). Sentença proferida por juiz impedido é nula e depende da interposição de recurso da parte para que a nulidade seja declarada, caso contrário, uma vez transitada em julgado, operar-se-á a convalidação da nulidade.

3.1.3 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NEGATIVOS

Os pressupostos processuais negativos, também conhecidos como extrínsecos pela Doutrina, são fatores externos à relação jurídica processual. Estão expressamente previstos no art. 301, IV a VI do CPC, quais sejam, preempção, litispendência e coisa julgada.

Conforme já visto, os pressupostos processuais de existência e validade devem existir, em cada caso concreto, sob pena de inexistência ou invalidade da relação jurídica processual, já os negativos, se presentes, impedem o julgamento do mérito.

Nas palavras do Professor Fredie Didier Júnior:

“A princípio, são vícios insanáveis. Por isso o reconhecimento da existência de algum desses fatos inexoravelmente levará a extinção do processo – salvo se disser respeito a apenas parcela da demanda (litispendência parcial, por exemplo), hipótese em que haverá inadmissibilidade parcial da causa, sem a extinção do processo, que prosseguirá em relação a parcela restante”.²⁸

²⁸ *Op. cit.* p. 243.

3.1.3.1 LITISPENDÊNCIA

A citação válida, capaz de estabelecer a relação processual, fazendo com que a lide se torne pendente em juízo, é que é pode originar a litispendência (arts. 219 e 301, §2º, do CPC).

Em linhas gerais, a litispendência é a existência de mais de uma demanda envolvendo as mesmas partes, o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, evitando desgaste da atividade jurisdicional, além de decisões contraditórias, o que privilegia a segurança jurídica.

Havendo dois processos em curso, configurando-se a litispendência, o processo no qual houver ocorrido a citação válida por último, com base no art. 219 do CPC, deverá ser extinto sem julgamento de mérito, de ofício ou a requerimento da parte, vide os preceitos do art. 267, §3º, do CPC, sendo defeso ao autor interpor novamente a ação (art. 268 do CPC).

3.1.3.2 COISA JULGADA

Coisa julgada é a qualidade de imutabilidade do julgado perante o órgão prolator da decisão proferida, nos termos dos arts. 463 e 467 do CPC.

Trata-se de pressuposto processual negativo, na medida em que impede o reingresso de nova ação com partes, causa de pedir e pedidos idênticos, que já foram objeto de decisão de mérito anteriormente.

Cabe aqui, rapidamente, distinguir a coisa julgada formal e material: a coisa julgada formal não impede o reexame do objeto de julgamento em outro processo, já a coisa julgada material produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, proibindo que o exame da lide ocorra novamente, nos termos do art. 468 do CPC.

Assim, como pressuposto processual negativo, que impede o julgamento de mérito, deve ser considerada apenas a coisa julgada material.

3.1.3.3 PEREMPÇÃO

A perempção, em consonância com parágrafo único do art. 268 do CPC, consiste na perda do direito de renovar a propositura da mesma ação se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo por não promover os atos e diligências que lhe competir, abandonando a causa por mais de trinta dias.

Da análise do exposto, tem-se, em suma, que, para que se obtenha tutela jurisdicional satisfatória, os pressupostos processuais negativos não podem estar presentes na relação processual.

A presença de tais requisitos obsta o exercício da pretensão à atividade jurisdicional do Estado, porém não extingue o direito material objeto do processo, em virtude disto, os pressupostos negativos são suscetíveis de serem conhecidos de ofício.

3.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO

As condições da ação são elementos necessários ao regular exercício do direito de ação. O sistema processual civil brasileiro adotou a concepção eclética do direito de ação, o qual se consubstancia no julgamento de mérito da causa e somente ocorrerá se preenchidas as condições.

De forma diversa com o que ocorre com os pressupostos processuais, a lei enumera as condições da ação. São elas: a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e o interesse de agir (artigo 3º – interesse processual e legitimidade, artigo 267, inciso VI – possibilidade jurídica do pedido).

A ausência de qualquer das condições da ação implica na extinção do processo, sem análise de mérito.

3.2.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A possibilidade jurídica do pedido se verifica na ocasião em que se admite juridicamente, de forma abstrata, o que se pleiteia, de forma concreta, ou seja, exige-se a existência de preceito legal suficiente a acolher a pretensão autoral, ou melhor, a não rechaçá-la.

Nesse sentido é o entendimento de Moniz de Aragão:

“A possibilidade jurídica do pedido, portanto, não deve ser conceituada como se tem feito, com vistas a existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável”.²⁹

3.2.2 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*

Legitimidade ostenta aquele que figurar como titular da relação jurídica de direito material que tramita em juízo. A lei também pode atribuir legitimação a quem não é titular desta relação hipotética, em casos de legitimação extraordinária. É um liame que se estabelece entre um sujeito, um objeto e outro sujeito.

3.2.3 INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir caracteriza-se pela existência de duas circunstâncias: utilidade e necessidade do pronunciamento judicial, podendo-se também acrescentar a adequação do procedimento utilizado.

A falta de uma das condições da ação implicará na carência da ação, consistente em uma nulidade processual, decretável de ofício ou a requerimento das partes, não havendo

²⁹ ARAGÃO, Muniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. p. 394.

preclusão, ensejando, por conseguinte, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por meio de sentença processual (art. 162, §1º, c/c art. 267, V e VI ambos do CPC).

Admite-se, todavia, que a sentença declaratória da falta de uma condição da ação não gere a extinção do processo em sua totalidade, a exemplo da exclusão de um litisconsorte do processo por ilegitimidade para figurar na causa.

Infere-se do sobredito que as condições da ação, assim como os pressupostos processuais, são elementos obrigatórios na relação processual, possibilitando a prolação de decisão de mérito pelo magistrado.

4 PREQUESTIONAMENTO

Não faltam abordagens sobre o assunto, uma vez que o tema é bastante controvertido na doutrina.

A origem da construção do conceito do prequestionamento está nos arts. 102, III, e 105, III, da 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:

(...)”

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

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

(...)”

Trata-se de instituto criado pela jurisprudência que, em observância aos dispositivos supramencionados, elegeu como pressuposto de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários a necessidade de que todos os argumentos trazidos no bojo do recurso tenham sido efetivamente decididos pelo tribunal *a quo*.³⁰

Ensina Araken de Assis:³¹

“Turvou a clareza do tema a deletéria influência da própria palavra “prequestionamento”. Formada a partir da derivação prefixal do termo “questionamento”, o contexto jurídico não lhe podou a natural relação de sentido, sugerindo a todos os espíritos que **prequestionar é questionar antes**. Essa semântica vulgar há que ceder passo às proposições normativas.” (grifo nosso).

³⁰ Há ressalva em relação ao prequestionamento implícito, naquele em que o julgador, reflexamente, se pronuncia a respeito. No STF, nos parece que a questão encontra-se pacificada no sentido do não cabimento de recurso com matérias prequestionadas implicitamente. Já no STJ, as decisões são divididas.

³¹ ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n.º 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 746.

Existem três correntes que propõem conceituar o instituto do prequestionamento.

O primeiro entendimento é no sentido de que a matéria está prequestionada quando o tribunal de origem se pronunciou expressamente a respeito da questão federal ou constitucional, independentemente de pleito da parte no bojo recursal.

Essa corrente é a dominante atualmente, apesar de haver algumas divergências no âmbito do STJ e STF.

No STF, existem as Súmulas 282 e 356, a saber:

Súmula nº 282: “Inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Súmula nº 356: “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.”

Deste modo, o STF entende majoritariamente que o prequestionamento está observado quando no acórdão recorrido constar os dispositivos suscitados nas razões do recurso.

De toda forma, a jurisprudência distingue a figura do prequestionamento implícito e o explícito, o que não é reconhecido por essa corrente dominante, porque a matéria prequestionada há de ser expressa, clara, indubitosa. Não pode ser induzida ou deduzida dos fatos da causa.

Cumpra apenas destacar que a necessidade de prequestionamento numérico já foi afastada por ambos os tribunais superiores, não havendo necessidade de constar expressamente no acórdão recorrido o número do dispositivo combatido, bastando que a matéria pertinente tenha sido tratada de maneira inequívoca.

Já no STJ, o prequestionamento implícito seria mais aceito, inclusive corroborado pelo entendimento de José Afonso da Silva.³²

“A ofensa pode ser oblíqua, indireta, disfarçada e até negada. Pode ser meramente virtual ou implícita, desde que seja grave, atingindo o princípio legal através de sua mesma literalidade, mesmo porque a sentença pode ser implícita. Não importa que a orientação se mostre velada pelo silêncio do julgador ou se aninhe oculta nas dobras e refêgo da sentença. Não montaria até que a sentença proclamasse e anunciasse fieldade e obediência ao texto malferido. Ponto é que a ofensa exista na real verdade, e tome aspecto de tratamento mortal. E ofensa existe não só quando o juiz atribui à lei interpretação conspicuamente inexata, desencadernadamente errônea, como quando deixa de aplicar, ainda pelo silêncio, lei invocada e que devidamente deveria dominar a matéria e nortear o julgamento.”

Aqui cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento no Enunciado de nº 320, de que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”, ou seja, o relator também deve se pronunciar sobre a questão federal, sob pena de o recurso não ser conhecido devido a falta do prequestionamento.

Nesse mesmo sentido, a Súmula nº 211 do STJ:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

Deste modo, a Súmula de nº 211 do STJ estaria em consonância com a Súmula de nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

O segundo vai ao encontro do entendimento de Araken de Assis acima esposado, considera o significado morfológico do vocábulo prequestionamento. O prefixo "pré" exprime a ideia de antecedência, preexistência; "questionamento" diz respeito a questionar, controverter. Desta feita, o ato de prequestionar é dado à parte, antes do pronunciamento da decisão objeto de recursos dirigidos ao STJ ou STF.

³² SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 197.

O último posicionamento consiste na junção dos dois primeiros: o prequestionamento é o prévio debate acerca do tema, seguido de pronunciamento, expresso, do tribunal *a quo*.

Embora a demonstrada divergência nas linhas para conceituar o instituto, conclui-se que o prequestionamento é uma espécie de senha que permite aos recursos de natureza extraordinária o acesso aos Tribunais Superiores.

5 PREQUESTIONAMENTO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Existem muitas divergências entre os doutrinadores quanto a existência do requisito de prequestionar as matérias levadas aos Tribunais Superiores no ordenamento jurídico pátrio, bem como discordâncias sobre seus conceitos e momento de sua ocorrência, como visto acima.

Entre as dúvidas que pairam sobre os estudiosos estão, por exemplo, a exigência de expressa menção ao dispositivo violado por parte do acórdão recorrido, a necessidade de haver êxito nos embargos declaratórios prequestionadores, o cumprimento do prequestionamento pela matéria tratada em voto vencido, julgado por maioria, prequestionamento de matéria de ordem pública (tema do presente trabalho), entre outras.

Para uniformizar algumas destas questões, a Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015, o “Novo Código de Processo Civil”, trouxe dois dispositivos reguladores até certo ponto inéditos no ordenamento jurídico.

A primeira mudança significativa está no artigo 941, §3º do novo CPC, conforme segue:

“Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

(...)

§ 3º - O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.”

Esse artigo vai de encontro com os entendimentos pacificados no âmbito do STJ e STF,³³ que desconsideram a matéria tratada no voto vencido para fins de prequestionamento:

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

³³ O voto vencido que tenha tratado de determinada matéria, isoladamente considerado, não satisfaz o requisito do prequestionamento (STF, AI-AgR nº 714208, Ministra Relatora Cármen Lúcia, julgado em 3 mar. 2009).

Tal entendimento também era esposado pela maioria da doutrina, tais como Henrique Araújo Costa, Leonardo José Carneiro e Roberto Carlos Martins.

Apesar disso, com o novo texto legal, não existem mais parâmetros para divergência com relação ao tema, sendo que a inclusão deste dispositivo buscou fortalecer o prequestionamento, ampliando suas hipóteses de ocorrência, o que facilitará a interposição dos novos recursos às instâncias extraordinárias e prestigiará o princípio da celeridade processual.

Outra relevante alteração no novo CPC está no artigo 1.025:

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

O mencionado dispositivo agora admite o prequestionamento mesmo que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o Tribunal Superior entenda ser o caso do cabimento daqueles.

O Supremo Tribunal Federal já vinha adotando o chamado prequestionamento ficto, diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, ao qual se verificará um impacto considerável na maneira de decidir, pois aplica posicionamento divergente desse entendimento.

O STJ entende, por meio de jurisprudência, ser dever da parte recorrente a interposição dos embargos aclaratórios perante o acórdão omissivo, sob pena de violação do artigo 535, II, do atual Código de Processo Civil, pois teria sido negada a prestação jurisdicional, com a eventual anulação do acórdão.

Desta feita, essa flexibilização do instituto do prequestionamento, em comparação com a atual sistemática para interposição de Recurso Especial, ampliará a possibilidade de análise dos recursos interpostos junto aos Tribunais Superiores, em especial junto ao STJ.

6 PREQUESTIONAMENTO E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

Chega-se no presente tópico no ponto nodal deste trabalho, onde se objetiva responder à seguinte questão: existe a necessidade de prequestionamento para fins de interposição de recursos de natureza extraordinária (STF e STJ) quando estes trazem em seu bojo questões de ordem pública, tendo em vista que devem ser conhecidas **de ofício** pelo órgão julgador?

Foi demonstrado que as questões de ordem pública podem, e devem, ser analisadas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição pelo magistrado, até o trânsito em julgado da decisão de mérito, não havendo preclusão em relação aos litigantes nem em relação ao órgão julgador, nos termos do parágrafo 3º do art. 267 e do parágrafo 4º do art. 301, ambos do Código de Processo Civil.

Apesar disso, seria possível a aplicação de tais dispositivos no âmbito dos Tribunais Superiores?

Sobre a (im)possibilidade de se reconhecer uma questão de ordem pública em sede de recurso especial ou extraordinário, também, há três posicionamentos.³⁴

O primeiro posicionamento, e tradicional, afirma que a questão de ordem pública não é objeto de análise perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como nas instâncias ordinárias – a qualquer tempo e grau de jurisdição –, ou seja, ela somente pode ser reconhecida quando trazida no bojo do recurso. O argumento elementar é a ausência de prequestionamento.

Parcela considerável da doutrina compartilha com essa corrente, dentre eles Eduardo Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior, José Miguel Garcia Medina, entre outros.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim³⁵ afirma que “a estreiteza do efeito devolutivo que ocorre mercê da interposição dos recursos excepcionais não deixa espaço para

³⁴ APRIGLIANO, *op. cit.* pp. 211-213.

a aplicação desta regra [inocorrência de preclusão das questões de ordem pública], cuja incidência se estende, entretanto, a todos os recursos ordinários”.

Para essa corrente, o conhecimento de ofício destas matérias, discriminadas nos artigos 267, §3º, 301, §4º e 303, II e III do CPC, só seria possível se existisse na Constituição Federal um dispositivo compatível.

Assim, para esses doutrinadores, se a questão de ordem pública não for decidida e versada no Recurso Excepcional, não existe a possibilidade de os Tribunais Superiores examiná-la de ofício ou a requerimento da parte, uma vez que por se tratarem de recursos distintos e de última instância, são incompatíveis com a regra da preclusão destas matérias.

O segundo, ao contrário, sustenta que o controle da questão de ordem pública pode, sim, ser feito nas instâncias superiores, por cuidar de matérias relevantes para o sistema. Nos últimos tempos, esse entendimento vem ganhando suporte na doutrina, como o de Nelson Luiz Pinto.³⁶

Esse doutrinador entende que, nos termos do artigo 267, §3º do CPC, deve ser dispensado o prequestionamento das questões de ordem pública – principalmente os vícios ligados à falta de condições da ação e os pressupostos processuais positivos de existência e validade do processo, assim como os pressupostos processuais negativos – devendo os Tribunais Superiores conhecerem de ofício, com o fito de evitar o trânsito em julgado de decisões viciadas, com a necessidade de recorrer para a ação rescisória.

Esse autor defende ainda que tais condições e pressupostos devem obrigatoriamente ser objeto de exame de ofício do juiz ou Tribunal, antes de se adentrar ao mérito, independente de requerimento. No seu entender, “pode-se dizer que essas matérias de ordem pública por força de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito”.³⁷

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 220.

³⁶ PINTO, Nelson Luiz. *Juízo de admissibilidade do recurso especial*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 145.

³⁷ *Ibid.* p. 182.

Outrossim, devido as leis processuais serem essencialmente normas de direito público, é imperioso que sejam respeitadas para garantir um andamento igualitário aos processos no geral. Nesse sentido, Osvaldo Flavio Degrazia:³⁸

“Daí deduz-se que a nulidade, absoluta ou relativa, arguida sem a observância do momento marcado no art. 245, pode e deve ser decretada pelo juiz, de ofício ou a pedido da parte, em qualquer grau onde se encontrar o processo. E, no caso do trânsito em julgado, a nulidade poderá ser arguida através da ação rescisória ou no curso da execução. Sendo assim, se ocorrida a nulidade e a parte deixou de apontá-la porque não a detectou em tempo hábil, o juiz poderá expurgá-la. O mesmo procedimento deve ser adotado no tribunal sem que, para tal, necessariamente haja prequestionamento expresso e isto se deve ao fato de a nulidade não precluir, podendo ser alegada pela parte ou expungida pelo magistrado ou tribunal em qualquer momento, instância ou grau processual. A nulidade, por sua natureza, prescinde de prequestionamento explícito”.

O último adota uma posição intermediária, sustentando que, se presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, a questão de ordem pública pode ser reconhecida de ofício.

Neste ponto, importante tecer algumas críticas a este instituto. Sem desviar do tema, o prequestionamento nasceu de uma construção da jurisprudência dos tribunais superiores com base numa distorcida interpretação dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, o que nada mais é do que uma forma de estrangular os Recursos interpostos.

Existem entendimentos que apoiam a jurisprudência defensiva, pois não há como ignorar os problemas vivenciados pelos tribunais.³⁹ Porém, a enorme quantidade de processos que tramitam na justiça não pode ser fator determinante para o não conhecimento de recursos que contenham em seu bojo clame de alta relevância, como o são as questões de ordem pública.

³⁸ DEGRAZIA, Osvaldo Flavio. Nulidade e prequestionamento. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Brasília, ano 4, n. 20, nov./dez. 2002. p.13.

³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

Eduardo de Albuquerque Parente⁴⁰ faz uma brilhante observação em relação ao assunto:

“Para Nelson Pinto o prequestionamento deve ser dispensado para os temas ora tratados, devendo o tribunal conhecê-los de ofício, para que se evite o trânsito em julgado de decisão viciada, assim como a necessidade de utilização da demanda rescisória.

De fato, ante a necessidade de boa justiça, **não se poderia impor, para o prequestionamento de uma matéria relevantíssima de ordem pública, que se anteceda um fenômeno criado pela jurisprudência, que, salvo melhor juízo, não se encontra positivado, qual seja o prequestionamento.**” (grifo nosso)

E Aprigliano traz, em nota de rodapé, outras intocáveis afirmações de Nelson Pinto:⁴¹

“(…) as condições da ação e os pressupostos processuais devem, necessária e obrigatoriamente, ser objeto de exame *ex officio* por qualquer juiz ou tribunal, antes de se adentrar o julgamento do mérito, independentemente de ter havido ou não requerimento das partes. Assim, pode-se dizer que essas matérias de ordem pública estariam, por força de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito.”

É certo que qualquer decisão viciada, em desconforme aos ditames dos pressupostos processuais, das condições da ação e das nulidades processuais não é apta, nem pode gerar os efeitos pretendidos.

O Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon⁴² ensina que:

“(…) em matéria de preclusão, dúvida não há de que, em grau de importância para o processo civil (e porque não dizer, para a vida dos direitos), os efeitos superam o acontecimento. Como é natural, esses efeitos são de ordem variada, podendo repercutir ou não sobre o

⁴⁰ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 7. p. 134.

⁴¹ PINTO, Nelson *apud* APRIGLIANO, Ricardo. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1996. pp. 182-183.

⁴² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 735.

desfecho do processo. Assim, afastar a ocorrência da preclusão em determinadas situações, é, em síntese, tutelar o resultado do processo.”

Assim, entende o citado professor que a existência do disposto no art. 267, § 3º do CPC serve justamente para evitar que a preclusão partes impeça a solução final do processo. Aduz que “para o juiz, preclusão não pode ser causa de perpetuação de injustiças. Em determinadas situações excepcionais, e dentro dos poderes que lhe são conferidos, torna-se imperativo afastar a preclusão”, e finaliza dizendo que “havendo violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido, principalmente naqueles casos em que a decisão será *inutiliter data*”.⁴³

Ainda que o Supremo Tribunal Federal seja a Corte à qual incumbe a guarda da Constituição e nela somente devam ser julgadas questões de alta relevância, a questão de ordem pública infringida, e não observada pelas instâncias *a quo*, deve ser, por ele, sanada.

No mesmo sentido deve ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual tem por definição o Tribunal de Uniformização de Entendimentos.

Aqui não se nega que o STF e o STJ sejam tribunais que comportam apenas recursos cuja devolutividade seja diminuta, no entanto, é razoável sustentar, com base no exposto, ultrapassada a fase de conhecimento dos recursos às instâncias superiores, principalmente considerando os princípios do devido processo legal e inafastabilidade do controle jurisdicional.

Insta frisar que, ainda que parte da doutrina se posicione contra o reconhecimento, *ex officio*, da matéria de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais, a jurisprudência tem demonstrado posicionamento flexível, conforme decisão no Recurso Especial nº 885.152, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki.⁴⁴

⁴³ *Ibid.* p. 741.

⁴⁴ “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.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do mencionado estudo foi demonstrar que às questões de ordem pública são cognoscíveis “ex officio” em qualquer tempo ou grau de jurisdição, daí porque é perfeitamente possível sua identificação em sede de tribunal “ad quem”, ainda que não tenha ocorrido o prequestionamento expresso da matéria.

Os autos do processo são considerados um instrumento para se atingir determinado fim, seguindo uma série de procedimentos pré-estabelecidos.

E nesse prisma, as condições da ação são exigências *sine qua non* para se chegar na prestação correta da tutela jurisdicional de mérito, pois ausentes quaisquer delas, o pedido é inviabilizado, havendo por necessário a extinção da ação, assim como os pressupostos processuais condicionam a validade do processo, e não sendo eles observados, o processo se torna juridicamente inexistente para os fins que lhe foi proposto.

Inicialmente, concluímos que, em primeiro grau de jurisdição, as questões de ordem pública podem ser analisadas pelo juiz a qualquer tempo antes do trânsito em julgado da sentença prolatada, nos termos dos arts. 267, §3º, e 301, §4º, do CPC, não havendo se falar, no particular, em preclusão *pro judicato*.

O formalismo exacerbado na aplicação das normas processuais, não é benéfico para a prestação jurisdicional, devendo sua interpretação ser pautada à luz da Constituição

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.” (Recurso Especial nº 885.152/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 6 fev. 2007, publicado no Diário da Justiça em 22 fev. 2007, p. 171.)

Federal, no princípio da cooperação e aproveitamento das normas processuais, e não aplicada de forma descriteriosa, inclusive quando se trata de construção jurisprudencial como forma de resolver problemas técnicos e sociais que os Tribunais sofrem, à mingua dos direitos do tutelado.

Nesse sentido, o termo “sentença de mérito”, ao qual faz referência o mencionado artigo, deve ser entendido como todas as decisões prolatadas em grau de recursos de natureza ordinária e extraordinária, em face da substitutividade da sentença pelo acórdão.

Nessa ótica, sendo a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a efetiva aplicação das leis constitucionais e infraconstitucionais, é de se esperar dessas Cortes, que não se furtem de conhecer as ações julgadas por completo, aplicando todos os dispositivos pertinentes, pois agir de forma contrária viola garantias, constitucionalmente asseguradas.

De um modo geral, o que se conclui pela matéria aqui ventilada é que, o apego exagerado ao formalismo não traz qualquer benefício ao jurisdicionado, ao contrário, apenas afasta as garantias constitucionais que buscam dar efetividade ao acesso pleno à justiça, com regular desenvolvimento, que inegavelmente é de interesse público.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manuel Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1.

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

ARAGÃO, Muniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2.

ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n.º 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Manual dos recursos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DEGRAZIA, Osvaldo Flavio. Nulidade e prequestionamento. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Brasília, ano 4, n. 20, pp. 11-13, nov./dez. 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria geral do processo de conhecimento. In: _____. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. In: INSTITUTO CAPIXABA DE ESTUDOS. *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Vitória, 2003. v. 3.

_____. Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de *et al.* Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum*? In: ASSIS, Araken de *et al.* (Coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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 de matéria impugnada. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. v. 3.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.

PINTO, Nelson Luiz. *Juízo de admissibilidade do recurso especial*. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *apud* APRIGLIANO, Ricardo. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1996.

QUINTELLA, Eliane Proscurcin. *Matéria de ordem pública no âmbito do processo civil*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. Processo de conhecimento. In: _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 640, pp. 19-27, fev. 1989.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.