DA NECESSIDADE DO PREQUESTIONAMENTO EM MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (*)

MARIANA DE SOUZA CABEZAS (**)

RESUMO: *O presente texto busca discutir, a partir do entendimento doutrinário e de precedentes jurisprudenciais pátrios, os limites da cognição, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal e pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, das assim chamadas matérias de ordem pública (isto é, aquelas relativas às condições da ação e aos pressupostos de validade e desenvolvimento regular do processo judicial), tanto à míngua da decisão a respeito de tais matérias no acórdão recorrido, como da ausência de provocação, pela parte interessada, do respectivo reexame via recurso especial e recurso extraordinário – ou seja, se as Cortes superiores podem, de ofício, conhecer de tais matérias.*

PALAVRAS-CHAVE*: Condições da Ação; Pressupostos do Processo; Instrumentalidade do Processo; Proporcionalidade.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou trazer à baila a problemática relativa aos limites de cognição, pelos tribunais superiores, das questões de ordem pública.

No item 1 buscou-se definir o conceito de recurso e os seus efeitos, com especial enfoque nos efeitos devolutivo e translativo, relativamente aos recursos ditos especiais (o recurso especial e o recurso extraordinário, dirigidos, respectivamente, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal). Essa análise visou delimitar a amplitude do conhecimento, pelo tribunal *ad quem,* das matérias suscitadas ou não pelas partes no recurso interposto.

O item 2 cuidou da identificação das origens do requisito do prequestionamento imposto à admissibilidade dos apelos extremos, sua definição e contornos, delineados paulatinamente pelo legislador e pela jurisprudência. Nesse capítulo tratou-se também da repercussão geral da matéria constitucional versada no recurso extraordinário, introduzida como requisito de sua admissibilidade pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentada pela Lei nº 11.418/2006, que acresceu ao Código de Processo Civil os arts. 543-A a 543-C.

No item 3 temos o conceito e relevância das ditas matérias de ordem pública, analisando-se as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que entendem tanto pela manutenção como pela dispensa ou mitigação do prequestionamento diante da presença dessas matérias, e, pois, a possibilidade do seu conhecimento de ofício pelas cortes superiores.

Essa discussão se avulta diante da tendência de objetivação dos recursos excepcionais, como a verificada justamente com a introdução pelo legislador do instituto da repercussão geral da matéria veiculada no apelo dirigido ao Supremo Tribunal Federal, passando, pois, as decisões dessa Corte a se pautarem pela relevância e transcendência.

(*) Monografia aprovada em 08/05/2012 no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação *Lato Sensu,* da Escola Superior de Direito Constitucional, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Professora Elaine Parpinelli Moreno Vessoni.

(**) Bacharel em Direito (USP). MBA pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Especialista pela Escola Superior de Direito Constitucional.

Por fim, no item 4, buscou-se, com arrimo na teoria da razoabilidade e da proporcionalidade entre os meios e fins, e, pois, na ponderação entre os princípios constitucionais em jogo, analisar se o primado da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e a necessidade de segurança jurídica, não ensejariam a flexibilização das regras inerentes ao conhecimento dos recursos excepcionais, quando envolvida questão de ordem pública, de modo a coibir-se a perpetuação de situações consolidadas em desacordo aos bens jurídicos considerados de interesse social.

1. DOS RECURSOS

O Código de Processo Civil não fornece definição do que seria recurso, limitando-se a examinar as figuras classificadas sob esse *nomen iuris*.

Barbosa Moreira[1], verificando que o denominador comum de todas essas figuras consiste no fato de que a interposição de qualquer delas não dá margem à instauração de novo processo, mas tão somente propicia a extensão daquele então fluente, e que o seu uso deriva da iniciativa da parte interessada em impugnar decisão que lhe cause efeitos detrimentais, conceitua recurso como "remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna". Ressalva o mestre, ser dentro do mesmo processo, "não necessariamente nos mesmos autos", eis que, independentemente da formação de autos apartados, o processo permanece "uno".

No mesmo sentido, Pontes de Miranda[2] conceitua recurso como sendo "impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual".

Nelson Nery Junior[3], por seu turno, define recurso como "remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu".[4]

Quanto à natureza jurídica dos recursos, Nelson Nery Junior adota a tese, tal como os doutrinadores precedentes citados, de que o recurso é "um prolongamento, dentro do mesmo procedimento, do exercício do direito de ação, compreendido este em seu sentido mais amplo, abrangendo este, também os procedimentos de jurisdição voluntária"[5]. Ressalva o mestre não ser o recurso, em sentido estrito, o próprio direito de ação, uma vez que pressupõe a existência de lide pendente sobre a qual ainda não se formou a coisa julgada.

Em abono à sua tese, traça um paralelo entre os pressupostos necessários para que se obtenha sentença de mérito (condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e o interesse processual, pressupostos processuais relativos aos requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo) e os requisitos recursais (enquanto prolongamento do direito de ação dentro do mesmo processo: existência de recurso previsto no ordenamento como tal, legitimidade para recorrer, interesse em recorrer e tempestividade, e requisitos formais como preparo, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

A interposição do recurso tem o caráter de ônus processual[6], pois apenas mediante a sua interposição é possível a reforma de decisão que foi desfavorável à parte.

Somente os atos do juiz são passíveis de recurso.

---

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. V, p. 230.

2 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VIII, p. 277.

3 NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos.* 6. ed., atual., ampl. e reform. São Paulo: RT, 2004, p. 204.

4 Ressalva ainda o mestre que "estes remédios destinados aos reexames das decisões judiciais têm sido objeto de acentuada variação no tempo e no espaço, de sorte que o fator determinante no enquadramento de um desses remédios na categoria reduzida dos recursos em sentido estritamente processual é, sem dúvida, o da política legislativa". (*Op.cit.,* p. 205).

5 *Op. cit.,* p. 232.

6 Salienta Barbosa Moreira o caráter de ônus processual e não de dever, posto que a interposição do recurso trata-se "de ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou para afastar a consumação de uma desvantagem. Está presente aí o traço essencial por que o ônus se extrema do dever, ordenado este à satisfação de interesse alheio, aquele à de interesse próprio." (*Op.cit*., p. 230).

Nos arts. 162[7] e 163[8] do Código de Processo Civil, o legislador qualifica os atos praticados pelo órgão jurisdicional como sentenças[9], decisões interlocutórias, despachos[10]-[11] e acórdãos.

O art. 504 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.276/2006, prevê que "dos despachos não cabe recurso" [12].

A intenção do legislador era atribuir perfeita correlação entre o ato judicial e o recurso dele cabível. Assim, em regra geral, da decisão interlocutória (art. 162, § 2º do CPC) caberia agravo, na forma retida, salvo quando a decisão fosse passível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou quando se referir à inadmissão da apelação e aos efeitos em que recebida a apelação, quando então seria admitida a sua interposição por instrumento (art. 522). As decisões interlocutórias são ainda passíveis de agravo interno ou regimental na forma dos regimentos internos dos tribunais estaduais, regionais ou superiores. A sentença (art. 162, § 1º) é impugnável por apelação (art. 513) e o despacho de mero expediente é irrecorrível (art. 504). Quanto às decisões emanadas dos tribunais, verificamos que os acórdãos não unânimes que houverem reformado em grau de apelação sentença de mérito ou julgado procedente ação rescisória (art. 530) são passíveis de serem impugnados por embargos infringentes. Contra acórdão que julgar de modo definitivo o mérito da causa, dos quais não caiba mais recurso na instância ordinária, são cabíveis o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III da CF) e o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, III da CF). O indeferimento do processamento dos recursos especial e extraordinário pelo Tribunal *a quo* enseja o agravo ao STF ou ao STJ, conforme o caso (art. 544 do CPC) e o não conhecimento ou não provimento desses mesmos recursos especial e extraordinário e seus respectivos agravos por decisão monocrática dos Ministros Relatores, enseja a interposição do agravo interno previsto no ordenamento das referidas cortes.

---

7 Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º. Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei. § 2º. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. § 3º. São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. § 4º. Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:00).

8 Art. 163. Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais.

(Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:00).

9 A redação anterior do § 1º do art. 162 do CPC mencionava como sendo sentença "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:05). A respeito da alteração dessa redação desse dispositivo, esclarece Flávio Cheim Jorge, que:

"Feitas essas considerações, impende ressaltar que a Lei 11.232/2005, ao por término ao processo autônomo de execução de título judicial, necessitou, por coesão lógica, modificar o conceito de sentença. Dita necessidade se deu porque, sendo unificados os processos de conhecimento e o de execução, apenas com fases (de cognição e de execução) distintas, haveria descompasso entre o antigo conceito de sentença e o sincretismo estabelecido. Se o processo não passou a ser extinto ao término da fase de conhecimento, foi preciso modificar o conceito de sentença, adequando-o a essa nova realidade".

Salienta, contudo, o autor que "relacionar o conceito de sentença com as hipóteses dos arts. 267 e 269 em nada interfere na concepção inicial do CPC, de emprestar-lhe a característica imprescindível e essencial de extinção do processo". (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis.* 3. ed., rev., ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: RT, 2007, p. 40).

10 São, pois, os despachos atos meramente ordinatórios, proferidos pelo Juiz visando o desenvolvimento natural do processo, não possuindo conteúdo decisório. Se contiver nele embutido um tema decisório capaz de causar gravame ou prejuízo à parte ou ao interessado, não será despacho, mas sim decisão interlocutória.

11 O Código passou a permitir no § 4º do art. 162, que determinados atos sejam praticados por auxiliares da justiça (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:07). A esse respeito, Tereza Arruda Alvim Wambier destaca que a novel redação indica que o legislador parece ter passado a considerar classes diferentes de despachos. Assim, aqueles considerados de mero expediente seriam os praticados pelos serventuários e os despachos propriamente ditos, seriam exclusivos dos magistrados. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no Código de Processo Civil brasileiro.* 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 83).

12 A redação anterior desse art. 504 ressalvava a hipótese de irrecorribilidade dos despachos de mero expediente. A redação atual não faz mais essa distinção, tratando apenas de despachos (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:08). Visava a redação anterior justamente reforçar o entendimento de que, por serem de mero expediente, tais despachos seriam irrecorríveis e incapazes de causar prejuízo às partes.

Atento, contudo, para eventuais discrepâncias geradas pelas reformas parciais do Código, Araken de Assis[13] alerta que:

> É da maior importância, outrossim, acentuar que não importa a forma ou o nome porventura atribuídos ao ato pelo órgão judiciário. Interessa, para o cabimento do recurso, tão só a precisa adequação do provimento à tipologia legal. Por conseguinte, o cabimento depende do caráter objetivo do ato. Em que pese a imprópria designação ou, em menor grau, a forma errônea emprestada pelo órgão judiciário a seu próprio ato, hipóteses em que se abre espaço à aplicação do princípio do recurso indiferente, a recorribilidade se funda na natureza do provimento. Assim, abdicando o órgão judiciário de emprestar a austera organização do provimento em três partes, conforme determina o art. 458, em princípio aplicável às sentenças (art. 162, § 1º) e aos acórdãos (art. 163), pois as decisões (art. 162, § 2º) reclamam motivação concisa (art. 165), nada obstante considerar-se-á o ato sentença, desde que adequado aos números dos arts. 267 e 269. Por conseguinte, comportará o recurso admissível para as sentenças (art. 513), inclusive para o fim de se obter a invalidação do ato por inobservância do art. 458.

1.1. DOS EFEITOS DOS RECURSOS

A doutrina tradicional identifica dois efeitos dos recursos: o *devolutivo*, que é aquele em virtude do qual se devolve o conhecimento da matéria ao órgão judicante; e o *suspensivo*, que é aquele em virtude do qual se impede a produção imediata dos efeitos da decisão, qualidade esta que perdura até o julgamento do recurso com a preclusão ou a coisa julgada. Impede assim, a execução imediata da sentença. Tal efeito é conferido por razões de ordem prática, que leva a lei a impedir que se modifique o estado de direito e de fato entre as partes enquanto pende de julgamento o recurso interposto.

Nelson Nery Junior acrescenta outros efeitos ao devolutivo e ao suspensivo, quais sejam, o expansivo, o translativo e o substitutivo[14]. Consoante preleciona o processualista, há efeito expansivo quando o julgamento do recurso puder propiciar decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada, que é o mérito do recurso; o efeito translativo ocorre quando o órgão *ad quem* julga fora das questões constantes das razões ou contrarrazões dos recursos, não se podendo falar em julgamento *extra* ou *ultra petita*, como ocorre com as questões que devem ser conhecidas de ofício; e o efeito substitutivo se dá quando o recurso for conhecido e julgado pelo mérito, nos termos do art. 512 do CPC.

1.1.1. DO EFEITO DEVOLUTIVO

O efeito devolutivo é aquele que todo e qualquer recurso possui, e consiste na devolução do conhecimento da matéria impugnada ao órgão *ad quem*, a fim de que possa reexaminar a decisão recorrida.

Nelson Nery Junior[15] acentua que "o efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, e não mera técnica do processo, princípio esse fundamental do direito civil brasileiro". Isso porque, no seu entender, como o juiz, de regra, não pode agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte ou interessado (art. 2º, CPC), deve, igualmente, julgar somente nos limites do pedido (art. 460, do CPC), que são fixados na petição inicial pelo autor (art. 128, CPC), não podendo julgar *extra, ultra* ou *infra petita.* Se o fizer, estará cometendo excesso de poder.

Acentua ainda o mestre que, transportando esses fundamentos para a esfera recursal, "espécie de renovação do direito de ação em outra fase do procedimento" [16], o recurso interposto pela parte devolve ao órgão *ad quem*, o conhecimento da matéria impugnada. Assim, o juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o

13 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos.* 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 141.

14 *Op. cit.,* p. 428 e seguintes.

15 Op. cit., p. 428.

16 Op. cit., p. 429.

recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, que devem ser finalizadas com o pedido de nova decisão, fixando-se assim os limites e o âmbito da devolutividade (*tantum devolutum quantum apellatum*). Daí porque o efeito devolutivo pressupõe sempre o ato de impugnação específica, admitindo-se somente a dedução de pretensão genérica em juízo nos casos expressos elencados pelo art. 286 do Código de Processo Civil. Com efeito, deve o recorrente indicar as razões pelas quais pretende ver reformada ou anulada a decisão impugnada e fazer pedido de nova decisão. Somente assim o tribunal *ad quem* poderá apreciar o mérito do recurso, uma vez que é o recorrente que delimita o âmbito de devolutividade do recurso.

Diante do princípio dispositivo e dos limites fixados pelo recorrente ao devolver ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, é lícito concluir que o nosso sistema processual não admite a *reformatio in pejus* justamente porque violentaria o princípio dispositivo e o efeito devolutivo do recurso.

O objeto da devolutividade constitui o mérito do recurso, ou seja, a matéria sobre a qual deve o órgão *ad quem* pronunciar-se, provendo-o ou improvendo-o. Salienta Nelson Nery Jr. que as preliminares que a parte adversa normalmente alega em contrarrazões e que ensejam o não conhecimento do recurso, não integram o efeito devolutivo, eis que se referem a matérias de ordem pública, e, portanto, autorizam a que o tribunal pronuncie-se *ex officio* a respeito. Assim sendo, salienta o mestre, "seria mais apropriado dizer-se que esse tipo de questão fica ao exame do tribunal pelo denominado efeito translativo do recurso, porquanto o efeito devolutivo, como já vimos, é manifestação do princípio dispositivo." [17]

A possibilidade de o tribunal conhecer das questões discutidas e debatidas no processo, ainda que a sentença não as tenha apreciado por inteiro (art. 515, § 1º do CPC), também conhecer de todos os fundamentos da ação ou defesa (art. 515, § 2º do CPC), configura exceção ao princípio aqui analisado, e tal exceção justifica-se em razão de militar o interesse público em face de determinadas questões justamente denominadas de ordem pública.

O efeito devolutivo é inerente a todos os recursos previstos no ordenamento pátrio, exatamente porque o seu escopo nada mais é do que submeter a decisão impugnada a novo exame pelo órgão *ad quem*. O efeito devolutivo estende o procedimento, prolongando o processo até que a decisão judicial não mais seja impugnável, quer pela inércia da parte em não interpor recurso, quer pelo esgotamento da instância recursal. Assim sendo, o efeito devolutivo adia a coisa julgada.

1.1.1.1. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO

Convém assinalar que, em certas hipóteses, o princípio dispositivo, que delimita a extensão do efeito devolutivo, é restringido pelo próprio sistema recursal. Trata-se das hipóteses, *verbi gratia,* em que a lei, ao estatuir os requisitos dos recursos, fixa limites à fundamentação, fazendo com que o recorrente tenha de invocar o requisito previsto em lei, a fim de que o respectivo recurso possa ser conhecido, e, no mérito, tenha que demonstrar a efetiva ocorrência desse requisito legal para que o respectivo recurso tenha provimento.

José Carlos Barbosa Moreira[18] enuncia que, na hipótese de recursos cuja fundamentação seja vinculada, a tipicidade do erro é pressuposto de cabimento e de admissibilidade do recurso. Se o erro não for típico, o órgão *ad quem* dele não conhecerá e, se não verificada a existência real do erro, será improcedente o recurso.

Diz-se que, nos recursos de fundamentação vinculada, o efeito devolutivo é restrito, uma vez que ao órgão competente somente é devolvida a tipicidade do erro. No juízo de admissibilidade, verifica-se unicamente se é a hipótese de erro típico, enquanto que, no juízo de mérito, averigua-se se a impugnação levada a cabo pelo recorrente é fundada ou não.

No direito pátrio, são hipóteses de fundamentação vinculada os embargos de declaração e o recurso especial e o recurso extraordinário.

17 *Op. cit.,* p. 428.

18 *Op. cit.,* p. 251.

1.1.2. DO EFEITO TRANSLATIVO

É o efeito translativo aquele pelo qual se transfere, ao conhecimento do tribunal *ad quem*, o conhecimento de questões não suscitadas pelas partes ao longo do processo, ou não objeto de apreciação pela decisão impugnada.

Conforme salienta José Miguel Garcia Medina[19], "tal circunstância decorre do princípio inquisitório, em virtude do qual, em situações determinadas em lei, pode o órgão judicial agir e pronunciar-se de ofício, independente de pedido ou requerimento da parte ou interessado".

Trata-se de situações em que presentes questões de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado justamente porque a respeito delas não se opera preclusão (art. 267, § 3º e 301, § 4º e 303, II e III do CPC), conforme o estabelecem os arts. 515, §§ 1º e 2º e 516 do ordenamento processual civil brasileiro.

Conforme o magistério de Nelson Nery Junior[20], além das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, ficam também transferidas ao tribunal destinatário do recurso de apelação, por força do mencionado art. 515, §§ 1º e 2º do CPC, as questões dispositivas que deixaram de ser apreciadas pelo juízo de primeiro grau, nada obstante tenham sido suscitadas e discutidas no processo.

Em regra, opera-se o efeito translativo nos recursos ordinários (apelação, agravo de instrumento, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), mas não nos recursos extraordinário, especial e embargos de divergência.

As matérias de ordem pública que tenham sido julgadas pelo tribunal em apelação ou em ação rescisória são transferidas ao órgão julgador dos embargos infringentes, sendo irrelevante que tenha ou não sido objeto da divergência. Nesse caso, a matéria objeto da divergência é devolvida ao conhecimento do órgão julgador em razão do efeito devolutivo e as matérias de ordem pública são transladadas em razão do disposto nos mencionados arts. 267, § 3º, 301, § 4º e 303, II e III do CPC. [21]

2. DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Anteriormente à edição da Constituição Federa--l de 1988 não havia recurso especial. Havia somente o recurso extraordinário, que visava resguardar a integridade tanto das normas constitucionais como a das normas federais infraconstitucionais. Com o advento da atual Constituição, o antigo recurso extraordinário desmembrou-se em recurso extraordinário e recurso especial, sendo aquele interposto perante o Supremo Tribunal e este perante o Superior Tribunal de Justiça.

Conforme será infra melhor explicitado, o recurso extraordinário teve como modelo o *writ of error* do direito norte-americano, tendo sido instituído no ordenamento pátrio pelo art. 59, § 1º do Decreto nº 510, de 22.6.1890, do Governo Provisório e, após, repaginado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano e que dispunha:

> Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das questões definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados:

---

19 MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. São Paulo: RT, 2002, p. 76.

20 *Op. cit.,* p. 482.

21 É esse o entendimento do STJ, como se denota das seguintes ementas de julgados desse tribunal:

Cabe à Seção deste Tribunal, ao conhecer dos embargos infringentes, examinar de ofício questões relativas à falta de pressupostos processuais, ainda que, no acórdão embargado, não tenha ocorrido dissídio quanto a essas questões. (STJ, AR 195-0/DF (EI), rel. Min. Pádua Ribeiro, 1ª Seção, Brasília, DF, j. 13.4.1993, acolheram os embargos, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 3.5.1993, p. 7.752).

O STJ firmou entendimento de que, em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida no âmbito devolutivo deste recurso, isto é, ainda que a questão da ordem pública não se inclua nos limites da divergência. (STJ, REsp 284.523/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 3.5.2001, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 25.6.2001, p. 173).

> a) quando a decisão houver sido contrária à validade de tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada;
>
> b) quando a validade uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e às leis federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;
>
> c) quando a interpretação de um preceito constitucional, ou de Lei Federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado de preceito ou cláusula.[22]

Desde a Reforma Constitucional de 1926, manteve-se o Supremo Tribunal Federal como a Corte à qual competia conhecer e julgar o recurso extraordinário.

Em razão da peculiaridade de ser exercitável em qualquer causa em que estivesse presente questão federal (e aqui, portanto, abrangidas tanto as questões constitucionais, como as questões federais propriamente ditas), verificou-se a existência de um grande número de recursos distribuídos ao Supremo Tribunal Federal. Esse problema se tornou crônico, retardando de modo demasiado o julgamento dos processos submetidos ao Pretório Excelso, tendo sido conhecido como a "crise do Supremo".

Procurou-se então eliminar ou, pelo menos, amenizar o problema, com a criação de impedimentos ou óbices regimentais[23] que propiciassem a diminuição da quantidade de recursos extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal. Tais tentativas, além de não lograrem êxito, foram objeto de controvérsias, o que culminou com a criação, na Constituição de 1988 de um novo tribunal, o Superior Tribunal de Justiça, vocacionado a abranger causas, outrora de competência do Supremo Tribunal Federal e relativas à apreciação do direito infraconstitucional.

Os recursos especial e extraordinário têm traços distintos em relação aos demais recursos, sendo considerados recursos excepcionais justamente por possuírem características próprias. São características comuns aos recursos excepcionais: (1) o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, (2) não são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido, (3) não servem para a mera revisão da matéria de fato; (4) apresentam sistema de admissibilidade

---

22 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 19:10.

23 Rodolfo de Camargo Mancuso, a propósito do tema, e com arrimo no magistério do Ministro José Carlos Moreira Alves, salienta que a crise do Pretório Excelso "deu margem a uma série de providências legais e regimentais para que a Corte não soçobrasse em face do volume de recursos que a ela subiam. Dentre essas providências, o Ministro lembra: 'a Lei nº 3.396/58 exigiu que o despacho de admissão do recurso extraordinário fosse motivado, à semelhança do que já ocorria com o que não o admitia; a Emenda Regimental, de 28 de agosto de 1963, criou a súmula como instrumento de trabalho para facilitar a fundamentação dos julgados; a Emenda Constitucional nº 16/65 outorgou ao Supremo Tribunal a competência para julgar representações de inconstitucionalidade de lei e atos normativos, estaduais e federais, com a finalidade que vem expressa na exposição de motivos do projeto dessa Emenda – de lhe permitir, num único julgamento, solver a questão da constitucionalidade ou não, dessas normas, o que estancaria, no nascedouro, a fonte dos recursos extraordinários que lhe seriam interpostos se a declaração de inconstitucionalidade se tivesse de fazer em cada caso concreto; a Emenda Constitucional 1/69 admitiu restrições ao cabimento do recurso extraordinário quando interpostos com fundamento nas letras *a* e *d* do inciso III de seu artigo 119'. Na sequência, lembra o Ministro, outros obstáculos foram sendo engendrados: em 1970, o Regimento Interno, que 'estabeleceu uma série de casos de restrição ao recurso extraordinário, admitindo, como válvulas de escape, as alegações de ofensa à Constituição Federal e de dissídio com a sua jurisprudência predominante'; depois, em 1975, a Emenda Regimental nº 3, ampliativa daquelas restrições e que 'substituiu, com exceção a elas, o dissídio com sua jurisprudência predominante pela arguição de relevância da questão federal', já em 1977, sobreveio a Emenda Constitucional nº 7 que, 'com a mesma inspiração de reduzir o número de recursos extraordinários, introduziu em nosso sistema jurídico, a representação de interpretação de leis ou atos normativos estaduais e federais e consagrou, em seu texto, o instituto da relevância da questão federal'. Esse Regimento foi revisto e atualizado em 1980. Esse texto, diz o Ministro, 'aumentou as restrições ao recurso extraordinário, mas, em contrapartida, acrescentou uma terceira válvula de escape: a manifesta divergência com suas súmulas'. Finalmente, encerrando o rol, a Emenda Regimental nº 2/85 'alterou o sistema de restrição ao recurso extraordinário, enumerando os casos de cabimento dele nas hipóteses das letras *a* e *d* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional nº 1/69, o último dos quais é o de acolhimento da arguição de relevância da questão federal nos feitos não mencionados'." (in MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 76).

desdobrado ou bipartido, (5) os fundamentos de sua admissibilidade estão previstos na Constituição Federal e (6) a execução que se faça na sua pendência é provisória[24].

Os aludidos recursos possuem fundamentação vinculada, porquanto a tipicidade do erro como fundamento à sua admissibilidade encontra-se expressamente prevista na Constituição Federal.[25]

No art. 105, III, da Constituição estão estabelecidos os requisitos específicos do recurso especial. O referido inciso admite cabimento de recurso especial em face de causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais, devendo obrigatoriamente ser invocada questão federal.

Por sua vez, nas alíneas do citado inciso, estão delimitadas as hipóteses de cabimento. Na letra "a", estabelece-se caber recurso especial em face de decisões que contrariem tratado ou lei federal, ou negam-lhe vigência. Na letra "b", estabelece-se caber recurso especial em face de decisão que julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. Por fim, na letra "c", estatui-se a possibilidade de interposição de recurso especial contra decisão que der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

No art. 102, III, da Constituição estão estabelecidos os requisitos específicos do recurso extraordinário. O citado inciso prevê recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, em que invocada questão constitucional.

Por sua vez, nas alíneas do citado inciso estão delimitadas as hipóteses de cabimento. Na letra "a", estabelece-se a interposição de recurso extraordinário contra decisão que contrariar dispositivo da Constituição Federal. Na letra "b", está disposto o cabimento de recurso extraordinário contra decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Na letra "c", há previsão de recurso extraordinário contra decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. E, por fim, na letra "d", estabelece-se o cabimento do recurso extraordinário na hipótese de se julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Em razão da fundamentação vinculada e, principalmente, pela natureza excepcional dos recursos especial e extraordinário, parcela da doutrina e jurisprudência consigna que o efeito devolutivo desses recursos cinge-se, unicamente, à tipicidade do erro.

A tipicidade do erro é, pois, pressuposto do cabimento do recurso, objeto do juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*, que pode negar-lhe seguimento, se entender ausente o requisito (decisão essa passível de agravo nos termos do art. 544 do CPC) e objeto de apreciação pelo Tribunal *ad quem*, que não se vincula ao que entendido pelo Tribunal *a quo.* A existência do erro, por seu turno, é pressuposto de procedência do recurso, mediante o juízo de mérito pelas Cortes Superiores, uma vez ultrapassada a fase de admissibilidade.

A admissibilidade dos recursos excepcionais funda-se, destarte, na alegação de violação: a questão constitucional pela causa decidida em única ou última instância (recurso extraordinário) ou a questão federal pela causa decidida em única ou última instância pelos tribunais regionais federais, pelos tribunais de justiça estaduais, do Distrito Federal e dos Territórios (recurso especial). Enquanto no juízo de mérito, averiguar-se-á essa efetiva ocorrência, conforme o recurso.

---

[24] Há de se ressaltar, contudo, que o Código de Processo Civil, embora ressaltando tratar-se de execução provisória aquela intentada na pendência de agravo contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, possibilita que os atos de alienação do domínio do bem penhorado ou o levantamento em dinheiro se dêem sem a prestação de caução pelo exequente, salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação (art. 475-O, § 2º, II do CPC). (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:07).

[25] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 06 dez. 2011. 13:10.

2.1. DO PREQUESTIONAMENTO

Esclarece o Ministro Cláudio Santos[26], relativamente ao prequestionamento, que a palavra:

> (...) é precedida do prefixo *pre,* que carrega a ideia de anterioridade e é formada da raiz latina *quaestio onis,* tal qual questão e questionar, o que levaria o intérprete, sem maiores preocupações com o seu sentido jurídico, a dizer que, do ponto de vista laico, quer dizer a indagação a tese ou assunto prévios.

Juridicamente, esse vocábulo adquiriu compreensão específica no âmbito dos recursos excepcionais e para efeito de admissão desses recursos.

O prequestionamento sempre foi tido como requisito de admissão e processamento dos recursos dirigidos aos tribunais superiores, mesmo anteriormente à Constituição Federal de 1988[27].

Embora a expressão "prequestionamento" não fosse comum na antiga doutrina do recurso extraordinário, exigia-se que a matéria submetida à Corte Suprema houvesse sido questionada.

O prequestionamento enquanto instituto jurídico viabilizador da Instância Superior - dado que, conforme o modelo jurídico em vigor, o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal vincula-se a antecedente discussão jurídica da causa – sempre comportou acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

2.1.1. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO

Araken de Assis[28] destaca que "a República e o regime federativo, reservando-se a União competências legislativas amplas, trouxeram à tona a necessidade de garantir, a um só tempo, a supremacia da Constituição e a inteireza do Direito positivo".

Assim sendo, para atender a tal finalidade, surgiu o recurso ao Supremo Tribunal Federal, instituído no ordenamento pátrio pelo art. 59, § 1º do Decreto nº 510, de 22.6.1890, do Governo Provisório, e que estabelecia que das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal:

> a) quando se questionar sobre a validade ou aplicabilidade de tratado e leis federais e a decisão do Tribunal do Estado for contrária;
>
> b) quando se contestar a validade de leis de Governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados.[29]

---

26 SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O Prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: *DOUTRINA do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 349.

27 A esse respeito é de mister destacar a posição de Nelson Nery Jr., para quem o prequestionamento não pode ser entendido como requisito de admissibilidade dos apelos extremos. Salienta o mestre que: "1. o prequestionamento é apenas um meio de instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE ou do REsp; 2. o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais; 3. o verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do REsp é o cabimento, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente decididas pelas instâncias ordinárias (CF, 102, III e 105, III); 4. a causa decidida é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas um meio para chegar-se a esse fim." (NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de Declaração prequestionadores. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.* São Paulo: RT, 2001, p. 863-864).

28 ASSIS, Araken de. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, São Paulo, Ribeiro Preto, n. 33, p. 13, set. 2002.

29 Cf. Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Disponível em:
http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB. Acesso em

Posteriormente, o Governo baixou o Decreto 848, de 24.10.1890, inspirado no *Judiciary Act* norte-americano, de 1789, e seu *writ of error*, cujo art. 9º, parágrafo único, letra "c" preceituava ser o mesmo cabível quando "a interpretação de um preceito constitucional, ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado, ou convenção, seja posta em questão".[30]

Esclarece Alfredo Buzaid[31], que o *writ of error* era recurso admitido pela *Judiciary Act* das decisões da Justiça Estadual para a Corte Suprema. Esse Ministro do Supremo Tribunal Federal, com arrimo na doutrina de Cooley, destaca que a *ratio* desse recurso residia no fato de ser:

> Essencial para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflito entre Estado e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com referência a ela fique com os tribunais da União; e como tais questões devem surgir frequentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pela *Judiciary Act* deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a equidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde se questiona sobre a validade de uma lei ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna a Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado segundo a Constituição, tratado, lei federal ou ato feito ou autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade reclamado por qualquer das partes com base na Constituição, tratado, lei, ato ou autoridade.

Buzaid invoca ainda a doutrina alienígena de Bielsa e Fernando de La Rua para concluir que requisito para a admissibilidade do recurso era a existência do prequestionamento da matéria nele suscitada, ou seja, que a questão houvesse sido resolvida pelo Tribunal do Estado.

E ainda acrescenta:

> (...) para autorizar a reforma sobre aquela Lei (Lei Judiciária de 1789), força é que conste dos autos, ou expressamente, ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no tribunal do Estado e aí foi rejeitada.[32]

Do Decreto 848, de 1890, o recurso migrou para a Constituição de 1891, que, no seu art. 59, III, empregou o verbo questionar, em lugar da expressão "posta em questão" [33].

Anota o Ministro Cláudio Santos[34] que Epitácio Pessoa, em artigo escrito à época em que ocupava as cátedras do Pretório Excelso, enunciava que "uma das condições geralmente indicadas como indispensáveis para a admissibilidade do recurso extraordinário é, já o dissemos, que se tenha efetivamente questionado no processo sobre a validade ou a aplicação da lei".

Este preceito foi repetido na Reforma de 1926 (art. 60, § 1º, "a"[35]) e nas Constituições de 1934 (art. 76, 2, III, "b"[36]) e de 1937 (art. 101, III, "b"[37]). A Constituição de 1946, no entanto, não fazia alusão ao termo *questionamento* na alínea "a" do art. 101, III, limitando-se a mencioná-la apenas na alínea "b"[38].

---

06 dez. 2011. 20:01.

30 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 19:10.

31 STF, RE 96.802/RJ (EDcl em AgR), rel. Min. Alfredo Buzaid, Pleno, Brasília, DF, j. 4.11.1983, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 12.5.1983, p. 17147.

32 STF, RE 96.802/RJ (EDcl em AgR), rel. Min. Alfredo Buzaid, Pleno, Brasília, DF, j. 4.11.1983, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 12.5.1983, p. 17147.

33 Art. 59. (...) III – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal do Estado for contra ela. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 06 dez. 2011. 13:33)

34 *Op. cit.,* p. 350.

35 Art. 60. (...) § 1º. Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do

Esclarece Araken de Assis[39] que, inicialmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal divisou relevo na diferença. Em alguns arestos, enfatizou-se que o extraordinário, a partir da nova redação, caberia sempre que se caracterizasse qualquer dos tipos do art. 101, III, da CF/46, não importava em que condições. Assim destaca decisão da 2ª Turma do Pretório Excelso em que se consignou que "preterida disposição legal, embora não questionada a sua aplicação, admissível o extraordinário (RE 6.362-RT, 24.1.47, rel. Min. Orosimbo Nonato, RF 112/249)".

Acrescenta ainda o Mestre[40] que o Ministro Orosimbo Nonato chegou a afirmar "'tenho por induvidoso que a ofensa à letra da lei pode aninhar-se no silêncio do julgado' (RE 4.772-PR, 28.1.47, RF 112/366)".

No âmbito da doutrina, Pontes de Miranda manteve seu posicionamento a respeito, eis que admitia o recurso sem embargo de "ter havido a discussão, controvérsia renhida, a argumentação contra ou a favor", porque nos textos de 1891, 1934 e 1937 "facilmente se ressalta que os legisladores constituintes de todos os quatro momentos nunca exigiram o *ter-se questionado* e sim, tão-só, *questionar-se*".[41]

José Afonso da Silva[42] propagava que "é de notar-se que as Constituições de 34 e 37 exigiam que se houvesse questionado sobre a aplicação da lei federal para que se legitimasse a interposição do Recurso". No seu entender, porque a Carta Magna de 1946 havia eliminado a cláusula "sobre cuja aplicação se haja questionado", "hoje, não se exige pré-questionamento sobre a aplicação da lei federal, para interpor-se o remédio constitucional; basta que a decisão a tenha vulnerado".

No entanto, a jurisprudência dominante do Pretório Excelso não se inclinou nesse sentido e, em 1963, foram editadas as Súmulas de nº 282 e 356 e que estabelecem:

> Súmula 282 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.
>
> Súmula 356 - O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Na Constituição de 1967[43], com a Emenda nº 1, de 1969[44], e Emenda nº 7, de 1977[45], no entanto, foi suprimida a referência a "questionamento", porque se atribuiu ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a competência para dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

Tribunal do Estado lhes negar aplicação. (Disponível em: http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html. Acesso em: 06 dez. 2011. 14:14).

36 Art. 76 - A Corte Suprema compete: (...) 2) julgar: (...) III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada.

(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 17:00).

37 Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (…) III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada.

(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 17:02).

38 Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada.

(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 17:32).

39 Prequestionamento, *op. cit.*, p. 13.

40 Prequestionamento, *op. cit*., p. 20.

41 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: RT, 1967, t. IV, p. 147-148.

42 SILVA, José Afonso da. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 1963, p. 198.

43 Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou

À míngua de previsão expressa na Carta de 1967, suscitada a inconstitucionalidade do enunciado da Súmula nº 282, que exige o prequestionamento para a admissibilidade do apelo extremo, o Pleno do STF no RE 96.802 (EDcl em AgRg) afirmou a sua constitucionalidade eis que afinada à orientação da Casa.[46]

A Carta de 1988, que atribuiu parcela de competência do Supremo Tribunal Federal ao por ela instituído Superior Tribunal de Justiça, relativamente à apreciação de matéria infraconstitucional via recurso especial, não menciona o termo "questionar" ou mesmo "prequestionar", limitando-se a asseverar o cabimento desse recurso especial e do recurso extraordinário, contra "causas decididas em última ou única instância".

Justamente por isso, o Ministro Carlos Velloso[47] salientava que o prequestionamento sob o pálio da Carta de 1988, não teria vez. E justificava essa assertiva alegando "que o constituinte quis alargar o raio de ação do recurso especial. Isto está evidente no texto constitucional. Ademais, de regra, o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal."

Contudo, os julgados tanto do Pretório Excelso como do Superior Tribunal de Justiça ratificaram a necessidade do prequestionamento.

2.1.2. DO PREQUESTIONAMENTO ENQUANTO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Como salientado, divergem a doutrina e a jurisprudência a respeito do que se deve entender por prequestionamento. Em linhas gerais entende-se:

última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 15:45).

44 Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. As causas a que se referem o item III, alíneas "a" e "d", deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

(Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 15:47).

45 Art. 119. (...) § 1º. As causas a que se referem o item III, alíneas "a" e "d", deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário e relevância da questão federal. (Disponível em http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em 06 dez. 2011. 15:50).

46 Cf. o escólio do Min. Buzaid: O que pretende a agravante é arguir a inconstitucionalidade do verbete n. 282 da Súmula. (...). O que este verbete consagra é o princípio do prequestionamento, instituído entre nós já na Constituição de 1891, ao dispor no art. 59: (...). O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designados no art. 119 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário. A ideia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. (...). A doutrina brasileira, invocando precisamente a seção n. 25 da Lei Judiciária, nunca hesitou em consagrar tal orientação (cf. PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, p. 101; MATOS PEIXOTO, *Recurso Extraordinário*, p. 89 e seguintes). De feito, a apresentação das questões antes da sentença e sua apreciação definitiva pela decisão de último grau é um problema de lógica jurídica, fundado na congruência que há de existir entre o pedido da parte e a resposta do juiz. (STF, RE 96.802/RJ (EDcl em AgR), rel. Min. Alfredo Buzaid, Pleno, Brasília, DF, j. 4.11.1983, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça da União,* Brasília, Seção I, 12.5.1983, p. 17147).

47 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Revista de Direito Público,* São Paulo, a.22, n. 90, p. 79, abr./jun. 1989.

> (1) o prequestionamento é manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema[48];
>
> (2) é o debate anterior à decisão recorrida acerca do tema, hipótese em que o prequestionamento seria considerado como ônus da parte[49]; e
>
> (3) o prequestionamento pressupõe a existência cumulativa dos dois requisitos anteriores, ou seja, é o debate prévio acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do órgão judicante a respeito.[50]

A primeira corrente é a dominante. Convém, no entanto, a esse respeito, destacar alguns aspectos relativamente às divergências no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante já mencionado, vigem as Súmulas de nº 282 e 356 e que estabelecem ser "inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" (Súmula nº 282) e "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do presquestionamento" (Súmula nº 356).

Assim sendo, o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal era no sentido de que o prequestionamento somente se verificava quando constasse do acórdão recorrido as razões e os dispositivos suscitados[51] pelo recorrente como infringidos pelo Tribunal *a quo*.

No entender de Nelson Nery Junior[52], a apresentação das questões antes da sentença e a sua apreciação definitiva pela decisão de último grau seria um problema de lógica jurídica, fundado na congruência que há de existir entre o pedido da parte e a resposta do juiz.

Acentua Nelson Nery Junior[53] que os recursos especial e extraordinário diferem da apelação, na medida em que esta poderá ter por objeto de julgamento todas as questões de direito e de fato suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, especialmente quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, caso em que a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais (Código de Processo Civil, art. 515, §§ 1º e 2º).

O recurso extraordinário e o especial, contudo, só teriam por fundamento as questões de direito que a Constituição especifica e desde que a transgressão a esses dispositivos tenha ocorrido no tribunal de origem, onde as questões foram ventiladas.

---

48 Nesse sentido: STF, RE 104.899-9/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 3.6.1992, deram provimento, maioria, *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.9.1992, p. 15410; STF, AG 277.229/RJ (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 6.3.2001, negaram provimento, v.u., DJU 18.5.2001, p. 437; STJ, REsp 106.276/MS, rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.4.1997, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 2.6.1997, p. 23779; STJ, REsp 67.920/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 22.4.1997, não conheceram, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 26.5.1997, p. 22543; STJ, MC 3.345/SP (AgR), rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 30.5.2001, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 25.6.2001, p. 165.

49 Confira-se: STF, RE 141.731-6/DF (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.2.1994, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.4.1994, p. 8062; STJ, REsp 2.336/MG, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 9.5.1990, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 4.6.1990, p. 5054.

50 Podem ser citados nessa linha os seguintes julgados: STF, AG 133.690-1/SP (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.5.1990, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 3.8.1990, p. 7239; STF, AG 134.175-1 (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 4.2.1991, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 6.3.1992, p. 2432; STJ, REsp 29.624-2/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 15.2.1993, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 22.3.1993, p. 4519.

51 Convém realçar a advertência de José Theophylo Fleury: "Tenha-se em mente, ademais, que a mera referência ao número do dispositivo legal ou constitucional não implica no inexorável atendimento do prequestionamento, porque há casos em que o acórdão, apesar de fazer menção expressa ao número do dispositivo, não aprecia a questão por ele tratada." (FLEURY, José Theophylo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário. Súmula 356/STF X Súmula 211/STJ? In ARRUDA ALVIM, Eduardo Pelegrini de; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.3, p. 424.

52 Teoria, op. cit., p. 295.

53 Teoria, op. cit., p. 488.

Distinguia a jurisprudência então, a figura desse prequestionamento explícito e do prequestionamento implícito, repudiado por essa corrente dominante, eis que "a matéria prequestionada há de ser expressa, clara, induvidosa. Não pode ser induzida ou deduzida dos fatos da causa" [54].

Quanto a esse denominado prequestionamento explícito, impõe-se apenas destacar que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já repudiaram o denominado prequestionamento "numérico", não sendo necessário, constar do acórdão recorrido, os números dos dispositivos suscitados, bastando que a matéria a eles pertinente houvesse sido, inequivocadamente, tratada[55].

Se o Tribunal de origem não houvesse apreciado a questão, reputava-se necessário, para atendimento do constante na mencionada Súmula 356, a oposição de embargos de declaração, para que a questão objeto do recurso extraordinário fosse explicitamente apreciada. Entendia-se assim, que, uma vez opostos os embargos de declaração, ter-se-ia por ventilada no acórdão recorrido a questão jurídica, independentemente do fato de serem ou não acolhidos.[56]

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os Ministros Athos Gusmão Carneiro[57] e Carlos Velloso[58], então integrantes dessa Corte e o Ministro Sálvio de Figueiredo[59] entendiam que bastaria que a matéria tratada pelo

---

54 STF, AG 84.247/RJ (AgR), rel. Min. Firmino da Paz, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 23.10.1981, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 13.11.1981, p. 11414; STF, AG 75.355/MG (AgR), rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 30.3.1979, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 27.4.1979, p. 3381.

55 Nesse sentido, julgado do Supremo Tribunal Federal:

Impor-se, para configuração do prequestionamento, além da matéria veiculada no recurso, a referência ao número do dispositivo legal pertinente, é exigência que extravasa o campo da razoabilidade, chegando às raias do exagero e do mero capricho, paixões que devem estar ausentes quando do exercício judicante. (STF, AG 178.745-7/DF (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 4.3.1997, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 30.5.97, p. 23.181).

Confira-se do Superior Tribunal de Justiça: STJ, EREsp 30.701/SE, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 13.10.2000, p. 99; STJ, EREsp 158.070/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 20.3.2000, p. 32 e STJ, EREsp 169.414/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, j. 3.2.1999, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.6.1999, p. 3299, todos a portar a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – CITAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS – DESNECESSIDADE. Para implementar a exigência do prequestionamento, não é necessária a citação do dispositivo legal tido como vulnerado, sendo suficiente o exame da questão federal nele contida. O prequestionamento deve ser explícito, mas da questão federal. Embargos recebidos.

56 Quando é o acórdão recorrido que teria ofendido implicitamente texto constitucional, o prequestionamento se faz mediante a interposição de embargos de declaratórios, para que se supra a omissão quanto à questão constitucional por ele não enfrentada. (STF, AG 120.682/RJ (AgR), rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 25.9.1997, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 23.10.1997, p. 23164). No mesmo sentido: STF, RE 210.638/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.4.1998, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 19.6.1998, p. 11.

57 Assentou o Min. Athos Gusmão Carneiro: "Ainda em linha de princípios, dispenso, nos casos de omissão do acórdão, deva ser a matéria reavivada em embargos de declaratórios, quando se cuide de tema já claramente questionado no decorrer do contraditório". (STJ, REsp 444/RJ, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 7.8.1990, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 15.10.1990, p. 11191).

58 De fato, o Ministro Carlos Velloso, que, como salientado, quando do advento da Constituição de 1988 entendia que o prequestionamento não teria vez, quando ainda integrante do Superior Tribunal de Justiça consignava ser cabível o prequestionamento implícito se a questão federal houvesse sido posta. E ressalva que "questão nova, evidentemente não pode ser suscitada no recurso especial. Porque representaria inovação, que a teoria geral dos recursos repele. O prequestionamento implícito, porém, parece-me perfeitamente cabível. Ele resulta do fato de que a questão ter sido posta, por exemplo, na apelação ou nas contrarrazões desta, recusando-a o Tribunal implicitamente". (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Recurso Especial e Recurso Extraordinário na Constituição. In: _____. *Temas de Direito Público.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 238-239).

59 Manifestava-se o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira no seguinte sentido: "Tenho por igual entendido que, sobretudo na ordem constitucional vigente, que alterou substancialmente o sistema recursal até então adotado, não se há mais de exigir-se o prequestionamento explícito, característico do regime anterior, no qual se construiu, por motivos sobejamente conhecidos, um sistema hermético de conhecimento do recurso derradeiro, com óbices jurisprudenciais e regimentais que não mais podemos agasalhar. (...). Daí não comungar do entendimento cristalizado no referido enunciado nº 282, segundo o qual seria

dispositivo legal tido por violado pelo acórdão do Tribunal local fosse debatida pelas partes, para que se tivesse por atendido o requisito do prequestionamento, independentemente da oposição de embargos de declaração.

Tratar-se-ia do denominado prequestionamento implícito, perfeitamente admissível para José Afonso da Silva[60], para quem:

> 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.

A tendência, no entanto, foi a de ter-se como atendido o requisito do prequestionamento quando o tema jurígeno, abordado no recurso especial, e previamente invocado pelas partes nos autos, tivesse sido tratado no acórdão recorrido, não se exigindo, contudo, a referência a número de artigo de diploma legal.[61]

Há de se salientar posicionamentos divergentes a respeito da matéria como o de Alexandre Moreira Tavares[62], para quem "o prequestionamento existe mesmo se a matéria suscitada no recuso extraordinário ou recurso especial tiver sido ventilada apenas no voto vencido do acórdão recorrido. Porque, nesta hipótese, é inquestionável que o tribunal *a quo* discutiu (prequestionou) a tese jurídica do recorrente."

Não é, entretanto o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, em acórdão de lavra do ministro Sepúlveda Pertence. Na ocasião assentou-se que "não se configura o prequestionamento se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido cuidou do tema suscitado no recurso extraordinário, adotando fundamento independente, sequer considerado pela maioria".[63]

O mesmo entendimento foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado de nº 320: "a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

Com efeito, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça grassa a Súmula de nº 211 e que dispõe:

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

A esse respeito, alerta Nelson Luiz Pinto[64] que, de acordo com essa Súmula, não basta, para exigência do prequestionamento, que da matéria objeto do recurso especial, a cujo respeito o acórdão recorrido foi omisso, tenha a parte interposto embargos de declaração. Isso porque, há necessidade de que os embargos sejam providos e que o tribunal *a quo* se manifeste precisamente sobre a questão federal que será objeto do apelo à instância especial.

---

inadmissível o recurso extremo 'quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada'. E muito menos do posicionamento que reclama a referência expressa aos dispositivos legais pretensamente ofendidos." (STJ, REsp 444/RJ, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 7.8.1990, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 15.10.1990, p. 11191).

60 *Op. cit.,* p. 197.

61 RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO. Embora não seja necessário que o acordão se refira expressamente a determinada norma legal, para que possa ocorrer sua violação, indispensável que a matéria jurídica de que cogita tenha sido versada. Isso não se verificando, inexiste o prequestionamento e fica inviabilizado o especial, em que se pretenda sustentar a infringência daquele dispositivo. (STJ, REsp 6.886/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 4.2.1992,não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 24.2.1992, p 1867).

62 SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. Prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 802, p. 96, ago. 2002.

63 STF, AG 256.130/SP (AgR), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 21.11.2000, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 9.2.2001, p. 18.

64 PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos recursos cíveis.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 231.

Conforme o magistério de Cássio Scarpinella Bueno[65], referida Súmula indica que toda vez que forem opostos embargos de declaração visando o prequestionamento para futura interposição de recurso especial, e forem os mesmos rejeitados pelo Tribunal de segunda instância, sob o fundamento da inexistência do vício que motivou a sua oposição, deverá o sucumbente interpor recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a,* da Constituição Federal, por violação ao art. 535, incisos I ou II do Código de Processo Civil. Anota que "somente com o acolhimento deste recurso e cassado o acórdão *a quo*, é que terá cabimento novo recurso especial para levar ao Superior Tribunal de Justiça a questão legal/federal em que se funda a causa".[66]

A Súmula nº 211 estaria, portanto, em consonância com a orientação anteriormente sumulada pelo Pretório Excelso no enunciado de nº 282.

Suscita, no entanto, divergência a Súmula de nº 356 do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, na expressa dicção da Súmula de nº 356, "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do presquestionamento". De modo que, a *contrario sensu,* atendido o sentido literal da Súmula, se opostos embargos de declaração, estará preenchido o prequestionamento, não importando se o tribunal a quo, resolveu ou não a omissão.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que, apresentados embargos de declaração, se o tribunal se recusa a suprir omissão, por entendê-la inexistente, conforme consagra a Súmula nº 356, o recurso pode ser apresentado de imediato, focando a questão federal em discussão.[67]

Aliás, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE 219.934[68], versou o dissenso dessa Corte em relação à Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, reafirmando o entendimento contido na Súmula de nº 356, salientando que o "prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi eficazmente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado nas razões de apelação esse aspecto, aliás, fundamental da controvérsia (Súmula 356)" [69].

---

65 BUENO, Cássio Scarpinella. Prequestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 57.

66 Confira-se ainda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: STJ, AG 55.003/SP (AgR), rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.2.1995, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 27.3.1995, p. 7139; STJ, REsp 65.977/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 19.6.1995, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 28.8.1995, p. 26593; STJ, REsp 28.871/RJ, rel. Min. Nilson Naves, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 30.11.1992, parcial provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 15.2.1993, p. 1686.

67 Transcreva-se o que deliberou o STF no RE 210.638: Com efeito, a rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a materia neles veiculada, como resulta, *a contrario sensu,* da Súmula 356, desde que sobre essa materia tivesse de pronunciar-se o órgão julgador. A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual 'não foram opostos embargos declaratórios'. Mas, se opostos, o Tribunal *a quo* se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf. e.g., RE 208.639, Inf. STF nº 78). Estou, porém, *data venia,* em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal *a quo* para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de consequência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos. (STF, RE 210.638-1/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.4.1998, deram provimento, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 19.6.1998, p. 11).

68 STF, RE 219.934, rel. Min. Octavio Gallotti,1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.6.2000, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 16.2.2001, p. 140.

69 Em comentário a esse aresto, assevera Cláudio Santos: "Sem dúvida é desconfortante alegar uma omissão do órgão julgador da instância ordinária, em embargos de declaração, a respeito de matéria controvertida nos autos, ou de ordem pública e ter o recurso simplesmente rejeitado porque o Tribunal nega a existência de defeito no provimento ou se declara não ser órgão de consulta, a frustrar o direito da parte de ter as suas razões apreciadas e a questão decidida. E mais decepcionante será um tribunal superior burocraticamente negar-se a conhecer do recurso porque não evidenciada cristalinamente ou às escâncaras o prequestionamento. É verdade restar, porém, o recurso extraordinário com alegação de ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou à necessidade de motivação das decisões judiciais e o recurso especial com expressa violação do art. 535 do CPC, mas certamente são graves os prejuízos causados às partes pela demora no julgamento final, tudo em detrimento do princípio da economia processual. (...) Também não se pode esquecer que a teimosia, o descaso, e, às vezes até o arbítrio, podem toldar o direito da parte de recorrer para a instância superior. Já

O entendimento, contudo, não foi uniforme, restando vencido o Ministro Marco Aurélio, que consignou que o prequestionamento pressupõe que a matéria, que se pretende trazer à reapreciação do Supremo Tribunal, haja sido efetivamente decidida pela Corte de origem. Afirmou ainda, com arrimo em precedente de lavra do Ministro Francisco Rezek, que "não podemos baratear o recurso extraordinário", transferindo ao Pretório Excelso o julgamento de embargos declaratórios que não foram apreciados como deveriam ter sido, consignando a Corte de origem. Assim é que, rejeitados os declaratórios, caberia à parte veicular no extraordinário a transgressão aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e necessária fundamentação, e não a matéria constitucional a respeito da qual se omitiu o Tribunal *a quo*.[70-71]

Nelson Nery Junior[72] entende faltar técnica à redação dessa Súmula de nº 356, e, portanto, de bom alvitre a sua complementação de modo a esclarecer que a oposição dos embargos declaratórios tem de culminar no seu provimento, com a supressão da omissão, caso contrário, não se terá aberta a via excepcional.

De tal modo, sugere o mestre que a aludida Súmula tenha a seguinte redação:

> O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram interpostos embargos declaratórios, ou quando opostos persistir a omissão, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.[73]

registramos em outras oportunidades, em arrazoados, que um desembargador de medianos conhecimentos e inteligência pode, sem maiores consequências, resistir eternamente às investidas da parte, através de embargos declaratórios para obter o pronunciamento do tribunal sobre a questão constitucional ou federal em debate, com ameaças, inclusive de impor penalidades ao jurisdicionado pela interposição do recurso protelatório. Daí mantido o ponto de vista estreito contido na súmula de nº 211/STJ, pouco adianta retardar a apreciação do mérito do recurso especial com sucessivas decisões de provimento do recurso por violação do art. 535 do CPC. Sabendo-se que o rejulgamento de um recurso destes nas instâncias ordinárias consome pelo menos dois anos, a Justiça tardia não mais será útil." (*Op. cit.*, p. 364).

70 Colaciona-se do voto do Ministro Marco Aurélio o seguinte excerto: O que incumbia ao Estado de São Paulo veicular nas razões de extraordinário? O vício de julgamento, transferindo ao Supremo Tribunal Federal a apreciação dos embargos declaratórios que não foram julgados quanto à matéria de fundo? A resposta é desenganadamente negativa. Deveria ter arguido o defeito de procedimento, articulando a deficiência na entrega da prestação jurisdicional, a nulidade, no que não examinada uma certa matéria de defesa. E não o fez. O que é o prequestionamento? Qual a sua razão de ser? Como fica configurado? Por ato da parte? Não, concretiza-se mediante o debate e a decisão prévios do tema jurígeno versado nas razões do extraordinário. Tem uma razão de ser que está na existência, no tocante ao recurso interposto, de um pressuposto de recorribilidade específico; está na necessidade de proceder-se a cotejo para dizer-se enquadrado, ou não, o extraordinário em uma das alíneas do inciso III do artigo 102 do que assentado pela Corte de origem – e aqui, em se tratando do concurso público e, também, da época da aposentadoria, nada foi discutido – à luz do dispositivo constitucional que se aponta como vulnerado. Senhor Presidente, a matéria – sedutora é certo -, veiculada nas razões do extraordinário, não consta, como decidida, no acórdão proferido. Não se pronunciou o Colegiado relativamente à defesa apresentada. (STF, RE 219.934, rel. Min. Octavio Gallotti,1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.6.2000, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 16.2.2001, p. 140).

71 O Ministro Marco Aurélio sempre ressalvou o seu posicionamento, como se denota de trecho abaixo transcrito, do voto em que restou vencido, proferido no RE 415.760, no qual o relator para acórdão Min. Eros Grau reiterou a jurisprudência da Corte no sentido de que "se reputa carente de prequestionamento é o ponto, que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração": Nunca é demais repetir que se diz prequestionado certo tema quando objeto de debate e decisão prévios, isto é, quando o órgão julgador haja se manifestado expressamente a respeito. Tal instituto visa ao cotejo indispensável a que se assevera enquadrado o recurso de natureza extraordinária no permissivo que lhe é próprio, no caso, a violência à Carta da República. Se, interpostos declaratórios, são eles desprovidos, deixando-se de proceder à entrega da prestação jurisdicional de forma completa, incumbe arguir a ofensa ao devido processo legal e aí pedir-se o reconhecimento da nulidade, com retorno do processo à origem para que se complemente ainda em sede ordinária, o julgamento. Entender-se de forma diversa, assentando a suficiência, para efeito de prequestionamento, dos embargos declaratórios, seja qual for o resultado do julgamento, implica a transferência da apreciação desse recurso *sui generis* a órgão que não prolatou a decisão embargada e que se mostra omissa, contraditória ou obscura. (STF, RE 415.760/SP, rel. p/acórdão Min. Eros Grau, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 31.5.2005, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 30.9.2005, 0024).

72 Teoria, op. cit., p. 298.

73 Teoria, op. cit., p. 298.

Mais recentemente, contudo, tem-se verificado no Supremo Tribunal Federal, decisões de lavra do Ministro Luiz Fux (egresso do Superior Tribunal de Justiça), que, interpretando as Súmulas 282 e 356 com o viés estabelecido na Súmula nº 211/STJ, assenta:

> A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos dispositivos constitucionais apontados como malferidos, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária.[74]

2.2. DA REPERCUSSÃO GERAL

A emenda constitucional nº 45, de 2004, acresceu ao art. 102, que trata das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, o parágrafo 3º, mediante o qual determinou que "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."

O legislador editou então a Lei nº 11.418/2006 e acrescentou ao Código de Processo Civil os arts. 543-A[75] e 543-B[76], disciplinando as hipóteses de repercussão geral.

De tal modo, para efeitos de repercussão geral, diz o § 1º do art. 543-A que "será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa".

São conceitos jurídicos indeterminados que estão sendo definidos pelo Pretório Excelso, em concreto, a partir da análise caso a caso.

Bruno Dantas, ao discorrer sobre a dimensão objetiva da repercussão geral, assevera ser necessário, para a sua aferição, cotejar, de um lado, a questão constitucional emergente do caso concreto que se pretende levar a exame do STF, e, de outro, o interesse social prevalecente no momento histórico vivido.

---

74 Ementa verificada nos despachos proferidos nos seguintes recursos de relatoria do Ministro Luiz Fux: STF, RE 644.709/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.11.2011, negado seguimento, *Diário de Justiça eletrônico* 25.11.2011; STF, AG 852.271/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.11.2011, negado seguimento, *Diário da Justiça eletrônico* 23.11.2011; STF, ARE 661.623/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.11.2011, negado seguimento, *Diário de Justiça eletrônico* 22.11.2011; STF, AG 850.161/SE, j. 7.11.2011, negado seguimento, *Diário de Justiça eletrônico* 10.11.2011, dentre outros.

75 Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

(Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:07).

76 Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:08).

Para esse autor, "algumas matérias, como a interpretação e a aplicação *dos princípios constitucionais sensíveis,* dos *direitos fundamentais* e dos *princípios norteadores da ordem social,* terão a repercussão geral de forma imanente em seu conteúdo".[77]

Visando lançar luz nessas questões que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, José Miguel Garcia Medina exemplifica:

> a) *relevância econômica,* como aquelas em que se vê em ações em que discutem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infra-estrutura, etc.;
>
> b) *relevância política*, quando, por exemplo, de uma causa possa emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais;
>
> c) *relevância social* há numa ação em que se discutem problemas relativos à escola, à moradia, à saúde, ou mesmo à ilegitimidade do Ministério para propositura de certas ações;
>
> d) *relevância jurídica* no sentido estrito existe, por exemplo, quando esteja *sub judice* o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde que aquela decisão, se subsistir, possa significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, a de direito adquirido.[78]

Arruda Alvim, alertando para o fato de que não se trata de um rol exauriente, afirma que a exigência do texto constitucional se relaciona com matéria concernente a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante ou controvertido, em relação à decisão que contrarie a jurisprudência do STF[79]; que diga respeito à vida, à liberdade, à federação, à invocação do princípio da proporcionalidade, etc.[80]

Marinoni[81] bem ressalta que a eleição de questões dotadas de relevância e transcendência, para efeitos dos arts. 102, § 3º da CF e 543-A do CPC, "tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional".

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal, analisando largo espectro de temas que lhe foram submetidos tem reconhecido, de maneira geral, a existência de repercussão geral em matérias que envolvam os princípios fundamentais[82], os direitos e garantias fundamentais.[83]

---

77 DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral.* São Paulo: RT, 2008, p. 243, itálico original.

78 MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral.* 5. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2009, p. 84, itálico no original.

79 Justamente a hipótese do § 3º do art. 543-A do CPC, que prevê o cabimento do recurso extraordinário pela repercussão geral na hipótese em que "o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal". (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:08).

80 ARRUDA ALVIM, José Manoel. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *A reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45.* São Paulo: RT, 2005, p. 63.

81 MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.* 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 35.

82 Nesse sentido: (a) o direito de praça à remuneração não inferior a um salário-mínimo (RE 570.177); (b) cobrança pelo encargo de capacidade emergencial, instituído pela Lei nº 10.438/2002 (RE 576.189); (c) inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS (RE 592.616); (d) prazo para oposição de embargos à execução contra a Fazenda Pública (RE 590.871); (e) competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar direitos fundamentais dos presos (RE 592.581); (f) competência do Poder Legislativo Municipal para estabelecer vantagens, benefícios, adicionais em favor de servidores municipais (RE 598.259); (g) exigência de aprovação prévia em exame da OAB para exercício da advocacia (RE 603.583), dentre outros. (Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp. Acesso em 06 dez. 2011. 17:30)

83 Apenas a título exemplificativo, cite-se os seguintes temas em que reconhecida a existência de repercussão geral pelo Pretório Excelso: (a) limites objetivos da coisa julgada relativamente à ação coletiva proposta por entidade associativa (RE 612.043); (b) limites objetivos da coisa julgada em ação de execução (RE 596.663); (c) alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva (RE 646.721); (d) controle jurisdicional do ato normativo que avalia questões em concurso público (RE 632.853); (e) revisão da súmula vinculante na superveniência de lei de conteúdo divergente (RE 638.239); (f)

Por fim, Bruno Dantas[84], destacando ser a repercussão geral matéria de ordem pública, assevera que a sua análise não poderá ser negligenciado pelo STF, mesmo que os argumentos das partes a respeito sejam insuficientes:

> Vale dizer, é absolutamente irrelevante o fato de o recorrente argumentar de modo não convincente, em matéria que efetivamente tem repercussão geral, ou de o recorrido não oferecer contrarrazões em matéria desprovida de repercussão geral. No primeiro caso, desde que cumprida a formalidade legal da [tentativa de] demonstração de repercussão geral, o STF deverá ter esse pressuposto como presente; no segundo caso, mesmo que, contra excelente arrazoado do recorrente, o recorrido não tenha sequer oferecido contrarrazões, isso não afetará o estado das coisas, e a Corte é obrigada a dar por ausente o pressuposto.
>
> Essas considerações nos levam à convicção de que, em julgamento monocrático ou colegiado, a incidência do pressuposto da repercussão geral é absolutamente inafastável.[85]

2.2.1. DA REPERCUSSÃO GERAL E DA FLEXIBILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO

O Supremo Tribunal Federal em julgados mais recentes vem redefinindo o seu papel na análise do recurso extraordinário, atribuindo à decisão nele proferida contornos próprios aos meios de controle concentrado de constitucionalidade, de modo a conferir-lhe maior efetividade.

Destaca-se, nesse sentido, significativo precedente de lavra da Min. Ellen Gracie[86], em que S. Exa. destacou a sua preocupação com a segurança jurídica diante do demasiado apego a determinados requisitos processuais que poderia

---

obrigatoriedade do TCU observar os princípios do contraditório e ampla defesa nos atos no exame de legalidade de atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, após o decurso de prazo de cinco anos (RE 636.553); (g) exigência da regra constitucional da reserva de plenário para afastar a aplicação de norma legal anterior a Constituição de 1988 (RE 660.968); (h) cumprimento de pena em regime menos gravoso em face de falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado (RE 641.320); (i) cabimento de apelação em execução fiscal com valor inferior a 50 ORTN (ARE 637.975); (j) incorporação de quintos decorrentes de funções comissionadas ou gratificadas (RE 638.115); (l) superação da coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face da viabilização de exame de DNA (RE 363.889); (m) revisão de auxílio acidente concedido antes do advento da Lei nº 9.032/95 (RE 613.033); (n) realização de etapas de concurso público em datas e locais diferentes dos previstos em edital por motivos de crença religiosa do candidato (RE 611.874); (o) aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente à sua vigência (RE 630.852); (p) desconstituição do título executivo judicial mediante a aplicação do inciso II do pár. único do art. 741 do CPC (RE 611.503); (q) prévio requerimento administrativo como condição de acesso ao judiciário (RE 631.240); (r) obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais (AG 791.292); (s) direito a cálculo de benefício de aposentadoria de acordo com a lei vigente à época do preenchimento dos requisitos para a sua concessão (RE 630.501); (t) diferenças de correção monetária em depósitos de poupança à época dos expurgos inflacionários (AG 751.521, AG 754.745, RE 591.797, RE 626.307); (u) competência para processar e julgar causas que envolvam complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada (RE 586.453); (v) legitimidade de entidade associativa para promover execuções, na qualidade de substituta processual, independente da autorização de cada um dos filiados (RE 573.232); (x) prazo prescricional para cobrança de contribuições sociais devidas à seguridade social (RE 559.943); (z) possibilidade de desconstituição de decisão judicial de processo com trânsito em julgado fundado em norma posteriormente declarada inconstitucional (RE 586.068).

(Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp. Acesso em 06 dez. 2011. 17:30)

84 *Op. cit.*, p. 228.

85 A propósito de uma definição para a repercussão esse mesmo autor conclui:

A repercussão geral é o pressuposto de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto direto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico. (Op. cit., p. 247, itálico original).

86 STF, AG 375.011/RS (AgR), rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, Brasília, DF, j. 5.10.2004, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 28.10.2004, p. 43.

obstaculizar a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das normas.

No voto em que proferiu a Ministra fez referência a precedentes que constituem, no seu entender, uma "flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada":

> Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.3.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional.
>
> Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ de 23.4.2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte *a quo*.

A criação do instituto da repercussão geral da questão constitucional vem justamente ao encontro dessa tendência de objetivação do recurso extraordinário.

Destaca Rodolfo de Camargo Mancuso[87] que o fato da resolução da repercussão geral ir *além* do interesse *direto e imediato* das partes, transcendendo-o, é justamente uma característica básica dos recursos de estrito direito, permitindo-se de tal modo:

> (...) falar-se numa *objetivação do recurso extraordinário,* por isso que nele *sobreleva* a finalidade do interesse público, sem embargo de que o STF, ao decidir o mérito do recurso, deflagra o efeito substitutivo (CPC, art. 512), *aplicando o direito à espécie.*

Com efeito, a solução a ser definida pelo Pretório Excelso no julgamento do recurso submetido ao regime da repercussão geral balizará não apenas a relação das partes figurantes nos polos ativo e passivo do processo em análise, mas justamente tendo em vista a transcendência da matéria, todas relações regidas pela norma constitucional objeto da análise perpetrada pelo Supremo Tribunal.

Foi justamente o que assentou a Ministra Cármen Lúcia[88] em julgado, cujo trecho é a seguir transcrito:

> A exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do julgamento do recurso extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízes e tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa em cada caso.

Ora, se de um lado restringiu-se o leque de matérias constitucionais passíveis de impugnação via recurso extraordinário, de outro se amplia o espectro de recursos submetidos a essa Corte Suprema, na medida em que, ao dar maior eficácia às decisões dela emanadas, mitiga-se o rigor na análise de alguns requisitos de cabimento, como o prequestionamento, visando justamente manter a higidez do entendimento fixado acerca da interpretação de determinada norma constitucional.[89]

É esse o entender de José Miguel Garcia Medina[90]:

> Vê-se que a *repercussão geral opera em dois planos,* em relação ao recurso extraordinário: de um lado, funciona como *mecanismo de restrição das questões constitucionais* que podem ser

87 *Op. cit.,* p. 212, itálicos originais.

88 STF, RE 565.714-1/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, j. 30.4.2008, *Diário de Justiça eletrônico* 13.6.2008.

89 Essa flexibilização é mais nítida na hipótese da repercussão geral prevista no § 3º do art. 543-A do CPC, que dispõe que "haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal". (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:10).

90 Prequestionamento e repercussão, op. cit., p. 122.

> levadas ao Supremo; de outro, funciona como *veículo de transposição de recurso extraordinário,* já que, uma vez havendo repercussão geral, tende a jurisprudência do Supremo a abrandar a exigência de presença de outros requisitos do recurso.

Destaca, contudo, Medina, que não se está a dispensar o prequestionamento, eis que na sua ausência, sequer se coloca o problema da repercussão geral, já que inexistente a questão constitucional que possa ser assim caracterizada. Nas palavras do mestre, "o que pode suceder é que, diante do recurso interposto contra decisão que evidentemente contrarie a jurisprudência estabelecida pelo Plenário do Supremo, exigências formais do recurso extraordinário acabem sendo mitigadas".[91]

3. DA QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA

As questões de ordem pública são aquelas que condicionam a legitimidade do próprio exercício de jurisdição. Por isso, não precluem[92] e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, sendo passíveis de reconhecimento de ofício pelo magistrado, nos termos dos artigos 267, § 3º, 301, § 4º e 303, II e III[93] do Código de Processo Civil.

O conceito de ordem pública, dotado de imprecisão, implica a precedência do interesse geral, público ou social, sobre o individual.

Segundo os dispositivos anteriormente citados, abrangem, sobretudo, as condições da ação[94] e os pressupostos processuais[95], além da perempção[96], litispendência[97] e coisa julgada[98]. Contudo, não se exaure nas 'condições de

---

91 Prequestionamento e repercussão, op. cit., p. 123.

92 A preclusão é a impossibilidade de se praticar um ato processual, e pode ser ela *temporal*, porque decorre do decurso de tempo; *consumativa,* "quando a parte esgota a oportunidade de praticar determinado ato, praticando-o de uma das maneiras alternativamente previstas em lei, como possíveis, ficando proibida de praticá-lo de outra maneira" (cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 22); e *lógica,* quando o impedimento à prática do ato decorre do fato da parte ter praticado outro ato com ele incompatível. Em razão do instituto da preclusão decorrem dois princípios: o da ordem legal necessária das atividades processuais como uma sucessão de fases distintas, nitidamente separadas entre si, e o da eventualidade que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque e de defesa.

93 Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; Il - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que Ihe 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; Vl - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; Vll - pela convenção de arbitragem; Vlll - 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 Vl; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que Ihe 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.

(Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:12).

94 Conforme Moniz de Aragão, com arrimo na doutrina de Buzaid, três são as condições da ação: (a) a possibilidade jurídica: 'existência dentro do ordenamento jurídico, de um tipo de providência, tal como a que se pede'; (b) legitimidade para a causa: 'pertinência subjetiva da ação, titularidade na pessoa que propõe a demanda'; (c) interesse: 'necessidade de intervenção dos órgãos jurisdicionais' pois a 'parte sofre um prejuízo não propondo a demanda'." (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II, p. 393).

95 Quais sejam, os requisitos necessários à formação e desenvolvimento da relação processual. Moniz de Aragão os classifica como requisitos subjetivos e objetivos. Os requisitos subjetivos são aqueles pertinentes aos sujeitos da relação processual. Assim, deverá o juiz ser capaz, imparcial, provido de jurisdição e competência e deverão as partes ser capazes de estarem em juízo e neste figurarem mediante representação de advogado, regularmente habilitado.Os requisitos objetivos concernem à regularidade dos atos praticados na relação processual, que, portanto, devem ser conformes ao Código de Processo Civil, sob

admissibilidade do julgamento de mérito', pois estão inclusas todas as situações que tenham o condão de ensejar vícios que maculem o processo.

A esse respeito, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira[99] invoca a lição de Piero Calamandrei que faz correlação entre ordem pública e indisponibilidade, ao averbar que a ordem pública diz respeito a "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 mesmo Autor acha oportuno traçar o elo entre a questão de ordem pública e as nulidades, uma vez que, violada a questão de ordem pública, o processo torna-se viciado, ensejando a nulidade ou até 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 as 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.[100]

Dada a importância vital da questão de ordem pública, a atribuição do juiz em analisá-la de ofício mostra-se imune à preclusão *pro judicato*.

A esse respeito, é enfático Humberto Theodoro Junior[101] ao asseverar que, no que concerne 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". Tanto o próprio juiz de primeiro grau, como o Tribunal superior (em grau de recurso), pode voltar a examinar essas questões, em qualquer fase do processo, enquanto não julgado o mérito da causa.

---

pena de serem considerados inexistentes, nulos ou anuláveis. (*Op. cit*., p. 387).

96 O Código de Processo Civil determina a existência de três tipos de perempção. O primeiro diz respeito à extinção do processo que ultrapassar o prazo máximo que lhe fixa a lei sem a prolação de sentença; o segundo é aquele que resulta da inércia das partes durante o lapso de tempo fixado em lei; e o terceiro resulta do fato de haver o autor, por três vezes consecutivas, dado azo à extinção do processo sem a prolação de sentença.

97 O § 3º do art. 301 do ordenamento processual civil determina que "há litispendência, quando se repete ação que está em curso." (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:15). Galeno Lacerda consigna que a litispendência "decorre de ato unilateral do autor ou do réu, consistente no aforamento anterior de mesma lide, instaurada a instância, mais ainda não proferida decisão transitada em julgado, terminativa ou definitiva." (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador.* Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 65).

98 A conceituação de coisa julgada está na parte final do referido § 3º do art. 301 do CPC e que denomina: "há coisa julgada quando se repete ação que já foi decida por sentença, de que não caiba mais recurso". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011. 13:16). Acentua Moniz de Aragão que "essa definição se aplica apenas à coisa julgada formal, que, em princípio, não impede a propositura da ação, se esta não fora objeto de julgamento quanto ao mérito. É que, em princípio, o fato de já não caber recurso, ainda não significa a imutabilidade da sentença, o que sucede apenas se esta houver solucionado a lide. No art. 467, porém a coisa julgada é definida quanto ao seu aspecto material, como sendo 'a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença', a qual, então, sim, impede que a ação seja novamente proposta." (*Op. cit*., p. 391).

99 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 (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.* São Paulo: RT, 2000, v.3, p. 239.

100 *Op. cit.,* p. 240.

101 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. I, p. 444.

No mesmo sentido assinala Moniz de Aragão que tais temas extravasam do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam à investigação de ofício pelo Estado, como uma das consequências de ser "a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder, correspectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu".[102]

É certo que quanto à preclusão, seu campo de autuação não alcança o âmbito próprio da atividade jurisdicional, sendo dever do magistrado enquanto ainda não finda a tarefa judicante, perquirir pela presença dos pressupostos e condições da ação.

Não por outra razão José Rogério Cruz e Tucci[103] assevera que:

> A possibilidade de cognição *ex officio* dessa matéria corresponde, evidentemente, à garantia de boa administração da justiça, sendo que eventual inércia do magistrado l*o 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 jurisidicional. 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'.
>
> Acrescente-se, sob tal ótica, que os fins publicísticos do processo civil contemporâneo, como observam DEVIS ECHANDÍA e DINAMARCO, transcendem os interesses das partes, de modo que a ausência de preclusão favorece a manutenção de situações jurídico-processuais cuja eliminação desestabiliza a ordem pública: *as condições da ação permanecem sujeitas a verificação pelos órgãos judiciários enquanto perdurar o processo, podendo ser proclamada a carência da ação a qualquer tempo.*

Sintetizando a importância das questões de ordem pública, Paulo Henrique dos Santos Lucon[104], assinala: "são elas, portanto, relacionadas ao amplo espectro dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional".

---

102 *Op. cit.,* p. 416. Note-se, no mesmo sentido, o escólio de João Batista Lopes:

O conhecimento de ofício da matéria indicada no art. 267, § 3º, do CPC, poderá verificar-se mesmo quando o juiz haja anteriormente decidido tais questões? O dispositivo legal do art. 267, § 3º, permite o conhecimento de ofício das matérias ali indicadas, suscitando a seguinte dúvida: pode o juiz decidir de novo matéria relativa aos pressupostos processuais e condições da ação, quando a parte prejudicada não interpôs recurso? (...) acórdão estampado na *RT* 480/158 em que ficou assentado: (...) 'não preclui a decisão que der, implícita ou explicitamente, pela existência das condições da ação (interesse de agir, legitimação para agir e possibilidade jurídica do pedido). 'Continua a impender ao juiz, enquanto perdurar a jurisdição, a obrigação primordialíssima de perquirir dos pressupostos que legitimam o direito de ação (GALENO LACERDA, *Despacho Saneador*, pp. 167-169). Essa orientação melhor se ajusta ao sistema do Código em vigor, marcado pela publicização e pela oficiosidade (cj. ARRUDA ALVIM, *REPRO* 1/104, nota 38).

Com efeito, estando os pressupostos processuais e as condições da ação fora do poder dispositivo das partes, não há falar-se de preclusão, porque esta só atinge as partes. Nesse sentido, também, a Conclusão XV do 'Simpósio de Curitiba' (RT 482/271). (LOPES, João Batista. Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 23, p. 54-55, jul./set. 1981).

103 TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, n. 640, p. 23, fev. 1989.

104 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento. In YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos*

Destaca ainda Vito Antônio Boccuzzi Neto[105], que tais questões desafiam uma relação de direito público, que envolve de maneira imediata e prevalecente um interesse de caráter geral. De modo que, "quando surge uma questão de ordem pública num processo, há o predomínio das coisas do Estado em detrimento do interesse particular das partes".

Logo, questão de ordem pública referir-se-ia a toda matéria atinente aos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional que, quando desatendida, tem o condão de viciar – nulidade absoluta ou inexistência jurídica – o processo.

Registre-se que, embora a disposição literal do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil possa a induzir o entendimento de que as matérias nele referidas somente poderiam ser suscitadas até a prolação da sentença de mérito em primeiro grau de jurisdição, de forma que, havendo recurso contra sentença definitiva, seria defeso ao tribunal o exame de ofício da questão de ordem pública, a redação do art. 512 do ordenamento processual civil dissipa eventuais dúvidas a respeito ao estabelecer que "o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso". De tal modo, nada obsta que tais questões sejam também situadas no âmbito do tribunal. Defender entendimento contrário rompe com a tendência publicista do processo. Ademais, a sentença de mérito por si só não inibe a possibilidade de análise de ofício da questão de ordem pública pelo tribunal, uma vez que o acórdão, desde que o mérito do recurso seja apreciado, substitui a sentença.

Invoca-se, nesse sentido, a anotação de Egas Dirceu Moniz de Aragão[106], para quem "a denominação [sentença de mérito] não retira ao julgamento dos tribunais as características, que lhe são inatas, de sentenças ou decisões, mesmo de despachos". Assim, o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso (art. 512), do que resulta que, "sentença de mérito é a que o definir, com caráter final, aplicando-se, portanto, o preceito do texto, também aos tribunais superiores, julgando originariamente ou em grau de recurso".

Corroborando esse entendimento, Arruda Alvim[107] assevera que:

> (...) tendo em vista que o § 3º do art. 267 referiu-se à inocorrência 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 inocorrência de preclusão, também para o segundo grau.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica nesse sentido[108].

---

em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 733.

105 BOCUZZI NETO, Vito Antônio. Recursos excepcionais – o prequestionamento e a matéria de ordem pública. In NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins,* São Paulo: RT, 2007, v. 11, p. 440.

106 *Op. cit.,* p. 416.

107 ALVIM, José Manuel Arruda. *Tratado de direito processual civil*, 2. ed. São Paulo: RT, 1990, v. I, p. 321-322.

108 Confira-se:

A sentença de mérito proferida em primeiro grau não impede que o Tribunal conheça dessas matérias (as do art. 267, IV, V e VI) ainda que ventiladas, apenas, em fase de recurso, ou mesmo de ofício. (STJ, REsp 47.153/RJ, rel. Min. Menezes Direito, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 27.8.1996, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 7.10.1996, p. 37638).

Exceto quanto aos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, ao juiz não é dado, inocorrendo nulidade *pleno jure,* rever matéria já decidida. (STJ, REsp 2.973/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 29.5.1990, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 18.6.1990, p. 5.687).

Processual Civil – Ação reivindicatória cumulada com anulação de escritura pública. I– Consolidou-se na jurisprudência dos Tribunais o entendimento de que, no Código de Processo Civil, a matéria relativa a pressupostos processuais, perempção, litispendência, coisa julgada e condições de admissibilidade da ação, pode ser apreciada, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, enquanto não proferida a sentença de mérito (art. 267, § 3º). II– Suscitada a questão sobre a legitimidade de parte, não pode o Tribunal eximir-se de aprecia-la, sob a alegação de preclusão, sendo-lhe possível, no caso, examiná-la de ofício. (STJ, REsp 5.735-0/PR, rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 4.12.1990, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 4.2.1991, p. 0576).

É controvertida, no entanto, a fundamentação em função da qual deve o órgão jurisdicional competente, em sede de recurso, analisar de ofício questão de ordem pública.

Parcela da doutrina, capitaneada por José Carlos Barbosa Moreira[109], defende que a mencionada possibilidade advém do efeito devolutivo, mais precisamente na sua profundidade, que, no caso da apelação, é totalmente ampla. Confira-se o ensinamento do Mestre em comentários ao art. 515 do ordenamento processual civil:

O artigo 267, § 3º do Código de Processo Civil, tem proclamado, a jurisprudência, 'admite que o juiz, de 'ofício', em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, aprecie as condições de admissibilidade da ação, indicadas no artigo 267, VI, do mesmo Código (*RTJ*, vol. 105, pág. 267) (*RTJ*, 112/1.404). 'A ilegitimidade 'ad-causam', como uma das condições da ação – artigo 267, VI, CPC, deve ser conhecida de ofício – artigo 301, § 4º, do CPC, em qualquer tempo e grau de jurisdição – artigo 267, § 3º do CPC, inocorrendo preclusão a respeito (REsp. nº 55, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo). 'Nos termos da lei (CPC, artigo 267, § 3º e artigo 301, § 4º) ao Judiciário incumbe apreciar, mesmo de ofício, os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, a saber, pressupostos processuais e condições da ação' (REsp. nº 10.113, rel. Min. Sálvio de Figueiredo). (....) Com estas considerações e com a devida vênia do nobre Relator, conheço do recurso pela letra 'a', mas lhe nego provimento. É como voto. (STJ, REsp 68.280/GO, rel. p/acórdão Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 6.3.1996, negaram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 3.6.1996, p. 19206).

A matéria relativa a condição da ação pode ser apreciada pelo magistrado, de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, não comportando alegação da parte de que teria ocorrido a preclusão, tanto mais se não enfrentada a questão em oportunidade anterior. (STJ, AR 17/MG (EDcl), rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 2ª Seção, Brasília, DF, j. 30.9.1992, rejeitaram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 3.11.1992, p. 19693).

As matérias referentes as condições da ação e aos pressupostos processuais podem ser reexaminadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive, *ex officio*. (STJ, REsp 122.004/SP, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, Brasília, DF, j. 16.12.1997, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 2.3.1998, p. 131).

A questão relativa à aplicação, à espécie, do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n.º 11.280/06 - pronunciamento da prescrição, de ofício, pelo juiz -, é matéria de ordem pública, passível de conhecimento pelas instâncias ordinárias a qualquer tempo, ainda que tenha sido arguida somente em embargos de declaração. Precedentes. (STJ, REsp 1.225.624/RJ, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 18.10.2011, deram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 3.11.2011).

1. A correção de erro material disciplinado pelo art. 463 do CPC não se sujeita aos institutos da preclusão e da coisa julgada, porquanto constitui matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo magistrado. Precedentes. 2. É irrecorrível a decisão que dá provimento ao agravo de instrumento para determinar a subida do recurso especial inadmitido pelo Tribunal de origem, conforme preceitua o art. 258, § 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 3. Excepciona-se esta regra apenas quando a parte contrária demonstra a ausência dos requisitos formais do agravo de instrumento ou a falta de combate dos fundamentos da decisão agravada, o que não ocorreu na presente hipótese. Precedentes. 4. Ademais, há manifesta relevância jurídica e econômica na questão versada no recurso especial "a desafiar o conhecimento do apelo de modo a propiciar ao STJ que proceda à interpretação final da lei federal e, por conseguinte, se desincumba de sua missão constitucional de assegurar a inteireza do direito federal infraconstitucional" (AgRg no Ag 1.322.327-RJ, Quarta Turma, Brasília, DF, rel. Ministro João Otávio de Noronha, *Diário de Justiça eletrônico* 07/02/2011). 5. Agravo regimental não provido." (STJ, AG 1.333.013/RJ (AgR), rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 11.10.2011, negaram provimento, maioria, *Diário de Justiça eletrônico* 24.10.2011).

No mesmo sentido: STJ, REsp 78.189/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 25.3.1996, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 24.6.1996, p. 22756; STJ, REsp 63.499/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 22.6.1995, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 5.2.1996, p. 1388; STJ, REsp 6.850/RJ, rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 19.2.1991, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 27.5.1991, p. 6968; STJ, REsp 28.459/SP, rel. Min. Vicente Cernichiaro, 6ª Turma, Brasília, DF, j. 29.10.1992, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 17.5.1993, p. 9365; STJ, REsp 60.110/GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 5.9.1995, provimento parcial, v..u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 2.10.1995, p. 32377; STJ, REsp 34.980/SP, rel. Min. Peçanha Martins, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.6.1994, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 19.9.1994, p. 24676.

109 *Op. cit.,* p. 439. No mesmo sentido, é o escólio de Machado Guimarães: O novo exame é sempre integral, ainda que verse sobre parte da demanda. Pode-se dizer que o efeito devolutivo é total ou parcial quanto à extensão, e sempre integral quanto à profundidade. (*apud* ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: s/e, 1946, v. IX, p. 172). Cite-se ainda José Frederico Marques: No que se relaciona com as questões de ordem processual e que se liguem à admissibilidade da tutela jurisdicional, pode o juízo *ad quem,* na apelação plena contra sentença definitiva, apreciar, de ofício ou mediante provocação do recorrente, tudo quanto não seja precluso (...). Em profundidade a apelação parcial em nada difere da apelação plena, porque, dentro dos limites da devolução operada, o juízo *ad quem* atua com os mesmos poderes. (MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil.* 2. ed., atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millenium, 1998, v.

> Como resulta dos §§ 1º e 2º, é amplíssima, em profundidade, a devolução. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na sentença apelada: abrange também as que nela poderiam tê-lo sido (a devolução de questões anteriores à sentença é matéria do art. 516). Estão aí compreendidas: a) as questões examináveis de ofício, a cujo respeito o órgão *a quo* não se manifestou.

Diverso é o entendimento de Nelson Nery Junior[110], para quem tal possibilidade advém do princípio translativo. Isso porque, no seu entender o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício questões de ordem pública não arguidas pelas partes "não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do princípio inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos". E argumenta ainda o mestre que "mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição de recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou nas contrarrazões do recurso".

3.1. DA NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

Consoante o exposto nos capítulos precedentes, pelo fato de serem os recursos especial e extraordinário, recursos de fundamentação vinculada, devolvendo-se ao Tribunal *ad quem* apenas a matéria atinente à tipicidade do erro e em razão do requisito do prequestionamento, controverte-se a respeito da possibilidade de as cortes superiores, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, conhecerem de ofício das matérias de ordem pública.

3.1.1. DO ENTENDIMENTO FAVORÁVEL À EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO EM QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA

Parcela considerável da doutrina - dentre esses Eduardo Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior, José Miguel Garcia Medina -, entende inadmissível o conhecimento *ex officio* de matéria de ordem pública no âmbito dos apelos extremos.

Com efeito, Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim[111] consignam que "também neste caso [questão de ordem pública], há necessidade de prequestionamento, porque, caso contrário, não se fará presente o requisito constitucional ensejador do cabimento do recurso especial pela alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/88". No seu entender, será sempre preciso que o tribunal local tenha apreciado a questão federal objeto do recurso, para viabilizar o acesso ao Superior Tribunal de Justiça, pela via do recurso especial. O mesmo entendimento aplica-se ao recurso extraordinário em razão da similitude dos requisitos ensejadores de seu cabimento, contidos no art. 102, III da CF.

Teresa Arruda Alvim Wambier[112], por sua vez, salienta que "a estreiteza do efeito devolutivo que ocorre mercê da interposição dos recursos excepcionais não deixa espaço para a aplicação desta regra [inocorrência de preclusão das questões de ordem pública], cuja incidência se estende, entretanto, a todos os recursos ordinários".

Oportuno ao presente é também o escólio de Nelson Nery Junior[113], que afirma que como o texto constitucional fala em serem cabíveis os recursos extraordinário e especial das causas decididas, "apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação pelas vias excepcionais dos recursos constitucionais".

III, p. 201-202).

110 Teoria, op. cit., p. 484.

111 ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. Recurso especial e prequestionamento. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário.* São Paulo: RT, 1997, p. 170.

112 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 220.

113 Teoria, op. cit., p. 442.

De fato, assevera o mestre, que esses recursos excepcionais não são meios ordinários de impugnação e, portanto, não se configuram como terceiro ou quarto grau de jurisdição. De tal modo, desta constatação, afirma, extraem-se duas consequências, a primeira delas no sentido de ser correta a exigência do prequestionamento da questão constitucional ou federal "porque, se a matéria não estiver no corpo do acórdão, não terá sido decidida pelo tribunal local, requisito mencionado no texto constitucional para o cabimento dos recursos excepcionais". A segunda concerne ao fato de não incidirem os arts. 267, § 3º, 301, § 4º e 303, II e III do CPC, no âmbito dos recursos extremos, de maneira que apenas se a questão de ordem pública tiver sido prequestionada, é que, em tese, poderia ser reexaminada no recurso constitucional, não ocorrendo, igualmente, o efeito translativo.

Com efeito, assevera Nelson Nery Junior que não há efeito translativo nos recursos excepcionais porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (CF, arts. 102, III, e 105, III). Assim, caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, no seu entender, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem as hipóteses das Súmulas 282 e 356 do STF, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional.[114]

O Ministro aposentado do E. Superior Tribunal de Justiça Eduardo Ribeiro[115] assevera que, se o escopo do recurso especial é exatamente o de garantir a autoridade e a uniformidade da aplicação do direito federal, não seria possível resguardar esse objetivo se da questão tratada no recurso não cuidou a decisão impugnada. E, embora admita, a respeito do prequestionamento, que inexiste "uma idéia exata, devidamente fundamentada na previsão constitucional, sobre o porquê desse requisito que tantos embaraços frequentemente acarreta para os advogados", afirma ser o mesmo derivado das disposições que regulam os recursos excepcionais, que não excepcionam a questão de ordem pública de haver sido expressamente tratada no acórdão recorrido. Consigna, pois, que não basta ter sido suscitada pelas partes, eis que "o fato de que possa ser conhecida de ofício não releva quando se examina o cabimento do especial".

Dessa opinião também partilha José Miguel Garcia Medina[116]. Salienta que por configuraram os recursos especial e extraordinário como de fundamentação vinculada, seu efeito devolutivo é limitado, assim, ausentes os pressupostos constitucionais para o cabimento do recurso, o mesmo não poderá ser conhecido. E assevera que a Constituição Federal não abre qualquer exceção a tal pressuposto. Daí se inferir que a questão que não tenha sido objeto da decisão recorrida não poderá ser objeto de recurso extraordinário ou do recurso especial e que essa regra aplica-se, inclusive às hipóteses discriminadas nos arts. 267, § 3º, 301, § 4º e 303, II e III do CPC.

Partindo do pressuposto que os requisitos de cabimento dos recursos extraordinários e especial constam expressamente na Constituição Federal, afirma Medina que tais disposições não são atingidas por lei inferior, mesmo que a lei em referência seja o Código de Processo Civil, pois tal ilação "decorre, está claro, de aplicação do princípio da hierarquia das normas".[117]

No seu entender, a possibilidade de conhecimento *ex officio* das matérias discriminadas nos arts. 267, § 3º, 301, § 4º e 303, II e III do CPC só atingiria os recursos extraordinários e especial se existisse, na Constituição Federal, dispositivo com conteúdo semelhante. E acrescenta que não constando a matéria na decisão recorrida, mesmo que haja provocação da parte quando da interposição do recurso extraordinário ou recurso especial, ainda assim não será possível o conhecimento da matéria pelo Tribunal *ad quem*.

Em resposta àqueles que defendem a possibilidade de conhecimento dessas matérias nas instâncias extraordinárias, argumenta que:

> A essas razões poder-se-ia opor que as disposições constantes dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC constituiriam norma específica, em relação às normas constitucionais que instruíram os recursos extraordinário e especial, em virtude de aquelas serem relativas à inocorrência de preclusão, para as partes e para o juiz, para se manifestarem acerca das matérias de ordem publica, em *qualquer grau de jurisdição*.

114 Teoria, op. cit., p. 482.

115 RIBEIRO, Eduardo. Recurso Especial. In FONTES, Renata Barbosa. *Temas de Direito: homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 54.

116 Prequestionamento e repercussão, op. cit., p. 139-140.

117 Prequestionamento e repercussão, op. cit., p. 140.

> Tal argumento, a nosso ver não prevaleceria. Isso porque, no caso, ocorre justamente o inverso, ou seja, as normas relativas aos recursos extraordinário e especial é que são específicas, em relação às normas processuais relativas à inocorrência de preclusão quanto às matérias de ordem pública. Os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC dispõem, de *modo genérico*, acerca da inocorrência da preclusão, sem se referir expressamente às hipóteses dos recursos excepcionais. Já, contudo, os arts, 102, inc. III e 105, inc. III, por sua vez, são expressos no sentido de que a questão constitucional ou federal deverá estar expressamente na decisão recorrida, ou melhor, deverá ter sido *decidida*.
>
> Porém, mesmo que se admita que as normas processuais citadas sejam específicas em relação às normas constitucionais, ainda assim estas não deveriam ser preteridas em favor daquelas. Isso porque o critério da hierarquia, na interpretação das normas (*lex superior derogat legi inferiori*), deve prevalecer sobre o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali)*. Ora, se se admitisse que uma norma inferior, mesmo que especial, se aplicasse em detrimento da norma constitucional, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico seriam destinados a esvaziar-se rapidamente de qualquer conteúdo, a teor do que ensina Norberto Bobbio.
>
> Daí não ser possível a aplicação da norma hierarquicamente inferior em detrimento da superior, em havendo conflito entre as mesmas, mesmo que a primeira seja específica em relação à segunda.[118]

Cite-se também Araken de Assis[119], que, em artigo a respeito do "prequestionamento" assevera que:

> (...) coerente à idéia de afloração, a virtual possibilidade de o órgão judiciário se pronunciar, em tese, a respeito de algumas questões, apreciáveis *ex officio*, não preenche os tipos constitucionais. Por óbvio, mostra-se indispensável que ele efetivamente decida a questão.

Salienta ainda Araken de Assis que, embora seja lícito conhecer dos pressupostos processuais e das condições *a qualquer tempo e grau de jurisdição*, conforme reza o art. 267, § 3º, do CPC, se o órgão a *quo* nada resolveu, expressamente, acerca da sua presença ou inexistência no processo, decerto não caberão recursos especial ou extraordinário. No seu entender, "essa regra dirige-se somente às instâncias ordinárias, pois, em se tratando da instância especial, o prequestionamento é indispensável e se sobrepõe a essas matérias tidas como não preclusivas".[120]

Desse modo, consoante o entendimento dos ilustres doutrinadores supra referidos, se a questão de ordem pública não for objeto do *decisum* recorrido e versada no recurso excepcional, não poderão os Tribunais superiores examiná-la de ofício ou a requerimento da parte, uma vez que a excepcionalidade dos recursos especial e extraordinário é incompatível com a regra da inexistência de preclusão de matéria de ordem pública.

A *ratio* desse posicionamento, no entender de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira[121] deve-se ao fato de que os recursos ditos excepcionais visam proteger o cumprimento da ordem jurídica – constitucional ou legislação federal infraconstitucional – além de uniformizar a jurisprudência. Desse modo, "não têm os citados recursos o objetivo precípuo de tutelar direito individual das partes, mas, sim, de preservar a ordem jurídica, tendo, portanto, função paradigmática". Invoca, em abono a sua tese, o ensinamento de Arruda Alvim, para quem:

> (...) a função dos mais altos tribunais na maioria dos países deve ser eminentemente exemplar, e os casos que julgam devem ser paradigmáticos. Assim, os recursos excepcionais são instrumentos de uniformização da Constituição e da lei federal, devendo, portanto, ser capazes de significar orientação para os demais tribunais e refugir da grande rotina da judicatura.

---

118 Prequestionamento e repercussão, op. cit., p.140.

119 Prequestionamento, *op. cit.,* p. 20.

120 Prequestionamento, *op. cit.,* p. 20.

121 *Op. cit.,* p. 263.

Desse modo, permitir que o Tribunal Superior conheça o recurso excepcional diante de violação de questão de ordem pública que não tenha sido prequestionada, violaria, frontalmente, a sistemática instituída pela Constituição Federal. Isso porque, os dispositivos constitucionais relativos aos recursos excepcionais imporiam, inequivocadamente, a exigência do prequestionamento, porquanto enunciam que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são competentes para julgar, respectivamente, o recurso especial ou o recurso extraordinário, "das causas decididas", além de asseverarem que o recurso será cabível quando a "decisão recorrida" incorrer numa das alíneas dos arts. 102, III e 105, III.

Daí, portanto, a máxima de Enrico Túlio Liebman[122], segundo a qual, o objetivo do recurso extraordinário é "a preservação da ordem pública, dando prevalência à tutela de um interesse geral do Estado, sobre os interesses dos litigantes".

Importa ainda salientar que tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[123] quanto a do Superior Tribunal de Justiça[124] são majoritárias no sentido de exigir o prequestionamento mesmo para questões de ordem pública.

---

122 *Apud* VELLOSO FILHO, Carlos Mário da Silva. Recurso Especial. In FONTES, Renata Barbosa. *Temas de Direito: homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 198.

123 Colacionam-se, no âmbito do Pretório Excelso, os seguintes julgados:

A atuação em sede extraordinária faz-se na forma do que pleiteado no recurso interposto. Silenciando este quanto à declaração de nulidade do julgado, descabe argui-la. Impossível é ter como observada em tal fase a devolutividade prevista no art. 515 do Código de Processo Civil. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AG 153.595-5/SP (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 25.10.1993, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 18.2.1994, p. 1.796).

Prequestionamento. Incompetência absoluta. Impõe-se a condição do prequestionamento mesmo no caso de incompetência absoluta. Precedentes do STF. (STF, AG 94.264/PR (AgR), rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 7.2.1984, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 9.3.1984, p. 3.057).

No mesmo sentido: STF, CJ 5.993/SP, rel. Min. Moreira Alves, Pleno, Brasília, DF, j. 25.3.1976, conheceram, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 6.8.1976, p. 6896; STF, RE 85.023/SP, rel. Min. Leitão de Abreu, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 2.2.1977, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 17.3.1978; STF, RE 89.554/SP (AgRg), rel. Min. Xavier de Albuquerque, Pleno, j. 16.11.1978, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 11.12.1978; STF, AG 79.601/RJ (AgR), rel. Min. Décio Miranda, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 19.8.1980, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 5.9.1980, p. 6610; STF, RE 91.395/MG, rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 16.10.1979, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 9.11.1979; STF, RE 94.601/GO, rel. Min. Djaci Falcão, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 18.9.1981, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 3.11.1981, p. 939; STF, RE 219.703/SP (EDcl) rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 26.9.2006, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 20.10.2006, p. 61; STF, RE 593.505/AM (AgR), rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 13.10.2009, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* de 13.11.2009; STF, AG 601.767/SC (AgRg), rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.2.2011, negaram provimento, *Diário de Justiça eletrônico* 22.3.2011.

124 Confira-se, do Superior Tribunal de Justiça: Na via estreita do recurso especial não se admite ao STJ conhecer de ofício (ou sem prequestionamento) nem mesmo das matérias a que alude o § 3º do art. 267, CPC. (STJ, REsp 32.975/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 29.5.1995, provimento parcial, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 19.6.1995, p. 18706).

No mesmo sentido: STJ, REsp 9.099/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 25.11.1991, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 16.12.1991, p. 18.532; STJ, REsp 19.743-0/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 4.4.1995, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 8.5.1995, p. 12.394; STJ, AG 1.254 (AgR), rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 3.4.1990, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 23.4.1990, p. 3219; STJ, REsp 19.845/PR, rel. Min. Américo Luz, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 28.10.1992, não conheceram, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 1.2.1993, p. 455; STJ, AG 47.754-1/RS (AgR), rel. Min. Ruy Rosado, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 7.3.1995, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 8.5.1995, p. 12.395; STJ, REsp 14.709/RJ, rel. Min. Cláudio Santos, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 2.6.1992, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 22.6.1992, p. 2754; STJ, REsp 5.068-0/DF, rel. Min. Peçanha Martins, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 16.12.1992, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 22.3.1993, p. 4.524; STJ, REsp 297.117/RS, rel. Min. Quaglia Barbosa, 4ª Turma, Brasília, DF, v.u., j. 28.8.2007, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 17.9.2007, p. 282; STJ, REsp 1.269.220/SC (AgR), rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 20.9.2011, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 23.9.2011; STJ, REsp 1.212.586/AM (AgR), rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.9.2011, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 30.9.2011.

3.1.2. DO ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO EM QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA

Parcela da doutrina, com a qual se filia a autora deste texto, diverge desse entendimento, e assevera dever ser dispensado o prequestionamento relativamente à questão de ordem pública nos recursos excepcionais, por possuir ela, se não observada, o condão de viciar o processo.

Um dos expoentes dessa corrente é Nelson Luiz Pinto[125]. Afirma esse autor que, consoante à disposição legal do art. 267, § 3º do CPC, deve ser dispensado o prequestionamento das questões de ordem pública – no seu entender essencialmente os vícios ligados à falta das condições da ação e os pressupostos processuais positivos de existência e de validade do processo, bem como os pressupostos processuais negativos -, impondo-se ao Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecer dessas questões, evitando-se assim o trânsito em julgado de uma decisão viciada, e a decorrente propositura da ação rescisória (art. 485, V, do CPC).

Consigna ainda que as condições da ação e os pressupostos processuais devem, necessária e obrigatoriamente, serem objeto de exame *ex officio* por qualquer juiz ou Tribunal, antes de se adentrar o julgamento do mérito, independentemente de ter havido ou não o requerimento das partes. Desse modo, 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"[126].

Rodolfo de Camargo Mancuso[127] preconiza que o âmbito da devolutividade que se opera no recurso especial e no recurso extraordinário, não pode apresentar o largo espectro propiciado pelos recursos do tipo comum. Do contrário, lembra o mestre, se verificaria "um *bis in idem*, uma renovação, em plena instância excepcional, de aspectos já submetidos à apreciação dos graus judiciários". Assim sendo, consigna que o que fica devolvido às Cortes Superiores são os pontos que tiverem sido prequestionados concernentes à matéria constitucional ou federal, conforme o caso e, "ficam fora do alcance do STF e do STJ, as *quaestiones facti* e bem assim as *quaestio juris* desbordantes do ponto federal ou constitucional sobrelevado pelo RE ou REsp."

No entanto, mais, adiante em sua obra, assevera que:

> (...) parece-nos que em questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscitáveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício e bem assim em tema de condições de ação e de pressupostos - positivos e negativos – de existência e de validade da relação jurídica processual (art. 267, § 3º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, atém em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa.[128]

Destaca o mestre que o entendimento sumulado nos enunciados de n^{os} 282, 317 e 356 do Pretório Excelso comporta temperamentos, não mais se justificando o rigor que ensejou a sua edição, "desde que se possa, sem esforço, aferir, no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado nas instâncias precedentes."[129]

De outro lado, as leis processuais, por sua essência e especificidade normas de direito público, impõem-se como salvaguarda desse mesmo interesse público consubstanciado no dever do Estado em tutelar o andamento equânime do processo. Assim sendo, Osvaldo Flavio Degrazia[130], principiando por salientar ser o Direito a arte do bom e do justo, afirma que o Estado-juiz tem o interesse de impedir que uma nulidade produza efeito jurídico válido, capaz de beneficiar uma das partes em detrimento da outra. Não por outra razão, ao discorrer sobre a preclusão à atividade jurisdicional no que toca à apreciação das nulidades, salienta que:

---

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

126 *Op, cit*., p. 182.

127 Op. cit., p. 231.

128 Op. cit., p. 311.

129 *Op. cit.,* p. 314.

130 DEGRAZIA, Osvaldo Flavio. Nulidade e Prequestionamento. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civl,* Brasília, a. IV, n. 20, p.13, nov./dez. 2002.

> Daí dessume-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.

Com efeito, Arlete Inês Aurelli destaca ferir o princípio da economia processual possibilitar que as matérias de ordem pública sejam atacadas por posterior ação rescisória, quando do trânsito em julgado, e impedir que sejam apreciadas em grau de recurso especial e extraordinário. A esse respeito, invoca o escólio de Edson Ribas Malachini para quem "o que se lesiona com as nulidades absolutas não é o interesse particular da parte, mas o próprio interesse estatal e da sociedade, de se manter íntegro o sistema de garantias processuais".[131]

Para outra corrente doutrinária e jurisprudencial, a discussão sobre a possibilidade de o tribunal examinar, suscitar, de ofício ou a requerimento da parte, questão de ordem pública não ventilada na decisão recorrida, não se passa no campo do prequestionamento, que é ínsito ao juízo de admissibilidade.

Egas Dirceu Moniz de Aragão[132] afirma que:

> Há, porém, limite a essa possibilidade, que resulta da natureza do recurso: somente os que são considerados ordinários contendo devolução integral, poderão ensejá-la. O recurso extraordinário e o recurso especial, que subordinam a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça aos pressupostos constitucionais de sua admissibilidade, nem sempre ensejarão essa apreciação, sendo necessário fazer distinção entre a fase de conhecimento e a do julgamento, propriamente dito, sem o que não se poderia chegar a bom resultado.

Isso porque, no entender do Mestre, vencida, no julgamento do recurso extraordinário ou do recurso especial, a fase do conhecimento durante o qual os poderes do tribunal ficam restritos à investigação da ocorrência de alguns dos motivos que a Constituição indica como capazes de justificar o recurso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao passarem a decidir o recurso, julgam a causa aplicando o direito à espécie, nos termos das disposições regimentais de ambas as Cortes (RISTF, art. 330, RISTJ, art. 257). Nessa etapa, afirma o Moniz de Aragão, com arrimo nos precedentes do STF[133] e do STJ[134], "ficará livre ao Tribunal apreciar a presença dos pressupostos

---

131 AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 23, n. 89, p. 279, jan.-mar./1998.

132 *Op. cit.,* p. 416.

133 INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. EMPREGADOS DA FUNDAÇÃO MARANHENSE DE TELEVISÃO EDUCATIVA. A decisão que rejeita a preliminar de incompetência absoluta, no curso do processo, não faz coisa julgada, antes de proferida a sentença final. Reexame da preliminar no recurso extraordinário interposto contra o acórdão que julgou procedente a ação. Seu conhecimento e provimento, para acolher a incompetência da justiça estadual, visto que os autores são empregados da Fundação Maranhense de Televisão Educativa, regidos pela C.L.T. (STF, RE 92.634/MA, rel. Min. Soares Muñoz, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 10.6.1980, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 1.7.1980, p. 4950).

134 processual civil. legitimidade de parte. ação civil publica. leis 7.347/85 e 8.078/90. reparação de danos. municipalidade de marília/sp. ilegitimidade do ministério publico. precedentes. 1. Questão relativa a legitimidade de parte é passível de exame de ofício, não podendo o tribunal *ad quem* furtar-se de apreciá-la sob alegação de preclusão. 2. A Lei n. 7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil publica nas condições estabelecidas no art. 1º, acrescido do inc. IV pela Lei 8.078/90. 3. Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim especifico. 4. Recursos especiais conhecidos e providos para decretar a extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC. (STJ, REsp 34.980/SP, rel. Min. Peçanha Martins, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.6.94, deram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 19.9.1994, p. 24676).

processuais e das condições da ação, sem o que lhe seria impossível *aplicar o direito à espécie*, conforme dispõem as regras regimentais".[135]-[136]

Rogério Licastro Torres de Mello partilha desse entendimento e acrescenta que "em tempos de processo civil orientado à eficácia e à maximização de resultados, esta nos parece a orientação correta, especialmente porque pode prevenir, inclusive, a propositura de ações autônomas de impugnação da coisa julgada por conta de vícios de ordem pública".[137]

Releva ainda citar o entendimento de Paulo Henrique dos Santos Lucon[138] no sentido de 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 desfecho do processo. Assim, afastar a ocorrência da preclusão em determinadas situações, é, em síntese, tutelar o resultado do processo.

De tal modo, no seu entender, a existência do disposto no art. 267, § 3º do Código de Processo Civil serve justamente para evitar que a preclusão para as partes se torne regra e impeça a solução final do processo. E ressalva que, "para o juiz, a 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".

Acrescenta ainda o professor que não se trata apenas de razão metodológica a disposição relativa ao conhecimento *ex officio* das matérias de ordem pública, porque diz respeito ainda "a uma diretiva superior, relacionada ao papel do juiz no processo civil moderno" ou, em outras palavras "ao princípio da inquisitoriedade".

Reconhecendo a relevância da matéria, preconiza o professor que o requisito do prequestionamento deve comportar temperamentos no caso em análise e, para tanto, sugere que:

> (a) a parte não pode ser penalizada pela decisão que deixou de enfrentar a questão federal ou constitucional, embora tendo sido o tribunal *a quo* regularmente provocado por todos os meios que a lei lhe outorga, inclusive com a oposição dos embargos de declaração, porque "entendimento contrário é tornar o processo fonte autônoma de direitos, o que somente é possível em relação à sucumbência". Assim poderia o Superior Tribunal de Justiça conhecer do recurso especial em face da violação ao art. 535 do CPC, tal como se a matéria tivesse sido prequestionada, pois, com o advento do art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, torna-se desnecessária a anulação do acórdão recorrido para que outro seja proferido, com o devido prequestionamento da matéria;
>
> (b) a aplicação do entendimento contido na súmula do Supremo Tribunal Federal de nº 456 (*o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie*), o que ensejará a apreciação de ofício das matérias não disponíveis e de ordem pública no recurso extraordinário e a aplicação da súmula de nº 528 (*se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso extraordinário que*

---

135 Cf. também a respeito ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 30, v. 128, p. 184, out. 2005.

136 Colha-se ainda a posição do Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar: A questão de ordem pública, só por isso, não dispensa o requisito do prequestionamento. Isso significaria alterar substancialmente o sistema recursal desenhado na Constituição, transformando o STJ em tribunal de revisão ordinária dos julgados dos tribunais locais, desfigurando a sua posição, aumentando ao infinito o número dos recursos e permitindo o uso abusivo das *nulidades guardadas,* a serem suscitadas depois de vencida a instância ordinária. Na situação mais favorável, a sua apreciação acontecerá sem prequestionamento, quando necessária para aplicação do direito à espécie, no recurso conhecido por outro fundamento. Reconheço lisamente a existência da controvérsia e a evidente colisão de princípios (daí a razoabilidade de qualquer das posições adotadas), mas parece preferível a solução aceita pela corrente por último exposta acima. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 31, n. 132, p. 286, fev. 2006)

137 MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 32, n. 151, p. 335, set./2007.

138 Op. cit., p. 735.

> *sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de recurso extraordinário*), eis que, comprovado o "enfrentamento explícito de um dos dispositivos legais violados, nada impede que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, os órgãos responsáveis pela preservação da ordem legal e constitucional, apreciem as demais violações"; e
>
> (c) evite-se a total inutilidade da decisão proferida pelo órgão jurisdicional, ou a nulidade absoluta ou a inexistência do processo, porque apreciar o mérito antes do exame dessas matérias "constitui equívoco inadmissível".[139]

Assim sendo, Paulo Henrique dos Santos Lucon conclui 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*".[140]

É por isso, no seu entender, que matérias relacionadas às nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, "vão muito mais além do que requisito do prequestionamento", não podendo a violação à norma jurídica, por inobservância de matéria de ordem pública, em razão de sua importância, ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária.

A esse respeito, Arlete Inês Aurelli destaca que o conhecimento das matérias de ordem pública pelas Cortes superiores atende justamente ao cumprimento da função para o qual foram criados - controlar a constitucionalidade e a uniformidade das leis, que não podem deixar de serem exercidas. Por isso afirma, "é um contrassenso que o tribunal deixe de cumprir a atribuição para o qual foi criado sob o argumento de que, mesmo sabendo da existência do vício, não poderá declará-lo porque não foi debatido anteriormente".[141]

Precedentes jurisprudenciais favoráveis à dispensa do prequestionamento em caso de matéria de ordem pública são minoritários. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, contudo, encontram-se arestos nos quais vêm se entendendo, justamente com arrimo nos enunciados 456 e 528 do Supremo Tribunal Federal, ser possível ao tribunal, conhecer de ofício da matéria de ordem pública, *aplicando o direito à espécie,* uma vez superada a fase de conhecimento.

Nesse sentido merece destaque acórdão de lavra da Ministra Eliana Calmon[142], no qual colacionou tanto precedentes daquela Corte a respeito da possibilidade de conhecimento da matéria de ordem pública quando vencida a etapa do conhecimento[143], como precedentes em que, inobstante não se tenha analisado tal possibilidade, tenha

---

139 *Op. cit*, p. 739-740.

140 *Op. cit*, p. 741.

141 *Op. cit.,* p. 266.

142 STJ, REsp 466.861/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.6.2004, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 29.11.2004, p. 277.

143 Cf. trecho do voto da Min. Eliana Calmon: A rigidez da observância veio a ser flexibilizada por alguns acórdãos que entendem possível adentrar-se o STJ em matéria de ordem pública de ofício se, após ser o especial conhecido, com o prequestionamento de tese jurídica pertinente, depararem-se os julgadores com uma nulidade absoluta ou com matéria de ordem pública e que pode levar à nulidade do julgamento ou a sua rescindibilidade. Nesse sentido, transcrevemos julgados que bem demonstram a tese jurídica:

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE (SUMULA Nº 456 - S.T.F. E RISTJ, ART. 257). AMPLITUDE. I - Caracterizado o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, o conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie. II - No contexto assinalado, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das práticas atinentes às condições da ação e os pressupostos processuais. III - Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (C.P.C., artigo 267, VI). (REsp 36.663/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 18/10/1993, DJ de 8/11/1993, p. 330)

processual civil. recurso especial. conhecimento. afrmm. isenção. decreto-lei n.s 2.404/87 e 2.414/88. autoridade coatora. ilegitimidade. I - Aplicação do direito à espécie (art. 257 do RI/STJ). II- Conforme decidiu esta Turma, Brasília, DF, "no contexto assinalado, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais". III - Recurso especial que se conhece para julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI). (REsp 32.410/PE, rel. Min. José de Jesus Filho, Segunda Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 18/5/1994, DJ de

justamente aplicado de ofício o direito à espécie[144]. Ressalvou a Ministra Eliana Calmon, que "não se afasta o prequestionamento, porque se assim fosse deixaríamos de ter no especial um recurso técnico para transformá-lo em um recurso de revisão, descaracterizando, por completo, a finalidade constitucional do próprio STJ". Contudo,

---

20/6/1994, p. 16.078)

processual civil. recurso especial. legitimidade de parte. falta de prequestionamento. quando e possível o seu conhecimento de oficio por esta corte. I - A questão relativa a legitimidade de parte só pode ser objeto de recurso especial, se prequestionada (Súmulas nums. 282 e 356 do STF). Se a matéria não foi prequestionada, isso não impede o seu conhecimento de ofício por esta Corte, mas só no caso de o recurso especial ser conhecido. II - Agravo regimental desprovido. (AGA 95.597/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 25/4/1996, DJ de 13/5/1996, g. 15.553)

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. PROVISÃO DE OFICIO. A regra do art. 267, parág. 3. , do CPC, só pode ser aplicada na instância especial uma vez conhecido o recurso, quando, então, aplica-se o direito a espécie. Agravo regimental a que se negou provimento. (AGA 65.827/RJ, rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 12/6/1995, DJ de 13/5/1996, p. 15.554)

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS A EXECUÇÃO - PENHORA – BEM DE FAMÍLIA. I - Matéria de ordem pública pode ser suscitada em qualquer fase do processo, até mesmo no Recurso Extraordinário ou Recurso Especial e ainda que não prequestionada. II - Não obstante, com suporte nos princípios da economia e da instrumentalidade do processo, admite-se que a mulher possa, também, postular a exclusão de imóvel, de propriedade do casal, através de embargos à execução, mormente se a execução é movida contra empresa-executada, de que são sócios, co-responsável pela dívida assumida. III - O bem residencial e objetos que lhe guarnecem não respondem por dívidas de qualquer natureza e, salvo exceções, não poderão eles ser alvo de expropriação judicial. IV - Recurso não conhecido. (REsp 66.567/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 25/3/1996, DJ de 24/6/1996, p. 22.754)

processual - ação rescisória - lei 7.689/88 - constitucionalidade - controvérsia jurisprudencial - sumula 343 do stf - não incidência. I - Ao tomar conhecimento do recurso especial, o STJ deve apreciar, de ofício, nulidades relacionadas com os pressupostos processuais e as condições da ação. Não é razoável que - mesmo enxergando vício fundamental do acórdão recorrido - o STJ nele opere modificação cosmética, perpetuando-se a nulidade. II - Se a petição inicial, embora sintética e desacompanhada de documento que a completaria, permitiu o seguro entendimento da pretensão que anima o pedido, não é lícito considera-la inepta. (STJ - 1ª TURMA/ REsp 87.292/SP). III - Se o acórdão deixou de aplicar a Lei 7.689/88, afirmando sua inconstitucionalidade, é possível desconstituí-lo em ação rescisória. Nada importa a circunstância de ter sido controvertida pelos tribunais a compatibilidade entre a constituição e a lei: a restrição contida na Súmula 343 do STF incide somente, quando o acórdão enveredou pela interpretação do dispositivo legal. (REsp 109.474/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 9/9/1997, DJ de 20/10/1997, p. 52.978)

DIREITO AUTORAL. INTERDITO PROIBITÓRIO. INADMISSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. No recurso especial, é admissível ao STJ conhecer de ofício das matérias alusivas às condições da ação e aos pressupostos processuais, quando lhe for submetida à apreciação o mérito da controvérsia. Precedentes. *"É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral"* (súmula nº 228-STJ). Recurso especial não conhecido. (REsp 94.458/PR, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 15/2/2001, DJ de 9/4/2001)

144 Nos precedentes a seguir transcritos, o STJ não examinou diretamente a tese relativa à possibilidade de apreciação de questões de ordem pública, se ultrapassado o juízo de admissibilidade do especial, como nos arestos anteriores. Entretanto, aplicou exatamente essa técnica. Vejamos:

processual civil. recurso especial. adicional ao frete para renovação da marinha mercante. isenção. ddll nums. 2404/87 e 2414/88. Aplicação do direito a espécie (art. 257, RISTJ). Conhecimento, de ofício, das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais. Autoridade coatora. Ilegitimidade. Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC). Precedente. (REsp 41.226/PR, rel. Min. Américo Luz, Segunda Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 4/5/1994, DJ de 6/6/1994, pag. 14.270)

tributário. adicional ao frete para renovação da marinha mercante. isenção. decretos-leis 2.404/87 (art. 5º, v, "c") e 2.414/88. autoridade competente. mandado de segurança. extinção. precedentes. 1. O art. 5º. V. "c" do Decreto-lei 2.414/88, conferiu ao Ministério das Relações Exteriores competência para apreciar os pedidos de isenção do AFRMM. 2. Incabível mandado de segurança contra o representante da ex-SUNAMAM por sua inequívoca ilegitimidade passiva. 3. Decretada, de ofício, a extinção do processo, nos termos do art. 267, VI e § 3º do CPC. (REsp 165.017/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 14/12/1999, DJ de 10/4/2000)

tributário. contribuição e adicional sobre açúcar e álcool. responsabilidade do pagamento. cooperativa. parcelamento do débito. nulidade. inocorrência. mandado de segurança. descabimento. impossibilidade do pedido. 1. A inscrição na dívida ativa e a consequente execução fiscal são deveres do estado, cujo exercício regular não pode ser considerado como ato ilícito e ilegal. 2. Inadmissível que o requerimento espontâneo do parcelamento do débito tenha sido feito sob coação. 3. A coação capaz de invalidar negócio jurídico há de ser comprovada cabalmente. 4. Incabível mandado de segurança para anular ato jurídico celebrado entre as partes validamente. 5. Recurso especial conhecido e provido para, preliminarmente e de ofício,

> (...) aberta a via especial pelo conhecimento, cabe ao relator examinar as questões de ordem pública, para evitar perplexidades.
>
> O entendimento é exato na medida em que se pretende fazer do processo instrumento de resultado para a adequada aplicação do direito, mesmo com o compromisso de seguir-se a técnica de um recurso que, como diz o próprio nome, é especialíssimo.

O Ministro Castro Meira, no voto que proferiu no REsp 485.969, afirmou entender que "a dicção constitucional - *decisão recorrida* - exige apenas que o recurso tenha sido conhecido, permitindo que o julgador possa examinar a causa com liberdade, aplicando o direito à espécie" [145]. Em arrimo à sua tese, destacou precedente da Primeira Seção em que a Corte consagrou tese não contemplada pela divergência por ocasião do julgamento do EREsp nº 423.994/MG:

> A 1ª Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do EREsp nº 423.994/MG (08/10/2003), decidiu de modo a consagrar tese não contemplada nos Embargos de Divergência. Cuidava-se, na hipótese, de discussão relativa à contagem do prazo prescricional, em que se colocavam em confronto, de um lado, a prescrição decenal e, de outro, a prescrição quinquenal contada a partir do trânsito em julgado da decisão do STF que declara a inconstitucionalidade do tributo em que se funda a ação.
>
> Naquele julgamento, ante a possibilidade de conferir-se efeito expansivo ao recurso em situações excepcionais, firmou-se orientação no sentido de que a contagem do prazo prescricional tem início na data em que publicada a Resolução do Senado que suspende a eficácia da exação, contemplando, portanto, tese não discutida nos Embargos de Divergência. À semelhança, na hipótese dos autos, conhecido o apelo extremo por outro fundamento, fica o órgão julgador livre para apreciar questões de ordem pública, cujo conhecimento independe de provocação das partes, abrindo espaço para que o recurso produza seu efeito expansivo.

Assim sendo, nos parece ser possível sustentar, com base nos precedentes doutrinários e jurisprudenciais mencionados, a possibilidade do conhecimento de ofício das matérias de ordem pública, uma vez superada a fase de conhecimento dos recursos dirigidos às Cortes superiores, mormente em razão dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional, a seguir declinados.

---

declarar a impossibilidade jurídica do pedido pelo meio processual utilizado (CPC, art. 267, VI e § 3º do CPC), mantendo-se a denegação da ordem. (REsp 173.421/AL, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 25/4/2000, DJ de 28/10/2002)

processo civil - recurso especial - locação - ação de despejo - sublocatário - ilegitimidade passiva *ad causam* - assistente - carência da ação decretada – divergência jurisprudencial não comprovada. 1 - A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea "c", da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível, sob este prisma, o seu conhecimento. 2 - Por não existir relação *ex locato* entre o sublocatário e o locador, este não poderá afrontá-lo pela via da ação de despejo. A demanda deve ser ajuizada contra o locatário e não contra o subinquilino. Todavia, intentada a ação de desalijo, por qualquer que seja o seu fundamento, deverá o locador dar ciência da mesma ao sublocatário legítimo e consentido, dando-lhe oportunidade de ingressar na relação processual como assistente litisconsorcial, já que sua obrigação é subsidiária e não solidária. Inteligência do art. 59, parág. 2º, da Lei nº 8.245/91. Ilegitimidade passiva *ad causam* reconhecida. Carência decretada. 3 - Precedente (REsp nº 138.216/SP). 4 - Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* e julgar a autora carecedora da ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC, invertendo-se os ônus sucumbenciais, já fixados na r. sentença monocrática. (REsp 288.031/PR, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, Brasília, DF, unânime, julgado em 16/5/2002, DJ de 26/8/2002, p. 113).

145 STJ, REsp nº 485.969/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 11.9.2003, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 4.4.2005, p. 251.

4. DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Barbosa Moreira[146] salienta que desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com cada um de nós o compromisso de tornar realidade à disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas.

Lembra Athos Gusmão Carneiro[147] que cada país busca, em seu ordenamento processual, realizar a adequada conciliação entre os ideais de justiça e a necessidade de segurança na aplicação jurisdicional do direito. Salienta que em tese, proferida uma sentença, o Estado terá outorgado aos litigantes a prestação jurisdicional, "a que o Poder Público se obrigou ao proibir a justiça privada e ao reservar-se, com exceções limitadíssimas, o monopólio da jurisdição" - jurisdição essa, definida por Carmen Lúcia Antunes Rocha[148] como "atividade estatal soberana pela qual se deslinda uma situação social de conflito, afirmando-se e aplicando-se o direito objetivo".

Nesse sentido, ressalta Athos Gusmão Carneiro que a existência de recursos, o reexame das decisões ou pelo mesmo ou por outro órgão julgador "vincula-se a exigências de ordem eminentemente pragmática, ligadas à falibilidade humana, à conveniência do aperfeiçoamento das decisões judiciárias", e, também, ao anseio natural do vencido de que suas pretensões sejam objeto de outra apreciação, mais acurada, que proporcione inclusive maior aceitação social da decisão reexaminada. E alerta o mestre:

> Se o legislador atentasse apenas à busca do *valor Justiça* sempre novos recursos poderiam ser admitidos, aberta sempre a possibilidade de apresentar novos argumentos, outras provas, diferentes exceções. Mas a necessidade de uma solução estável, de um momento em que o conflito de interesses fique definitivamente eliminado no mundo do Direito, a *exigência de Segurança* no gozo dos bens da vida, impõe uma limitação ao número e admissibilidade dos recursos, em opção legislativa ante às condições culturais e econômicas, as tradições, as experiências de cada país em determinado momento da história. (...) O recurso extraordinário, no direito brasileiro, é manifestado como recurso propriamente dito (interposto, portanto, no mesmo processo) e fundado imediatamente no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal. Tem, pois, um caráter político, como observou Enrique Vescovi.
>
> O interesse privado do litigante vencido funciona, então, mais como móvel e estímulo para a interposição do recurso extremo, cuja admissão, todavia, liga-se à existência de uma questão federal, à defesa da ordem pública no plano do direito federal, assegurando-lhe, como referiu Pontes de Miranda, a *inteireza positiva*, a *autoridade*, a *validade* e a *uniformidade de interpretação*.[149]

É nesse sentido que prescreve o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito". Trata o dispositivo da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem condicionamentos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Assim, ao criar tal direito, estabeleceu-se o dever dele decorrente, que é o do Estado: prestar a jurisdição.

---

146 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. *Temas de direito processual.* 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21.

147 CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos.* Forense: Rio de Janeiro, 1996, p. 84.

148 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça.* São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33.

149 *Op. cit.,* p. 84 e 85.

A respeito do mencionado princípio, adverte Fredie Didier Jr.[150], que quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade

> (...) à impossibilidade de exclusão de *alegação* de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado: ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia: é direito abstrato.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que o direito do indivíduo fazer passar pelo crivo do Poder Judiciário toda a lesão a seus direitos é essencial a todo regime cioso das liberdades fundamentais, defluindo do princípio da separação de poderes, pois "outra não é, no fundo, a justificativa da independência do Judiciário que não a tutela dos direitos individuais".[151]

Destaca ainda o mestre que esse princípio consagrado no art. 5º, XXXV da Carta Magna deve ser associado ao princípio do devido processo legal, por sua vez previsto na Carta no inc. LIV do mesmo art. 5º[152]. Princípio esse que, conforme Nelson Nery Junior[153], caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, ou seja, o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Saliente-se que se subdivide o devido processo legal em sua acepção material (*substantive due process of law*), atuando no que respeita ao direito material, e em sua acepção processual (*procedural due process of law*), relativa à tutela desses direitos por meio do processo judicial ou administrativo.

José Afonso da Silva[154] ressalta que, com a combinação do direito de acesso à jurisdição, do direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), fecha-se o ciclo das garantias processuais:

> O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: *aos litigantes em processo jurisdicional e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Lembre-se que a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito da parte de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, consoante os aludidos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que não se limitam à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implicam a possibilidade de a parte ser ouvida também em matéria jurídica em regular processo. Dessa maneira se atende ao princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito.

---

150 DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 27, n. 108, p. 23, out./dez.2002.

151 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 245.

152 Lembre-se a respeito do princípio constitucional do devido processo legal que tem a sua origem no *due process of law* do direito anglo-saxão. Salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que essa cláusula "tem sua primeira expressão na Carta Magna, art. 39, onde promete o rei que *nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de sua liberdade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.* Cláusula semelhante, empregando já a expressão *due process of law,* foi jurada por Eduardo III, e da tradição do direito inglês passou para o das colônias da América do Norte, chegando à Constituição americana, emenda 5ª. Impede essa cláusula toda restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem intervenção do Judiciário, claro, se o interessado a reclamar. Dentro do espírito do Direito anglo-americano, essa cláusula implica o controle pelos órgãos judiciários e pelos processos previstos pela *Common Law.* Com isso, o princípio se torna mais sólido, já que impede que uma proposital alteração da estrutura do Judiciário esvazie essa garantia". (*Op. cit*., p. 245).

153 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2002, p. 37.

154 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 431.

São nesse sentido as oportunas considerações de Gilmar Ferreira Mendes[155]:

> Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3ª. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).
>
> Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:
>
> 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
>
> 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
>
> 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf.Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, nº 85-99).
>
> Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97).
>
> É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional -- BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97).

E Carmen Lúcia Antunes Rocha[156] destaca que o direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam: (a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; (b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e (c) a eficácia da decisão jurisdita.

De tal modo, salienta a Ministra que o acesso aos órgãos jurisdicionais pressupõe um desempenho prévio por parte do Estado que se desdobraria na facilitação do exercício do direito à jurisdição pela sua declaração normativa expressa, e na consequente formação, organização e estruturação de órgãos e agentes competentes para servir eficientemente à demanda social pela jurisdição, e no conhecimento do cidadão dos modos de se assegurar os seus direitos fundamentais.

A eficiência na prestação jurisdicional pressuporia a presteza da resposta pelos órgãos jurisdicionais, e, portanto, o processo adequado (isto é, previamente definido em lei) e o procedimento eficiente (isto é, hábil a realizar a finalidade do processo, que é a composição dos interesses conflituosos entregues à decisão do Estado-juiz). No seu entender, a jurisdição é um "direito ativo, vale dizer, é *verbo* de ação, que demanda agente para vivificá-lo (partes), meio para exercê-lo (processo) e modo para assegurá-lo (procedimento)".

---

155 STF, MS 24.268/MG, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, Brasília, DF, j. 5.2.2004, concedida segurança, maioria, Diário da Justiça da União, Brasília, Seção I, 17.9.2004, p. 0053.

156 *Op. cit.*, p. 33.

A eficácia da prestação jurisdicional, por seu turno, reporta-se à realização de direitos, ao cumprimento das normas e à validação das garantias, tornando certos os caminhos da jurisdição e a busca da justiça.

Não por outra razão Nelson Nery Junior[157] salienta que, pelo princípio constitucional do direito de ação, direito público subjetivo, cívico e abstrato, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário não apenas o direito à tutela jurisdicional, mas à tutela jurisdicional *adequada*.

De tal modo, destaca Willis Santiago Guerra que o processo judicial passa a ser um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente de cidadania, justamente porque o Estado Democrático de Direito depende, para sua efetivação, não apenas de procedimentos legislativos como também judiciais.[158]

4.1. DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Como bem esclarece Canotilho[159], o princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Com esse mesmo sentido foi considerado no século XVIII, pela teoria do estado como máxima suprapositiva e introduzido no século XIX como princípio geral do direito de polícia no direito administrativo. Anota Canotilho que esse princípio estava presente na ideia britânica do *reasonableness,* no conceito prussiano do *Verhältnismassigkeit,* na figura do *détournement du pouvoir* francês e na categoria italiana do *eccesso di potere.*

No entanto o alcance desse princípio era mais o de revelação de sintomas de patologias administrativas como arbitrariedade, exorbitância dos atos discricionários, do que um princípio material de controle de atividades de poderes público. Foi apenas posteriormente, no século XX, esclarece o mestre, que o princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso foi erigido à dignidade de princípio constitucional.[160]

Ressalta Canotilho que o princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios constitutivos. São eles o da conformidade ou adequação (*geeignetheit),* o da exigibilidade ou da necessidade (*erforderlichkeit),* e o da proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit).*

Com efeito, o subprincípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim a ele subjacente. O subprincípio da exigibilidade ou da necessidade, ou ainda *da menor ingerência possível,* impõe a prova de que, para obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso ao cidadão. Esclarece o mestre português que a doutrina acrescenta ainda outros elementos conducentes a uma maior delimitação desse subprincípio da exigibilidade: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais restrito possível relativamente à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, de modo que se limite o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe rigorosa limitação no tempo da medida coativa editada pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal, que impõe que a medida deva relacionar-se unicamente à pessoa ou pessoas cujos interesses estariam em foco. Após então ultrapassar esses subprincípios, deve-se perquirir a respeito da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. De tal modo, "meios e fins são colocados em equação, mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim"[161].

---

157 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2002, p. 37.

158 *Op. cit.*, p. 26.

159 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 266.

160 A evolução dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que não se limitam ao campo do direito administrativo (muito embora tenha sido ali que se desenvolveu), é também referida por Nagib Slaibi Filho: O princípio da proporcionalidade teve aplicação, ainda que sem tal denominação, primeiramente no Direito Administrativo, como limitação do poder em face dos direitos fundamentais, e no Direito Processual, com referência às medidas liminares, bastando observar, quanto a este ramo jurídico, que o Código de Processo Civil de Portugal, em seu artigo 401, interdita a concessão de medida cautelar se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar. (SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 41).

161 *Op. cit.,* p. 270.

Esse princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade tem sido reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o invoca para invalidar leis - ou compreensão de diplomas normativos - que conduzam a resultados iníquos e desarrazoados, que imponham sacrifícios desmedidos e sem justificação lógica. Reconheceu o Supremo Tribunal Federal, que tal princípio tem sua *sedes materiae* no art. 5º, LIV da Carta, que disciplina o devido processo legal. É que anotou Gilmar Mendes, em comentário ao acórdão proferido na Arguição de Inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos e incisos, da Lei nº 8.713, de 30.9.93:

> Essa decisão consolida, de certa forma, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido).
>
> Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem a sua *sedes materiae* no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal. [162]

Ao analisar a evolução do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacou Gilmar Mendes que essa noção já podia ser flagrada em alguns precedentes mais antigos da Suprema Corte[163]. Com efeito, no RE 18.331/SP, o relator, Ministro Orosimbo Nonato, deixava assente:

> O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade.[164]

Destacou ainda Gilmar Mendes que a inteligência contrária à validade de normas que acarretam prejuízo exorbitante para os indivíduos repetiu-se no HC 44/332, em que se impugnou a pena prevista no art. 48 do DL nº 314/67, porque seria "*cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida*".[165]

Novamente, na RP 930/DF enfatizou-se que o legislador, ao estabelecer condições de capacidade para o exercício de profissão, haveria de "*atender ao critério da razoabilidade*"[166]. Da mesma forma, julgou-se inconstitucional dispositivo do antigo Estatuto da OAB que incompatibilizava certos agentes públicos aposentados para o exercício da advocacia, acentuando-se a inadequação, incongruência e irrazoabilidade da medida.[167]

A aferição da constitucionalidade das leis com o socorro de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade das medidas restritivas de direitos consolidou-se nos julgamentos do STF. É o que se extrai, ainda, dos julgamentos da RP 1.077/RJ[168] e da ADIn 855/PR[169]. Nesta última, em sede de cautelar, suspendeu-se lei do Paraná que fixava certas exigências à venda de gás de cozinha, que foram tidas, expressamente, como destoantes do princípio da razoabilidade. O precedente fixou, como máxima de julgamento, que uma medida legislativa inadequada,

---

162 MENDES, Gilmar Ferreira. *Correção Monetária, Juros, TR/TRD e o Crédito Rural* - Parecer, Brasília: Consulex, 1994, p. 62.

163 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade.* 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 72.

164 STF, RE 18.331/SP, rel. Min. Orosimbo Nonato, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 21.9.1951, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 8.11.1951, p. 10851.

165 Direitos fundamentais. Op. cit., p. 75.

166 STF, RP 930/DF, rel. p/acórdão Min. Rodrigues Alckmin, Pleno, Brasília, DF, j. 5.5.1976, procedente, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 2.9.1977, p. 5969,

167 STF, RP 1.054/DF, rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, Brasília, DF, j. 4.4.1984, procedente, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 29.6.1984, p. 739.

168 STF, RP 1.077/RJ, rel. Min. Moreira Alves, Pleno, Brasília, DF, j. 28.3.1984, parcialmente procedente, unânime, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 28.9.1984. p. 15955.

169 STF, ADIn 855/PR (MC), rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, Brasília, DF, j. 1.7.1993, deferida a liminar, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 1.10.1993, p. 20212.

por não produzir efeitos úteis, e por ensejar ônus ao particular desproporcional aos fins perseguidos pelo legislador, não deve permanecer no ordenamento jurídico.

A falta da razoabilidade da lei conduziu, igualmente, a um juízo de reprovação de dispositivo de lei eleitoral de 1.993, identificando-se a exigência da proporcionalidade no art. 5º, LIV, § 2º da Lei Maior[170]. O precedente da ADIn 958/RJ afirmou, de maneira inequívoca, a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de lei, em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus atingido).

Efetivamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido estar ofendido o devido processo legal no caso em que ocorra a ausência de razoabilidade em determinado normativo, como se denota do acórdão proferido na ADIn 1.158 (Medida Liminar), de relatoria do Ministro Celso de Mello:

> Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.
>
> A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.[171]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no particular, como acima demonstrado, tem prestigiado a aplicação desses princípios sempre que determinada lei provoca, desproporcionada ou irrazoavelmente, um desequilíbrio desnecessário e prejudicial à determinada pessoa.

É evidente, por outro lado, que esses princípios não se limitam à verificação da constitucionalidade de determinada norma legal, mas devem também ser aplicados a eventuais julgados, que ofenderam a proporcionalidade, através de fundamentos que não guardam afeição à razoabilidade esperada, causando flagrante e nítido prejuízo à parte. Com efeito, não há como se negar que as decisões judiciais também constituem atos normativos, embora restrito às partes, de acordo com a festejada máxima de que "a sentença faz lei entre as partes".

4.2. DA COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS E OS PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Consoante o exposto nos capítulos precedentes, pode-se afirmar que a determinação ao órgão julgador para que se conheça de ofício as questões de ordem pública afina-se ao interesse social de que não sejam perpetuadas situações repudiadas pelo ordenamento jurídico, como aquelas relativas à existência de vícios considerados insanáveis e que portanto ensejam o comprometimento da validade do ato processual, justamente em decorrência do não atendimento de exigências reputadas essenciais por esse mesmo ordenamento.

De outro lado, o Estado Democrático de Direito estabelece direitos e garantias fundamentais, que devem nortear a interpretação do texto constitucional, não se admitindo que qualquer regra, mesmo de natureza constitucional, possa vir a violar esses direitos e garantias tidos justamente como fundamentais.

Em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, alerta Gilmar Mendes[172] que há de se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

---

170 STF, ADIn 958/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, Brasília, DF, j. 11.5.1994, parcialmente procedente, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 25.8.1995, p. 26021.

171 STF, ADIn 1.158/AM (MC), rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, j. 19.12.1994, liminar deferida, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 26.5.1995, p. 15154.

172 Princípios, op. cit., p. 72.

Destaca o eminente Ministro que tal princípio pressupõe "não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (*geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*notwendigkeit oder erforderlichkeit*)":

> Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*).
>
> O pressuposto da adequação (*geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*notwendigkeit oder erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado."[173]

Com efeito, Humberto Ávila define o dever de proporcionalidade como "um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principial das normas e da atributividade do direito, e dependente do conflito de bens jurídico materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente relacionados".[174]

É dentro desse contexto que o princípio da proporcionalidade surge como necessidade lógica para a compatibilização concreta dos diversos direitos fundamentais que somente no plano abstrato se encontram em perfeita harmonia.

Como mencionado, a corrente que defende a necessidade de prequestionamento mesmo diante de normas de ordem pública finca-se no princípio da hierarquia das normas e, pois, na impossibilidade de se excepcionar regra constitucional diante da aludida disposição infraconstitucional do conhecimento de ofício de tais matérias.

Mas a prevalência do princípio da hierarquia das normas, autorizando que as Cortes superiores se omitam em dirimir questões de ordem pública ante a ausência de prequestionamento ensejaria que uma decisão eivada de nulidades e vícios insanáveis fosse perpetuada com o trânsito em julgado.

Assim é que estariam em confronto o princípio da hierarquia das normas e aquele do devido processo legal, que, esculpido no inc. LIV do art. 5º da CF, garante que a perda da liberdade ou de patrimônio deve, necessariamente, ser precedida de decisão judicial prolatada num processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas em lei.

Lembre-se que embora veiculada em norma infraconstitucional, a exigência da apreciação mesmo de ofício das matérias de ordem pública encerra matéria de cunho constitucional relativa ao prestígio do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional. Como bem ressalta Ricardo Raboneze:

> Logo, levando-se em conta que as normas constitucionais limitam o poder público e não o comportamento humano propriamente dito, todas as questões que articulem formalmente matérias de cunho constitucional, mesmo que prescritas pela legislação infraconstitucional, permanecem com o caráter fundamental da lei suprema mandamental originária e com ela devem compatibilizar-se, sob pena de serem eivadas de inconstitucionalidade.[175]

Ora, como mencionado no capítulo precedente, o significado do devido processo legal correlaciona-se à tutela jurisdicional adequada às necessidades de direito material, sendo que, segundo a máxima de Giuseppe Chiovenda:

---

173 Princípios, op. cit., p. 72.

174 ÁVILA, Humberto Bergmann. Distinção entre princípios e regras e definição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo,* São Paulo, n. 215, p. 175, jan.-mar. 1999.

175 RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos.*4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 24.

> (...) o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.[176]

Assim é que, invocando-se a teoria da proporcionalidade, parece faltar adequação à exigência do prequestionamento mesmo diante de questões de ordem pública, na medida em que enseja que se inviabilize o objetivo pretendido pelo legislador, ao instituir tal requisito para admissibilidade dos recursos excepcionais. Com efeito, o ordenamento constitucional e legal não resulta mais coerente ou fortalecido pela negativa da prestação jurisdicional e a permanência de situações efetivadas sob o pálio da violação de bens jurídicos considerados de interesse social, como são as questões de ordem pública inerentes ao processo judicial.

Acresce que, indiscutivelmente, num processo em que o juiz é incompetente, a parte é ilegítima ou o pedido juridicamente impossível, não se terá por atingido o objetivo de dar efetividade à tutela jurisdicional.

De tal modo, entende-se razoável sustentar a possibilidade de, à míngua do prequestionamento, conhecerem as Cortes superiores, de questões de ordem pública, o que confere plena efetividade aos aludidos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

CONCLUSÃO

O processo pode ser considerado o instrumento jurídico pelo qual se persegue o objetivo específico da aplicação do direito à espécie segundo um procedimento previamente explicitado em lei, visando precipuamente realizar direitos fundamentais dos cidadãos.

Pode-se assim dizer que há íntima conexão entre o direito processual e constitucional, na medida em que as formalidades e disposições processuais concretizam os comandos e garantias constitucionais.

Carlos Alberto de Oliveira[177] afirma que se impõe considerar o processo como direito constitucional aplicado. Isso porque deve ser compreendido como instrumento de realização de valores constitucionais, constituindo autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, e não simplesmente como mera técnica:

> Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexidade entre jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.

Com efeito, as condições da ação justamente condicionam a prestação da tutela jurisdicional de mérito, de modo que, ausentes quaisquer uma delas, tem-se por inexistente o direito a esta espécie de tutela, inviabilizando a apreciação do pedido, com a consequente extinção do processo sem julgamento de mérito.

Os pressupostos processuais, por outro lado, condicionam a formação e regularidade da relação jurídica processual e, portanto, atuam na constituição e validade do processo, entendido este com o veículo ou instrumento material através do qual se manifesta e se operacionaliza o exercício da jurisdição.

---

176 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil,* v.1, trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 46.

177 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Processo civil na perspectiva de direitos fundamentais. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 29, n. 113, p. 10, jan./fev. 2004.

Assim, ausentes os pressupostos de existência, não haverá formação da relação processual. E o processo, com sua correspondente sentença, não obstante ostentarem feições factuais típicas e concretas, serão juridicamente inexistentes – uma vez que juridicamente inexistente o instrumento para o exercício da Jurisdição.

De tal modo, não parece razoável sobrepor um pressuposto formal de admissibilidade recursal (a necessidade do prequestionamento), eminentemente restritivo do direito de ação, a institutos fundamentais como o direito ao devido processo legal e à jurisdição. Lembre-se que a participação no processo para a formação da decisão constitui-se ela mesma o exercício de um direito fundamental, que não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

O rigor do formalismo deve ser temperado de acordo com imperativos éticos, regras utilitárias e postulados políticos. Assim, a interpretação deve se dar conforme à Constituição, mas esta deve ser entendida em sua totalidade, ponderando-se, justamente de acordo com a teoria da proporcionalidade, os direitos fundamentais e o bem protegido pela lei restritiva, o que implica dizer que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, na hipótese em tela, dê maior proteção e efetividade ao direito fundamental.

Celso Antônio Bandeira de Mello salientava que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. Isso por que:

> A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.[178]

Com efeito, a justiça não se resolve apenas pela positivação da lei. Pressupõe a aplicação da norma legítima de maneira correta. Assim sendo, como corolário do princípio da segurança jurídica, pressupõe-se a aplicação justa da lei e a possibilidade concreta e eficiente de fazer valer essa mesma lei em caso de litígio.

Conforme salienta Norberto Bobbio[179], "o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los":

> (...) o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los.

De tal modo, sendo da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a aplicação da legislação constitucional e infraconstitucional, respectivamente, não podem se furtar essas Cortes de conhecer da ação em toda a sua inteireza e aplicar os dispositivos pertinentes à matéria, pois não é razoável que atuem em proposição contrária à sua função precípua, violando garantias também constitucionalmente asseguradas.

A esse respeito, oportunas as considerações de Jorge Scartezzini:

> Sendo a finalidade desta Corte Superior a uniformização dos julgados infraconstitucionais e perfilando-me a consagrada doutrina, assevero que o processo não é instrumento apenas técnico, mas sobretudo ético. Não se pode admitir que a severidade processual implique numa supressão de direitos, juridicamente reconhecidos, ou como, na espécie, na implementação de um direito já julgado inexistente.

178 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e Direto dos Administrados.* São Paulo: RT, 1981, p. 88.

179 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

> Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas.[180]

Por todo o exposto, tendo em vista a instrumentalidade do processo, não é de se admitir o apego exagerado a formalismos, devendo ser flexibilizada a exigência do prequestionamento diante das matérias de ordem pública, com vistas a atender ao comando da lei e da própria Carta, e melhor propiciar o exame do direito material em litígio. Há de se afinar a efetividade do processo e seus escopos de realizar a boa Justiça, com a severidade da lei, que deve ser atenuada pelo julgador como intérprete dessa mesma lei, sempre que possível e recomendável, para ensejar a aplicação das garantias constitucionais do acesso pleno à tutela jurisdicional.

Nesse sentido, entende-se ser dever do magistrado, mesmo aquele componente das Cortes Superiores, enquanto ainda não finda a tarefa judicante, perquirir pela presença dos pressupostos e condições da ação, mesmo que ausente o prequestionamento. Esse poder do julgador decorre do fato de que qualquer uma das referidas preliminares afeta os requisitos de constituição ou desenvolvimento válido e regular do processo, matéria na qual há, sem dúvida, evidente interesse público.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 31, n. 132, p. 273-288, fev. 2006.

ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1946. v. IX.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II.

ARRUDA ALVIM, Eduardo e ARRUDA ALVIM, Angélica. Recurso especial e prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário.* São Paulo: RT, 1997. v. 1, p. 160-179.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *A reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45.* São Paulo: RT, 2005. p. 63-99.

_____. *Tratado de direito processual civil.* 2. ed. São Paulo: RT, 1990. v. I.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos.* 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

_____. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, São Paulo, Ribeiro Preto, n. 33, p. 11-31, set. 2002.

AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 23, n. 89, p. 266-280, jan./mar. 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Distinção entre princípios e regras e definição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCUZZI NETO, Vito Antônio. Recursos excepcionais – o prequestionamento e a matéria de ordem pública. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins,* São Paulo: RT, 2007. v. 11, p. 439-448.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 06 dez. 2011.

[180] STJ, REsp 227.940/AL, rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, Brasília, DF, j. 26.10.1999, provimento parcial, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 27.3.2000, p. 127.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 06 dez. 2011.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 06 dez. 2011.

BRASIL. Constituição do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 06 dez. 2011.

BRASIL. Constituição do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: 06 dez. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 06 dez. 2011.

BRASIL. Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1890. Disponível em: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB. Acesso em 06 dez. 2011.

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em 06 dez. 2011.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1969, ret. 21 out. 1969 e republ. 30 out. 1969. Disponível em *Diário Oficial da União*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 06 dez. 2011.

BRASIL. Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. Diário do Congresso Nacional, Rio de Janeiro, RJ, 4 set. 1926, Seção I. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html. Acesso em: 06 dez. 2011.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 abr. 1977. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em 06 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de setembro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AG 1.254 (AgR), rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 3.4.1990, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 23.4.1990, p. 3219.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AG 47.754-1/RS (AgR), rel. Min. Ruy Rosado, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 7.3.1995, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 8.5.1995, p. 12.395.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AG 55.003/SP (AgR), rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.2.1995, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 27.3.1995, p. 7139.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AG 1.333.013/RJ (AgR), rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 11.10.2011, negaram provimento, maioria, *Diário de Justiça eletrônico* 24.10.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 17/MG (EDcl), rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 2ª Seção, Brasília, DF, j. 30.9.1992, rejeitaram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.11.1992, p. 19693.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 195-0/DF (EI), rel. Min. Pádua Ribeiro, 1ª Seção, Brasília, DF, j. 13.4.1993, acolheram os embargos, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.5.1993, p. 7.752.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 30.701/SE, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, Brasília, DF, j. 3.2.1999, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 13.10.2000, p. 99.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 158.070/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, Brasília, DF, j. 3.2.1999, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 20.3.2000, p. 32.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 169.414/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, Brasília, DF, j. 3.2.1999, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.6.1999, p. 3299.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 3.345/SP (AgR), rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 30.5.2001, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 25.6.2001, p. 165.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 444/RJ, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 7.8.1990, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.10.1990, p. 11.191.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2.336/MG, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 9.5.1990, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 4.6.1990, p. 5054.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2.973/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 29.5.1990, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.6.1990, p. 5.687.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 5.068-0/DF, rel. Min. Peçanha Martins, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 16.12.1992, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 22.3.1993, p. 4.524.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 5.735-0/PR, rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 4.12.1990, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 4.2.1991, p. 0576.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 6.850/RJ, rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 19.2.1991, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 27.5.1991, p. 6968.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 6.886/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 4.2.1992, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 24.2.1992, p 1867.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 9.099/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 25.11.1991, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 16.12.1991, p. 18.532.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 14.709/RJ, rel. Min. Cláudio Santos, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 2.6.1992, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 22.6.1992, p. 2754.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 19.743-0/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 4.4.1995, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 8.5.1995, p. 12.394.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 19.845/PR, rel. Min. Américo Luz, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 28.10.1992, não conheceram, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 1.2.1993, p. 455.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 28.459/SP, rel. Min. Vicente Cernichiaro, 6ª Turma, Brasília, DF, j. 29.10.1992, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 17.5.1993, p. 9365.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 28.871/RJ, rel. Min. Nilson Naves, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 30.11.1992, parcial provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.2.1993, p. 1686.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 29.624-2/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 15.2.1993, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 22.3.1993, p. 4519.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 32.975/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 29.5.1995, provimento parcial, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 19.6.1995, p. 18706.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 34.980/SP, rel. Min. Peçanha Martins, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.6.1994, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 19.9.1994, p. 24676.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 47.153/RJ, rel. Min. Menezes Direito, 3ª Turma, Brasília, DF, j, 27.8.1996, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 7.10.1996, p. 37638.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 60.110/GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 5.9.1995, provimento parcial, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 2.10.1995, p. 32377.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 63.499/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 22.6.1995, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 5.2.1996, p. 1388.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 65.977/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 19.6.1995, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.8.1995, p. 26593.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 67.920/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Brasília, DF, j. 22.4.1997, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 26.5.1997, p. 22543.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 68.280/GO, rel. p/acórdão Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 6.3.1996, negaram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.6.1996, p. 19206.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 78.189/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 25.3.1996, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 24.6.1996, p. 22756.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 106.276/MS, rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.4.1997, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 2.6.1997, p. 23779.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 122.004/SP, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, Brasília, DF, j. 16.12.1997, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, de 2.3.1998, p. 131.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 227.940/AL, rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, Brasília, DF, j. 26.10.1999, provimento parcial, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 27.3.2000, p. 127.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 284.523/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Brasília, DF, j. 3.5.01, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 25.6.01, p. 173.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 297.117/RS, rel. Min. Quaglia Barbosa, 4ª Turma, Brasília, DF, v.u., j. 28.8.2007, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 17.9.2007, p. 282.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 466.861/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 17.6.2004, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 29.11.2004, p. 277.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 485.969/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 11.9.2003, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 4.4.2005, p. 251.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.212.586/AM (AgR), rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.9.2011, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 30.9.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.225.624/RJ, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 18.10.2011, deram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 3.11.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.269.220/SC (AgR), rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 20.9.2011, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 23.9.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 855/PR (MC), rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, Brasília, DF, j. 1.7.1993, deferida a liminar, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 1.10.1993, p. 20212.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 958/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, Brasília, DF, j. 11.5.1994, parcialmente procedente, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 25.8.1995, p. 26021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1.158/AM (MC), rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, j. 19.12.1994, liminar deferida, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 26.5.1995, p. 15154.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 75.355/MG (AgR), rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 30.3.1979, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 27.4.1979, p. 3381.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 79.601/RJ (AgR), rel. Min. Décio Miranda, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 19.8.1980, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 5.9.1980, p. 6610.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 84.247/RJ (AgR), rel. Min. Firmino da Paz, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 23.10.1981, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 13.11.1981, p. 11414.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 94.264/PR (AgR), rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 7.2.1984, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 9.3.1984, p. 3.057.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 120.682/RJ (AgR), rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 25.9.1997, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 23.10.1997, p. 23164.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 133.690-1/SP (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.5.1990, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.8.1990, p. 7239.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 134.175-1 (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 4.2.1991, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 6.3.1992, p. 2432.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 153.595-5/SP (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 25.10.1993, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.2.1994, p. 1.796.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 178.745-7/DF (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 4.3.1997, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 30.5.97, p. 23.181.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 256.130/SP (AgR), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 21.11.2000, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 9.2.2001, p. 18.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 277.229/RJ (AgR), rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 6.3.2001, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.5.2001, p. 437.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 375.011/RS (AgR), rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, Brasília, DF, j. 5.10.2004, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 28.10.2004, p. 43.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 601.767/SC (AgRg), rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 15.2.2011, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* 22.3.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 850.161/SE, rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 7.11.2011, negado seguimento, *Diário de Justiça eletrônico* 10.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG 852.271/RS, rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 17.11.2011, negado seguimento, Dje 23.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 661.623/RS, rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 16.11.2011, negado seguimento, *Diário de Justiça eletrônico* 22.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CJ 5.993/SP, rel. Min. Moreira Alves, Pleno, Brasília, DF, j. 25.3.1976, conheceram, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 6.8.1976, p. 6896.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.268/MG, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, Brasília, DF, j. 5.2.2004, concedida segurança, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 17.9.2004, p. 0053.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 18.331/SP, rel. Min. Orosimbo Nonato, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 21.9.1951, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 8.11.1951, p. 10851.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 85.023/SP, rel. Min. Leitão de Abreu, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 2.2.1977, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 17.3.1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 89.554/SP (AgRg), rel. Min. Xavier de Albuquerque, Pleno, Brasília, DF, j. 16.11.1978, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 11.12.1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 91.395/MG, rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 16.10.1979, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 9.11.1979.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 92.634/MA, rel. Min. Soares Muñoz, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 10.6.1980, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 1.7.1980, p. 4950.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 94.601/GO, rel. Min. Djaci Falcão, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 18.9.1981, não conheceram, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 3.11.1981, p. 939.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 96.802/RJ (EDcl em AgR), rel. Min. Alfredo Buzaid, Pleno, Brasília, DF, j. 4.11.1983, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 12.5.1983, p. 17147.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 104.899-9/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília, DF, j. 3.6.1992, deram provimento, maioria, *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 18.9.1992, p. 15410.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 141.731-6/DF (AgR), rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 22.2.1994, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 15.4.1994, p. 8062.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 210.638/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.4.1998, deram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 19.6.1998, p. 11.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219.703/SP (EDcl) rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 26.9.2006, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 20.10.2006, p. 61.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219.934/SP, rel. Min. Octavio Gallotti,1ª Turma, Brasília, DF, j. 14.6.2000, deram provimento, maioria., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 16.2.2001, p. 140.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 415.760/SP, rel. p/acórdão Min. Eros Grau, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 31.5.2005, negaram provimento, v.u., *Diário da Justiça da União*, Brasília, Seção I, 30.9.2005, p. 0024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 565.714-1/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, j. 30.4.2008, *Diário de Justiça eletrônico* 13.6.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593.505/AM (AgR), rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, Brasília, DF, j. 13.10.2009, negaram provimento, v.u., *Diário de Justiça eletrônico* de 13.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 644.709/DF, rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, j. 21.11.2011, negado seguimento, *Diário de Justiça eletrônico* 25.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RP 930/DF, rel. p/acórdão Min. Rodrigues Alckmin, Pleno, Brasília, DF, j. 5.5.1976, procedente, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 2.9.1977, p. 5969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RP 1.054/DF, rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, Brasília, DF, j. 4.4.1984, procedente, maioria, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 29.6.1984, p. 739.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RP 1.077/RJ, rel. Min. Moreira Alves, Pleno, Brasília, DF, j. 28.3.1984, parcialmente procedente, unânime, *Diário da Justiça da União,* Brasília, Seção I, 28.9.1984. p. 15955.

BUENO, Cássio Scarpinella. Prequestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 52-82.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos.* Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil,* trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral.* São Paulo: RT, 2008.

DEGRAZIA, Osvaldo Flavio. Nulidade e Prequestionamento. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, a. IV, n. 20, p. 11-13, nov./dez. 2002.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 27, n. 108, p. 23-31, out./dez. 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FLEURY, José Theophylo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário. Súmula 356/STF X Súmula 211/STJ? In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pelegrini de; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 409-440.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis.* 3. ed., rev., ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: RT, 2007.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador.* Porto Alegre: Fabris, 1985.

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 23, p. 45-60, jul./set. 1981.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 728-741.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.* 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil.* 2. ed., atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millenium, 1998. v. III.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. *Prequestionamento e repercussão geral.* 5. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2009.

_____. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial.* São Paulo: RT, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direto dos administrados.* São Paulo: RT, 1981.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 32, n. 151, p. 335-344, set. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Correção Monetária, Juros, TR/TRD e o Crédito Rural* - Parecer, Brasília: Consulex, 1994, p. 62.

_____. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade.* 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. *Temas de direito processual.* 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 21-29.

NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de Declaração prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.* São Paulo: RT, 2001, v. 4, p. 851-864.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*, 6. ed., atual., ampl., e reform., São Paulo: RT, 2004, p. 298.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Processo civil na perspectiva de direitos fundamentais. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 29, n. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004.

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 (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.* São Paulo: RT, 2000, v.3, 232-271.

ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento. *Revista de Processo,* São Paulo, a. 30, v. 128, p. 175-184, out. 2005.

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

_____. *Manual dos recursos cíveis.* São Paulo: Malheiros, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: RT, 1967. t. IV.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VIII.

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos.* 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

RIBEIRO, Eduardo. Recurso Especial. In: FONTES, Renata Barbosa (Coord.). *Temas de Direito: homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 45-58.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça.* São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-52.

SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. Prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 802, p. 95-104, ago. 2002.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: *DOUTRINA do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 347-368.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro.* São Paulo: RT, 1963.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil,* Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, n. 640, p.19-27, fev. 1989.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Recurso Especial. In: FONTES, Renata Barbosa (Coord.). *Temas de Direito: homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 197-206.

_____. Recurso Especial e Recurso Extraordinário na Constituição. In: _____. *Temas de Direito Público.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 227-253.

_____. Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Revista de Direito Público,* São Paulo, a.22, n. 90, p. 79-97, abr./jun. 1989.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no Código de Processo Civil brasileiro.* 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Nulidades do processo e da sentença.* 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

THE REQUIREMENT OF "PREVIOUS QUESTIONING" IN MATTERS OF PUBLIC ORDER. THE PRINCIPLE THAT NO INJURY OR THREAT TO THE RIGHT CAN BE EXCLUDED FROM THE ASSESSMENT OF JUDICIAL POWER.

***ABSTRACT**: **ABSTRACT:** This study seeks to discuss the limits of cognition, by the Supreme Court and the Superior Court of Justice, about the so-called matters of public policy (i.e. those concerning the conditions of the action, and the validity and steady development of the judicial process), in the absence of decision about that matter in the contested judgment and in the absence of provocation, by the interested party of its review, via special and extraordinary appeal – that is, if the higher courts may, ex officio, know of such matters. This study is based on the understanding of the doctrine and also based on precedents emanated by the same higher courts.*

***KEYWORDS**: Conditions of Action; Assumptions of the Process; Instrumentality of Process; Proportionality.*

Trabalho indicado para publicação em 29/03/2013.
Aceito para publicação em 30/04/2013.

Este trabalho foi licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada.

Publicação original disponível em:
http://www.esdc.com.br/seer