

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

A ORDEM PÚBLICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS ALBERTO CARMONA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2010

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

A ORDEM PÚBLICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. CARLOS ALBERTO CARMONA

São Paulo

2010

A BELMIRA PIMENTA FERRARI, minha amada avó

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
1.1 Considerações iniciais.....	1
1.2 Plano da obra.....	5
1.3 Diferentes concepções da ordem pública.....	8
2. ORDEM PÚBLICA E DIREITO MATERIAL.....	18
2.1 Autonomia da vontade, direitos disponíveis e sua limitação pela ordem pública.....	18
2.2 Ordem pública e os direitos indisponíveis.....	22
2.3 Aplicação imediata das leis de ordem pública.....	27
2.4 O alargamento do campo de atuação da ordem pública de direito material.....	32
2.5 Hipóteses de questões de ordem pública no direito material.....	34
2.6 O tratamento processual das questões de ordem pública de direito material: impossibilidade de alteração do objeto do processo.....	40
3. ORDEM PÚBLICA E ARBITRAGEM.....	49
3.1 Arbitragem como método de solução de conflitos e o princípio do favorecimento da arbitragem.....	49
3.2 Ordem pública e arbitragem.....	52
3.3 Arbitragem nacional.....	55
3.3.1 O controle judicial sobre as sentenças arbitrais com fundamento na violação à ordem pública.....	56
3.4 Arbitragem internacional: A violação à ordem pública como motivo para negar a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.....	61
3.4.1 Distinção entre ordem pública nacional e internacional.....	63
3.4.2 A homologação das sentenças arbitrais estrangeiras perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.....	68
4. ORDEM PÚBLICA E PROCESSO.....	76
4.1 O controle da matéria de ordem pública como atividade inerente da jurisdição.....	76
4.2 Interesse público como elemento central na definição das matérias de ordem pública processual.....	80
4.3 A instrumentalidade do processo como método e sua aplicação às questões de ordem pública.....	83
4.4 Impossibilidade de reconhecimento de questões de ordem pública sem observância prévia do princípio do contraditório.....	85
4.5 As modalidades da ordem pública processual.....	91

4.5.1	Condições da ação	92
4.5.2	Pressupostos processuais	97
4.5.3	Nulidades processuais.....	102
4.6	“Princípio da prevalência da decisão de mérito”: proposta de aplicação às matérias de ordem pública.....	114
4.7	Proposta de definição da ordem pública processual	125
5.	RELAÇÃO ENTRE ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL E COGNIÇÃO JUDICIAL <i>EX OFFICIO</i> : MEIOS DE ARGUIÇÃO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.....	128
5.1	Meios de arguição da matéria de ordem pública	128
5.2	Questões de ofício que não configuram matéria de ordem pública.....	132
5.3	Questões de ofício que configuram matéria de ordem pública	138
5.3.1	Objecções substanciais	138
5.3.2	Objecções processuais.....	143
5.4	Questões materiais que o juiz não pode conhecer de ofício: as exceções substanciais.....	145
5.4.1	Especificamente a questão da prescrição e o novo artigo 219, § 5.º	146
5.5	Questões processuais que o juiz não pode conhecer de ofício: as exceções processuais.....	153
5.6	Exceções rituais e ordem pública.....	158
6.	ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL	164
6.1	Considerações introdutórias	164
6.2	Aspectos procedimentais em primeiro grau de jurisdição	168
6.3	Aspectos procedimentais nas vias recursais ordinárias.....	181
6.3.1	Requisitos de admissibilidade dos recursos.....	191
7.	MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E PRECLUSÃO.....	196
7.1	Reconhecimento das questões de ordem pública “em qualquer tempo e grau de jurisdição” (artigo 267, § 3.º).....	196
7.2	Momento processual adequado para o exame da matéria de ordem pública	199
7.3	Posições doutrinárias sobre a ocorrência de preclusão quanto às matérias de ordem pública	203
A)	A decisão sobre matéria de ordem pública é passível de preclusão.....	204
B)	A decisão sobre matéria de ordem pública não é passível de preclusão	208
7.4	Ordem pública e preclusão: proposta de interpretação sistemática	212
8.	MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E COISA JULGADA.....	220
8.1	Contornos gerais do instituto da coisa julgada	220

8.2	Coisa julgada como técnica voltada à segurança e estabilidade das relações jurídicas	225
8.3	Coisa julgada como sanatória geral, aplicável às questões de ordem pública.....	229
9.	RECURSOS PARCIAIS E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA RELATIVAS A CAPÍTULOS NÃO IMPUGNADOS DA SENTENÇA	233
9.1	Considerações iniciais	233
9.2	Capítulos de sentença.....	234
9.3	Capítulos não recorridos, coisa julgada e questões de ordem pública.....	241
9.3.1	Obrigatoriedade de anulação total da sentença, por força do “efeito translativo” dos recursos: análise crítica.	243
9.3.2	Formação gradual da coisa julgada	247
10.	ORDEM PÚBLICA E RECURSOS EXCEPCIONAIS	254
10.1	Considerações iniciais.....	254
10.2	Os recursos excepcionais e sua função no ordenamento	257
10.3	Preliminares do recurso e preliminares da causa: juízo de admissibilidade como antecedente necessário ao exame da matéria de ordem pública dos recursos	261
10.4	Pressupostos específicos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.....	264
10.5	Dinâmica do efeito devolutivo nestes recursos	270
10.6	Objeto da cognição dos Tribunais Superiores nos recursos excepcionais: relevância da dimensão vertical (fundamentos do recurso) do efeito devolutivo.....	275
10.7	Impossibilidade do exame de matéria de ordem pública que não seja objeto do recurso	283
11.	CONCLUSÕES	288
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	297
	RESUMO	327
	ABSTRACT	328
	RIASSUNTO.....	329

1

INTRODUÇÃO

1.1 Considerações iniciais – 1.2. Plano da obra – 1.3 As diferentes concepções da ordem pública.

1.1 Considerações iniciais

O processo, seja ele civil, tributário, trabalhista ou de qualquer outro tipo, é um instrumento que o Estado coloca à disposição das partes, pelo qual atua a Jurisdição. Ainda que pareçam lições mais do que absorvidas, nunca é demais lembrar que a função de resolução dos conflitos por parte do Estado gera para ele a obrigação de fornecer os meios para que os cidadãos exerçam seus direitos, pleiteiem o restabelecimento de situações que entendam terem sido violadas.

A jurisdição é o poder, a função e a atividade que o Estado exercita para a efetivação do direito material, o que se faz pelo exercício do direito de ação, que por sua vez dá início ao processo. Este último é entendido como a relação jurídica que se desenvolve entre o Estado, autor e réu, o método pelo qual atua a função jurisdicional do Estado.¹

A moderna ciência processual não apenas não desconhece, como vem tentando reforçar o aspecto instrumental do processo, que não se configura um fim em si mesmo, mas mera ferramenta técnica pela qual se busca a realização do direito material. Sem negar sua autonomia científica nem descuidar do estudo dos seus institutos eminentemente técnicos, o que se procura hoje em dia é dar a correta dimensão a esta ferramenta.

E justamente neste contexto se insere também o estudo específico das questões de ordem pública, pois a sua verificação em um dado processo faz surgir uma tendência à extinção anômala do processo, sem que se analise o mérito da causa, isto é, sem que a crise de

¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., v. 1, p. 297.

direito material seja solucionada. É sabido que nem todas as modalidades de questões de ordem pública conduzem imediatamente à extinção do processo (p. ex., a competência absoluta), mas ainda assim, o reconhecimento de matérias de ordem pública impõe, no mais das vezes, mudanças no *iter* procedimental, que é adiado ou definitivamente afastado da sua missão maior, de conduzir à definição sobre o bem da vida objeto do litígio.

A se confirmar a relevância do tema sob esta perspectiva específica, mencione-se duas opiniões dos doutrinadores que mais bem analisaram o tema da instrumentalidade do processo, Cândido Rangel Dinamarco e José Roberto Bedaque.

Para Cândido Rangel Dinamarco,

[...] a extinção ordinária é efeito da realização dos objetivos do processo; a anômala, uma frustração. É como a morte do ser humano. Já velho e havendo realizado seus propósitos de vida, a morte é uma inerência desta. Mas a morte do jovem frustra expectativas.²

Nesta mesma linha de raciocínio, José Roberto Bedaque pondera que

[...] nada mais frustrante para o estudioso do direito processual e mais prejudicial ao que necessita da tutela jurisdicional do que, após longos anos, depois de praticados inúmeros atos e despendida enorme energia, a extinção do processo sem eliminação da crise de direito material.³

Não obstante a importância do assunto e sua interferência em inúmeros aspectos do processo, o tema da ordem pública em direito processual foi objeto de pouquíssimos estudos específicos e ainda carece de sistematização. Se esta lacuna doutrinária torna maior a dificuldade quanto ao tema, torna igualmente mais interessante e desafiadora a respectiva tarefa.

De modo geral, em relação às questões de ordem pública, predomina uma interpretação distorcida, que gera um resultado diametralmente oposto ao que se deveria obter.

² Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 629.

³ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 43.

A função jurisdicional se exerce com vistas a determinados objetivos. Entre eles, o que merece maior destaque para os fins deste estudo é o de resolver os conflitos submetidos ao Estado-juiz, em sua missão de aplicar o direito material com justiça, para a obtenção do bem comum e pacificação dos cidadãos.⁴ Para que esta atividade se realize, o instrumento (processo) precisa reunir todas as condições para que os litígios recebam julgamentos finais de mérito. Esta é a regra geral, esta é a meta, sendo que todo e qualquer mecanismo interno de controle (cujas modalidades são reunidas sob o manto comum da ordem pública) deve procurar atender estes mesmos objetivos.

Na prática ocorre o inverso. Atribui-se importância desproporcional às matérias de ordem pública. Assim, muitas das outras técnicas de que o processo se vale para atingir seus objetivos de pacificação deixam de ser observadas, ou são afastadas, sob o onipresente argumento da ordem pública. Esta tese pretende estabelecer premissas teóricas para que se extraia do nosso próprio ordenamento processual os motivos para relativizar sua importância e, assim, permitir a efetiva realização da sua finalidade (de controle da regularidade do processo, enquanto instrumento de que se vale a Jurisdição para atingir os seus escopos).

O objetivo central desta tese é sistematizar a matéria de ordem pública de direito processual, definir seu conceito, fundamentos e características. Pretende-se estabelecer as bases teóricas para a correta interpretação da ordem pública processual e demonstrar que inúmeras situações que recebem julgamentos sem exame do mérito poderiam ser evitadas. A correta dimensão que se deve dar a este instituto permitirá construir um critério de interpretação das questões de ordem pública, de forma que sempre seja priorizado o julgamento de mérito dos processos, e apenas em via excepcional se utilize a ordem pública como justificativa para a extinção anômala dos processos.

Para tanto, além do estudo da doutrina que se dedicou ao tema, ainda que de forma oblíqua, deverá ser examinada a casuística forense sobre a ordem pública. Esta advertência, aliás, já havia sido feita por Irineu Strenger, e deve-se concordar que é inegável o

⁴ Victor Fairen Guillen considera que o processo tem por função a de proporcionar satisfação jurídica. *Doctrina general del derecho procesal*, p. 26-27.

papel da jurisprudência para definir os contornos de institutos como a ordem pública.⁵ Contudo, convém ponderar desde logo, na esteira da advertência de José Roberto Bedaque, que os tribunais brasileiros ainda não se desincumbiram desta tarefa de modo satisfatório, eis que predominam julgados que acabam encarando estes institutos de forma totalmente contrária aos seus objetivos, realizando interpretações distorcidas dos requisitos necessários ao julgamento do mérito e das exigências formais dos atos processuais, além de determinar a decretação de nulidades desnecessárias, consequências não desejadas e que, mediante compreensão adequada desses fenômenos, poderiam ser evitadas.⁶

Da forma como a ordem pública é utilizada (e assim o é porque se atribui a ela uma importância que transcende a sua verdadeira dimensão), a ordem pública acaba prestando um desserviço à Jurisdição, na medida em que não cumpre qualquer dos seus objetivos. A extinção do processo sem exame do mérito é tida por um “mal necessário”, que não chega a resolver o problema trazido ao Judiciário, “mal” que deve ser praticado para que a atividade jurisdicional não se realize a não ser quando efetivamente necessário. Seu objetivo, portanto, é o de economizar tempo e dinheiro, e para isso, o Estado convive com a possibilidade excepcional de não resolver os conflitos.

Mas se este controle se exerce quando o tempo e o dinheiro já foram consumidos, resta apenas o “mal necessário”, sem qualquer contrapartida para o sistema. A pretexto de tutelar o sistema e eliminar processos que não merecem julgamento de mérito (premissa falsa, em muitas situações), o uso da ordem pública não evita o desperdício de atividade jurisdicional, impõe decisão que não decide sobre o bem da vida e, portanto, não pacifica as partes. Nenhum dos objetivos da Jurisdição é ordinariamente obtido pela forma como usualmente é utilizada a ordem pública processual. Do ponto de vista das partes, inegável a frustração que julgamentos desta natureza geram.

É necessário compatibilizar esta função específica do controle da ordem pública com o objetivo mais amplo a que ela mesma deve atender, de serem resolvidas as questões de

⁵ O autor fez coro à afirmação da doutrina internacional de que a ordem pública pode ser mais bem sentida do que explicada, mas ponderou que a jurisprudência pode ter papel importante para reduzir as dificuldades de aplicação deste instituto. Irineu Strenger, *Autonomia da vontade*, p. 175.

⁶ José Roberto Bedaque, *Efetividade e técnica processual*, p. 29.

direito material, de ser decidido o mérito, pacificando os jurisdicionados. A ordem pública, portanto, não pode servir como entrave a este fim, mas ao contrário, deve ser vista e interpretada como uma técnica para atingi-lo.

Assim, todo o estudo, e sobretudo a aplicação, das questões de ordem pública deve ser realizado sobre a premissa maior de efetivação do direito material, mediante a realização de um julgamento de mérito, nas melhores e mais rápidas condições. Neste contexto, compete ao órgão jurisdicional exercer um controle sobre o objeto formal do processo desde o primeiro momento e, como será visto, preferencialmente nos primeiros tempos de existência de uma demanda.

Significa então que o enfoque sobre as questões de ordem pública processuais deve ser tal para que apenas em via excepcional os processos sejam extintos sem exame do mérito.⁷ Ao operador do direito cabe praticar todos os atos necessários para eliminar irregularidades, relevar os defeitos que não trazem nenhum prejuízo, bem como desconsiderar os defeitos de forma em todas as situações em que se tiver atingido o seu objetivo.⁸ As justificativas para este método de enfrentamento da ordem pública e sua possível aplicação no confronto com outros institutos do processo é o que se verá nos capítulos que seguem.

1.2 Plano da obra

A tese é dividida em onze capítulos. Inicialmente (capítulos um a três), o objetivo é demonstrar que a despeito de seu caráter universal, verificada, estudada e aplicada

⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em sua clássica obra sobre o formalismo, afirma que “a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas. [...] Hoje, é preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do processo, numa palavra, do formalismo. E isso porque seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar a controlar o arbítrio e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça da decisão”. *Do formalismo no processo civil*, p. 61-62.

⁸ Sempre falando no confronto entre a forma e o fim do processo, Bedaque se vale de outro argumento, para seguir demonstrando que o fim deve prevalecer. Sustenta que “todas as regras sobre requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito devem ser interpretadas em conformidade com o fim visado pela formalidade em si e pelo processo como um todo. Somente assim será possível a identificação precisa da sanção adequada, a ser imposta pelo descumprimento da forma. Mas também, e principalmente, torna viável a desconsideração do vício se inexistente prejuízo em relação aos objetivos pretendidos com a forma”. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 61.

em diferentes ordenamentos, a ordem pública possui efetivamente divisões e as características de cada um destas “ordens públicas” não se reproduzem ou transmitem automaticamente para os demais ramos do direito em que ela é estudada e aplicada.⁹ Em certa medida, o estudo da ordem pública exige “separar o joio do trigo”, como etapa preliminar e indispensável para a compreensão das suas reais dimensões, no plano processual.

O capítulo quatro é dedicado à ordem pública processual. Nele serão estabelecidos os fundamentos teóricos para a compreensão e conceituação da ordem pública.

Estabelecidas as bases teóricas sobre o tema, nos capítulos cinco a dez as questões de ordem pública processuais serão examinadas em suas repercussões práticas. Mediante a análise do tema em relação a determinados institutos processuais, serão examinadas e submetidas a juízo crítico as características normalmente atribuídas à ordem pública, que são a ausência de preclusão, possibilidade de cognição *ex officio*, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. O capítulo onze contém as conclusões sobre os temas enfrentados ao longo da tese.

Para que todos estes temas possam ser enfrentados, necessário fazer, desde logo, uma importante observação sobre a questão terminológica.

Ao longo da tese, serão examinados e referidos não apenas o conceito de “ordem pública”, mas também o de “matéria de ordem pública” e de “questão de ordem pública”. O uso das diferentes expressões é deliberado.

A “ordem pública” será referida como um conceito mais geral, de verdadeiro princípio, entendido como uma norma geral e fundamental, da qual se inferem as leis.¹⁰ De

⁹ Em sua tese de livre-docência sobre a ordem pública no direito internacional, Luis Antonio Gama e Silva alertava que a ordem pública não sofre modificações conforme cada tempo e lugar, ao contrário do que se costumava afirmar. “Não é, de rigor, a ordem pública que varia de um a outro Estado, de uma época a outra. São as leis consideradas de ordem pública, são as instituições de cada sistema jurídico, que apresentam aquele caráter. São as apreciações do legislador, as interpretações dos juízes, que diversificam.” *A ordem pública em direito internacional privado*, p. 172-174.

¹⁰ Gama e Silva é da opinião de que a ordem pública é um princípio, primeiro porque é uma regra geral, e “genericamente, princípios se entendem por normas gerais e fundamentais que inferem leis”. A ordem pública é então um princípio, porque dela derivam inúmeras regras particulares que, implícita ou explicitamente, são consideradas como de ordem pública. *A ordem pública em direito internacional privado*, p. 165.

fato, a ordem pública é um princípio jurídico com vasta aplicação, em diferentes setores e ramos do direito. Como princípio que é, existe e serve para interferir na forma pela qual as relações jurídicas são regidas e interpretadas, e até mesmo para influenciar a concepção de regras jurídicas determinadas.

Tais considerações necessariamente genéricas devem ainda ser reforçadas por outra ponderação. No plano da teoria geral do direito, a *ordem* pode ser entendida como a disposição conveniente de seres para a consecução de um fim comum.¹¹ Como etapa necessariamente preliminar à definição do que seja a ordem, resta então identificar quais os fins comuns desta disposição conveniente, que no caso da ordem pública processual, diz respeito à disposição conveniente de regras e técnicas processuais.

Assim, para compreender a ordem pública processual, é preciso estabelecer os objetivos que esta ordem visa atingir e identificar as regras e técnicas pelas quais esta ordem pública irá efetivamente ser atuada. Indispensável, portanto, que se tenha *conhecimento* prévio ou *ideia* de seu fim.¹²

No plano da ordem pública processual, como será visto, estes princípios estão relacionados à missão e à função jurisdicional do Estado. Os valores que informam a ordem pública, como não poderia deixar de ser, são extraídos das sociedades que a aplicam, daí porque a doutrina que se dedicou ao tema é praticamente unânime ao afirmar que tais valores variam conforme o tempo e o lugar. Aspectos tidos como relevantes e de interesse geral em certa época perdem importância, outros anteriormente secundários se tornam essenciais, e todas estas variações influem diretamente nos elementos que passam a integrar a ordem pública.

Se assim é, o princípio da ordem pública gera a edição de leis ou normas de ordem pública, nas quais são tratadas as “matérias de ordem pública”. Este termo, então, será

¹¹ Goffredo Telles Junior, *Iniciação na ciência do direito*, p. 5.

¹² “Antes da realização de uma ordem, há de existir a *concepção* dessa ordem, a *idéia* dela, o projeto ou modelo de como se devem dispor determinadas coisas, para a produção de um determinado efeito.” Idem, *ibidem*, p. 6.

adotado já em sentido mais concreto, porém denominando o conjunto das regras extraídas daquele princípio mais geral.

Por fim, sempre que se examinar cada manifestação da ordem pública em concreto, a expressão adotada será a de ‘questão de ordem pública’. No entanto, não se fala em “questão” no sentido carnelutiano, como ponto de fato ou de direito controvertido entre as partes, cada incerteza em torno da realidade de um fato ou em torno da sua eficácia jurídica. Por envolver interesses mais amplos, a questão de ordem pública não depende de controvérsia para que seja analisada e levada em consideração, o que, porém, não significa que se possa admitir seu exame pelo magistrado de forma a surpreender as partes, ou decidir sem prévia manifestação. A noção de ordem pública se afasta do conceito mais estrito da “questão” em direito processual, para se aproximar do conceito amplo, defendido por Fazzalari, no sentido de que não se exige controvérsia, mas mera dúvida, para identificar uma questão.¹³

1.3 Diferentes concepções da ordem pública

A despeito das ponderações no sentido de que a ordem pública é um conceito único, com desdobramentos e esferas de atuação diversas, conforme o ramo do direito que se trate, forçoso reconhecer que cada ramo do direito analisa este fenômeno sob seu próprio ponto de vista.¹⁴

De fato, a ordem pública pode ser verificada sobre diferentes enfoques, em distintas disciplinas jurídicas. Em cada uma delas, o conceito e as consequências do

¹³ Elio Fazzalari, *Lezioni di diritto processuale civile*, v. 1, p. 39. Também Sergio Costa identifica o termo com as questões decididas pelo juiz, ou seja, abrange também as questões sobre as quais não houve controvérsia entre as partes. *Contributo al concetto di “capo” di sentenza nel processo civile*, p. 23-24. No mesmo sentido, Candido Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 240.

¹⁴ Considera a ordem pública um conceito único, entre outros, Luis Antonio da Gama e Silva, *A ordem pública em direito internacional privado*. Dividem-na em ordem pública nacional e internacional, Clóvis Beviláqua, *Teoria geral do direito civil*; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, parte geral; Amílcar de Castro, *Direito internacional privado*; e Vicente Ráo, *Ato jurídico*.

reconhecimento da matéria de ordem pública podem variar significativamente, pois é diverso o enfoque que cada disciplina confere a este relevante e universal instituto.¹⁵

Ao se examinar a ordem pública em suas diferentes manifestações, verifica-se que cada disciplina jurídica possui seu próprio núcleo de regras e princípios fundamentais, e em cada disciplina será também diferente a eventual constatação de violação à ordem pública. No plano do direito civil, a concepção da ordem pública encontra particular importância no direito das obrigações e na esfera contratual.

Diferentemente do que ocorre no âmbito da legislação processual, tanto no Código Civil como em outras leis substantivas, a referência à ordem pública se verifica em quantidade e qualidade. Aliás, se no Código de Processo Civil há mais de uma centena de artigos aludindo aos poderes de ofício do juiz – frequentemente considerados como sinônimo de questão de ordem pública – não há uma única referência expressa à “ordem pública”.

Já no Código Civil, a expressão ordem pública vem referida em cinco artigos, cada qual adotando-a em um certo sentido.¹⁶

¹⁵ José Augusto Delgado considera o conceito de ordem pública de natureza imprecisa, que a ordem pública pode ser considerada como instituto de Direito Constitucional, de Direito Administrativo, de Direito Privado, de Direito Processual e de Direito Internacional Público e Privado, mas, em qualquer caso, “ela sempre diz respeito a tudo quanto se considera como indispensável à manutenção da ordem social”. A ordem pública como fator de segurança, p. 20.

¹⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública.

Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública, ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.

De modo geral, várias outras normas de direito material que foram editadas nos últimos anos aludem, de uma forma ou de outra, a preceitos de ordem pública. Exemplo dos mais relevantes é o próprio Código de Defesa do Consumidor, que se autoproclama de ordem pública já em seu artigo 1.º. Mencionem-se também normas de direito ambiental, proteção a idosos, mulheres em situação de violência, crianças e adolescentes, e tantas outras.

Na maior parte das vezes, pode-se afirmar com relativa facilidade que tais normas se enquadram no conceito mais geral de “interesse público”, aspecto fundamental e que determina os contornos da ordem pública em todas as suas ramificações. Tais normas regulam relações que transcendem ao mero interesse das partes, para assumir uma faceta mais ampla, que interessa à ordem pública.¹⁷

Inegável que tais manifestações confirmam a modificação e a ampliação do que se deve entender por ordem pública, ao mesmo tempo em que reforçam a dificuldade na sua conceituação. Para dizer o mínimo, é muito difícil atribuir a estas normas, não obstante sua inegável relevância, as características típicas que se costuma conferir às questões de ordem pública de direito processual, que são (i) a possibilidade de exame de ofício, (ii) a ausência de preclusão da matéria e (iii) a possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Em sua aplicação prática, é necessário compatibilizar a ordem pública de direito material com os princípios do processo. Fruto de longa construção histórica, é bastante

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁷ Segundo Guillermo Borda, “uma questão é de ordem pública, quando responde a um interesse geral, coletivo, em oposição às questões de ordem privada, nas que somente se joga um interesse particular. Por isso, as leis de ordem pública são irrenunciáveis, imperativas; pelo contrário, as de ordem privada são renunciáveis, permissivas, conferem aos interessados a possibilidade de se apartar de suas disposições e substituí-las por outras”. *Tratado de derecho civil*, Parte general, p. 68.

arraigada a noção de que o “acesso aos órgãos da jurisdição fica entregue ao poder dispositivo do interessado, prevalecendo a regra da inércia até mesmo no tocante a direitos disponíveis”.¹⁸

E esta característica, de atribuir apenas aos titulares de interesses a liberdade de buscar ou não a proteção jurisdicional, decorre da constatação de que o Estado paternalista é incompatível com a democracia.¹⁹

Para Calmon de Passos, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio fundamental de toda democracia, o da inércia do julgador.

Se o fundamental na democracia é que aos os indivíduos tudo é permitido (princípio da liberdade), salvo o que a lei proíbe ou impõe, a ele se deve deferir a decisão sobre seu interesse ou necessidade de valer-se do aparato judicial para solucionar os conflitos em que se envolver.²⁰

Assim é que, no plano estrito do direito material, a ordem pública costuma ser associada a outras características, e a sua configuração visa a atingir outros objetivos, mais diretamente relacionados com a limitação à autonomia da vontade, como uma restrição à liberdade de contratar.

Em doutrina podem ser encontrados diversos exemplos ou menções a normas de ordem pública. Em todas elas, o elemento comum parece de fato ser o de restringir a liberdade das partes, que não podem contratar em sentido diverso, não podem estabelecer regras para a

¹⁸ Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 13. ed., p. 133.

¹⁹ Ada Pellegrini Grinover, *A marcha do processo*, p. 233. Enrico Tullio Liebman afirmava que a concepção original do princípio dispositivo deixava às partes a iniciativa processual, tanto em relação à propositura da ação e determinação do seu objeto como em relação à introdução dos elementos e meios destinados a formar a convicção do juiz e a preparar a sentença. Posteriormente, distinguiu-se a liberdade de propor a ação da regra de iniciativa das partes quanto à instrução da causa. O pensamento que se tornou prevalente é o de que o princípio dispositivo é apenas um juízo de oportunidade do legislador, que considera que a defesa das partes é mais bem assegurada se entregue a elas mesmas, e que isto se aplica de forma mais absoluta à iniciativa da ação e à delimitação do seu objeto, mas, depois de instaurado pela parte, o processo segue normas e é conduzido independentemente da vontade das partes, de modo a assegurar o desenvolvimento da função jurisdicional. Por isso, a instrução da causa não é somente ou totalmente deixada à iniciativa das partes (o processo se instaura por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial). *Fundamento del principio dispositivo*, p. 551-553.

²⁰ O autor completa que a instituição de um órgão independente e estranho ao Judiciário – o Ministério Público, a quem se atribui a iniciativa de tutelar determinados interesses qualificados como indisponíveis é a demonstração definitiva de que aquele princípio – da inércia do julgador – é mesmo fundamental. Calmon de Passos, *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?*, p. 220.

sua situação particular que contrariem aquelas disposições legais. O tema será mais bem examinado no capítulo próprio, no qual se demonstrará que a temática da ordem pública em direito material guarda relação estreita com o caráter imperativo de certas normas.

A segunda modalidade ou concepção de ordem pública é a relacionada ao direito internacional e, em particular, à arbitragem.

O direito internacional privado é disciplina que se preocupa em examinar “a regulamentação dos conflitos de leis autônomas sobre o mesmo assunto, isto é, coexistindo normalmente, cada qual em sua órbita, sem dependência hierárquica dumas e outras”.²¹ Neste contexto, dada a sua não vinculação a este ou aquele ordenamento jurídico, as regras do comércio internacional, os tratados e convenções assumem particular relevo. Em muitos deles, e no plano doutrinário de uma maneira geral, a ordem pública é sempre referida como um elemento limitador da liberdade de contratar. Mas, ao contrário da ordem pública de direito material, em que tal limitação se aplica a regras particulares e à qualificação jurídica de certos negócios, no direito internacional a ordem pública define se o ordenamento de um determinado país pode ou não ser aplicado à relação jurídica internacional.

De fato, na lição de Irineu Strenger, as partes têm liberdade para escolher a legislação à qual querem submeter sua convenção “sob reserva de respeitarem a ordem pública”, e complementa ponderando, amparado em Clóvis Beviláqua, que a ordem pública constitui limitador da autonomia da vontade, uma vez que o querer individual cede diante da força dominadora da lei, da qual a vontade individual retira a sua eficácia social.

Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos contrários às suas prescrições. A alienação perpétua da liberdade pessoal e outros atos semelhantes não podem ser praticados no Brasil, e concluídos no estrangeiro não poderão no Brasil executar-se.²²

Neste particular, verifica-se que a violação à ordem pública no contexto do direito internacional produzirá diferentes tipos de consequências, assim como ocorre em relação ao

²¹ Haroldo Valladão, *O conflito de leis no espaço*, apud Irineu Strenger, *Autonomia da vontade*, p. 159.

²² Irineu Strenger, *Autonomia da vontade*, p. 151.

direito material. A distinção destas e da violação à ordem pública em matéria processual é bastante nítida. Em se tratando do direito internacional, é impróprio estabelecer uma relação da violação à ordem pública com a extinção do processo no qual se discute aquele negócio jurídico, ou com a permissão para exame da alegação pelo magistrado a qualquer tempo, sem limitações decorrentes da preclusão da matéria.

Especificamente para a arbitragem internacional, a ordem pública é influenciada pelos princípios do comércio internacional, objetiva um controle mínimo sobre as decisões transitadas em julgadas proferidas no exterior, e estas premissas não podem ser as mesmas para a conceituação e identificação das normas influenciadas pela ordem pública no âmbito interno, sejam de direito material, sejam de direito processual.

Em um caso, tutelam-se os interesses da comunidade internacional, da boa-fé nas negociações, aspectos éticos relacionados ao modo de ser das relações jurídicas privadas. Em outro, o interesse tutelado é o da Jurisdição de um determinado Estado, interesse público especificamente atrelado a uma função do poder estatal, que é a de decidir imperativamente e impor suas decisões.

A propósito, confirmando em definitivo que as diferentes concepções da ordem pública em nosso ordenamento não podem ser facilmente resolvidas, a partir de uma classificação ampla e genérica, está o fato de que a “ofensa à ordem pública internacional” é uma questão de ordem pública processual.

Isso porque a ofensa à ordem pública prevista no artigo 39, II, da Lei de Arbitragem (Lei 9.306/1996) é considerada como questão que o juiz do processo homologatório pode apreciar de ofício, ainda que o processo homologatório tenha por objeto outras matérias, contidas no artigo 38, e que se configuram como exceções processuais, que dependem de alegação do réu.

A terceira modalidade que se irá examinar relaciona-se diretamente com o tema central da tese, que é a ordem pública processual. No plano do processo civil, a existência de questões de ordem pública está atrelada à compreensão de que o exame de determinadas matérias é, por diferentes motivos, mais importante e mais crítico para o sistema. Fala-se,

assim, que são questões de ordem pública porque “transcendem a esfera de interesses das partes conflitantes, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao interesse público”.²³

A despeito de seu caráter de direito público, as normas processuais não são todas consideradas de natureza pública – no sentido de que sua aplicação e observância interessam integralmente ao Estado e à sociedade – daí por que nem todas as normas processuais assumem um caráter de ordem pública. Há normas processuais (e de direito material) que possuem tais características, e também um sem-número de regras que não as têm.²⁴

Tal distinção foi também constatada por Giuseppe Chiovenda. Sustentava este autor que as normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, mas eventualmente dispositivas, por vezes porque contemplam interesses individuais, ou porque a própria lei tem em conta o conhecimento, pelas partes, das circunstâncias concretas da lide para deixá-las regular alguns pontos na relação processual.²⁵

De fato, em relação a determinadas questões surgidas no processo, considera-se que sua solução é, de alguma forma, mais relevante para os fins do processo do que a solução de outras. “As normas de ordem pública, como é curial, são aquelas que respeitam a toda a sociedade, mais do que a cidadãos individualmente considerados, aquelas que se inspiram no bem comum, mais do que nos interesses de alguns.”²⁶ São, desta forma, matérias que

²³ Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 69.

²⁴ Eduardo de Albuquerque Parente afirma que as normas de direito processual são de direito público, mas isto não significa que toda regra sobre processo seja de ordem pública. A ordem pública não se relaciona com o caráter eminentemente publicístico do processo, mas sim a questões cujo interesse ultrapassa o mero interesse das partes, Os recursos e as matérias de ordem pública, p. 115.

²⁵ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 72. Irineu Strenger, ao fazer semelhante distinção entre as normas impositivas e dispositivas, ressalva, contudo, que não há critérios *a priori* para classificar uma regra ou uma relação de direito numa ou noutra categoria, “porquanto compete ao juiz descobrir as razões contingentes que fazem entrar uma regra no domínio da autonomia ou da lei imperativa”, *Autonomia da vontade*, p. 73-74.

²⁶ José Rogério Cruz e Tucci, *Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada*, p. 226.

interessam ao Estado, decorrem de princípios políticos e sociais vigentes em determinada época, o que torna muito difícil a sua exata definição.²⁷

Assim como em relação às matérias de ordem pública de outra natureza, sobressai o aspecto da indisponibilidade da matéria, que assume um interesse público e que, nesta condição, retira dos litigantes boa parte da disponibilidade sobre o tema, limitado que está por aspectos mais gerais, fundamentais do ordenamento, e que no caso concreto, dizem respeito à Jurisdição, enquanto função do Estado.

Para Piero Calamandrei, questões de ordem pública são “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”.²⁸

Pelo fato de ser um instrumento pelo qual as partes deduzem suas pretensões e buscam que lhes seja outorgada a tutela jurisdicional, há elementos básicos sem os quais o processo não poderá alcançar seu escopo de definir as relações jurídicas trazidas ao Estado pelos jurisdicionados. São

[...] questões que escapam à disponibilidade das partes, cuja solução interessa não somente ao autor ou ao réu, mas também ao próprio juízo, uma vez que, sem determinadas definições processuais, o processo não poderá desenvolver-se regularmente e chegar ao julgamento do mérito.²⁹

Na doutrina estrangeira, afirma-se que em relação a determinadas matérias, que “constituem a base e condição de entrada no exame e na decisão sobre a matéria de fundo”, não pode haver limitação ou restrição à análise do órgão jurisdicional, como em relação a

²⁷ Umberto Bara Bresolin, apoiado em lição de Anacleto de Oliveira Faria, para quem a matéria de ordem pública é mais intuída do que definida, em termos formais e rígidos. Resposta do réu no processo de conhecimento: objeções e exceções. p. 231.

²⁸ Piero Calamandrei, *Direito processual civil*, v. 1, p. 111.

²⁹ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, p. 181. Para Dinamarco, do juiz se pode dizer que “é seu mister o zelo pela regularidade dos atos do processo e do processo como um todo, que ele não deve deixar prosseguir, como nave à deriva, ao sabor dos ventos nem sempre benfazejos que são a vontade e as eventuais negligências das partes”. Em seguida diz que “o juiz é particularmente responsável pelo controle de admissibilidade do provimento jurisdicional, que ele deve realizar ao longo de todo o procedimento para evitar injustiças e desperdício de atividades”. *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., v. 3, p. 236-237.

determinados pressupostos processuais, nulidades ou questões de fundo afetadas por normas de *ius cogens*.³⁰

O Código de Processo Civil traz indicações do que se costuma classificar como as questões de ordem pública (de direito processual) existentes em nosso ordenamento. A disciplina básica deste tema está no artigo 267, § 3.º, que permite ao juiz conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria dos incisos IV, V e VI do mesmo artigo, que por sua vez trazem hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de condições da ação ou dos pressupostos processuais.³¹

A partir das referências do próprio Código de Processo Civil e da casuística mais frequentemente encontrada na doutrina, pode-se considerar o rol a seguir representativo das questões de ordem pública de natureza processual em nosso sistema: pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, condições da ação, requisitos de regularidade do processo e do procedimento, inexistência de pressupostos negativos, como a coisa julgada, preempção e a litispendência. Convém ressaltar, contudo, que são categorias cuja separação vem perdendo a importância, com a crescente aceitação da ideia de que compõem, na realidade, pressupostos do julgamento do mérito da causa³². De notar ainda que há sobreposição das hipóteses previstas tanto no artigo 267, § 3.º, como no artigo 301, § 4.º.

Como projeção destes requisitos de admissibilidade, encontram-se os pressupostos recursais, que são igualmente considerados matéria de ordem pública e comportam exame pelo magistrado de modo espontâneo, sem preclusão da matéria, e a qualquer momento.³³ O mesmo em relação às nulidades processuais absolutas.³⁴

³⁰ Manuel Richard González, *La segunda instancia en el proceso civil*, p. 289.

³¹ A doutrina ressalva que não apenas as hipóteses dos artigos 267 e 301 constituem as questões de ordem pública. Cleanto Guimarães Siqueira afirma que o rol do artigo 267 não é exaustivo, lembrando os artigos 13, I, 47, parágrafo único, e 265, § 2.º, todos do CPC. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 243.

³² Vide, por todos, José Roberto Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, e Fredie Didier Júnior, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do mérito*.

³³ Para Araken de Assis, “o conjunto dos requisitos de qualquer recurso representa matéria de ordem pública. Por conseguinte, é lícito seu conhecimento, *ex officio*, pelo órgão judiciário, a qualquer tempo”. *Condições de admissibilidade dos recursos cíveis*, p. 13.

Não por acaso, a confirmar as dificuldades em torno do tema, Dinamarco diz ser impossível definir os contornos de quais normas processuais são de ordem pública e quais não o são. Propõe, entretanto, um critério geral, de que “são de ordem pública as normas destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes”.³⁵ O exame da natureza jurisdicional desta atividade, seus limites e objetivos deve então ser realizado, como forma de buscar superar tais dificuldades na definição do instituto ou, quando menos, definir-lhe os contornos e elementos essenciais.

Do mesmo modo, será preciso averiguar e validar outra das afirmações recorrentes neste tema, segundo a qual, no âmbito do processo civil, as principais consequências da configuração desta ou daquela matéria como integrante da ordem pública são (i) a possibilidade de exame de ofício, (ii) a ausência de preclusão da matéria e (iii) a possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição.³⁶ Se tal “senso comum” é efetivamente verdadeiro, em relação a todas as questões de ordem pública de direito processual, será visto ao longo da tese (capítulos cinco a sete).

³⁴ Segundo Tereza Arruda Alvim Wambier, “o fato de ter havido decisão interlocutória sobre essas nulidades de fundo não faz com que não se as possam argüir em fase de recurso de apelação. [...] A nosso ver, inexiste preclusão quer para o juiz, quer para as partes, a respeito de questões que podem, mais tarde, uma vez constituída a própria coisa julgada, dar origem, até, à ação rescisória”. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 188.

³⁵ Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 69.

³⁶ “Segundo compreendemos, as matérias de ordem pública processuais são aquelas a que, em razão do interesse de alta relevância pública e social que as envolve, são atribuídas especiais características (cogência, obrigatoriedade e império), que resultam, processualmente, na possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz, na não-sujeição à preclusão, e na implicação de vício ou sanção para a hipótese de desrespeito.” Esta opinião é manifestada por Eliane Proscurcin Quintella, que considera questões de ordem pública as condições da ação, os pressupostos processuais, as garantias constitucionais e os deveres dos sujeitos e participantes do processo. *Matéria de ordem pública no âmbito do processo civil*, p. 83. Daniel Amorim Assumpção Neves as define como “aquelas matérias imperativas, de ordem pública, que se situam, portanto, acima do interesse das partes e localizam-se, na verdade, no campo do interesse da própria prestação jurisdicional”. *Preclusões para o juiz*, p. 232.

2

ORDEM PÚBLICA E DIREITO MATERIAL

2.1 Autonomia da vontade, direitos disponíveis e sua limitação pela ordem pública – 2.2 Ordem pública e os direitos indisponíveis – 2.3 Aplicação imediata das leis de ordem pública – 2.4 O alargamento do campo de atuação da ordem pública de direito material – 2.5 Hipóteses de questões de ordem pública de direito material – 2.6 O tratamento processual da matéria de ordem pública de direito material: impossibilidade de alteração do objeto do processo.

2.1 Autonomia da vontade, direitos disponíveis e sua limitação pela ordem pública

Ainda hoje, a despeito dos temperamentos surgidos com a evolução doutrinária e com novas figuras contratuais, é inegável que, no âmbito das relações de direito privado, vige o princípio da autonomia da vontade.

De concepção antiga na doutrina e na ciência jurídica, a autonomia da vontade foi considerada, durante muito tempo, como a base fundamental de toda a disciplina do direito das obrigações, dos contratos, e ainda hoje exerce marcante influência no âmbito do direito internacional privado.³⁷

Esta ampla liberdade decorre, por sua vez, do fato de as partes estarem, naquela situação particular, submetidas ao regramento de leis classificadas como dispositivas, entendidas como aquelas que permitem aos particulares a liberdade de convencionar.³⁸ O artigo 628 do CC, por exemplo, preceitua que “o contrato de depósito é gratuito, exceto se

³⁷ Afirmava Vicente Rao que “a vontade, manifestada ou declarada, possui no universo jurídico poderosa força criadora: é a vontade que, através de fatos disciplinados pela norma, determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção dos direitos e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daquelas”. *Ato jurídico*, p. 23.

³⁸ Goffredo Telles Júnior, *Iniciação na ciência do direito*, p. 144-145.

houver convenção em contrário, se resultante da atividade negocial ou se o depositário a praticar por profissão”.³⁹

A autonomia da vontade consiste na base fundamental de outro instituto jurídico, o da liberdade de contratar. Segundo este conceito, o indivíduo é livre para celebrar os negócios jurídicos que quiser, para criar por seu ato de vontade uma situação jurídica, que lhe confira deveres ou direitos, e dentro desta sua esfera de interesses, a ninguém é dado interferir.

O campo de atuação desta autonomia da vontade se dá justamente no âmbito de obrigações que podem ser assumidas livremente, sem restrições de ordem legal, sem limitações impostas por leis imperativas. Ensina Pontes de Miranda que o princípio da liberdade de contratar consiste no poder “de livremente assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o da escolha, ao líbito, das cláusulas contratuais”, para em seguida ressaltar que estes princípios sempre sofreram limitações, pela natureza cogente de certas regras.⁴⁰

O Código Civil brasileiro em vigor dispõe em seu artigo 122 que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

Assim, decorre do direito positivo que em tudo que seja plenamente disponível as partes podem regular suas relações da forma e do modo que quiserem. O que não podem as partes é estabelecer regras próprias que confrontem ou estejam em desacordo com princípios jurídicos de caráter obrigatório, contidos em leis imperativas.

³⁹ Assim, a lei permite às partes que contratem um depósito a título oneroso, em típico exemplo de lei dispositiva, pois não ordena nem proíbe de maneira absoluta, mas se limita a *permitir* ação ou abstenção, ou a *suprir* declaração de vontade inexistente. Da mesma forma, a regra que permite aos nubentes, antes de celebrar o casamento, regular quanto aos bens o que lhes aprouver (CC, artigo 1.639).

⁴⁰ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Parte geral, 4. ed., t. III, p. 63-64.

A doutrina, de modo geral, define as leis imperativas ou cogentes como aquelas cujas disposições não podem ser afastadas ou excepcionadas pela vontade das partes, cuja observância é absolutamente obrigatória, que não permitem estipulação em sentido diverso ao previsto na norma.⁴¹⁻⁴²

Sob esta perspectiva, a autonomia privada das partes sujeitas ao ordenamento brasileiro não poderá ser tal que, de suas combinações, decorra a violação a preceitos considerados relevantes e indisponíveis para o Estado brasileiro.

Na verdade, mesmo a doutrina a respeito da autonomia da vontade ou da liberdade contratual jamais negou a influência de determinadas normas sobre o conteúdo desta mesma liberdade, mas em sua formação tradicional, era ainda assim bem ampla a liberdade das partes em pactuar suas relações jurídicas.⁴³ Em trabalho especificamente voltado ao tema, Irineu Strenger sustentava a prevalência das normas de caráter supletivo, “que podem ser indiferentemente afastadas pelas partes contratantes. Prevalece, por outro lado, a liberdade de criar negócios atípicos”. Entretanto, já reconhecia que não se permitia a determinação do conteúdo de alguns negócios, impondo-se aos interessados adotar a forma típica.⁴⁴

Sob a vigência do Código Civil de 1916, e antes que se cogitasse da edição de normas como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações etc., já se encontravam numerosas manifestações a respeito da gradativa restrição à autonomia privada. Orlando Gomes, por exemplo, ensinava que as limitações ao princípio da autonomia da vontade decorrem da conveniência de restringi-lo com o objetivo de submeter os interesses individuais ao interesse coletivo, limitações que se tornam “tanto mais numerosas quanto mais se

⁴¹ Segundo Amílcar de Castro, referindo-se aos contratos, as disposições imperativas são “aquelas a cujo rigor não poderão fugir as partes, como por exemplo, a imposição do regime de separação de bens ao maior de sessenta anos”. *Direito internacional privado*, v. 2, apud Irineu Strenger, *Autonomia da vontade*, p. 76-77.

⁴² Alguns autores, como Milton Sanseverino, confundem norma cogente com norma de ordem pública, afirmando que “quanto o interesse é regulado por uma norma cogente, imperativa ou de ordem pública, vê-se, para logo, que o interesse por ela regulado há de ser indisponível, porque não dependente, com exclusividade, da vontade de seu titular”. O Ministério Público e o interesse público no processo civil, p. 93.

⁴³ O Código Napoleônico, diploma legislativo que inspirou inúmeros outros, entre os quais o brasileiro, em seu artigo 6.º dispõe que “não podem ser derogadas por convenções particulares as disposições atinentes à ordem pública e aos bons costumes”. No original: On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs.

⁴⁴ Irineu Strenger, *Autonomia da vontade*, p. 72.

compenetra o Estado da necessidade de intervir com o objetivo de realizar a superior justiça social. Do ponto de vista técnico, ocorrem limitações precisamente como efeito da multiplicação das normas cogentes”.⁴⁵

Segundo a lição do Professor emérito das Arcadas, Goffredo Telles Júnior, há leis de imperatividade absoluta, chamadas leis impositivas ou cogentes, que são as que ordenam ou proibem de maneira absoluta, em determinadas circunstâncias.

A imperatividade absoluta das leis impositivas é motivada pela convicção de que certas relações e certos estados da vida social não podem ser abandonados ao arbítrio individual, sob pena de possível prejuízo para a ordem vigente na sociedade. Tais relações e estados exigem regulamentação taxativa, em lei, a fim de evitar que a vontade dos particulares cause perturbações nocivas. As leis impositivas tutelam interesses considerados fundamentais, tidos como enredados nos valores do *bem-comum*.⁴⁶

As leis imperativas, portanto, indiscutivelmente limitam e condicionam o domínio da autonomia da vontade. No plano do direito material, representam uma limitação à liberdade de contratar, impõem restrições às partes no que toca à disponibilidade de seus direitos.⁴⁷

Entre elas, algumas apresentam particular repercussão, revelam-se mais críticas e importantes para o sistema, na medida em que tutelam interesses que se sobrepõem aos meros interesses das partes daquela relação jurídica. Tais interesses, porque envolvem aspectos sociais, morais, econômicos e até religiosos de uma determinada sociedade, acabam sendo considerados de especial importância e repercussão. Sempre que se identifica esta relevância sobre determinadas relações jurídicas, se está diante de normas de ordem pública.⁴⁸

⁴⁵ Orlando Gomes, *Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 65 e ss.

⁴⁶ Goffredo Telles Junior então complementa: “Este é o motivo pelo qual as leis impositivas são também chamadas de *leis de ordem pública*”. *Iniciação na ciência do direito*, p. 154.

⁴⁷ Entre os doutrinadores de direito civil, a opinião uniforme é a de que a ordem pública, apesar de “ambígua, imprecisa e variável no tempo e no espaço”, significa em termos mais concretos um limite à aplicação de lei e à liberdade de contratar, “por consistir em um conjunto de normas essenciais à convivência, que, por serem imperativas ou cogentes, estabelecem princípios indispensáveis à organização estatal, sob o prisma social, político, econômico e moral, seguindo os preceitos de direito”. Maria Helena Diniz, *Comentários ao Código Civil*, v. 22, p. 180.

⁴⁸ Silvio Rodrigues ensina que “norma cogente é aquela que por atender mais diretamente ao interesse geral não pode ser alterada pela convenção entre os particulares. São preceitos que interessam diretamente à ordem

2.2 Ordem pública e os direitos indisponíveis

Ainda que sujeita a limitações, a autonomia privada possui amplo campo de atuação, sempre relacionado a direitos disponíveis, isto é, que podem ser exercidos livremente por seu titular, sem que haja norma imperativa impondo o cumprimento do preceito.

Em contrapartida, os direitos indisponíveis não admitem este livre exercício. Mas não se pode considerar como sinônimos os direitos indisponíveis e aqueles direitos tutelados por leis imperativas. Ocorre um fenômeno de continência, pois do universo mais amplo de direitos regulados por leis imperativas ou cogentes uma parcela menor abrange direitos indisponíveis. A ordem pública e os direitos indisponíveis têm em comum o fato de retratarem o interesse público, e este, por sua vez, a despeito de variar conforme o tempo e lugar, deve ser encarado como o núcleo de interesses que são tutelados pelo ordenamento jurídico, a partir da sua matriz constitucional.

As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais e culturais que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar.

Em relação ao direito brasileiro, por exemplo, atos e negócios jurídicos que envolvam direito ambiental não podem ser realizados sem a observância das políticas e normas específicas de proteção do meio ambiente, estabelecidas na legislação federal, estadual ou municipal (CF, artigo 225).⁴⁹ Ou ainda, não é possível convencionar a renúncia a alimentos (CC, artigo 1.707), ou dispor ampla e livremente dos direitos de filiação, paternidade e, de um modo geral, dos direitos de personalidade (CC, artigo 11).

pública, à organização social, e que por isso o legislador não transige em que se suspenda sua eficácia. As partes não podem, através de convenção, ilidir a incidência de uma norma cogente”. *Direito civil: parte geral*, v. 1, p. 16.

⁴⁹ As leis em matéria ambiental mais relevantes são a Lei 65.938/1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, o Código das Águas – Decreto 24.643/1934, o Código Florestal – Lei 4.771/1965, a Lei sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei 9.433/1997 e a Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/1998.

Entretanto, mesmo em relação aos exemplos sempre lembrados de direitos não disponíveis, sobre os quais o interesse público prevalente faça supor que não podem ser objeto de qualquer disposição ou transação, cumpre ressaltar que os aspectos patrimoniais de tais direitos indisponíveis escapam a esta indisponibilidade e podem, por exemplo, ser objeto de solução arbitral.⁵⁰

No universo de direitos indisponíveis haverá, em muitas situações, componentes que se revelam disponíveis, e tal disponibilidade está, no mais das vezes, atrelada à sua expressão econômica, de forma que o modo de fruição destes direitos admite composição, transação, e até renúncia, em cada caso e individualmente considerados. Entretanto, isto não significa dizer que tais direitos possam ser *a priori* suprimidos, justamente porque possuem esta natureza de ordem pública.⁵¹

Isto se aplica ao direito do trabalho, direito do consumidor, direito de família e ao direito penal, pois de todos estes diplomas legais, marcados pelo interesse público que os

⁵⁰ Sobre a arbitralidade subjetiva, envolvendo empresa que tem a falência decretada durante o procedimento arbitral, veja-se o seguinte julgado: “Agravo de instrumento. Falência. Impugnação judicial objetivando habilitação de crédito fundamentado em sentença arbitral. Cláusula compromissória pactuada em contrato de construção de edifício firmado entre as partes. Inadimplemento contratual gerador de resolução do contrato e formulação de demanda perante a Câmara de Arbitragem. Posterior decretação da falência da demandada. Intervenção do Administrador Judicial da Massa Falida no procedimento arbitral, com alegação de incompetência do Juízo Arbitral, em face da falta de capacidade processual da falida e indisponibilidade dos bens da devedora, com base no artigo 25, da Lei n. 9.307/96, sustentando dever a demanda ser atraída para o Juízo Universal da Falência. Prosseguimento da demanda arbitral com condenação da devedora na indenização fixada pela Câmara de Arbitragem. Aplicabilidade do artigo 6.º, § 1.º, da Lei n. 11.101/2005, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a ‘vis attractiva’ do art. 76, ‘caput’, devendo o procedimento arbitral prosseguir com o administrador judicial que representará a massa falida, sob pena de nulidade. Inaplicabilidade do artigo 117 à convenção de arbitragem. Inexistência de previsão legal de intervenção do Ministério Público nas demandas arbitrais em que a massa falida seja parte, especialmente sob a óptica do veto ao artigo 4o, da Lei n. 11.101/2005, que não manteve norma similar ao artigo 210 do Decreto-lei n. 7.661/45. Legitimidade da inclusão do crédito reconhecido no Tribunal Arbitral no Quadro-Geral de Credores da falida, pelo valor determinado no juízo arbitral, limitada a atualização monetária e os juros até a data do decreto da quebra, a teor dos artigos 9.º, inciso II, e 124, ambos, da Lei n. 11.101/2005. Agravo parcialmente provido para ser deferida a impugnação e a habilitação do crédito da agravante, observados os limites acima estabelecidos” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, Agravo de Instrumento 5310204300, Des. Rel. Pereira Calças, j. 25.06.2008).

⁵¹ Por outro lado, uma atitude absolutamente corriqueira, a de nem sequer se designar a audiência prevista no artigo 331 do CPC se o litígio tem como parte a Fazenda Pública, sob o fundamento de serem os direitos em disputa indisponíveis, revela-se equivocada. Cândido Rangel Dinamarco destaca a inadequação desta conduta, ao ressaltar que a Fazenda Pública quase nunca se concilia, “por aceitar comodamente o mito da indisponibilidade de todos os direitos e interesses do Estado”. *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., v. 3, p. 560.

informa e pela existência de diversas regras de aplicação absolutamente obrigatória, podem-se extrair interesses e direitos estritamente patrimoniais, cujos titulares podem até mesmo renunciar.

Um trabalhador, por exemplo, não pode receber mensalmente valor menor do que o salário mínimo, ou salário menor do que o respectivo piso salarial da categoria. Tais pagamentos devem ser feitos nas datas previstas em lei (CLT, art. 459, § 1.º), sendo todas estas regras indisponíveis, de ordem pública.

Contudo, acaso desrespeitadas estas normas, fazem surgir para o trabalhador um direito patrimonial, de receber tais valores mais encargos. Sobre este crédito é sim possível que o trabalhador transacione, ou até mesmo renuncie. Este fenômeno, porém, não retira daquelas normas o caráter de ordem pública, mesmo porque a infração a estas regras pode ensejar diversas outras consequências jurídicas ao empregador, por exemplo, a responsabilidade criminal pela indevida apropriação de verbas previdenciárias.

Neste contexto, o desrespeito a normas de segurança do trabalho, violação aos direitos dos trabalhadores, justamente em função da sua relevância, podem ensejar a aplicação de punições que transcendem a esfera de interesse da parte prejudicada. É a sociedade a destinatária de determinadas regras, cabendo a ela fiscalizar e punir a sua desobediência.

A ordem pública não é incompatível com a disponibilidade sobre certos aspectos do direito, nem com renúncia ou transação. Da mesma forma, os atos praticados em violação à ordem pública não necessariamente importarão em nulidade absoluta, pois muitas vezes esta solução, de cominar de nulidade tais atos, não chega a solucionar adequadamente o problema.

Ainda no universo do direito do trabalho, imagine-se que em determinada relação trabalhista o empregador exija do funcionário a realização de quatro horas extras diárias. Sob a perspectiva estrita da lei, há um limite de duas horas diárias para o trabalho extrajornada (CLT, artigo 59). E tratando-se de norma que pretende tutelar direitos do trabalhador e equilibrar relações jurídicas que são, por sua própria natureza, desequilibradas, é inegável a natureza de ordem pública destas normas.

Seria impensável cogitar que este trabalhador pudesse se opor ao trabalho extraordinário acima das duas horas legalmente admitidas, seja porque este comportamento possivelmente colocaria em risco o seu emprego, seja pela perspectiva de recebimento adicional que se abre ao funcionário. Surge aqui, em um exemplo extraído da realidade da vida, clara demonstração de que declarar a nulidade daqueles atos não serve a absolutamente nada, pois não desfaz o trabalho já realizado, a prestação de serviço pelo trabalhador. Pudessem simplesmente ocorrer a declaração de nulidade do ato, o empregador seria beneficiado, em prejuízo do trabalhador.

Por sua natureza de ordem pública, não se admite que a Administração delegue sua atividade legislativa ou de Poder de Polícia, ou tampouco que um governador de Estado autorize o desmatamento de áreas florestais protegidas (CF, artigo 225). Da mesma forma, não pode o trabalhador aceitar trabalhar sem receber salário. Mas uma vez constatada a violação a estas normas, a consequência é fazer surgirem os direitos patrimoniais respectivos. No caso de violação aos direitos do trabalhador, como é óbvio, estes podem e são, quotidianamente, objeto de ampla disposição, perante a Justiça do Trabalho.

A expressão financeira destes direitos pode sim ser objeto de transação e de compromisso, ainda que o titular não possa renunciar a seus direitos, como é o caso típico da Administração Pública.⁵² Aliás, a Administração não pode renunciar a seus interesses (posto que públicos, e não próprios), mas pode transigir, pode reconhecer a procedência de pleitos dos particulares, tudo sem que se imponha a necessária intervenção do Poder Judiciário. Indisponibilidade do direito, amparada no interesse público, não significa obrigatoriedade de intervenção da jurisdição, o que ocorre somente em situações excepcionais.⁵³

⁵² Sempre que se fala em interesse jurídico envolvendo a Administração, é comum se considerar que a sua natureza indisponível impede a utilização da arbitragem. Porém, o fato de a Administração submeter seus litígios a julgadores privados, mas sujeitos a preceitos legais, entre os quais à observância do princípio do devido processo legal, sujeitos a um controle posterior sobre eventuais nulidades do procedimento, não pode ser considerado como uma forma de renunciar a um direito, o que, de fato, não poderia a Administração fazer.

⁵³ Como na separação e divórcio, em que não basta à parte reconhecer o direito alheio para que se consuma a separação ou o divórcio, sendo indispensável a participação do juiz para a dissolução da sociedade conjugal, ressalvada a separação ou divórcio extrajudiciais, mas ainda assim sujeitos a intervenção de um ente paraestatal, o Cartório de Notas.

Na realidade, o interesse público que a Administração busca tutelar não deve ser o seu interesse como sujeito de direito, mas o interesse da coletividade representada pela Administração.⁵⁴ Neste sentido, estando ela submetida em primeiro lugar ao princípio da legalidade, pode-se afirmar que em muitas situações o interesse público deve fazer com que a Administração, por exemplo, reconheça um desequilíbrio contratual e institua os mecanismos para o seu reequilíbrio, ou que se abstenha de determinada prática. Sempre que constatar que sua postura é equivocada, a Administração não só pode como deve reconhecer o direito do particular, em seu confronto, pois esta é a conduta que efetivamente contempla e obedece ao interesse público, e não o inverso.⁵⁵⁻⁵⁶

Em tema de indisponibilidade dos direitos e Administração Pública, é preciso lembrar que em inúmeras situações o Estado atua fora da sua condição de entidade pública, na realização de suas atribuições exclusivas e precípuas, e figura como um particular, comprando, vendendo, contratando serviços etc. Nestas situações, a legislação aplicável é aquela do direito privado, inclusive as leis dispositivas.⁵⁷

O exemplo da possibilidade de a Administração se submeter à arbitragem e a constatação de que a Justiça do Trabalho convive todos os dias com diversas situações de

⁵⁴ Sobre o princípio administrativo de indisponibilidade do interesse público, Joaquim de Paiva Muniz pondera que não podem ser objeto de arbitragem aspectos que estejam relacionados a interesse público primário. Os limites da arbitragem nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural, p. 101.

⁵⁵ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 49.

⁵⁶ O Ministério da Previdência e a Advocacia Geral da União editaram a Portaria Interministerial 8, de 03.06.2008, por meio da qual instituíram o Programa de Redução de Demandas Judiciais do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Fruto desta Portaria foi a edição de súmulas por parte da Advocacia-Geral da União (por meio da Procuradoria-Geral Federal – PGF), objetivando orientar seus procuradores para que deixem de recorrer sobre determinadas questões jurídicas, cuja matéria já foi pacificada em favor dos segurados e contribuintes. À época, divulgou-se que estas nove súmulas iriam resultar na redução de quase um milhão de processos contra o INSS por ano. Nestes casos, houve um juízo de ponderação entre o interesse do órgão em seguir tentando reverter aqueles julgamentos e a obrigação funcional de seus advogados em interpor recursos (interesse público secundário), e o interesse público de acatamento daquelas decisões, encerramento dos processos e economia destas etapas finais (interesse público primário). Mais um exemplo de que a noção de interesse nem sempre coincide, devendo sempre prevalecer o interesse público propriamente dito, referido na doutrina como interesse público primário. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 58-69; Augustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, p. VI/28-VI/32.

⁵⁷ Nestes casos, o Estado assume posição igual a do particular, daí por que afirma Carlos Alberto Carmona que, se “pode contratar na órbita privada, a consequência natural é a de que o Estado pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação”, afastando, nesta situação específica, “as normas próprias dos contratos administrativos, ancoradas no direito público”. *Arbitragem e processo*, p. 45.

violações a normas de ordem pública foram aqui mencionados como forma de ilustrar a distinção que se deve fazer entre ordem pública e os direitos indisponíveis.

As leis de ordem pública de direito material importam, de fato, em restrições à liberdade das partes, impõem padrões de comportamento, prescrevem a nulidade dos atos praticados em sua violação, mas não implicam absoluta indisponibilidade sobre o direito.⁵⁸ Em resumo, é equivocada a concepção de que a ordem pública significa indisponibilidade dos direitos, afinal, demonstrou-se que pode haver atos de disposição mesmo sobre normas que possuem natureza de ordem pública.

2.3 Aplicação imediata das leis de ordem pública

Outra característica que se costuma atribuir às normas de ordem pública é a sua aplicação imediata. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem reiteradas decisões no sentido de aplicar desde logo as disposições de determinadas normas a relações jurídicas constituídas antes da vigência da lei nova, mas que possuam efeitos que se projetam no tempo, como é o caso das obrigações de trato sucessivo.

Em especial no campo do direito econômico, a edição de novas normas produz efeitos imediatos, atingindo contratos em curso, impondo-se que se adaptem a esta nova lei, como nos casos da Lei 8.170/1991, sobre reajuste de mensalidades escolares, ou da Lei 8.178/1991, que criou a TR, no contexto de plano econômico do Governo Collor.⁵⁹ Na base deste entendimento já tradicional do Superior Tribunal de Justiça, está a noção de que a ordem pública interfere no princípio da intangibilidade dos contratos, daí porque afirma-se

⁵⁸ Para Washington de Barros Monteiro, “leis de ordem pública são aquelas cuja observância se torna necessária ao interesse geral; são as que interessam mais à coletividade que aos particulares. Qualquer disposição que as contrarie é fulminada de nulidade”. *Curso de direito civil*, v. 1, p. 10.

⁵⁹ Maria Helena Diniz pondera que apesar de, teoricamente, a lei nova não poder alcançar o contrato efetivado sob lei anterior, a jurisprudência “tem admitido que se deve aplicar a lei nova se esta for de ordem pública”, e exemplifica com lei sobre reajustamento do valor locativo ou sobre atualização de contribuições e benefícios de previdência privada. Em especial, cita precedente do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “Já se decidiu que às leis tidas como de ordem pública são aplicáveis aos atos e fatos que encontram, sem ofensa ao ato jurídico perfeito’ (*RSTJ* v. 17, 1991)”. *Comentários ao Código Civil*, v. 22, p. 176.

que “em se tratando de normas de direito econômico, de ordem pública, sua incidência é imediata, não sendo de invocar-se pretensão direito adquirido”.⁶⁰

Sem pretensão de desenvolver tema tão complexo e relevante, como o da irretroatividade das leis e o respeito ao ato jurídico perfeito, convém apenas tecer breves comentários a propósito do assunto à luz da ordem pública. A despeito das opiniões no sentido de que as leis de ordem pública autorizam a aplicação de leis a fatos ocorridos anteriormente à sua edição, a posição que se revela mais compatível com o sistema constitucional brasileiro é a que considera impossível a retroatividade de leis, mesmo que de ordem pública, atingindo direitos adquiridos.⁶¹

No sistema brasileiro, a Constituição Federal assegura o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, entre as garantias fundamentais. A ordem pública, como princípio geral que tutela os valores fundamentais da sociedade, não pode ser usada como justificativa para, justamente, violar um destes valores, positivado no artigo 5.º, XXXVI, da CF.⁶²

Fenômeno diverso, porém, é o da aplicação imediata das leis. Como sustenta Limongi França, as normas de ordem pública têm, em princípio, efeito imediato, o que

⁶⁰ REsp 2.595/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 28.08.1990, mencionado por José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., p. 26.

⁶¹ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação e, portanto, tem a liberdade de estatuir efeito retro-operante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a Lei que venha a ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública”. *Instituições de direito civil*, 19. ed., v. 1, p. 107.

⁶² Neste sentido, há precedentes tanto do STF como do STJ, tais como: RE 240.216, Rel. Min. Ellen Gracie, 1.ª Turma, j. 14.05.2002, assim ementado: “Constitui ofensa ao art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em contrato celebrado anteriormente à sua edição. Precedente da Turma. Recurso extraordinário conhecido e provido”. No STJ, REsp 51566/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4.ª Turma, j. 11.10.1994, de cuja ementa se extrai: “Compromisso de compra e venda de imóvel. Perda de prestações pagas. Ao art. 53 do Código de Defesa do Consumidor não nega vigência o aresto que lhe recusa retroação. Súmula 283 do STF. Recurso especial não conhecido. Unânime”.

justifica a interferência em contratos em andamento, mas tão somente para atingir seus efeitos presentes e futuros, sem alcançar os efeitos anteriores.⁶³

Em especial quanto à matéria tributária, a jurisprudência costuma invocar justamente este efeito imediato da lei para afastar as alegações de retroatividade de novas normas fiscais.⁶⁴ Quando se trata de normas que envolvem interesses sociais gerais, de grande repercussão, a aplicação imediata da norma a situações ou contratos em curso é a regra geral. Há dois exemplos que ilustram a relevância e a complexidade do tema.

Quanto à legislação dos planos de saúde, a discussão sobre a aplicação retroativa da Lei 9.656/1998 se resolveu em sentido negativo, em grande parte porque a própria lei tratou de definir o modo de sua aplicação aos contratos anteriores, exigindo a adesão dos consumidores ao novo modelo. Assim, contratos anteriores e que não tenham sido adaptados à nova lei não estão a ela submetidos.⁶⁵

Em matéria de execução, em virtude da edição da Lei 8.009/1990, que dispunha sobre a impenhorabilidade do bem de família, muito se discutiu a respeito da aplicação imediata de lei nova aos processos em curso. A edição da lei foi inspirada em aspectos sociais

⁶³ Limongi França admite em via excepcional que uma norma de ordem pública tenha efeito retroativo, mas “ainda que se cuide de matéria ligada aos mais altos interesses públicos, não pode haver retroatividade se a lei respectiva não for expressa”. Em sua obra, invoca Pontes de Miranda, para quem as normas de ordem pública “não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito que se lhes reconhece é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo que é anormal”. *Comentários à Constituição de 1934*, II, p. 136, apud R. Limongi França, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, p. 255-258. No mesmo sentido, Tavares Paes, *O direito adquirido e a ordem pública*, p. 74.

⁶⁴ REsp 776045/SC: Min. Mauro Campbell, j. 22.09.2009, 2.^a Turma, de cuja ementa se extrai: “A orientação desta Corte é no sentido de que, nos termos do § 1.º do art. 144 do CTN, as normas tributárias processuais ou formais tem aplicação imediata, não submetidas, portanto, ao princípio da irretroatividade das leis, de forma que a nova redação dada ao § 3.º do art. 11 da Lei n. 9.311/96 pela Lei n. 10.174/01 – para possibilitar a utilização das informações prestadas para a instauração de procedimento administrativo-fiscal tendente a verificar a existência de eventuais créditos tributários referentes a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente – incide de imediato, ainda que os créditos tributários sejam relativos a fato gerador ocorrido antes de entrada em vigor desta norma. Precedentes”.

⁶⁵ REsp 735.168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, de cuja ementa se extrai: “No que concerne à aplicação retroativa da Lei n.º 9.656/98, há precedente desta 3.^a Turma, no sentido de que ‘As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação’”.

e econômicos relevantes, como forma de proteger e assegurar o direito constitucional à moradia, evitando que os imóveis residenciais das famílias brasileiras fossem atingidos por dívidas em geral.⁶⁶⁻⁶⁷

A impenhorabilidade de bens não decorre apenas da Lei 8.009/1990. O Código de Processo Civil prevê um rol de bens que são absolutamente impenhoráveis (artigo 649) e outro que somente podem ser penhorados se não houver qualquer outro (os bens relativamente impenhoráveis, artigo 650). São regras estabelecidas em favor do executado, mas que procuram preservar indiretamente valores relevantes para a sociedade em geral. O interesse público que orienta a seleção dos bens impenhoráveis torna a matéria, no processo de execução, passível de controle *ex officio* pelo magistrado.

Contudo, logo que a lei foi editada, milhares de processos de execução em curso, com penhoras de bem residenciais já realizadas, acabaram sendo atingidos pela nova legislação, desconstituindo-se tais penhoras por “razões de ordem pública”, em autêntico efeito retroativo.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a editar a Súmula 205: “A Lei n.º 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes da sua vigência”, na esteira da ampla e pacífica jurisprudência que se formou naquele Tribunal a este respeito.⁶⁸

⁶⁶ Para José Rogério Cruz e Tucci, a regra da do bem de família é de impenhorabilidade substancial, justificada por motivo de ordem pública, o que autoriza o Estado subtrair à ação do exequente os bens do executado. Aplica-se a este tema o artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. José Rogério Cruz e Tucci e outros, *Penhora sobre bem do fiador de locação*, p. 13. José Roberto Bedaque também reputa a impenhorabilidade do bem de família como de ordem pública, podendo ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, até mesmo sujeita a controle de ofício. Não está, portanto, limitada à alegação apenas pela via dos embargos à execução. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*, p. 366.

⁶⁷ Nesta mesma ordem de ideias, Paulo Henrique Lucon pondera que a impenhorabilidade “é conceito de limitação ou de restrição ao conceito de penhorabilidade e a norma que a disciplina pertence ao direito material público, pois tutela, em última análise, interesses sociais relevantes. A norma é cogente, tendo aplicação imediata”. *Embargos à execução*, p. 146.

⁶⁸ REsp 89.927, Rel. Min. Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 24.02.1997; REsp 60.828, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, 5.ª Turma, j. 22.11.1995; REsp 84.715, Rel. Min. Lilton Luiz Pereira, 1.ª Turma, j. 14.11.1996. O STF adotou o mesmo entendimento, conforme *RTJ* 154/2000, 157/321, 158/708, 164/760, citados na nota 3 ao artigo 1.º da Lei 8.009/1990. Theotonio Negrão e José Roberto Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 41. ed, p. 1356.

No entanto, é de criticar a posição da jurisprudência. A norma, não obstante seu inegável caráter de ordem pública, não poderia ser aplicada para invalidar penhoras já realizadas, e ao se admitirem tais anulações, ocorreu desrespeito à garantia constitucional do direito adquirido.⁶⁹ Legislação federal, portanto, a pretexto de tutelar interesses relevantes, acabou por impor a violação a preceitos constitucionais, o que norma nenhuma pode fazer, nem mesmo as de ordem pública.

O tema da aplicação retroativa do bem de família, em vista do seu caráter de ordem pública, suscita ainda outra questão. É possível cogitar sobre normas de ordem pública baseadas em direitos eminentemente disponíveis?

A moradia é um direito de matriz constitucional, e a sociedade brasileira reconhece o déficit habitacional, a relevância da moradia própria para a dignidade da pessoa humana. Tais componentes de interesse público inspiraram a edição de lei imperativa (fundamentos típicos da ordem pública), mas é inegável que os valores da moradia tutelados pela norma não deixam de se constituir em direitos patrimoniais.

Além do fato de o executado poder dispor deste benefício da impenhorabilidade, há ainda a circunstância de que a impenhorabilidade tem exceções na própria lei, e nem todas elas estão amparadas em razões de ordem pública mais relevantes do que a impenhorabilidade em si. Exemplo típico são as dívidas do condomínio ou de IPTU.⁷⁰

Temos, portanto, uma escolha legislativa, que privilegia direitos socialmente relevantes, mas que são, em essência, patrimoniais e portanto plenamente disponíveis. Se é inegável que a lei do bem de família constitui uma norma de ordem pública, resulta então

⁶⁹ Como bem ponderou Cândido Rangel Dinamarco, sobre a jurisprudência que autoriza o desfazimento de penhoras já previamente realizadas: “Essa linha jurisprudencial faz com que o advento de uma lei subtraia à responsabilidade civil bens que eram responsáveis à época em que a dívida fora contraída. A alienação ou oneração de bens pelo devedor nessa circunstância, reduzindo-se ele à insolvência, caracteriza-se como fraude contra credores e- se houver processo pendente ao tempo – será uma fraude de execução. Isso significa que a lei considera a existência de situações jurídicas imunes à eficácia de alienações ou onerações pelo devedor. Essas mesmas situações consumadas caracterizam o direito adquirido que a lei nova não pode transgredir”. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 246.

⁷⁰ Marcelo Abelha também afirma que se trata de lei de ordem pública, mas ressalva que o executado pode dispor deste benefício, admitindo penhora sobre bem tido pela lei por impenhorável. *Manual de execução civil*, p. 92.

obrigatória a conclusão de que a ordem pública material não se identifica direta e imediatamente com direitos indisponíveis.

2.4 O alargamento do campo de atuação da ordem pública de direito material

A partir da evolução do direito contratual, e da incorporação ao ordenamento jurídico de novos institutos, vem perdendo espaço o princípio da autonomia privada (em certa medida, apenas a nova denominação do princípio da autonomia da vontade), ao qual costumava ser associada uma noção de liberdade contratual muito ampla, de verdadeira soberania da vontade da parte no contratar.

Tal liberdade, na maior parte dos casos, é hoje limitada pelos novos tipos contratuais, marcados por contratações em massa e contratos de adesão, sem possibilidade de efetivamente discutir as bases do negócio jurídico.⁷¹ A teoria geral dos contratos, em sua conformação original, era baseada em três princípios básicos: o princípio da liberdade das partes (ou autonomia da vontade), o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade de seus efeitos. Modernamente, diante da nova realidade das relações sociais, impôs-se uma revisão daqueles princípios, que ainda vigem, mas escudados agora por novos princípios contratuais, que são a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e sua função social.⁷²

Na realidade, as bases contratuais do direito privado foram bastante modificadas bem antes do novo Código Civil, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que relativizou o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato e passou a enfatizar o princípio da sua conservação. Instituiu a boa-fé como princípio informador das relações de consumo, impôs ao fornecedor o dever de cumprir suas promessas e ofertas e estabeleceu a execução específica da oferta como regra. Com isso, transformou a regra geral até então prevalente, de resolução do contrato e sua conversão em perdas e danos, em medida excepcional, a critério do consumidor.

⁷¹ Conforme, na doutrina alemã, Dieter Schwab, *Liberdade contratual e formação de contratos “ex vi legis”*, p. 22-23.

⁷² Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato*, p. 14-15.

A estas restrições à ampla liberdade de contratar convencionou-se chamar de dirigismo contratual.⁷³ Exemplos típicos deste cenário são os contratos de trabalho e de locação, em que a lei estabelece como devem ser certas cláusulas. Basta lembrar que em certas profissões a jornada de trabalho é limitada a seis horas diárias, e é vedada a estipulação de mais de uma garantia no contrato de locação. Nestes contratos em particular, a autonomia privada das partes deve ser exercida dentro daqueles limites, sendo-lhes vedado contratar de forma diferente da prevista na lei.

O enquadramento dessas situações entre as questões de ordem pública interfere não apenas na formação destes contratos e relações jurídicas – que devem ser realizadas nos estreitos limites permitidos pela lei –, como na sua interpretação, a qual deve sempre privilegiar a obtenção do resultado pretendido por aquela mesma norma. E, nas hipóteses de violação a tais preceitos, *mediante pedido*, caberá ao juiz restabelecer a situação, anulando os atos praticados em infração à lei e retirando-lhes qualquer eficácia.

A função social dos contratos, por exemplo, que é expressamente considerada uma matéria de ordem pública pelo artigo 2.035, parágrafo único, do CC, é fenômeno jurídico que interfere nos negócios jurídicos, desde a sua formulação, passando pela sua execução e pelo seu término. Os contratos que se celebram sem atentar à sua função social poderão ser revistos ou rescindidos, total ou parcialmente. Além desta interferência legal, é no plano de eficácia dos negócios jurídicos que a sua caracterização como ordem pública assume relevância maior, pois não se trata de mera recomendação ou indicação opcional da lei, mas de verdadeiro princípio jurídico, que deve nortear todo e qualquer contrato.

No âmbito judicial, a invocação da função social do contrato servirá de fundamento para que o juiz da causa restabeleça a situação de equilíbrio entre as partes, elimine cláusulas abusivas e torne sem efeito determinados atos que tenham sido praticados pelas partes, em violação a tais preceitos de ordem pública.

⁷³ Segundo Nelson Nery Jr., “o excesso de liberalismo, manifestado pela preeminência do dogma da vontade sobre tudo, cede às exigências da ordem pública, econômica e social, que deve prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade”. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 509.

2.5 Hipóteses de questões de ordem pública no direito material

Nesta análise preliminar sobre os contornos da ordem pública em relação ao direito material, foi visto que esta tem por finalidade principal limitar a autonomia privada, impor restrições ao modo de ser de certas relações jurídicas, fora do âmbito judicial. Tais relações são disciplinadas por leis imperativas (ou cogentes), de aplicação imediata, sendo certo, porém, que nem todas as leis imperativas comportam regras dotadas da repercussão e do interesse mais geral, próprio das leis de ordem pública.⁷⁴

Efetivamente, leis imperativas e ordem pública não são conceitos iguais.⁷⁵ Para compreender esta distinção, basta pensar em exemplos como das normas de trânsito ou que dispõem sobre horários de bancos. São leis de aplicação geral e absolutamente obrigatória, que não permitem qualquer exceção, mas, obviamente, não se revestem de repercussão maior, não trazem em si a noção de interesse público que é ínsita a toda norma de ordem pública.⁷⁶

Cumpra agora examinar, ainda que brevemente, as hipóteses de normas de ordem pública, extraídas de referências na doutrina e na jurisprudência. Entre outros exemplos, são preceitos de ordem pública as regras que se referem às bases econômicas e sociais da vida social, as regras de organização e utilização da propriedade, proteção à personalidade,⁷⁷ regras

⁷⁴ Clovis Beviláqua, ainda antes, afirmava que a lei às vezes se impõe como preceito rigoroso, submetendo ao seu império a vontade dos particulares. Nestas situações, são “de ordem pública, leis rigorosamente obrigatórias, leis coativas”. Ensinava ainda que “As [leis] de ordem pública, umas vezes, referem-se às bases econômicas ou políticas da vida social, como as de organização da propriedade e as constitucionais; outras vezes, são protetoras do indivíduo no grêmio social, como as de capacidade”, para então concluir que “leis de ordem pública são as que em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito”. *Teoria geral do direito civil*, p. 11-12.

⁷⁵ Carmem Tibúrcio pondera que a doutrina distingue, dentro do conceito de ordem pública, gradações ou graus. “De forma simples, é de primeiro grau a ordem pública de âmbito fundamentalmente interno. Isto é, as regras e princípios do ordenamento jurídico nacional, considerados imperativos e que não podem ser afastados pela vontade das partes. Vale dizer, no plano interno, a ordem pública se confunde com o conceito e leis imperativas.” *A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras*, p. 210.

⁷⁶ Os exemplos são de Arnaldo Wald, *Homologação de sentença arbitral estrangeira*. SEC 802, *Jurisprudência comentada*, p. 206. Karl-Heinz Bockstiegel, a propósito da necessária distinção entre leis imperativas e de ordem pública, afirma: “In most national legal systems public Law will typically be mandatory, but, by no means also thereby automatically part of and reach the level of public law which do not reflect fundamental principles, but are only mandatory for reasons of legal efficiency”. *Public policy as a limit to arbitration and its enforcement*, p. 166.

⁷⁷ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 69.

sobre a previsão de cláusulas de exclusão de responsabilidade em contrato de consumo e normas que proíbam a utilização de provas ilícitas.

No âmbito do direito material é também comum atribuir a natureza de matéria de ordem pública a diplomas legais inteiros, ou conjuntos de normas e princípios de determinados ramos do direito.⁷⁸ Nesta situação encontram-se as normas que tratam do direito do consumidor, do direito ambiental, do sistema financeiro de habitação, direito de família, proteção à mulher, entre outros.⁷⁹

Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, afirma, inicialmente a respeito do direito de família, que suas relações são

[...] de modo geral regidas por fundamentos de ordem pública relacionados com as repercussões que os resultados do processo podem projetar na própria estrutura da sociedade. Assim são também as relações de massa, envolvendo comunidades ou grupos mais ou menos amplos, o que também tem por consequência as repercussões *erga omnes* ou ao menos *ultra partes* daquilo que vier a ser julgado – como sucede nas causas relacionadas com o meio-ambiente, valores culturais ou históricos, consumidores (CDC, art. 103) etc.⁸⁰

Da mesma forma, há no Código Civil e em outros diplomas legais normas que expressamente se referem à ordem pública, além de tantas outras que, por sua natureza,

⁷⁸ O próprio Código Civil não se estrutura apenas na concepção de que normas específicas possam ter a natureza de ordem pública, mas admite a existência de leis inteiras de ordem pública. Por exemplo, ao tratar do contrato de prestação de serviço, o artigo 606 dispõe: Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública.

⁷⁹ O julgado a seguir adota esta mesma linha, mas confunde a imperatividade das normas (sobre o processo dos Juizados Especiais) com a ordem pública: Juizado – Rito – Ordem Pública. No Juizado o rigor do formalismo é muito menor do que o previsto para o sistema comum. Mas, não obstante tenha o legislador afrouxado as exigências formais em relação às que existem no sistema comum, isso não significa que possa o juiz se descuidar do respeito ao direito das partes, principalmente no que concerne ao contraditório e à ampla defesa, e sua opção por estar ou não representado por advogado. O rito do juizado é o sumaríssimo, determinando, após o recebimento da inicial, a designação da audiência de conciliação, em razão dos princípios contidos no art. 2.º, da determinação exposta no art. 13 e do momento da contestação, art. 30, quando da realização da audiência de instrução. O rito é de ordem pública (1.ª Turma Recursal/Ipatinga, Rec. 0313.05.217.716-2, Rel. Carlos Roberto de Faria, j. 27.04.2007, Boletim n. 99 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Jurisprudência das Turmas Recursais. Recursos Cíveis).

⁸⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., v. 3, p. 52-53.

efetivamente assumem tal caráter, pois denotam interesse público. As regras envolvendo direito de família são exemplo clássico.⁸¹ O já mencionado artigo 2.035, parágrafo único, do CC, dispõe que nenhuma norma pode contrariar preceitos de ordem pública daquele Código, em especial as que tratam da função social da propriedade e dos contratos. Assim, no plano legislativo tais institutos foram alçados à condição de normas de ordem pública.

Nesta mesma situação podem ser consideradas as normas sobre decadência legal (CC, artigo 210),⁸² ou das nulidades absolutas.⁸³⁻⁸⁴ A simulação, como causa de nulidade do negócio jurídico, é outro exemplo. Na vigência do Código Civil de 1916, a simulação configurava nulidade relativa, ou simples causa de anulabilidade, exigindo alegação pelo interessado e prova do prejuízo (artigo 152, CC/1916, artigo 177, CC/2002). O Código Civil de 2002 passou a tratar a simulação como vício social, “demonstrando o reconhecimento, pelo legislador, de que os malefícios do ato simulado são de tal monta que rompem as barreiras individuais dos participantes do ato, ou negócio jurídico”.⁸⁵ Como as demais causas de nulidade, a simulação pode ser pronunciada de ofício, não é suscetível de confirmação nem convalida pelo decurso do tempo (CC, artigos 168 e 169).

Em julgamento que tinha como objeto a homologação de uma sentença arbitral estrangeira, contestada pelo requerido sob a alegação de violação à ordem pública brasileira, o Superior Tribunal de Justiça elencou o rol de matérias que consistiriam as “leis de ordem

⁸¹ Vale lembrar, porém, que apesar de os alimentos não serem passíveis de renúncia, a demonstrar a importância que o sistema atribui a este direito, sem dúvida integrante das matérias de ordem pública, o Código Civil estabelece que a pretensão de receber prestações alimentares prescreve em dois anos, o que também demonstra que mesmo as normas que retratam valores relevantes da sociedade brasileira podem sofrer algum tipo de mitigação, e a expressão econômica destes direitos indisponíveis é sim passível de renúncia e disposição.

⁸² Código Civil. “Artigo 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.”

Há, porém, outra modalidade de decadência, dita convencional, que não decorre de lei, daí porque perde a condição de interesse público, só podendo ser conhecida por provocação da parte. “Artigo 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação”.

⁸³ Clóvis Beviláqua, *Teoria geral do direito civil*, p. 281.

⁸⁴ Código Civil. “Artigo 168, parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.”

⁸⁵ Cleanto Guimarães Siqueira, *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 302.

pública”, a saber (i) as constitucionais; (ii) as administrativas; (iii) as processuais; (iv) as penais; (v) as de organização judiciária; (vi) as fiscais; (vii) as de polícia; (viii) as que protegem os incapazes, (ix) as que tratam da organização de família, (x) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos; (xi) as de organização econômica (atinentes aos salários; à moeda; ao regime de bem); e (xii) a fraude a lei.⁸⁶

Além da relevância da decisão pelo fato de ter corretamente considerado que a exceção de contrato não cumprido não configura matéria de ordem pública, o acórdão unânime da Corte Especial, relatado pelo Ministro José Delgado, é importante porque se dispõe a elencar o rol das leis de ordem pública, e o faz a partir da lição extraída de obra da civilista Maria Helena Diniz.⁸⁷ Como se viu, este rol abrange matérias de natureza processual, constitucional, administrativa, comercial etc.

Isto não significa, contudo, que todas as normas constitucionais, ou processuais, ou penais, ou de qualquer tipo, sejam de ordem pública, mas apenas que os preceitos de ordem pública estão relacionados àqueles tipos de normas. Outra proposta de classificação foi dada por Serpa Lopes, para quem há quatro grupos de normas de ordem pública, conforme os valores que tais normas pretendem tutelar, e que são os de organização social, de organização política, de organização econômica e de organização moral.⁸⁸

Não são todas as matérias indicadas no rol proposto por Maria Helena Diniz, e acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que poderão ser enquadradas nestes conceitos. A rigor, difícil conceber, por exemplo, que todas as normas penais reflitam interesses coletivos, que transcendem o interesse das partes. Fosse assim, seria o caso de abolir os crimes dependentes de iniciativa privada, como são os de calúnia, injúria e difamação, ou ainda, toda a disciplina legal sobre crimes de menor potencial ofensivo, que admitem transação penal (tantas vezes convertida em simples indenização à vítima).

⁸⁶ Sentença Estrangeira Contestada 802, Rel. Min. José Delgado, Corte Especial, j. 17.08.2005.

⁸⁷ “Serão leis de ordem pública as constitucionais; logo, não se pode falar em direito adquirido contra a Constituição, as administrativas, as processuais, as penais, de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as sobre organização de família, as que estabelecem condições e formalidades essenciais para certos atos etc.”. Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, p. 413.

⁸⁸ Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, v. 1, p. 58.

Nestes exemplos, há um aspecto de disponibilidade e de interesses estritamente das partes envolvidas que não se compatibiliza com a ordem pública. Inegável, de outro lado, que incontáveis normas de direito penal efetivamente se enquadrem nos contornos acima delineados, mas daí a afirmar que as leis penais são, todas, de ordem pública, parece impróprio.

O mesmo se dá quanto aos demais exemplos ali referidos, como das normas constitucionais, administrativas, processuais etc. Em todos estes ramos do direito poderão ser encontradas normas de ordem pública, e outras tantas que não possuem as mesmas características. Há normas imperativas, mas que não trazem este elemento do interesse público, além de outras normas, meramente dispositivas. Assim como nem toda lei processual é de ordem pública, nem todas as normas constitucionais o são, ou administrativas etc.

O que determina a natureza de ordem pública não é o tipo de matéria tratada pela norma, ou sua hierarquia, mas o seu conteúdo específico, que deve ser comparado aos valores fundamentais da sociedade, em determinado tempo e lugar.⁸⁹

Os elementos necessários e presentes em todos os exemplos trazidos pela doutrina ou pela jurisprudência são, portanto, (i) os valores que informam a norma, de interesse da coletividade, que se revelam particularmente sensíveis, de repercussão acima e além do mero interesse das partes desta mesma relação, seja por razões de ordem social, ética, econômica ou cultural, e (ii) o fato de cuidarem de relações jurídicas indisponíveis, ressalvada a expressão meramente econômica de tais direitos, que são sempre disponíveis, elementos que, somados, compõem o espectro do “interesse público” que vem sendo referido em diversas passagens deste estudo.

⁸⁹ Na Itália, por exemplo, a nulidade do negócio jurídico é considerada um aspecto relevante, passível de maior proteção em vista dos interesses em disputa. Segundo Giovanni Fabrini, “se Il giudice può (e deve) rilevare di ufficio la nullità di un contratto – come può e deve fare nel nostro ordinamento a norma dell’ art. 1421 c.c. – cio significa che l’ordinamento si preoccupa dell’effettivo rispetto dei limiti posti all’autonomia privata”. *L’eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione. Scritti giuridici*. Milão, Giuffrè, 1989, v. 1, p. 333-404, p. 357, apud Heitor Vitor Mendonça Sica, *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*, p. 127, nota 140 (no prelo).

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, dispõe em seu artigo 1.º que as suas disposições são de ordem pública e interesse social, ou seja, sugere que todas as regras nele contidas possuam as características típicas da ordem pública, que são o fato de revelarem interesse público, de se imporem como regras obrigatórias, sem possibilidade de qualquer disponibilidade das partes a respeito da sua aplicabilidade.

Por sua vez, o artigo 51 considera nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, ilustrando com rol não taxativo, dentre as quais se pode mencionar a cláusula que importa em perda total das prestações pagas por uma parte, em caso de rescisão do contrato, ou que contenha propaganda enganosa. Será visto no tópico 2.6 que esta norma, a despeito da sua enorme importância, não pode ser interpretada de forma a derogar princípios processuais igualmente relevantes, como o da inércia da jurisdição ou da correlação entre o pedido e a sentença. Em outras palavras, as questões de ordem pública de direito material geram não poucas consequências no âmbito das próprias relações de direito material, mas não a ponto de se converterem em questão de ordem pública de direito processual, ou de receberem idêntico tratamento.⁹⁰

Estes capítulos introdutórios não têm a pretensão de identificar precisamente quais as leis de ordem pública de direito material, o que de fato é um desafio à argúcia dos juristas,⁹¹ mas apenas a de demonstrar que as questões de ordem pública de direito processual diferem da ordem pública nos demais ramos do direito. Cada uma delas recebe tratamento específico, não sendo razoável que todo o extenso rol de ordem pública que pode ser verificado no âmbito geral do ordenamento jurídico brasileiro receba tratamento processual igual ao das questões de ordem pública tipicamente processuais, como as condições da ação e os pressupostos processuais.

⁹⁰ A propósito da não observância das limitações impostas pela ordem pública, Ricardo Ramalho Almeida afirma que “o efeito da incidência de disposições legais mandatórias sobre certas matérias é o de tornar nulas, por abusividade, determinadas cláusulas contratuais que visem a dificultar ou impedir a aquisição pela pessoa legalmente protegida (o consumidor, o trabalhador, o representante comercial etc.) de direitos mínimos garantidos por lei”, ressalvando, porém, que nestas situações, mesmo sendo afastada a possibilidade de renúncia a tais direitos, não determina a lei, porém, que tais direitos, uma vez adquiridos, não sejam disponíveis”. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, p. 105.

⁹¹ Maria Helena Diniz afirma que a delimitação conceitual da ordem pública “é um desafio à argúcia e à sagacidade dos juristas, que, apesar disso, são unânimes no entendimento de que é reflexo da ordem jurídica vigente em dado momento, em determinada sociedade.” *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, p. 408.

2.6 O tratamento processual das questões de ordem pública de direito material: impossibilidade de alteração do objeto do processo

As leis de ordem pública de direito material recebem, no plano do processo, tratamento semelhante ao de qualquer outra questão de direito trazida a julgamento. Não são diferenciadas, não prescindem de pedido da parte, não podem ser invocadas fora do âmbito de julgamento do objeto litigioso. Do mesmo modo, a elas não se aplica a afirmação de que não estão sujeitas à preclusão, ou que podem ser examinadas em qualquer tempo e grau de jurisdição. Todas estas características são próprias da ordem pública processual, que não se confunde com a ordem pública de direito material, aqui examinada.

Tomemos os exemplos recorrentes, antes citados, de nulidade de cláusulas contratuais abusivas (artigo 51 do CDC), decorrentes de relação de consumo, e de nulidades do negócio jurídico (artigos 166 e seguintes do CC). Tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Código Civil preveem que tais questões jurídicas podem ser conhecidas de ofício, sendo ainda que o diploma consumerista classifica determinadas cláusulas como nulas de pleno direito.

A nulidade de cláusulas em contratos de consumo configura matéria de ordem pública, o que significa que as partes não podem celebrar negócios que contenham aqueles conteúdos vedados pela lei, que a interpretação destes contratos será sempre realizada visando o sistema de proteção do consumidor, para afastar seus efeitos em todas as demandas judiciais que tenham por objeto o contrato, em que se discuta justamente o caráter abusivo destas mesmas cláusulas.⁹²⁻⁹³

⁹² A propósito da não observância das limitações impostas pela ordem pública, Ricardo Ramalho Almeida afirma que “o efeito da incidência de disposições legais mandatórias sobre certas matérias é o de tornar nulas, por abusividade, determinadas cláusulas contratuais que visem a dificultar ou impedir a aquisição pela pessoa legalmente protegida (o consumidor, o trabalhador, o representante comercial etc.) de direitos mínimos garantidos por lei”, ressaltando, porém, que nestas situações, mesmo sendo afastada a possibilidade de renúncia a tais direitos, não determina a lei, porém, que tais direitos, uma vez adquiridos, não sejam disponíveis”. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, p. 105.

⁹³ Ao tratar da função social dos contratos, Maria Helena Diniz pondera que o “Estado intervém no contrato, não só mediante a aplicação das normas de ordem pública, mas também com a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada,

Se uma ação judicial versa sobre determinado contrato de consumo, a alegação de violação à ordem pública pode surgir como fundamento do pedido do autor ou da defesa do réu. Em qualquer destes casos, porque são fatos pertencentes à causa de pedir, poderá o juiz apreciá-los, reconhecendo, se for o caso, a infração a preceitos de ordem pública, com a consequente anulação do ato jurídico, ou declaração de ineficácia dos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes.⁹⁴

O mesmo se diga quanto à nulidade do ato jurídico, que sem dúvida se enquadra na conceituação de ordem pública de direito material. Os valores éticos da sociedade brasileira repugnam que atos viciados possam produzir seus efeitos. Tome-se, por exemplo, a invalidade prevista no artigo 166, VI, do CC, que considera nulo o ato jurídico celebrado com o objetivo de “fraudar lei imperativa”.

A previsão do artigo 168, parágrafo único, do CC, segundo a qual as nulidades devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz quando este conhecer do negócio jurídico deve ser compatibilizada com os princípios processuais e aspectos da técnica que atribuem às partes a delimitação do litígio que querem submeter ao Poder Judiciário.

Na lição de José Roberto Bedaque, é inadmissível que o julgador leve em consideração uma matéria de ordem pública que não integre os limites objetivos da demanda, para efeito de acolhimento de uma pretensão, pois a demanda não comporta ampliação por iniciativa do juiz.⁹⁵

Prossegue o professor das Arcadas ponderando que é possível a rejeição de um pedido fundado em contrato, se o juiz vislumbra a existência de incapacidade absoluta de um dos contratantes, mesmo que este fundamento não seja invocado pelo réu. “Mas não pode

conforme as circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse coletivo, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado”. Maria Helena Diniz, *Comentários ao Código Civil*, v. 22, p. 182-183.

⁹⁴ Sérgio Cruz Arenhart, *Reflexões sobre o princípio da demanda*, p. 592.

⁹⁵ José Roberto Bedaque, *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*, p. 47.

declarar nulo esse mesmo contrato, por incapacidade absoluta, em demanda versando a anulabilidade por vício de vontade.”⁹⁶

No primeiro exemplo, como o contrato constitui o fundamento do pedido formulado pelo autor, vícios deste negócio jurídico, que segundo o Código Civil importam em sua nulidade, podem ser conhecidos pelo magistrado, eis que se trata de examinar a validade do próprio negócio que ampara e fundamenta a pretensão.

Contudo, se o objeto do processo é diverso, como no exemplo da anulabilidade do contrato por vício de consentimento, o magistrado decidiria fora dos limites do pedido caso reconhecesse uma nulidade e resolvesse declarar tal contrato nulo. Haveria clara hipótese de ampliação do objeto do processo por iniciativa do juiz, o que não é admissível, mesmo diante de questões jurídicas que transcendam ao interesse das partes e retratem valores da coletividade, como é o caso das nulidades dos negócios jurídicos. A proteção que o sistema confere a tais normas gera, por exemplo, a possibilidade de se requerer (em ação própria, com este objeto específico) a declaração desta nulidade a qualquer tempo, eis que “o negócio jurídico não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo” (CC, artigo 169).⁹⁷

Outro universo em que se podem verificar estas mesmas circunstâncias é o direito do trabalho. Entre os valores de organização social e econômica que o ordenamento jurídico brasileiro preza e preserva certamente se encontram diversas regras relacionadas a este ramo do direito. Não apenas a legislação trabalhista, mas também a estrutura e o modo de funcionamento da Justiça do Trabalho, procuram equilibrar uma relação jurídica que é naturalmente desequilibrada, e que sempre pende para o lado mais forte da relação. Mesmo nestas situações os direitos dos trabalhadores não podem ser invocados ou reconhecidos pelos

⁹⁶ José Roberto Bedaque, Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório, p. 47.

⁹⁷ Sem razão, portanto, Nelson Nery Jr., quando afirma que “no regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão”. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., p. 532.

juízes trabalhistas. Apenas os pedidos constantes das ações judiciais podem ser objeto de apreciação, não obstante a grande quantidade de normas imperativas neste ramo do direito.

Se uma determinada Reclamação Trabalhista tem como pedido a equiparação salarial, ou adicional de periculosidade, não pode o juiz investigar possíveis outras infrações a direitos trabalhistas do autor, tampouco conceder pedido diverso. Se, por hipótese, o juiz constatar a realização de horas extras acima do limite legal, mas tal indenização não for objeto do pedido, não pode ele condenar em valor ou título diverso do que consta na inicial.

Isso porque o julgamento de questões desta natureza não prescinde da indicação destas violações nem tampouco de pedido expresso da parte interessada. Ao contrário das questões de ordem pública de direito processual, que dizem respeito a fatores internos ao processo e guardam relação com o correto exercício da jurisdição – razão pela qual podem ser invocadas sem prévio requerimento da parte interessada, no âmbito do capítulo do pedido – a ordem pública do direito material diz respeito ao próprio negócio, e, como tal, fica condicionada à provocação do interessado.

Nesta linha de raciocínio, acertadamente, Eduardo Parente sustenta que a nulidade de cláusula contratual não pode ser declarada em litígio que não tenha este objeto.⁹⁸ Neste particular, não há diferença substancial entre as questões de ordem pública e outras questões que possam ser invocadas como fundamento para o acolhimento ou para a rejeição do pedido.⁹⁹

⁹⁸ “Sucedem que, ao contrário do que permeia as condições da ação e os pressupostos processuais, a questão material atinente à nulidade de cláusula de um contrato, por corolário de normas de direito consumerista (como no julgado exemplificado), não integra os fundamentos da demanda ou da defesa. Isto significa dizer que não faz parte do objeto do processo. Desta forma, caso seja reconhecida pelo Tribunal alguma nulidade material que não tenha integrado o *petitum*, haverá a ampliação do campo de atuação do juiz traçado na inicial.” Eduardo de Albuquerque Parente, *Os recursos e as matérias de ordem pública*, p. 119. Assim, não cabe declaração *ex officio* da nulidade de uma cláusula, ainda que abusiva, se nem autor nem réu invocaram tal abusividade como fundamento de suas pretensões.

⁹⁹ A mesma circunstância pode ser ilustrada com a exceção de compensação (CC, art. 368 e ss.). Se, em ação condenatória, o réu se defende invocando ser titular de um crédito contra o autor, em valor até superior ao total que lhe é demandado, o acolhimento desta alegação importará na improcedência total do pedido. Contudo, se este mesmo réu não deduzir reconvenção, o reconhecimento daquele crédito superior não será revertido em seu proveito, pois não se pode cogitar de uma condenação ao autor apenas a partir da contestação. Trata-se de situação em que o objeto do processo, sendo respeitado, implica cognição do

Esta é a única forma de harmonizar os preceitos de ordem pública (relevantes para a formação, interpretação, execução e até a rescisão dos negócios jurídicos) com princípios processuais relevantíssimos, como o da inércia da jurisdição e a adstrição da sentença ao pedido, manifestação concreta do princípio dispositivo, que se encontra na base do ordenamento processual brasileiro.

Na compreensão deste tema assume enorme relevância a concepção do objeto do processo, que por sua vez corresponde ao pedido formulado pelo autor, eventualmente ampliado por determinados comportamentos defensivos do réu.¹⁰⁰ A atividade jurisdicional de controle da regularidade do instrumento está sempre relacionada ao objeto do processo. Em certa medida – e a razoabilidade desta concepção será objeto de questionamento nos capítulos seguintes deste estudo –, a função jurisdicional do Estado é mais ciosa da sua própria regularidade do que da obtenção do resultado efetivamente justo, ou da adequada solução da crise de direito material.

O sistema assegura e reforça a preocupação com que o instrumento reúna todas as condições de procedibilidade, que a ação proposta tenha condições de ser efetivamente analisada e, conseqüentemente, estabelece o poder de determinar a correção dos defeitos deste mesmo processo, bem como de interromper o seu ciclo, caso não sejam sanadas tais falhas.

Quanto ao direito material, o ordenamento processual se preocupa em atribuir ao julgador a possibilidade de aplicar regra de direito diversa da que foi invocada, ou seja, de qualificar juridicamente os fatos de forma diferente do que a pretendida pelas partes (*iuria novit curia*). Entretanto, o ordenamento atribui às partes, e somente a elas, a prerrogativa de deduzir ou não suas pretensões em juízo (princípio da inércia da jurisdição), bem como a de estabelecer a extensão desta pretensão.¹⁰¹

magistrado a respeito de matérias alegadas pelo réu, mas sem possibilidade de proferir julgamento mais amplo ou diverso do que foi trazido pela parte.

¹⁰⁰ Tais como a reconvenção, ação declaratória incidental e pedido contraposto.

¹⁰¹ Segundo Francesco Carnelutti, “Il giudice il quale ponesse nella sentenza un fatto (principale) non affermato, realizzerebbe una norma senza domanda, o, secondo la espressione della legge, pronunzierebbe su cosa non domandata”. *La prova civile*, p. 22-23.

Mas não apenas em favor do autor se estabelecem estas restrições. Ao réu, no exercício de seu direito de defesa, deve ser assegurado um grau mínimo de previsibilidade quanto ao desfecho da causa. Segundo Barbosa Moreira, “Esse elemento de previsibilidade é absolutamente essencial para que o réu possa exercer amplamente o seu direito de defesa. Isto se liga com a problemática relativa ao pedido. É por isso que o pedido tem de ser certo e determinado”.

Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório somente podem se considerar efetivamente observados se há delimitação da atividade jurisdicional, impedindo que o órgão judicial se pronuncie sobre pretensões não deduzidas, ainda que baseadas em matérias de ordem pública, ou direitos indisponíveis.¹⁰²

Isto se relaciona também ao escopo social de pacificação, daí a inteligente observação de Cândido Rangel Dinamarco de que o objetivo de eliminar conflitos e insatisfações é um dos motivos pelos quais o Estado-juiz não pode exercer a jurisdição espontaneamente. “A tutela jurisdicional que o juiz se disporia a dar sem a iniciativa da parte poderia ser desprovida de utilidade, na medida de sua incidência sobre situações que não estivessem sendo motivo de angústias e tristezas ao possível titular de direitos.”¹⁰³

Assim, por um lado pode-se afirmar que, para o nosso ordenamento, as questões de ordem pública processuais são sempre importantes, são verificadas e verificáveis em todos os processos, nos limites dos respectivos objetos. Por outro lado, as questões de direito material dependem do objeto específico do processo, não sendo permitido ao julgador que

¹⁰² Barbosa Moreira, *Correlação entre o pedido e a sentença*, p. 207-215. Completa ainda o autor, com total acerto, que “direito não exercitado, ainda que indisponível, é para o juiz de direito não contemplável na sentença. Nenhum juiz pode acrescentar na sua sentença uma disposição, uma determinação que não tenha sido incluída no pedido, a pretexto de que essa prestação, à qual se refere o mandamento sentencial, se fundava num direito indisponível. Se o autor não pediu, o juiz não pode conceder, e tampouco pode negar. A proibição de julgar fora do pedido não vale só para a decisão favorável, vale também para a decisão desfavorável” (p. 209).

¹⁰³ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 128.

inove, ou que conceda pedido diverso do que foi formulado, nem mesmo a pretexto de identificar e reconhecer matéria de ordem pública de direito material.¹⁰⁴

Outras matérias, que não integrem o pedido do autor e, portanto, não se enquadrem nos limites objetivos da demanda, caso fossem conhecidas espontaneamente, acarretariam violação ao princípio processual da adstrição ou congruência, previsto nos artigos 128 e 460 do CPC.¹⁰⁵

Disso resulta que aplicar a ordem pública substancial mesmo sem requerimento da parte, ainda que a matéria não integre o objeto do processo, equivaleria à violação de princípios processuais tais como a correlação, a inércia, contraditório e devido processo legal, entre outros, os quais compõem o núcleo das normas de ordem pública processual.¹⁰⁶

Significaria então que da aplicação de leis de ordem pública (de direito material) resultaria a violação da ordem pública (de direito processual). Obviamente, semelhante conclusão é insustentável.

Também o artigo 458 pode ser invocado a este respeito, pois dispõe que o juiz poderá acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Mais uma

¹⁰⁴ Para José Roberto Bedaque, “o pedido formulado e os motivos deduzidos pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador. Não pode ele conceder mais ou coisa diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes daquelas apresentadas. Se o fizer, dar-se-á o fenômeno do julgamento *ultra* ou *extra petita*, o que pode implicar nulidade da sentença”. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório, p. 24-25.

¹⁰⁵ Aliás, justamente porque o princípio da congruência limita a tutela jurisdicional aos estritos limites do pedido que a parte fizer, Ovídio A. Baptista da Silva considera indiferente classificar as ações ou as sentenças, pois a natureza da ação será igual à da sentença, se esta for procedente. A sentença de improcedência tem sempre cunho declaratório. *Curso de processo civil*, 4. ed., v. 1, p. 160.

¹⁰⁶ Segundo Joaquim Felipe Spadoni, a diferença fundamental reside em que, nas questões de ordem pública processuais, sua declaração não produz, “em nenhum momento, julgamento mais amplo do que o pedido, justamente porque são, todas elas, fundamentos do julgamento deste mesmo pedido”. Cláusulas abusivas nas relações de consumo e sua declaração judicial: alguns aspectos recursais, p. 598-599. O autor então conclui que não é possível ao tribunal declarar *ex officio* a nulidade de cláusula contratual, porque implica ampliação do objeto do processo. O que o magistrado faz nesta situação é “proferir julgamento abrangente de objeto mais amplo do que aquele delimitado pela atividade das partes” ou, em outras palavras, atribuindo bem diverso do que foi pedido, o que é vedado, p. 598-599.

demonstração, no plano do direito positivo, de que deve haver perfeita correlação entre pedido e sentença, cujo dispositivo é delimitado pela pretensão do autor.¹⁰⁷

Outros dois artigos do Código corroboram as afirmações acima. O artigo 303, II, do CPC, segundo o qual é lícito ao réu deduzir após a contestação novas alegações quando competir ao juiz conhecer delas de ofício, e o artigo 462, que autoriza ao juiz levar em consideração fatos constitutivos, modificativos ou impeditivos capazes de influir no resultado do julgamento.¹⁰⁸ Tais dispositivos dizem respeito a fatos e alegações que, por óbvio, integram o pedido formulado pelo autor. Não atribuem, porém, ao juiz o poder de conhecer de ofício pedidos que não tenham sido formulados. Cuidam da ampliação dos fundamentos pelos quais o pedido, tal qual formulado, pode ser concedido ou negado, mas em nenhum dispositivo do Código de Processo Civil se extrai qualquer autorização para levar em consideração normas jurídicas e, com isso, conceder tutela maior ou diversa da que foi requerida pelo interessado. Tais artigos não autorizam interpretação de que o objeto do processo possa ser ampliado, mas apenas que outros aspectos, relacionados à profundidade da cognição, devam ser levados em conta.¹⁰⁹

Por estas razões, conhecer de ofício uma possível violação à ordem pública de direito material depende sempre da formulação pelo autor de pedido a este respeito, ou ainda, nas situações em que o réu invoque tais preceitos como fundamento da sua defesa, em que a discussão travada no âmbito do processo estará diretamente relacionada àquela questão de ordem pública.¹¹⁰ O mero fato de um contrato ser objeto de demanda judicial não permite que toda e qualquer cláusula seja pronunciada como nula. Apenas as cláusulas que digam respeito diretamente ao objeto litigioso é que podem ter sua eventual nulidade reconhecida pelo juiz.

¹⁰⁷ Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, p. 281.

¹⁰⁸ Ver, por todos, Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*.

¹⁰⁹ Heitor Vitor Mendonça Sica ressalva, porém, que, se a matéria não era cognoscível de ofício antes, não será depois só porque se refere a fatos supervenientes. O artigo 462, portanto, não tem o condão de tornar toda e qualquer fato superveniente cognoscível de ofício, apenas os que já tinham esta qualidade mesmo antes. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*, p. 77 e nota 14 (no prelo).

¹¹⁰ E isto se aplica tanto em primeiro como em segundo grau. Para Gisele Santos Fernandes Góes, matéria de objeção substancial, como a prescrição, decadência legal, nulidades absolutas e pagamento, podem inclusive são conhecidas de ofício, mas “somente podem ser examinadas, se for no Tribunal, desde que, no âmbito da extensão do recurso”. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*, p. 164.

Isso porque, a despeito do maior interesse público que se infere destas normas, não quer isto dizer que todas estas normas e matérias assumem o caráter processual de matéria de ordem pública. Acaso tivessem este caráter, deveríamos admitir que recebessem um tratamento processual diferenciado, no aspecto da iniciativa de sua propositura e cognição, da preclusão, da aptidão para extinguir o processo, e claramente isto não ocorre. A propósito, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ao dizer que as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e interesse social, consignou que o artigo 1º da Lei 8.078/1990 não faz indisponíveis os direitos outorgados ao consumidor – tanto que os submete à decadência e torna prescritíveis as respectivas pretensões.¹¹¹

Por isso é que, a despeito de algum dissenso, prevalece a opinião segundo a qual o juiz ou tribunal não podem reconhecer a nulidade de cláusulas eventualmente abusivas (CDC, artigo 51), se elas não integram o objeto do processo ou do recurso.¹¹²

Para tais questões, não obstante sua relevância e o interesse social que lhe informa, (i) não se admite o conhecimento judicial espontâneo, (ii) estão sujeitas à preclusão, (iii) admitem transação ou renúncia (o que não ocorre com as questões de ordem pública processuais), (iv) são aplicáveis os efeitos da revelia, e tantas outras figuras processuais.

E em especial, a ordem pública de direito material não afeta a disciplina processual a respeito da inércia da jurisdição ou do princípio da demanda, tampouco a necessidade de observância rigorosa e substancial do princípio do contraditório e da ampla defesa, de matriz constitucional.

¹¹¹ REsp 767052/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.06.2007, 3.ª Turma, DJ 1.º.08.2007.

¹¹² Rita Dias Nolasco, Possibilidade de reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito, p. 465.

3

ORDEM PÚBLICA E ARBITRAGEM

3.1 Arbitragem como método de solução de conflitos e o princípio do favorecimento da arbitragem – 3.2 Ordem pública e arbitragem – 3.3 Arbitragem nacional: 3.3.1 O controle judicial sobre as sentenças arbitrais com fundamento na violação à ordem pública – 3.4 Arbitragem internacional: a violação à ordem pública como motivo para negar a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: 3.4.1 A ordem pública nacional e internacional; 3.4.2 A homologação das sentenças arbitrais estrangeiras perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

3.1 Arbitragem como método de solução de conflitos e o princípio do favorecimento da arbitragem

Em matéria de arbitragem, nacional ou internacional, um dos seus aspectos fundamentais pode ser definido como a busca pelo seu permanente favorecimento, no sentido de prestigiar o instituto e restringir ao máximo a interferência do Poder Judiciário. Afinal, tratando-se de método alternativo de resolução de conflitos, especialmente útil e apto a dirimir controvérsias de maior vulto, mais complexas, cuja função de decidir é atribuída a particulares (especialistas) livremente escolhidos pelas próprias partes, seria mesmo incompreensível que se pudessem estabelecer meios amplos de interferência da jurisdição estatal tradicional.

O resultado seria, com absoluta certeza, o completo descrédito deste método, que de célere, sigiloso e especializado, se tornaria ainda mais caro, mais demorado e menos efetivo do que a opção por recorrer à jurisdição estatal desde logo.

Em países nos quais a arbitragem é tradicional, a comunidade jurídica e de negócios já está bastante habituada com o método, e seu nível de desenvolvimento é elevado. No Brasil, o grande divisor de águas foi a edição da Lei 9.307/1996, a partir da qual a arbitragem passou a efetivamente evoluir, pois foi eliminada a necessidade de homologação

da decisão arbitral pelo juiz togado, regra geral até então, que tornava a escolha da arbitragem absolutamente improvável, posto que mais demorada e trabalhosa. Desde então, o instituto vem se desenvolvendo com intensidade, e, não obstante os inúmeros avanços que ainda podem ter lugar, já se observa entre nós a plena compreensão de que a arbitragem deve ser prestigiada, as decisões arbitrais respeitadas, do que depende a interpretação sempre restritiva às situações trazidas pela lei para que se exerça controle jurisdicional das decisões arbitrais.

Este princípio do favorecimento da arbitragem conduz ao exame das situações excepcionais sempre sob o prisma da preservação do método alternativo de solução do conflito, de respeito à vontade das partes, exercitada neste particular com base no reconhecimento de sua ampla autonomia.¹¹³

A gênese da arbitragem reside certamente no reconhecimento da autonomia da vontade das partes em relação a um universo muito grande de direitos e interesses.¹¹⁴ Diante de tais situações, em que se reconhecem às partes plenos poderes para, por exemplo, renunciar integralmente a seus direitos, forçoso também admitir que possam elas optar por submeter eventuais litígios a método alternativo, fora do controle direto do Estado.¹¹⁵

A escolha da arbitragem é apenas mais uma das diversas escolhas que as partes podem fazer, em relação a uma enorme gama de situações. Sobre direitos disponíveis, as partes podem optar por exercê-los ou não, transigir, até renunciar, mesmo tratando-se de litígios submetidos à Jurisdição Estatal.

¹¹³ Jean-Baptiste Racine, *L'ordre public et l'arbitrage comercial internacional*, p. 26, apud Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, p. 88. Ver também Homayoon Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation: une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*.

¹¹⁴ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 785.

¹¹⁵ Marcel Caleb, conhecido autor francês de direito internacional, afirma que o princípio da autonomia da vontade significa que as partes podem escolher a legislação à qual querem submeter sua convenção, “sob reserva de respeitarem a ordem pública”. A lei escolhida pelas partes deve ser aplicada na íntegra, em suas disposições imperativas e facultativas, “salvo evidentemente abuso de direito e a ofensa à ordem pública do foro”. *Essai sur Le principe de l'autonomie de la volonté*, Paris, 1927, apud Irineu Strenger, *Autonomia da vontade*, p. 75 e 79.

No contexto da arbitragem, com mais razão, predomina uma liberdade maior, seja no tocante às formas e ao procedimento arbitral (pouco regulado na lei de arbitragem, que não prevê aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil), seja no que concerne à lei de regência da própria relação de direito material.

Em arbitragens internacionais, tal amplitude é ainda mais potencializada, permitindo assim que este método de solução de conflitos se amolde a situações em que a legislação específica de nenhum país se revela adequada a regular certas relações jurídicas, ou situações em que a característica transnacional das partes ou do objeto do contrato sugira a criação de normas próprias, ou a adoção de tratados internacionais, e até mesmo a observância aos princípios gerais de direito internacional privado, o que se convencionou chamar de *Lex mercatoria*.¹¹⁶

Vê-se que em inúmeras situações a escolha da Jurisdição estatal para solucionar determinados conflitos revela-se a pior das alternativas, sendo permitido que as partes, diante da ampla autonomia da vontade que possuem, optem pela solução arbitral.

A propósito, importante ponderar que o princípio da autonomia da vontade está na base da existência e do desenvolvimento da arbitragem no direito brasileiro (e estrangeiro). Para os efeitos da arbitragem, por direta influência do direito internacional, a autonomia da vontade costuma ser entendida como a autorização para que as partes escolham livremente o modo, a forma e em especial a legislação que pretendem ver aplicada à sua relação jurídica. A Lei de Arbitragem brasileira, já em seu artigo 2.º, confere esta autonomia às partes, para que escolham livremente as “regras de direito” que desejam empregar, aqui entendidas tanto as regras procedimentais como as regras do direito material em litígio.

A lei de arbitragem inovou ao conceder ampla liberdade às partes, prestigiando a autonomia da vontade. Assim,

¹¹⁶ José Maria Rossani Garcez, apesar de reconhecer a dificuldade em conceituar a *Lex Mercatoria*, propõe-se a fazê-lo, “de modo pouco pragmático, como composta pelos chamados princípios gerais de direito, dos usos e costumes do comércio internacional e à legislação dos países bem como a multifacetada jurisprudência arbitral internacional divulgada pelas instituições arbitrais, em questões de interesse do comércio internacional”. *Arbitragem nacional e internacional*, p. 145, nota 6.

[...] contrariando a alternativa acolhida pela Lei de Introdução ao Código Civil, o legislador prestigiou, no que se refere à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade que – na visão dos internacionalistas – caracterizaria a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação à qual queiram submeter-se, limitada tal escolha, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas.¹¹⁷

E de fato, neste contexto específico, a limitação imposta pela ordem pública serve para evitar que as partes elejam legislação estrangeira para reger suas relações, visando com isso a obtenção de vantagens indevidas, ou a prática de fraudes, fugindo à aplicação de normas obrigatórias, que determinariam solução diversa para aquele mesmo conflito. Por isso é que se disse, repetindo ensinamento bastante sedimentado, que a autonomia da vontade encontra na ordem pública o seu principal limitador.¹¹⁸

Aprofundar este tema significa, portanto, buscar estabelecer o núcleo de normas imperativas que devem ser respeitadas pelas partes, e de cuja inobservância se possa extrair a violação à ordem pública. Se isto se dá no contexto de uma arbitragem nacional, por exemplo, o universo de situações que se devem investigar será amplo, e pode conduzir à anulação da sentença arbitral. Se a arbitragem for internacional, o núcleo a ser investigado relativamente à ordem pública será menor, mas caso constatada a ofensa à ordem pública a que alude o artigo 39, II, da LA, a consequência será a recusa na homologação de sentenças estrangeiras.

3.2 Ordem pública e arbitragem

Antes de analisar a ordem pública como fator de restrição à arbitragem (seja para justificar a anulação de sentenças nacionais, seja para justificar a recusa na homologação de sentenças estrangeiras), convém esclarecer que a arbitragem convive tranquilamente com a

¹¹⁷ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 64.

¹¹⁸ Para Ricardo Ramalho Almeida, a ordem pública “incide como contraponto à liberdade contratual, no plano interno, e à liberdade de escolha das regras aplicáveis, no plano internacional. A liberdade proporcionada pela autonomia da vontade, ou autonomia privada, é exercida no interior do espaço que a ela é deixado pelo princípio da prevalência dos interesses públicos, gerais e coletivos, sobre os interesses privados, particulares e individuais. A noção de ordem pública atua, assim, como um necessário freio à liberdade, em consideração a interesses que têm prioridade axiológica e normativa sobre a autonomia dos particulares”. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, p. 24.

ordem pública, devendo ser afastada qualquer conclusão no sentido de que, se a matéria envolver normas ou preceitos de ordem pública, não pode ser submetida à arbitragem.

A origem desta confusão está na mistura de conceitos como a indisponibilidade de direitos e o controle da ordem pública, como se fossem fenômenos idênticos, ou umbilicalmente associados. No capítulo anterior, demonstrou-se que isto não é verdade.

Se é fato que tudo que é indisponível é de ordem pública, o inverso não é verdadeiro. Nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos indisponíveis. Pedro Batista Martins, entre outros autores de renome, adverte que é um engano considerar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável, pois “ao árbitro não é vedado decidir questões que contemplem ordem pública, mas, tão-somente, conflitos que tenham por objeto direito indisponível”.¹¹⁹

Como ilustração, pondere-se que há temas que interessam ao Estado ou à Jurisdição e, não obstante, é possível que a parte renuncie a certa posição processual, ou a direitos de que seja titular. Como já demonstrado, a proteção ao trabalhador não significa em absoluto que não possa ele transigir sobre créditos trabalhistas de que seja titular nem o obriga a promover ações judiciais.

A questão fundamental a ser analisada, portanto, não é tanto se a arbitragem envolve apenas questões jurídicas estritamente disponíveis, sem nenhuma influência de qualquer matéria que pudesse ser considerada de ordem pública, mas a de examinar se, diante de matérias de ordem pública, o árbitro a analisou devidamente, se apreciou o tema e concluiu, fundamentadamente, pelo afastamento da norma de ordem pública naquele caso concreto. Agindo desta forma, nenhum reparo poderá ser feito à decisão arbitral.

De outro lado, se o árbitro deixa de levar em conta preceitos de ordem pública, ou o faz sem a devida fundamentação, a decisão arbitral padecerá do vício de falta ou deficiência de fundamentação, que poderá determinar a anulação da sentença nacional (artigo 32, III, da LA) ou a recusa na homologação da sentença estrangeira, eis que este requisito é considerado

¹¹⁹ Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 4.

integrante da ordem pública nacional, na esteira dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.¹²⁰

Neste mesmo sentido, referindo-se a demandas envolvendo o direito ambiental, a doutrina afirma, valendo-se de precedentes da jurisprudência francesa (país bastante evoluído em matéria de arbitragem, possivelmente influenciado pelo fato de ser sede da tradicional CCI – Câmara de Comércio Internacional), que a

[...] arbitrabilidade do litígio não é excluída pelo simples fato de que uma norma de ordem pública seja aplicável em relação ao direito litigioso. Não é, portanto, pelo fato de a matéria ser de ordem pública que ela não é arbitrável. Os árbitros também são competentes, por exemplo, para decidir litígios sobre matéria de direito comunitário da concorrência. Também o são em matéria ambiental, à condição de que uma convenção arbitral tenha sido celebrada.¹²¹

Ademais, importante que se diga que no momento da determinação da arbitragem como meio para a solução de eventual e futuro litígio, e mesmo considerando que as partes podem livremente escolher a legislação que irá regular a questão de fundo, não é possível considerar que a simples escolha de uma lei seja causa de violação à ordem pública. Nas palavras de Pedro Batista Martins,

[...] a lei escolhida, ou o mero exercício da opção, não viola, necessária e antecipadamente, os bons costumes ou a ordem pública. O que pode vir a violar tais princípios é a decisão proferida pelo árbitro com base na lei escolhida pelas partes. A lei não é, de antemão, atentatória à ordem pública ou aos bons costumes. Sua aplicação é que poderá violar esses pressupostos de direito.¹²²

Além de ser perfeitamente possível que a matéria submetida a julgamento em processos arbitrais envolva questões de ordem pública, não se deve olvidar que é dos próprios árbitros a tarefa inicial e precípua de controlar a incidência e aplicação de leis de ordem pública na arbitragem, como forma de assegurar a plena eficácia da sua decisão e prevenir

¹²⁰ Ver a respeito, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 477-478. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre homologação de sentenças estrangeiras em geral, não apenas as arbitrais, revela porém que este tema tem sido pouco invocado. Um dos julgamentos mais recentes envolve sentença judicial, no qual foi recusada a homologação por motivação insuficiente em ação de alimentos. SEC 880–Itália. Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 18.10.2006.

¹²¹ Tomas Clay, *Arbitragem e meio ambiente*, p. 37.

¹²² Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 46.

ataques, seja em arbitragem nacional, seja em internacional. A doutrina nacional e estrangeira sobre o tema da arbitragem sustenta tal posição, inclusive como forma de dar credibilidade à arbitragem internacional.¹²³

De fato, fala-se inclusive em princípio da eficácia, justamente porque a eficácia é a razão de ser da arbitragem, de modo que a decisão arbitral há de ser executável, seja no local em que foi dada, seja no local em que terá que ser eventualmente cumprida. “Ora, tal dever implica, necessariamente, a definição, pelo árbitro, do que deve ser considerado como regra de ordem pública naquele país”.¹²⁴

3.3 Arbitragem nacional

A lei brasileira da arbitragem optou por distinguir a sentença nacional e a estrangeira segundo o critério do local em que a sentença arbitral será proferida. O artigo 10 da lei exige que o local em que será proferido o laudo como elemento essencial do compromisso arbitral e o artigo 34, parágrafo único, dispõe que “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Disso decorre que, para os efeitos da lei, “pouco importa se os atos do processo arbitral serão praticados no Brasil ou não (ou se serão em parte realizados em território nacional, e em parte fora dele). De fato, pode ocorrer que todos os atos sejam praticados fora

¹²³ “Ainda que os árbitros não sejam guardiões da ordem pública nem estejam investidos pelo Estado da missão de aplicar suas regras de cumprimento obrigatório, deveriam, não obstante, ter um estímulo para fazê-lo mesmo sobre um sentido de dever em relação à sobrevivência da arbitragem internacional como instituição”. Cremades e Cairns, *El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores*, p. 374-379, apud Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 55. Diego P. Fernández Arroyo ensina que a ampliação da autonomia das partes traz como consequência que se confiem aos árbitros o controle das questões de ordem pública, o que representa avanço notável para a eficácia da arbitragem, pois uma arbitragem sobre litígio que afete a ordem pública de um Estado não significa necessariamente a frustração da arbitragem, na medida em que o tribunal arbitral não vulnere os princípios de ordem pública relacionados. Diego P. Fernández Arroyo, *Los dilemas del estado frente al arbitraje comercial internacional*, p. 111-114, apud Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 55. Ver ainda, Rodrigo Garcia da Fonseca, *O princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira*, p. 277-303.

¹²⁴ Arnoldo Wald, *Homologação de sentença arbitral estrangeira*. SEC 802, *Jurisprudência comentada*, p. 205.

do território nacional, e ainda assim a arbitragem seja tida por brasileira: basta que a sentença arbitral seja aqui proferida”.¹²⁵

No contexto da lei brasileira de arbitragem, relativamente às sentenças nacionais, a observância dos preceitos de ordem pública configura um duplo requisito. Primeiro, para a definição das regras de direito que serão aplicadas no julgamento da questão submetida à arbitragem, conforme dispõe o artigo 2º, § 1º da lei brasileira, que permite às partes a escolha das regras de direito aplicáveis, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública. É justamente este dispositivo que permite à doutrina especializada concluir pela ampla possibilidade de submeter à arbitragem matérias pertinentes à ordem pública, pois “seria desnecessário a lei exigir das partes – e indiretamente do árbitro – o respeito à ordem pública, se as matérias a esta pertinentes já estivessem, de antemão, totalmente excluídas do âmbito da arbitrabilidade”.¹²⁶

O segundo requisito de observância da ordem pública se dá em relação à sentença arbitral, que não pode ser dada em violação às normas de ordem pública, sob pena de sua anulação. A lei brasileira da arbitragem traz em seu artigo 32 as hipóteses que justificam a anulação da sentença arbitral. São hipóteses restritas, *numerus clausus*, interpretadas pela doutrina especializada como as únicas situações capazes de justificar a interferência do Poder Judiciário em relação ao processo que se desenvolveu por este método alternativo.

3.3.1 O controle judicial sobre as sentenças arbitrais com fundamento na violação à ordem pública

Apesar da dicção legal, que fala em nulidade da sentença arbitral, convém ressaltar que não se trata propriamente de uma ação de nulidade. Carlos Alberto Carmona

¹²⁵ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 204.

¹²⁶ Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, pág. 109. Em sentido contrário, afirmando que “a ordem pública – por seu caráter marcadamente indisponível – não pode, porém, ser objeto de sentença arbitral, pois não pode ser objeto de compromisso e se não o for e houver decisão a ela atinente, estará fora dos limites da convenção de arbitragem. A ordem pública, portanto, sempre será causa de nulidade da sentença arbitral (Lei de Arbitragem, art. 32, I e IV)”. José Augusto Fontoura Costa e Rafaela Lacorte Vitale Pimenta. *Ordem pública na Lei n. 9.307/96*, p. 205-206.

pondera que o correto é considerar que se trata de anulabilidade, pois, até que seja cassada ou anulada, a decisão arbitral produzirá seus efeitos, circunstância própria dos atos anuláveis, e não dos atos nulos. A ação que visa a atacar a sentença arbitral é, portanto, constitutiva negativa, com efeitos *ex nunc*.¹²⁷

De outro lado, se contra a sentença judicial há a previsão da ação rescisória, como forma de desconstituir a coisa julgada que sobre ela se formou, no plano da sentença arbitral, só se pode cogitar da ação anulatória prevista no artigo 33, não se podendo falar de aplicação conjunta ou subsidiária das hipóteses da ação rescisória à lei de arbitragem.¹²⁸

A doutrina também esclarece que o prazo de 90 dias referido no artigo 33 é decadencial, e não meramente prescricional. Como decadência que é, implica a perda do direito de impugnar a decisão, por todos os fundamentos ali previstos. A exceção é dada pelo próprio artigo 33, § 3.º, que autoriza a tentativa de anulação da sentença arbitral mediante Impugnação ao Cumprimento da Sentença, nas hipóteses do artigo 475-L do CPC. De toda forma, são hipóteses bem mais restritas do que as trazidas no artigo 32, as quais não podem, em qualquer hipótese, ser deduzidas após o prazo de 90 dias.

Ao devedor abrem-se então duas alternativas. A primeira, de propor ação anulatória da sentença arbitral, no prazo decadencial de 90 dias, arguindo as matérias trazidas no artigo 32. A segunda, de opor como matéria de defesa em eventual execução da sentença arbitral as matérias do artigo 475-L do CPC. Se a execução tiver início imediatamente após a prolação da sentença arbitral e a Impugnação ao Cumprimento da Sentença puder ser apresentada dentro dos 90 dias, então nesta hipótese o devedor poderá cumular as alegações do artigo 32 e do artigo 475-L do CPC. Passado aquele prazo, não mais se poderá discutir

¹²⁷ “De fato, enquanto não manejada, com sucesso, a demanda de que trata o artigo 33, permanece íntegra a decisão arbitral, sendo certo que, decorrido o estreito prazo decadencial de 90 dias para o ataque ao laudo defeituoso, não há mais como impugná-lo (exceção feita aos laudos condenatórios, eis que reservada ao executado a possibilidade de oposição de defesa de que trata o art. 475-L do Código de Processo Civil.” Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 398-399.

¹²⁸ Nesse sentido, Flávio Yarshell explica que o controle judicial da sentença arbitral deve se dar pela ação anulatória (ou embargos ao devedor) prevista no artigo 33 da LA, e jamais pela ação rescisória de que trata o artigo 485 do Código de Processo Civil, pois a regra especial deve prevalecer sobre a geral, devendo ser entendida a disciplina da ação rescisória como tal. A prova disso é o próprio prazo que se aplica para a demanda de nulidade, que é o decadencial de 90 dias e não o de dois anos do artigo 485 do CPC, também decadencial. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória, p. 96.

qualquer alegação contida na lei de arbitragem, pois esta é a interpretação adequada ao próprio espírito da lei e à tentativa de conferir grande carga de eficácia à sentença arbitral.

Por esta mesma razão, equivocada a doutrina que considera possíveis outros mecanismos de ataque à arbitragem, inclusive no seu curso (por exemplo, ação de nulidade de compromisso ou cláusula compromissória), pois o sistema da lei impõe que todos os defeitos, seja do procedimento, sejam da própria sentença, sejam objeto de um único ataque concentrado, pela via da ação de anulação do artigo 32.¹²⁹

São oito as hipóteses de anulação da sentença arbitral, adiante resumidas: (i) se for nulo o compromisso, (ii) proferida por quem não podia ser árbitro, (iii) proferida sem os requisitos do artigo 26 da Lei (que por sua vez trata dos requisitos da sentença arbitral, que são o relatório, a fundamentação, o dispositivo, e a data e local em que foi dada).

Também é anulável (iv) a sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, (v) a que não decidir todo litígio submetido à arbitragem, (vi) ou aquela comprovadamente proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva. As duas últimas hipóteses são as de (vii) desrespeito ao prazo estipulado para o julgamento e (viii) desrespeito aos princípios processuais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.¹³⁰

¹²⁹ Marcus Vinicius Tenório da Costa Fernandes admite a propositura de ação declaratória de nulidade para que o Poder Judiciário analise as peculiaridades de cada caso e impeça a instauração do procedimento arbitral. “Se essa situação puder ser atacada antes da prolação da sentença arbitral, como é o caso (*do art. 32, I, da Lei de Arbitragem*), não há razão para que se guarde a prática de tal ato processual”. *Anulação da sentença arbitral*, p. 61. No sentido do texto, Carreira Alvim observa que: “Esses casos (do art. 32) são taxativos, não sendo facultado às partes ampliá-los além dos limites legais, como não podem também prever formas de impugnação de sentença, em sede judicial, além da ação de nulidade prevista pela própria lei (art. 33, LA)”. *Tratado geral da arbitragem*, p. 474.

¹³⁰ Das situações do artigo 32 e em especial do seu artigo 33, § 2.º, decorre que a anulação da sentença arbitral gera duas possíveis consequências. A primeira delas, em que o vício é de tal natureza que impõe a eliminação da decisão, sem sua substituição ou complementação por outra. Ocorre a decretação total da nulidade da sentença e, em decorrência, do processo arbitral como um todo. Esta decisão remeterá as partes a uma futura ação judicial, para submeter o mesmo conflito perante o Poder Judiciário. São as situações que implicam em nulidade da convenção de arbitragem ou do seu procedimento. Diferente ordem de consequências advirá se a anulação se der pelas demais hipóteses do artigo 32, quando então o órgão jurisdicional apenas anula a parte indispensável da sentença arbitral (naquilo que excedeu a convenção arbitral ou que deixou de decidir integralmente o litígio, por exemplo) e remete ao Tribunal arbitral para que complete sua tarefa, se for o caso.

Questão que se debate na doutrina é a de saber se cabe a anulação da sentença por outras hipóteses, não tipificadas na lei, mas que, acaso verificadas, poderiam igualmente justificar este enquadramento na cláusula mais geral de violação à ordem pública.

A maior parte da doutrina considera que o rol do artigo 32 é taxativo, não pode ser ampliado pelas partes. É de Ricardo Ramalho Almeida a ponderação de que “notadamente, inexistente qualquer dispositivo, específico ou geral, que diga respeito à *ordem pública material*, isto é, a questões relacionadas ao mérito da causa”. Não obstante, mesmo que se considere que ampliar as hipóteses violaria a própria lei de arbitragem, o autor sustenta que em casos excepcionalíssimos deve-se admitir tal extensão, em vista dos princípios de acesso à justiça e de ampla defesa, entre outras garantias constitucionais relacionadas ao processo. Tal interpretação, “embora *contra legem*, é mais conforme a Constituição”, e em qualquer caso, o controle jurisdicional deve ser sempre muito excepcional e rarefeito.¹³¹

De toda forma, na casuística forense o que se observa é a tentativa de revisão das sentenças arbitrais pelo enquadramento da situação concreta em algumas das hipóteses já contempladas na lei. Como os incisos do artigo 32 comportam preceitos com certo grau de generalidade, as tentativas de anulação têm-se valido do direito positivo, sem recorrer à alegação de violação a preceitos de ordem pública que não tenham reflexo na própria lei.

E isto se dá, em grande medida, porque, em maior ou menor grau, todas as hipóteses do artigo 32 têm alguma relação com a ordem pública, ou seja, em todas as hipóteses que autorizam a anulação da sentença arbitral pode-se identificar o elemento comum da proteção à violação da ordem pública.¹³² Mesmo nas situações em que nenhum

Em nenhum caso, o Judiciário toma para si, por força da própria ação anulatória, a função de julgar o caso. Exerce, portanto, apenas um juízo rescindente da sentença arbitral, sem substituí-lo.

¹³¹ Ricardo Ramalho Almeida então complementa seu pensamento, sugerindo possíveis limites ou contornos para que esta revisão possa ser feita: (i) a decisão for juridicamente intolerável, (ii) preceitos de ordem pública tenham sido invocados, e decididos pelo árbitro, fundamentando a decisão ‘de forma irracional e ilógica’ ou de forma deficiente. No primeiro caso, padecendo do mínimo de juridicidade, a sentença arbitral poderia ser impugnada por seu resultado ser totalmente indesejável para a sociedade, indo frontalmente de encontro com princípios fundamentais do ordenamento jurídico ou questões de ordem pública. No segundo caso, o árbitro faltou com seu dever de fundamentação, emitiu seu voto com desídia. Permite-se, assim, um possível enquadramento no inciso III do art. 32 da Lei de Arbitragem, por vício na explicitação dos fundamentos da decisão. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública, p. 267.

¹³² Ver a respeito, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 411-418.

vício de ordem formal ocorreu, e que o objetivo não declarado é a mera revisão da decisão em seu conteúdo, as alegações das partes quase sempre se vinculam à suposta violação dos princípios processuais, ou inexistência de compromisso arbitral capaz de subtrair o exame daquela questão ao Poder Judiciário.

Neste tema, a jurisprudência brasileira tem dado mostras de perfeita sintonia com o objetivo de preservação da sentença arbitral, do favorecimento e prestígio a este método de solução de conflitos, redundando em improcedência a maior parte dos pedidos anulatórios.¹³³

Há, de um lado, a percepção da necessidade de favorecimento da arbitragem, a partir de interpretação um tanto restritiva quanto ao enquadramento das situações concretas nas exceções da lei ou na cláusula geral de observância da ordem pública. De outro lado, impõe-se a anulação das decisões que, por exemplo, envolvam litígio que não foi efetivamente submetido a este método de solução de conflitos, ou de decisão que, não obstante a validade do compromisso arbitral, tenha abrangido tópicos não incluídos naquele compromisso, ou ainda que tenha infringido princípios processuais extremamente sensíveis do ordenamento, entre outras situações. A violação à ordem pública é justamente o princípio mais geral que justifica o controle jurisdicional que se exerce sobre a sentença arbitral.

Na doutrina alemã também se reconhece que determinados motivos para a anulação de sentenças arbitrais nacionais e para a recusa à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, não obstante sua aparente gravidade e pertinência com a ordem pública, só podem ser reconhecidos se a parte os invoca. Contudo, reconhece-se, de uma forma geral, a invocação do princípio da ordem pública processual se há a violação a princípios processuais fundamentais, como do tratamento desigual das partes ou falta de imparcialidade do órgão arbitral, o que pode conduzir à recusa na homologação “independent of a party’s action”.¹³⁴

¹³³ Vide decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento 1106247-0/0, j. 24.04.2007, 27.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar. O acórdão analisou e rejeitou a alegação de violação ao devido processo legal (cerceamento de defesa por indeferimento de prova pericial).

¹³⁴ Karl-Heinz Bockstiegel. “In this context, public policy remains one of the last resorts to protect what is considered by states as their specific national sacrosanct taboos and interests. Though public policy is used less and less in practice as barring recognition and enforcement of arbitral awards, the many concepts and

3.4 Arbitragem internacional: A violação à ordem pública como motivo para negar a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras

A disciplina legal para o reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil decorre tanto da Lei de Arbitragem, editada em 1996, como do Decreto 4.311, de 23.07.2002, que ratificou a adesão do Estado Brasileiro à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de sentenças Arbitrais Estrangeiras, de Nova Iorque, de 10.06.1958.¹³⁵

Em linhas gerais, as regras do artigo 39 da lei brasileira são substancialmente equivalentes às hipóteses do artigo V, 1, da CNY, e esta coincidência não se deu por acaso. Na realidade, o legislador pátrio optou por adicionar à lei brasileira a mesma sistemática da Convenção de Nova Iorque, tornando sua aplicação certa desde logo, independentemente da futura e incerta ratificação daquele tratado pelo ordenamento brasileiro.

Além de servir de inspiração para o diploma brasileiro, a Convenção de Nova Iorque, que completou 50 anos em 2008, é também a origem de inúmeros outros dispositivos

interpretations still found in practice and legal writings produce an unwarranted insecurity and lack of predictability.” Public policy as a limit to arbitration and its enforcement, p. 169 e 173.

- ¹³⁵ 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: (a) as partes a que se refere o artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou (b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou (c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão a arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contando que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida ou executada, ou (d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento não se deu em conformidade com o acordado entre as partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou (e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.
2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país no qual se pretende o reconhecimento e execução constatar que (a) segundo a lei daquele país, o objeto de divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou (b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública naquele país.

legais, em diversos países.¹³⁶ Na Itália, por exemplo, o reconhecimento e execução de laudos estrangeiros serão recusados, mesmo de ofício, nas mesmas situações que no Brasil, caso (i) *la controversia non potesse formare oggetto di compromesso secondo la legge italiana*, e (ii) *Il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico* (CPC italiano, artigo 839).¹³⁷⁻¹³⁸

Também quanto às sentenças estrangeiras as hipóteses de anulação são taxativas e não exemplificativas, *numerus clausus*.¹³⁹ Para Pedro Batista Martins, a corte local não pode entrar no mérito da decisão arbitral estrangeira, já transitada em julgado. “Sua análise está, rigorosamente, adstrita às questões formais que a lei autoriza o réu alegar ou à corte judicial, de ofício, abordar. Nem mais, nem menos”.¹⁴⁰

E de um modo geral é esta a posição majoritária na doutrina, de conferir ao citado dispositivo interpretação sempre restritiva. Tal elenco constitui a garantia mínima e a exigência máxima de requisitos a serem verificados. Garantia mínima, porque o Superior Tribunal de Justiça deve analisar se nenhum deles está presente, para concluir pela possibilidade de homologação da sentença arbitral estrangeira. Exigência máxima, porque verificada a ausência de infração a estes dispositivos (devidamente alegados pela parte interessada, no caso do artigo 38, e mesmo de ofício, nas hipóteses do artigo 39), ao Superior

¹³⁶ Paulo Borba Casella afirma, com acerto, que a Convenção de Nova Iorque é uma das mais bem sucedidas experiências de uniformização jurídica pela via convencional, tendo já sido ratificada por 139 países. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada, p. 208, coautoria com Daniel Gruenbaum.

¹³⁷ Contudo, diversos países não adotam a sistemática da CNY. “Há países que sequer aceitam a eficácia de sentenças estrangeiras, fundamentadas no princípio da territorialidade, exigindo que seja proposta uma nova lide no país para que o Estado se pronuncie sobre a questão e lhe confira efetividade. Países como Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca desconhecem completamente a homologação, recusando-a total, formal e materialmente, considerando a sentença estrangeira como um simples fato.” Fernanda Lucas Bessa, A homologação de sentenças estrangeiras e o caráter paradoxal das normas de DIP, p. 79.

¹³⁸ Sobre a arbitragem no direito italiano, em especial o procedimento para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, ver Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 791-792, e Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, p. 146-155.

¹³⁹ Arnoldo Wald e Valéria Galíndez, Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não-assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória, p. 242.

¹⁴⁰ Pedro A. Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 382.

Tribunal de Justiça somente é dado homologar a referida decisão, sem perquirir outros motivos, além daqueles expressamente ali previstos.¹⁴¹

E de fato, há vários precedentes dos Tribunais Superiores que reafirmam a impossibilidade de examinar o mérito das decisões proferidas por autoridade estrangeira (estatal ou arbitral).¹⁴²

3.4.1 Distinção entre ordem pública nacional e internacional

No contexto do direito internacional privado, e ao se cogitar do instituto da ordem pública como causa para possível recusa à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, não se pode olvidar da distinção, feita em doutrina, entre os conceitos de ordem pública interna e ordem pública internacional.

A ordem pública interna tem aplicação nas relações desenvolvidas dentro do próprio Estado, sujeitas à sua exclusiva jurisdição. Aplica-se a um sem-número de situações, a generalidade das pessoas e relações jurídicas, que contratam, vendem, compram e praticam atos dentro do próprio país, com partes contrárias igualmente domiciliadas no Brasil, para que produzam efeitos e sejam executados sob a égide apenas e tão somente da legislação nacional. Deste prisma o núcleo que compõe a ordem pública brasileira será necessariamente mais amplo do que aquele abrangido pelas relações internacionais das quais o Brasil faça parte.

Segundo Carlos Alberto Carmona,

¹⁴¹ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 126. Sobre o tema, ver também Danilo Knijnik. Reconhecimento da sentença estrangeira e tutela da ordem pública processual pelo juiz do foro, ou verificação, pelo Superior Tribunal de Justiça, do “modo de ser” do processo estrangeiro, p. 64-75.

¹⁴² Na Sentença Contestada Estrangeira – SEC 611, j. 23.11.2006 e relatada pelo Ministro João Otávio de Noronha, foram afastadas alegações supostamente formais, mas que pretendiam rever o mérito. Na SEC 760, julgada em 19.06.2006, relatada pelo Ministro Felix Fischer, afirmou-se que o controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento. No Supremo Tribunal Federal, os precedentes sobre a impossibilidade de exame do mérito não se restringem às sentenças arbitrais, mas a qualquer sentença estrangeira. Ver, a propósito, a SEC 5778/EUA, relatada pelo Ministro Celso de Mello, e publicada na *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 5, p. 184.

[...] a ordem pública internacional funciona como verdadeiro filtro de leis, sentenças (arbitrais ou estatais) e atos em geral que devam ter eficácia no território nacional, impedindo tal eficácia quando ameaçados relevantes valores de justiça e de moral.¹⁴³

Para que uma sentença arbitral estrangeira possa ser homologada no Brasil é preciso verificar se ela não ofende preceitos de ordem pública que o Brasil estabelece em suas relações internacionais. Não se deve examinar a questão sob a ótica das normas cogentes que o País adote em suas relações internas, pois estas serão necessariamente mais amplas e abrangentes.

No direito estrangeiro, tal distinção tem igual aplicação. Assim, segundo informa André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, na Alemanha os tribunais consideram que nem toda violação a normas imperativas do direito nacional justificam a negativa em homologar sentenças estrangeiras, o mesmo se aplicando à Suíça e aos Estados Unidos.¹⁴⁴

Na realidade, a Convenção de Nova Iorque é a origem de tais dispositivos, que se encontram nos diversos países signatários, pois seu artigo V, II, “b”, claramente prevê que devem ser observados os preceitos de ordem pública do Estado *ad quem*, referindo-se ao que a doutrina convencionou chamar de ordem pública internacional, em contraposição à ordem pública interna.

Nesta perspectiva, por ordem pública internacional não se deve entender preceitos de direito internacional ou valores de justiça e moral que sejam compartilhados pelas nações (conceito que vem referido na doutrina como ordem pública transnacional, ou verdadeiramente internacional), mas apenas o conjunto de valores e preceitos fundamentais que um determinado país adote em suas relações internacionais.¹⁴⁵ Por isso é que devemos

¹⁴³ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 80.

¹⁴⁴ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 207.

¹⁴⁵ Para Carmem Tibúrcio, “a ordem pública tem um âmbito de aplicação decrescente, com uma atuação maior na esfera doméstica e mais restrita quando se cuida da aplicação da lei estrangeira, sendo que na hipótese de aplicação indireta da lei estrangeira, de que é espécie a homologação de sentença estrangeira, há uma restrição ainda maior. Nessa última hipótese, a regra será o respeito a situações já validamente constituídas no exterior. A ordem pública imporá o não-reconhecimento da decisão estrangeira apenas em circunstâncias extremas, quando princípios fundamentais do foro em que se pretende executar a decisão venham a ser gravemente violados”. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras, p. 211.

falar em ordem pública internacional brasileira, como o requisito a ser verificado pelo Superior Tribunal de Justiça no contexto da objeção existente no artigo 39, II, da Lei de Arbitragem.

Este conceito, como visto, é necessariamente mais restrito do que a ordem pública nacional, e o princípio mais geral de favorecimento da arbitragem impõe que seja ele o sentido a ser adotado no contexto do reconhecimento das sentenças estrangeiras. Se para verificar a conformação de negócios jurídicos internacionais à ordem pública se considerar necessária a adequação daquele negócio (e da arbitragem a ela relativa) a preceitos domésticos, a conclusão inexorável é de que muitos dos julgamentos proferidos nesta sede acabarão por ser invalidados, por excessivo rigor na sua verificação.

O objetivo deve ser justamente o contrário, o de restringir o alcance desta verificação aos limites estritamente necessários, a fim de evitar fraudes e o predomínio de soluções jurídicas que sejam francamente contrárias ao núcleo essencial de dispositivos legais que o Estado brasileiro pretenda preservar neste contexto de relações internacionais. Por isso é que o artigo 39, II, da Lei de Arbitragem “deve ser interpretado à luz da sua norma inspiradora, o artigo V, II, ‘b’ da Convenção de Nova Iorque, redigido em termos idênticos (*public policy of that country*)”.¹⁴⁶

Na mesma linha de raciocínio, encontram-se numerosas outras manifestações, todas preocupadas com os efeitos colaterais que uma concepção muito ampla deste controle da ordem pública poderia causar ao próprio instituto da arbitragem. Aliás, se a ordem pública é um fenômeno que se contrapõe e serve de freio para a autonomia da vontade, e se a arbitragem tem como sua característica fundamental justamente a potencialização desta idéia, bem se vê que, quanto mais temas forem considerados como inerentes à ordem pública, mais limitado estará o campo da arbitragem.

Por isso é que se sustenta uma interpretação restritiva sobre o que se deve entender por matérias protegidas pela ordem pública, para que, em contraposição, se amplie a

¹⁴⁶ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 209.

interpretação das matérias submetidas a esta autonomia da vontade, resultando desta equação o pleno desenvolvimento da arbitragem.

E se este fenômeno se aplica no contexto da arbitragem nacional, em que a ordem pública interna apresenta espectro bem mais amplo, para limitar a escolha das partes quanto à legislação aplicável ao caso concreto, com ainda maior razão esta perspectiva limitativa deve ser adotada no exame da ordem pública internacional, que representa um rol de matérias bem mais restrito.

Como afirma Pedro Batista Martins,

[...] quer dizer que, se na formulação da lei aplicável às regras de conflito de lei somente devem afastar a lei de escolha das partes se esta for frontalmente colidente com as normas fundamentais do foro, e não, simplesmente, distintas, com muito maior rigor há de se impor restrição mais ampla à ordem pública no momento do pedido de reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira.¹⁴⁷

Tratando-se de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras – arbitrais ou não – o controle do país *ad quem* deve ser mais limitado, porque sua atividade envolve, de um lado, o respeito às regras de comércio internacional (que podem e em geral são diferentes das regras internas de cada país), respeito a uma decisão de natureza jurisdicional transitada em julgado (proferida por órgão jurisdicional ou ente privado, como na arbitragem). De outro lado, envolve o controle que se deve exercer para que o resultado desta decisão não implique a violação a preceitos fundamentais do ordenamento jurídico do país.¹⁴⁸

¹⁴⁷ O autor exemplifica com restrições à ordem pública impostas por decisões envolvendo o FMI, com o afastamento expresso de normas de ordem pública, como interesses cambiários do país contratante, em prol do “interesse do concerto das nações na estabilidade das relações financeiras globais”. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 400.

¹⁴⁸ Luis Antonio Gama e Silva, adotando raciocínio semelhante ao de Goffredo Silva Teles, considera que “ordem pública quer dizer harmonia, boa disposição das coisas, para alcançar um bem geral”. Este bem geral é o que reflete interesses superiores da sociedade, decorrente de seus elementos constitutivos da sua organização jurídica, social, econômica, moral e religiosa. Assim, Gama e Silva acaba por definir ordem pública como “o conjunto de direitos, de caráter privado, cuja obediência o Estado impõe, para que haja harmonia entre o Estado e os indivíduos, e destes entre si, em salvaguarda de interesses substanciais da sociedade”. *A ordem pública em direito internacional privado*, p. 168-169.

No entanto, cuidando-se de relações internacionais, em que vige o princípio da igualdade, da cooperação entre os povos e do respeito mútuo entre as nações, não se pode de fato pretender que as mesmíssimas regras e cautelas sejam adotadas, em comparação a uma decisão doméstica, integralmente regulada pela legislação brasileira.

A objeção da ordem pública nas sentenças arbitrais estrangeiras deve, assim, se voltar à realidade internacional do comércio e das relações jurídicas, e não às particularidades do Estado em que se buscam a homologação e a execução daquela decisão, medida que se impõe até mesmo para que este procedimento não termine por prestar desserviço à arbitragem internacional e se tornar um fator de denegação de justiça.¹⁴⁹

Conclui-se, portanto, que a ordem pública internacional de um país é necessariamente mais tolerante que a sua ordem pública interna, sendo aquela somente manejável em situações mais drásticas, em que haja manifesto risco de afronta aos valores consagrados e protegidos pela Constituição.¹⁵⁰ Exemplos clássicos são o de sentenças que reconheçam efeitos aos institutos da escravidão, servidão, morte civil, poligamia, leis que permitam discriminação racial, ou ainda, processo sem citação regular, violação ao devido processo legal e falta de motivação da decisão.

A se demonstrar que o sistema brasileiro efetivamente admite esta noção de ordem pública internacional, vale mencionar o precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o sistema do júri civil, adotado pelo ordenamento americano, não fere o princípio de ordem pública no Brasil (SEC 4415, j. 11.12.1996, Rel. Min. Francisco Resek). Nesta mesma ordem de ideias, já se decidiu pela homologação de sentença condenatória estrangeira baseada em dívida de jogo, posto que não obstante a vedação do sistema brasileiro, a dívida foi contraída em país onde os jogos de azar são permitidos. O aspecto da

¹⁴⁹ Esta aplicação restritiva da ordem pública internacional foi definida por Priscila Knoll Aymone como a “violação manifesta de uma regra de direito considerada essencial ou de um princípio fundamental, respeitando as relações cada vez mais internacionais, ligadas a diferentes ordens jurídicas de diversos Estados, sem relevar os valores de uma sobre as demais, de modo a impor-lhes suas próprias regras”. Complementa a autora afirmando que “a violação à ordem pública não pode coincidir com o não atendimento a qualquer norma cogente do foro (lois de Police), mas deve ser uma violação manifesta, flagrante, efetiva, concreta, ou ainda uma ‘ilicitude que salte aos olhos’”, *Jurisprudência comentada*, SEC 874 do STJ, p. 225.

¹⁵⁰ Ver ainda, Jacob Dolinger, *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*.

boa-fé e a vedação de se beneficiar da própria torpeza foram determinantes para a homologação desta decisão.¹⁵¹

O universo de controle que se deve fazer a respeito de decisões estrangeiras não pode ser tal que negue a eficácia de decisões proferidas em processo judicial absolutamente diverso do sistema doméstico, pois isto equivaleria a pretender impor o modelo de organização judiciária e a técnica processual brasileira a uma sentença de outro país, o que não é admissível nem desejável, sob o suposto argumento de controle da ordem pública.

3.4.2 A homologação das sentenças arbitrais estrangeiras perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça

Estabelecida a premissa do reconhecimento das matérias de ordem pública em caráter apenas excepcional, como método para o seu correto dimensionamento, bem como a adoção do conceito mais restrito da ordem pública internacional, em relação às arbitragens internacionais, cumpre agora analisar qual tem sido a postura adotada pelas Cortes Superiores brasileiras a este respeito.

Até a Emenda Constitucional 45, a competência para o reconhecimento de sentenças estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal, que por breve período de tempo efetivamente examinou as sentenças arbitrais estrangeiras. A partir de 2004 a competência foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual serão analisadas decisões dos dois Tribunais.

De um modo geral, há raros casos em que sentenças arbitrais estrangeiras deixaram de ser homologadas por violação à ordem pública, especialmente sob argumentos fáticos que não pudessem, de uma forma ou de outra, ser extraídos de algumas das hipóteses do artigo 38 da LA. Nas poucas situações em que se reconheceu potencial violação à ordem pública nacional (em sua perspectiva internacional, frise-se), uma das situações indicadas

¹⁵¹ Carta Rogatória. Citação. Cobrança. Dívida. Jogo. Exterior. *Exequatur*. Possibilidade. Não afronta a soberania nacional ou a ordem pública a concessão de *exequatur* para citar alguém no Brasil a fim de que se defenda em ação de cobrança de dívida de jogo contraído em Estado estrangeiro no qual tal pretensão é lícita. AgRg na CR 3.198-US, j. 30.06.2008.

neste artigo foi constatada, com especial ênfase para alegações relacionadas a defeitos na eleição da arbitragem como método de solução de litígios, ou indicação precisa de um órgão jurisdicional, bem como por defeitos na fundamentação da decisão que se pretendia homologar.

Em todas estas situações, o vício formal reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça tinha previsão legal expressa, não sendo necessário invocar a cláusula geral do artigo 39, II, como único dispositivo a amparar a pretensão da parte.

Especificamente em relação a vícios que podem ser considerados como de “invalidade objetiva da convenção de arbitragem”, vale referir o procedimento da Sentença Estrangeira Contestada – SEC 967, julgado em 15.02.2006. O Superior Tribunal de Justiça negou a homologação de uma sentença arbitral estrangeira por não ter ficado provado que a parte havia aderido à convenção de arbitragem, aspecto que configura matéria de ordem pública, “porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem”.

A empresa requerida se defendeu ponderando que não escolheu a Câmara Arbitral em questão, sendo ela incompetente para o julgamento do litígio, de forma que a sentença arbitral violara o princípio da autonomia da vontade e em consequência ofendera a ordem pública nacional. Na decisão, relatada pelo Ministro José Delgado, levaram-se em consideração a excepcionalidade e a importância da renúncia à via estatal, que impõe a clara demonstração da vontade dos contratantes, ainda que dispensando rigores e formalidades excessivas.¹⁵²

¹⁵² Diz ainda o acórdão: “Em que pese não se exija, ao menos segundo a lei nacional, uma forma solene para a cláusula compromissória, é essencial que o ajuste, além de escrito, surja de uma comunhão de vontades. Admite-se, é certo, sua convenção mediante troca de correspondência, telegrama, fac-símile, ou outro modo exposto qualquer, desde que, conforme assevera Carreira Alvim, comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra”.

Naquele caso concreto, pesou o fato de a empresa requerida ter alegado a sua incompetência em todas as oportunidades que compareceu ao juízo arbitral. Foi reconhecida a violação a um preceito fundamental da ordem pública nacional, que é a validade da convenção de arbitragem. Na SEC 866, julgada em 17.05.2006, relatada pelo Ministro Felix Fischer, considerou-se que “a decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência da convenção de arbitragem”. Também neste caso concreto, a empresa requerida alegou a incompetência da corte arbitral na primeira oportunidade que teve.

Mas apenas para que se ilustre como uma questão de ordem pública pode ser afastada na própria decisão arbitral (item 3.2), basta pensar na hipótese em que a parte, durante o processo arbitral, não se insurge quanto à validade da convenção, apresenta defesa, e posteriormente se volta contra o vício formal da falta de assinatura. Neste exemplo, a validade da convenção de arbitragem, clara matéria de ordem pública, será analisada e afastada pelos árbitros, sob o argumento de que é vedado às partes efetuarem este tipo de reserva mental, ou violarem o princípio geral do *venire contra factum proprium*.

Adotando as mesmas premissas, na SEC 856, julgada em 18.05.2005 e relatada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido de homologação, pois a parte que se insurgia contra a decisão arbitral havia participado do processo, deduzido defesa etc., sem impugnar em nenhum momento a existência de cláusula compromissória.

A decisão constata que

[...] se a empresa tomou conhecimento da instauração do juízo arbitral e se manifestou sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar o juízo em si, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação. Não se pode negar que houve o reconhecimento da cláusula arbitral.

Em seus comentários a esta decisão, que veio a ser o primeiro caso de homologação de sentença arbitral estrangeira julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, Arnoldo Wald lembra ainda que o artigo 20 da LA estabelece um momento preclusivo para a alegação de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, fato que também

impediria a aceitação deste argumento apenas em sede de homologação da sentença estrangeira.¹⁵³

Mais recentemente, na SEC 978, o Superior Tribunal de Justiça negou a homologação, pois

[...] impossibilita a homologação da sentença arbitral estrangeira a ausência de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida em contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação de árbitro em nome da ora requerida, porquanto isso ofende o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública (artigo 4.º, § 2.º, da Lei n. 9.307/1996).¹⁵⁴

Outra hipótese concreta que merece comentário diz respeito à violação ao devido processo legal e ao contraditório. A despeito de ser hipótese prevista no artigo 38, III, e portanto depender de alegação da parte, é fora de dúvida que, dada a gravidade que a violação ao devido processo legal assume perante a ordem pública brasileira, tal fator de invalidação do laudo estrangeiro pode também ser reconhecido de ofício, pelo artigo 39, II, de que ora se cuida.

Na casuística do Superior Tribunal de Justiça, encontram-se situações em que se discutiu a ausência de notificação à parte sobre o início do processo arbitral.

Na SEC 887, julgada em 03.04.2006 e relatada pelo Ministro João Otávio de Noronha, o demandado alegou que o processo correria à sua revelia, mas o tribunal considerou que cabia a ele provar tal alegação. Como o demandado não provou que a revelia decorreu de não ter sido devidamente comunicado da instauração do procedimento arbitral, o tribunal deferiu o pedido de homologação. Concluiu o tribunal que se a revelia decorreu de não comparecimento espontâneo do requerido, nenhuma ofensa à ordem pública houve, nem ao inciso III do artigo 38.

¹⁵³ A decisão em si não refere expressamente, mas a doutrina de Arnaldo Wald comenta o prestígio ao princípio da boa-fé, base e mola propulsora que rege as negociações internacionais, de forma que não pode uma parte acatar a arbitragem na fase negocial e depois pretender se furtar a ela, porque a decisão de mérito lhe foi desfavorável. Homologação de sentença arbitral estrangeira. SEC 802, Jurisprudência comentada, p. 210.

¹⁵⁴ Sentença Estrangeira Contestada – SEC 978-GB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.12.2008.

A respeito deste ônus da prova que o artigo 38 impõe ao réu, na medida em que são exceções que competem ao réu alegar (e conseqüentemente provar), Carlos Alberto Carmona ensina que se o réu não recebeu nenhuma notificação, o ônus da prova se transfere ao autor. De outro lado, se a negativa do réu se refere a alguma circunstância de tempo e de lugar (e não se trata, portanto, de uma “negativa indefinida”), é do próprio réu o ônus de provar não ter havido aquela intimação específica.¹⁵⁵

Há um segundo precedente sobre a regularidade da citação do processo arbitral. Na SEC 874, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça em 19.04.2006 e relatada pelo Ministro Francisco Falcão, foi rejeitada a alegação de que a revelia configura ofensa à ordem pública nacional, pois dos documentos apresentados restou provado que a parte havia recebido várias intimações.

Não prevaleceu a alegação de violação à ordem pública pelo fato de a citação da parte não ter sido realizada por carta rogatória. Aliás, a advertência da doutrina no sentido de que o respeito ao devido processo legal não deve ser entendido como a observância de regras processuais locais é de todo apropriada, pois, de fato, o princípio que se deve respeitar é o do devido processo legal, segundo seus *standards* universais, sem considerar “os particularismos processuais da ordem jurídica interna, sobre o modo, o tempo e a forma dos atos do procedimento aqui sediados”.¹⁵⁶

Decisão neste mesmo sentido foi proferida na SEC 3660-GB, relatada pelo Ministro Arnaldo Esteves de Lima e julgada em 28.05.2009. Foi homologada a sentença arbitral, não obstante a falta de citação pela via da carta rogatória, “ante a comprovação de que o requerido foi comunicado acerca do início do procedimento de arbitragem, bem como dos atos ali realizados, tanto por meio das empresas de serviços de *courier*, como também via correio eletrônico e fax”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 471.

¹⁵⁶ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 148.

¹⁵⁷ No mesmo sentido, a SEC 3661-GB, relatada pelo Min. Paulo Gallotti e julgada também em 28.05.2009, assim ementada: Sentença estrangeira. Pedido de homologação. Nulidade da citação no procedimento arbitral. Inexistência. Art. 39, parágrafo único, da Lei n.º 9.307/1996. 1. Comprovado que o requerido foi

Contudo, o requisito da citação da parte no Brasil apenas pela via da carta rogatória foi e permanece sendo exigido, em relação à homologação de sentenças judiciais estrangeiras, na esteira dos precedentes criados pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁵⁸ A Lei de Arbitragem resolveu este problema, e, como afirma Selma Lemes, “agrega disposição que contribui com a cooperação e com o tráfego jurídico internacionais”, expressamente excluindo a exigência de citação por carta rogatória, preservando a finalidade da citação, que é a de assegurar o efetivo direito de defesa, independentemente da sua forma.¹⁵⁹

Aliás, este dispositivo em questão ilustra o que se disse anteriormente, no capítulo introdutório, pois a ordem pública internacional brasileira, especificamente no que tange à arbitragem, não considera indispensável a citação por carta rogatória, enquanto este mesmo requisito é tido por indispensável para os processos estatais, para os quais não há norma expressa dispensando a formalidade. Há diferentes níveis de exigência demonstrando que, de fato, a ordem pública internacional pode ser graficamente representada como um círculo menor, contido em círculo maior, representativo da ordem pública nacional, na feliz ilustração de Ricardo Ramalho Almeida.¹⁶⁰

Ainda sobre o devido processo legal, a ressalva que obrigatoriamente deve ser feita envolve o requisito da fundamentação das decisões, pois, quanto a ele, formou-se firme

devidamente comunicado de todos os atos do procedimento arbitral, tendo a requerente, inclusive, trazido aos autos os recibos fornecidos pela empresa encarregada da postagem, não há que se falar em nulidade da citação. 2. Presentes os requisitos indispensáveis à convalidação da sentença estrangeira, não havendo ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, deve ser deferido o pedido de homologação. 3. Sentença estrangeira homologada.

¹⁵⁸ O caso objeto da SEC 883 é, neste sentido, curioso. Tratou-se de procedimento arbitral realizado nos Estados Unidos. Apesar de não ser mais necessário, a parte submeteu a sentença arbitral à homologação judicial no país de origem. Assim, o requisito da citação válida por carta rogatória foi exigido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual acabou negando a homologação daquela sentença. Comentando o acórdão, Thiago Marinho Nunes invoca outros casos em que a alegação de defeitos na citação não foi considerada pelo Tribunal como causa para negar a homologação da decisão arbitral. As peculiaridades deste caso justificaram decisão em sentido diverso, reconhecendo-se que o Superior Tribunal de Justiça é rigoroso no que tange a certas formalidades que, não cumpridas, impedem a homologação. Contudo, não infirmam a tendência jurisprudencial de favorecer a arbitragem e impor interpretação restrita às alegações de violação à ordem pública nacional. Homologação de sentença estrangeira, citação por carta rogatória e princípio do contraditório, p. 111-147.

¹⁵⁹ Selma Maria Ferreira Lemes, Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação, p. 196.

¹⁶⁰ Ricardo Ramalho Almeida. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, p. 25.

precedente já no Supremo Tribunal Federal, inadmitindo sentenças pouco ou nada fundamentadas, ainda que isto fosse autorizado pelo país que proferiu aquela decisão.

Sob uma perspectiva puramente teórica, o dever de motivação deveria ser considerado um aspecto não tão essencial ao devido processo legal sob esta perspectiva da ordem pública internacional, aceitando-se com maior facilidade as circunstâncias próprias dos outros ordenamentos, que porventura sejam menos rigorosos quanto a esta exigência. Neste particular, a despeito de sua postura moderna e de prestigiar as sentenças estrangeiras, respeitando a autoridade dos julgados provenientes de outros países, a jurisprudência brasileira optou por impor um requisito típico de sua ordem pública interna.¹⁶¹

Há outras questões que já foram enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para negar-lhes a condição de matéria de ordem pública, apta a justificar a recusa na homologação das decisões estrangeiras. Merece destaque a alegação de prescrição ou a exceção de contrato não cumprido, como fatores de violação à ordem pública. Esta última, porque compõe a disciplina contratual absolutamente disponível, não poderia ser considerada uma questão de ordem pública também sob a ótica da ordem pública nacional, em julgamentos versando sobre litígios de direito interno.¹⁶²⁻¹⁶³

¹⁶¹ Como na Sentença Estrangeira contestada – SEC 879-US, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.08.2006. Da ementa se extrai: “Destarte, posto matéria de ordem pública, conhecível de ofício, vislumbra-se nítida nulidade, ante a ausência de motivação da decisão homologanda, em afronta ao art. 216, RISTF e 17 da LICC que assim dispõe: As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

¹⁶² SEC 507, j. 18.10.2006, Rel. Ministro Gilson Dipp. Da ementa extrai-se que: V – Não resta configurada a ofensa ao contraditório e à ampla defesa se as requeridas aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória, bem como tiveram amplo conhecimento da instauração do procedimento arbitral, com a apresentação de considerações preliminares e defesa. VI – A Eg. Corte Especial deste Tribunal já se manifestou no sentido de que a questão referente à discussão acerca da regra da exceção do contrato não cumprido não tem natureza de ordem pública, não se vinculando ao conceito de soberania nacional. Ademais, o tema refere-se especificamente ao mérito da sentença homologanda, sendo inviável sua análise na presente via.

¹⁶³ SEC 802, j. 17.08.2005, Min. José Delgado. Ementa: Sentença estrangeira. Homologação. Inexistência de ofensa à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes. 1. Sentença arbitral que decorreu de processo sem qualquer vício formal. 2. Contestação da requerida no sentido de que não está obrigada a cumprir o seu encargo financeiro porque a requerente não atendeu à determinada cláusula à contratual. Discussão sobre a regra do *exceptio non adimpleti contractus*, de acordo com o art. 1.092 do Código Civil de 1916, que foi decidida no juízo arbitral. Questão que não tem natureza de ordem pública e que não se vincula ao conceito de soberania nacional. 3. Força constitutiva da sentença arbitral estrangeira por ter sido emitida formal e materialmente de acordo com os princípios do nosso ordenamento jurídico.

Da casuística acima apontada observa-se que as tentativas de alegação de ofensa à ordem pública estão muito mais atreladas a aspectos processuais do que materiais, e que a efetiva constatação de violação à ordem pública tem como principal causa a falta de fundamentação da decisão estrangeira.

Não por acaso, Beat Walter Rechsteiner já advertia que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004, “são muito mais as sentenças estrangeiras que violam a ordem pública formal ou processual que a ordem pública material”.¹⁶⁴

Da análise realizada, outro aspecto de suma relevância é o fato de que todas as alegações de violação à ordem pública são fundamentadas em ofensa a dispositivos legais específicos, ou seja, ao menos no direito brasileiro, não se discutem situações de ofensa ao princípio da ordem pública.¹⁶⁵

Esta constatação é muito importante para que se compreenda que, a par de toda a dificuldade na definição de um instituto tão vago e de aplicação tão geral, fato é que no sistema de direito codificado como o brasileiro, todas as alegadas ofensas à ordem pública tiveram base e a origem no direito positivo.

¹⁶⁴ Beat Walter Rechsteiner, *Sentença arbitral estrangeira – Aspectos gerais de seu reconhecimento e da sua execução no Brasil*, p. 48.

¹⁶⁵ Vale ressaltar, porém, que é inegável que se deve preservar o controle judicial sobre uma sentença arbitral estrangeira, que jamais poderá ser integralmente eliminado, a pretexto de respeitar e preservar a autonomia das partes. Pelo contrário, é importante preservar a verificação de violação à ordem pública e, de um modo geral, o controle contra sentenças injustas ou arbitrárias, sob pena de desestimular a arbitragem internacional. Uma vez que “os possíveis interessados na prática da arbitragem podem ser desestimulados justamente pela ausência de controle judicial. Com isso, permanece o princípio da ofensa à ordem pública e o princípio pelo qual também não se homologam sentenças arbitrais cujas demandas fossem impossíveis de ser submetidas a uma arbitragem segundo a lei brasileira”. André de Carvalho Ramos, *O reconhecimento da sentença arbitral estrangeira e a Cooperação Jurisdicional no Mercosul*, p. 565-567.

4

ORDEM PÚBLICA E PROCESSO

4.1 O controle da matéria de ordem pública como atividade inerente da jurisdição – 4.2 Interesse público como elemento central na definição das matérias de ordem pública processual – 4.3 A instrumentalidade do processo como método e sua aplicação às questões de ordem pública – 4.4 Impossibilidade de reconhecimento de questões de ordem pública sem observância prévia do princípio do contraditório – 4.5 As modalidades da ordem pública processual: 4.5.1 Condições da ação; 4.5.2 Pressupostos processuais; 4.5.3 Nulidades processuais – 4.6 “Princípio da prevalência da decisão de mérito”: proposta de aplicação às matérias de ordem pública – 4.7 Proposta de definição da ordem pública processual.

4.1 O controle da matéria de ordem pública como atividade inerente da jurisdição

Especificamente no ramo do direito processual, a ordem pública encontra sua justificativa no controle da regularidade da atividade jurisdicional. Para esta finalidade, a jurisdição deve ser compreendida como a função, o poder e a atividade que o Estado exerce, cuja finalidade central é a pacificação de pessoas ou grupos e eliminação de conflitos.¹⁶⁶

Buscar o bem comum pode ser a fórmula sintética para definir a função do Estado. Uma das formas de atingir este objetivo se dá pela jurisdição, como aspecto do poder estatal diretamente relacionado com a função de decidir imperativamente e impor decisões.¹⁶⁷ A noção tradicional da jurisdição afirma ser ela “função do Estado destinado à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida

¹⁶⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 296-297. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 131-132.

¹⁶⁷ Segundo Fábio Gomes, “o Estado, ao proibir a realização privada dos interesses juridicamente protegidos, torna-se, *ipso facto*, devedor de uma prestação que consistirá nos meios através dos quais esta realização viabilizar-se-á”. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento*, arts. 243 a 269, v. 3, p. 252.

mediante a atuação do direito em casos concretos”. Sua função é a de atuar nos direitos controvertidos e realizar os fins sociais, políticos e jurídicos do próprio Estado.¹⁶⁸

Em um plano mais concreto, a jurisdição atua para dar efetividade ao direito material.¹⁶⁹ Como afirma Sérgio Cruz Arenhart, “[...] Se o juiz deve assumir seu papel de agente político, comprometido com os objetivos do Estado, parece razoável que ele deva zelar pela prestação de justiça (efetiva) e pela adequada realização dos direitos”.¹⁷⁰

Para realizar estes relevantes objetivos, a jurisdição atua por meio do processo. Assim, toda esta expectativa a respeito da função da jurisdição se projeta igualmente para o método pelo qual ela atua. Em consequência, ao próprio sistema convém que este método seja aplicado sem nenhum tipo de vício, irregularidade ou inadequação.¹⁷¹

Sob esta perspectiva, é interesse do próprio Estado fiscalizar a regularidade deste instrumento, sua aptidão para produzir os resultados que dele se esperam. É preciso então instituir filtros para que a atividade jurisdicional só se desenvolva se o instrumento se revelar efetivamente apto, se o resultado final deste processo puder ser o de solucionar a crise de direito material que lhe foi trazida. A ordem pública processual atua precisamente para realizar este controle. Sua função não é outra senão a de assegurar a correta utilização do processo.

De fato, a atividade jurisdicional do Estado não é concebida para que *algum* julgamento seja proferido, não importa de que tipo. A jurisdição possui certas finalidades que justificam sua razão de ser. São os escopos da jurisdição a que alude Cândido Rangel

¹⁶⁸ Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 238.

¹⁶⁹ Elio Fazzalari distingue as normas em primeiro e segundo grau, sendo as normas processuais classificadas nesta segunda categoria. São normas que regulam a Jurisdição, definida pelo autor como “l’attività mediante la quale lo Stato, attraverso i giudici (suoi organi), si pone al di sopra dei soggetti implicati nella violazione di una norma primaria, e, sentite le loro ragioni, provvede a far cessar lo stato di fatto contrario al diritto e a ripristinare, nella misura del possibile, uno stato di cose conforme al diritto”. *Istituzioni di diritto processuale*, p. 40-41.

¹⁷⁰ Sérgio Cruz Arenhart, *Reflexões sobre o princípio da demanda*, p. 603.

¹⁷¹ Egas Dirceu Moniz de Aragão critica o excesso de burocracia e a falta de atuação dos juízes em geral, que deixam a tarefa de cuidar do procedimento do processo às partes. Segundo este autor, os magistrados se recusam a assumir as responsabilidades que lhe são incumbidas, decorrentes de sua função jurisdicional. *Preclusão*, p. 151.

Dinamarco, e nenhum deles (o político, o social e muito menos o jurídico) pode ser considerado atingido diante do julgamento terminativo, que se faz ordinariamente pelo reconhecimento de uma questão de ordem pública.¹⁷²

Se a ordem pública, quando reconhecida, tem sido causa da extinção dos processos sem resolução do mérito, ou de retrocessos em seu desenvolvimento, obtêm-se resultados francamente contraditórios. É possível que a jurisdição, voltada para a solução dos conflitos, atribuição do bem da vida ao seu titular e pacificação, se valha de um mecanismo que, quando aplicado, impede a obtenção destes mesmos resultados? Como harmonizar tais situações? A resposta é relativamente simples. Mediante um novo olhar sobre a função da ordem pública em direito processual.

Há um grande equívoco em considerar que as questões de ordem pública são de tal modo relevantes para o sistema que justificam a extinção excepcional dos processos, sem exame da relação material, em toda e qualquer situação. Tal modo de ver a função da ordem pública revela a contradição entre a sua finalidade precípua e a forma como vem sendo aplicada aos processos em geral. A ordem pública processual compreende o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle da regularidade do processo, ou seja, para *salvar* processos, permitir que sejam conduzidos ao julgamento de mérito.¹⁷³

E, quando não atua para salvar, o faz para eliminar os processos efetivamente “condenados”, mas, justamente porque o objetivo de pacificação não deixa jamais de ser

¹⁷² Cândido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, 6. ed., p. 316-317. Luis Guilherme Marinoni critica a ideia de que a jurisdição tem por objetivo a pacificação social, pois considera a pacificação mera decorrência de um poder de resolução dos conflitos, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional. Para este autor, definir jurisdição sem saber como a pacificação é alcançada “pode conduzir à admissão de que qualquer poder instituído, mesmo que atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição”. *Teoria geral do processo*, p. 112. Contudo, ao menos na concepção de Cândido Rangel Dinamarco, o escopo social da jurisdição é a pacificação com justiça, ou seja, a questão axiológica é inerente à concepção dos escopos do processo (e da jurisdição) formulada pelo Mestre das Arcadas.

¹⁷³ José Carlos Barbosa Moreira afirma que a lei atenua a gravidade das sanções, no compreensível afã de salvar processos e permitir o aproveitamento dos atos processuais já realizados. Sobre pressupostos processuais, p. 87. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também identifica nos artigos 244 e 250 do CPC o objetivo de salvar o processo, relativizando os efeitos da não observância de forma. *Do formalismo no processo civil*, p. 206. José Roberto Bedaque, invocando tais lições, sustenta que esta postura não só merece aplauso, como ampliação. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 437, nota 58.

perseguido, esta eliminação anormal de processos só se justifica se ocorrer tempestivamente. Todos os exemplos concretos de questões de ordem pública indicam que o sistema não admite que um processo viciado deva sobreviver por longo tempo. Há um aspecto de utilidade muito latente. Se o instrumento não serve aos seus fins, deve ser eliminado desde logo.¹⁷⁴ A ordem pública processual só pode ser interpretada como um conjunto de técnicas voltadas ao *tempestivo* controle sobre a viabilidade do processo.

O “controle sobre a regularidade do processo” que a ordem pública é chamada a realizar não é exercitado sem razão, ou apenas pelo controle em si. Ele existe porque de tal controle se retira a efetiva possibilidade de se cumprirem realmente os objetivos da atividade jurisdicional, que é a de resolver litígios e obter pacificação, da forma mais rápida e econômica possível.

Disto resulta, então, que, se o controle não é tempestivo, a ordem pública perde sua utilidade. Tudo o que se pretendia evitar acabou acontecendo. Toda a movimentação da máquina judiciária acabou ocorrendo. A jurisdição, de função pacificadora, se transforma em causa de insatisfação, de frustração aos jurisdicionados.

Basta pensar em situações, tristemente frequentes, em que é proferido um julgamento meramente processual em circunstância (e momento) em que todas as condições para o exame do mérito já se encontravam presentes. O controle que chega a ser realizado não pretende mais atingir os objetivos da jurisdição. Ao contrário, ele frustra estes mesmos objetivos. Não apenas não contribui, mas prejudica a obtenção de um julgamento sobre o bem da vida. Há verdadeira denegação dos próprios objetivos da atividade jurisdicional. Também neste caso, a ordem pública perde sua utilidade.

¹⁷⁴ Rogério Lauria Tucci ensina que as providências preliminares previstas no Código servem para limpá-lo e expurgar os vícios que afetariam sua regularidade. Se assim não fosse, ao proferir a sentença, o juiz teria que enfrentar as irregularidades, decretando nulidades, reconhecendo fatos extintivos do pedido e, invocando Alcides de Mendonça Lima (As providências preliminares no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, n. 16), isto se daria “com a perda evidente de tempo e de esforços com relação a tudo que, inutilmente, fora praticado, sem nenhuma vantagem para o processo e para a própria justiça. Representação judicial – carência de ação, p. 203.

É importante que se estabeleça esta associação entre os objetivos da atividade jurisdicional e as funções da ordem pública, porque apenas quando tais funções atendem àqueles objetivos é que se justifica a sua invocação. Bem diferente, portanto, do modo como este fenômeno tem sido observado em termos práticos, e também interpretado sob esta perspectiva mais teórica.

4.2 Interesse público como elemento central na definição das matérias de ordem pública processual

Seja qual for o ramo do direito que pretenda examinar o tema da ordem pública, é inegável que todas as manifestações sobre o assunto o associam ao interesse público. Em relação à ordem pública processual não poderia ser diferente.

A doutrina procura distinguir o interesse público primário – como aquele representativo da coletividade – do interesse público secundário, associando-o aos interesses da própria Administração. Tal distinção se justifica e encontra ampla aplicação em relação a todos os ramos do direito.¹⁷⁵

Do conceito de interesse público primário extrai-se que a Administração deve tutelar não o seu interesse como sujeito de direito, mas o interesse da coletividade representada pela Administração.¹⁷⁶ Neste sentido, estando ela submetida em primeiro lugar ao princípio da legalidade, pode-se afirmar que, em muitas situações, o interesse público deve fazer com que a Administração, por exemplo, reconheça um desequilíbrio contratual e institua os mecanismos para o seu reequilíbrio, ou que se abstenha de determinada prática. Sempre que constatar que sua postura é equivocada, a Administração não só pode como deve

¹⁷⁵ No direito administrativo, ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 58-69, e Augustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, p. VI/28-VI/32.

¹⁷⁶ Fernão Borba Franco, *Processo administrativo*, p. 38-39.

reconhecer o direito do particular em seu confronto, pois esta é a conduta que efetivamente contempla e obedece ao interesse público, e não o inverso.¹⁷⁷

A ordem pública se infere de normas imperativas que sejam ao mesmo tempo representativas de interesses da coletividade e que transcendam à esfera dos interesses privados ou de pequenos grupos, para atingir a sociedade como um todo.¹⁷⁸ As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais, culturais, econômicos e até religiosos, que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar.¹⁷⁹

Tendo em vista a conformação do Estado de Direito brasileiro, tais valores decorrem direta ou indiretamente de princípios constitucionais e, tratando-se de sistema de direito codificado, também da lei, na medida em que torna concretos os preceitos constitucionais.¹⁸⁰ Assim, *v.g.*, a proteção dos valores constitucionais do trabalho elevam as regras de direito do trabalho a um plano de interesse da sociedade, da coletividade. Assim

¹⁷⁷ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 49. Sobre o princípio administrativo de indisponibilidade do interesse público, Joaquim de Paiva Muniz afirma que não podem ser objeto de arbitragem aspectos que estejam relacionados a interesse público primário. Os limites da arbitragem nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural, p. 101.

¹⁷⁸ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, interesse público é “aquele que é posto sob a responsabilidade do Estado e como finalidade de sua ação, não é outro senão, em síntese, o interesse geral da sociedade, ou, preferindo-se, o bem comum, que, em sua acepção metajurídica, será inspiradora da ação política, que o definirá, discriminadamente, no Direito, para cada sociedade e para cada tempo”. *Curso de direito administrativo*, p. 14. Ver também as considerações de José Carlos Baptista Puoli, *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa*, p. 147-149.

¹⁷⁹ Eduardo Talamini pondera que é o princípio constitucional republicano a base da indisponibilidade do interesse público, pois, “se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel prazer, como se estivesse dispondo de um bem seu particular”. Ressalva, contudo, que há graduações à indisponibilidade do interesse público. Por exemplo, é totalmente indisponível a função estatal de legislar, ou de exercer seu poder de polícia. Mas há casos em que o Estado pode renunciar “a determinadas decorrências ou derivações desse bem indisponível. Assim, a potestade tributária é indisponível, mas é possível lei autorizando a remissão, a anistia, do crédito fiscal”. *Arbitragem e parceria público-privada*, p. 338.

¹⁸⁰ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “interesse público é locução que indica as conveniências da sociedade como um todo, ou de grupos razoavelmente significativos, que transcendem os direitos e interesses postos pelas partes em cada processo e com eles devem conviver harmoniosamente (Mauro Cappelletti). É sempre do interesse público a preservação dos valores da sociedade, expressos na Constituição e nas leis compatíveis com ela”. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, 6. ed., p. 439.

com a família, os direitos fundamentais e as funções essenciais do Estado. Entre elas, a jurisdição.

Mas quais são estes valores que a sociedade brasileira procura preservar por meio do processo?

Da lei adjetiva se extrai que há interesse relevante na verificação de categorias processuais específicas, que são as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades processuais. Na perspectiva da doutrina tradicional, é este o núcleo de normas que pode ser destacado das várias outras normas processuais imperativas para, então, constituir a ordem pública processual.

Contudo, de uma perspectiva mais ampla, o interesse público deve ser associado aos objetivos que o Estado-juiz procura alcançar por meio da atividade jurisdicional, os quais guardam direta relação com a oferta de meios para o acesso à justiça e com a obtenção de resultados efetivos quanto à crise de direito material trazida, eliminando conflitos mediante critérios justos. Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica,

[...] as normas processuais atuam, sempre, no interesse público existente em torno da solução mais rápida, justa e eficiente do litígio à luz da cláusula constitucional do devido processo legal, ainda que indireta, mediata e derivadamente prestigiem o interesse particular do litigante.¹⁸¹

Assim, não se concebe o controle sobre a matéria de ordem pública por si só, o controle pelo controle. Ele se realiza visando os objetivos que a própria atividade jurisdicional estabelece. Não atende ao “interesse público processual” que, sempre e em qualquer circunstância, invoquem-se as questões de ordem pública para proferir julgamentos processuais.

Tal atividade deve se realizar de forma econômica e efetiva. Só se pode considerar atendido o interesse público se a aplicação do conjunto de regras técnicas a respeito da regularidade do processo ocorrer com rapidez, voltada sempre e necessariamente para a

¹⁸¹ Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, p. 75.

economia de tempo e de recursos financeiros, e com o objetivo permanente de obter pacificação. Em outras palavras, impõe-se adicionar o elemento de tempestividade ao controle das condições de procedibilidade da relação processual.¹⁸²

Em conclusão, pode-se afirmar que o interesse público que informa e se encontra na base da ordem pública significa, em relação ao plano do direito processual, que a atividade jurisdicional deve ser realizada visando a obtenção do resultado mais efetivo, justo e tempestivo da crise de direito material trazida a julgamento. Para tanto, somente se justifica a recusa em proferir decisão de mérito se for respeitado o princípio da economia processual, com a eliminação da circunstância impeditiva do julgamento do mérito desde logo.

Não sendo tempestiva esta providência, o mesmo interesse público justificará o aproveitamento dos atos já praticados e a solução da controvérsia mediante julgamento quanto ao mérito, conforme as hipóteses e exemplos concretos que serão vistos adiante.

4.3 A instrumentalidade do processo como método e sua aplicação às questões de ordem pública

As regras processuais acerca da instrumentalidade das formas e, mais amplamente, do processo compõem o método pelo qual também as questões de ordem pública devem ser enfrentadas.¹⁸³ Como bem distinguiu Cândido Rangel Dinamarco, em sua clássica obra, não se trata apenas de examinar os fenômenos processuais sob a sua ótica interna, ainda que esta visão igualmente seja necessária. A instrumentalidade do processo configura um fenômeno mais amplo, mais completo, “constitui a projeção maior da instrumentalidade das

¹⁸² O interesse público secundário dos integrantes do Poder Judiciário pode ser o de encerrar processos mediante julgamentos processuais, mesmo em estágio avançado do *iter* procedimental. Tais decisões podem se mostrar mais simples (art. 459, caput, *in fine*), podem servir ao cumprimento de metas de produtividade, mas certamente não atendem aos fins da jurisdição, daí por que devem ser vistas com ressalvas afirmações peremptórias no sentido de que é o interesse público que justifica a extinção de processos sem condições de procedibilidade.

¹⁸³ Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “não se deve perder de vista o princípio da instrumentalidade das formas, que fez nascer o subprincípio específico, que determina verdadeira nova forma de ver e de resolver os problemas do processo, que é o *princípio da instrumentalidade do próprio processo*”. Regularização da representação processual – Limite temporal, p. 238. Na doutrina italiana, Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4. ed., p. 4-6.

formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento”. Em seu aspecto negativo, impõe “a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretende ir além das suas funções”.¹⁸⁴

Em matéria processual, são de ordem pública as regras que possibilitam (ou não impedem) o exercício adequado da jurisdição, mas só se pode considerar um uso adequado se a finalidade é atingida.¹⁸⁵ E sendo a finalidade da jurisdição a de prestar tutela jurisdicional, resolver as crises de direito material que são trazidas ao Judiciário, pacificando as relações humanas e econômicas, nota-se que esta perspectiva finalística também deve ser dada às matérias de ordem pública processuais.

Assim, se o reconhecimento inadequado e extemporâneo destas matérias de ordem pública serve justamente ao contrário, ou seja, se não pacifica, não estabiliza e não conduz a conclusão satisfatória da atividade jurisdicional, é óbvio que há uma distorção. Para usar analogia corriqueira, parece que o remédio está sendo usado para atacar a enfermidade errada.¹⁸⁶

É ainda de Dinamarco a advertência de que

[...] a visão teleológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque a amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingido ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados (o que se dá em todos os casos em que, por maior que

¹⁸⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, 6. ed., p. 269.

¹⁸⁵ Na doutrina italiana, extrai-se igualmente que, por força do princípio da instrumentalidade, a forma dos atos processuais é estabelecida visando ao atingimento dos seus escopos funcionais. Em especial, a observância dos requisitos de forma é imposta pela lei apenas e tão somente na medida em que as formas sejam realmente necessárias para conseguir aqueles escopos. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, p. 418.

¹⁸⁶ Apesar de reconhecer modernamente que a técnica processual deixou de ocupar o primeiro plano das preocupações dos processualistas, José Roberto Bedaque pondera, com razão, que o “instrumento estatal de solução de conflitos tem sido muito mais fonte de conflitos que meio pelo qual se obtém a pacificação social”. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 75.

seja o vício ou mais grave a omissão, a parte prejudicada no processo seja vencedora no mérito).¹⁸⁷

A disciplina legislativa do princípio da instrumentalidade das formas está principalmente nos artigos 154, parte final, e 244 do CPC, pela qual não se decretam nulidades se não há prejuízo decorrente da prática do ato supostamente irregular. E, mais diretamente vinculado ao tema da tese, há a regra de que, se o juiz puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de uma nulidade, esta nulidade não deverá ser pronunciada, nem repetido o ato (CPC, artigo 249, § 2.º).

Esta mesma técnica deve ser aplicada a todas as matérias de ordem pública, para justificar a regra da prevalência do julgamento de mérito sobre a extinção de processos sem sua resolução. Em inúmeras situações, a ordem pública acaba sendo equivocadamente invocada como argumento para a extinção imprópria de processos, fazendo com que esta técnica processual específica, em vez de favorecer a depuração do instrumento e sua utilização para a prolação de decisões de *meritis*, seja paradoxalmente usada para justificar decisões que não examinam o mérito e, em consequência, não realizam plenamente os escopos do processo e da jurisdição.

Por isso é que, como regra absolutamente geral, a extinção do processo sem julgamento de mérito só pode ser adotada se não houver alternativa, pois contraria o próprio fim do instrumento.¹⁸⁸ Nos tópicos a seguir, e também nos capítulos cinco e seis, serão demonstradas as diversas aplicações desta perspectiva metodológica em relação às hipóteses concretas de questões de ordem pública processuais.

4.4 Impossibilidade de reconhecimento de questões de ordem pública sem observância prévia do princípio do contraditório

Há razões sistemáticas que impõem ao magistrado o dever, inafastável e não sujeito a nenhuma exceção, de tomar ele próprio a iniciativa de convocar as partes a se

¹⁸⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, 6. ed., p. 269-270.

¹⁸⁸ “Esta é a premissa fundamental do processualista consciente do papel desempenhado pelo objeto do seu estudo.” José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 57.

manifestarem previamente sobre toda e qualquer matéria de ordem pública que ele, julgador, tenha identificado no processo, mas que não tenha sido ainda discutida pelas partes.

Em outros ordenamentos há regras específicas a este respeito. Por exemplo, o direito francês impõe ao juiz o dever de intimar as partes a manifestar-se sobre questões que ele pode suscitar de ofício.¹⁸⁹

No direito italiano, o artigo 183, § 2.º, do CPC italiano impõe ao juiz indicar às partes as questões “rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”, ou seja, sobre as quais deva decidir no contexto da audiência referida naquele artigo. Entre tais questões, as relacionadas à competência absoluta, litispendência, capacidade processual, comparecimento de litisconsorte necessário e nulidade de citação. No direito alemão, da mesma forma, o § 139 da ZPO impede o juiz de decidir sobre questões de direito não submetidas ao prévio contraditório das partes.¹⁹⁰

A despeito de não haver no Código de Processo Civil regra com idêntica clareza, parece inequívoco que nosso ordenamento efetivamente imponha tal dever aos magistrados, em qualquer grau de jurisdição.

Entretanto, na realidade forense o fenômeno mais comum é o de se decidirem tais questões sem prévia intimação às partes. A pretexto de se tratar de questões cognoscíveis de ofício, decisões a este respeito são proferidas sem oitiva das partes, como se tais poderes officiosos do magistrado pudessem desprezar as garantias processuais constitucionais, como a do contraditório e do devido processo legal.

A pacificação proporcionada por uma decisão judicial depende, em grande medida, da legitimação desta decisão, a qual se dá por diversos aspectos. A existência de um juiz natural, regras que asseguram às partes a possibilidade de falar em diferentes momentos,

¹⁸⁹ Roger Perrot explica que esta regra proíbe o juiz de fundar a própria decisão sobre questões de direito que tenha suscitado de ofício, sem preliminarmente ter intimado as partes a apresentarem as suas observações. Isso constitui uma garantia de que as partes não serão pegadas de surpresa. *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, p. 228-264.

¹⁹⁰ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 74 e nota 81.

possibilidade de produzir provas para demonstrar as alegações, recorribilidade das decisões etc. Entre todas elas, a regra mais importante, a que confere a legitimidade máxima à decisão, é aquela que permite a ampla participação das partes, e isto, modernamente, só pode ser entendido como um dever do magistrado em informar às partes sempre que se deparar com um aspecto que não foi suscitado por ninguém.¹⁹¹

A compreensão do princípio do contraditório não mais se satisfaz com a lição clássica, de ciência obrigatória e bilateral dos atos do processo, e possibilidade de contrariá-los.¹⁹² Se o processo é também participação, os julgadores estão igualmente sujeitos a este dever de assegurar e proporcionar o contraditório amplo, não meramente permitindo que as partes troquem manifestações, que uma se manifeste sobre alegações da outra. Afinal, o objetivo de uma garantia como a do contraditório é possibilitar às partes a possibilidade que se manifestem sobre tudo o que possa influir no julgamento da causa¹⁹³. Qualquer solução diversa implica admitir, institucionalmente, que o julgador possa surpreender as partes, que possa introduzir elemento desconhecido e que, no mais das vezes, influenciará decisivamente o resultado do julgamento.

Como não se pode admitir, sob qualquer fundamento, que o processo seja palco de armadilhas, é óbvio que não se pode permitir a decisão de matérias de ordem pública sem prévio contraditório.¹⁹⁴

¹⁹¹ Dinamarco sustenta ser o contraditório a garantia de participação, que legitima todo o processo político e exercício do poder. “O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas.” *Instrumentalidade do processo*, p. 285.

¹⁹² Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 10-11.

¹⁹³ Sobre o princípio contraditório como garantia efetiva, dinâmica, e não meramente estática, invocando o artigo 24 da Constituição italiana, que consagrou o princípio do contraditório, Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo afirmam: “L’imperativo di effettività, in altri termini, non consente più di arrestarsi ad una garanzia di egualianza formale e di difesa teorica, ma, nel generale contesto del ‘giusto processo’, presuppone un’egualianza in senso sostanziale (art. 3, comma 2), realizzata fra le parti con garanzie che – al pari di quanto s’è visto per l’art. 24, comma 1 – siano, ad un tempo, ‘di mezzi’ e di ‘risultato’”. *Lezioni sul processo civile*, p. 68-69.

¹⁹⁴ Paulo Henrique dos Santos Lucon é taxativo: “é preciso pôr fim, definitivamente, ao processo civil de armadilhas, no qual o julgador surpreende a parte com decisão terminativa a respeito de matéria sobre a qual

Não socorre o possível argumento de que este é um risco do sistema, por que se deveria então admitir que todas as etapas do processo representam tais “riscos teóricos”, que nada mais são do que a possibilidade de sucederem todos os fenômenos e variações procedimentais em um processo. Ora, muitas variações podem ocorrer, e, mesmo que se pudesse presumir serem todas elas de conhecimento hipotético das partes, isto não dispensa o dever de, concretamente, prevenir a parte sobre tal risco, permitir sua manifestação prévia. Aliás, se o artigo 599, II, do CPC exige advertir o devedor quanto à possível prática de ato atentatório à dignidade da justiça, com muito maior razão deve-se obrigar o juiz a advertir sobre a possível identificação de matéria de ordem pública, que possa conduzir à extinção do processo.

Da mesma forma, se o juiz se depara com uma possível nulidade, deve solicitar a manifestação prévia das partes, porque, se não houver dano, aquela irregularidade se tornará irrelevante. Assim, incompreensível por que não se deva impor ao juiz o dever de promover o debate a respeito da matéria de ordem pública que porventura tiver vislumbrado.¹⁹⁵

Na doutrina, porém, não se encontram muitas manifestações relacionando o dever do juiz de propiciar contraditório pleno mesmo diante de matéria de ordem pública. Parece prevalecer o senso comum de que a ordem pública processual é de tal forma relevante e importante que o juiz, diante de tais questões, deve decidir desde logo, de ofício, o que se interpreta como “sem perguntar para ninguém”. Esta mesma linha de pensamento só vislumbra uma única possível solução para tais casos, que é a de extinguir o processo desde logo. Todas as premissas deste raciocínio estão erradas, e obviamente sua conclusão.

não se desenvolveu um mínimo de contraditório, violando o preceito constitucional constante do inciso LIV do artigo 5.º da Constituição Federal”. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento, p. 317-318.

¹⁹⁵ Mendonça Lima criticava a realização de qualquer atividade jurisdicional para a qual as partes não estavam preparadas, posto que o tema não havia sido discutido antes. “O apelante, portanto, é como se fora tomado de surpresa, sendo vencido com referência a capítulos da sentença para cuja subsistência não teve ensejo de lutar.” *Introdução aos recursos cíveis*, p. 345.

“Exige-se a imparcialidade do julgador, mas rejeita-se sua indiferença.”¹⁹⁶ Regra geral, o modo como os julgadores se comportam diante da ordem pública é de indiferença quanto aos objetivos do processo e quanto à situação dos jurisdicionados. Aceitar, com a frequência e nas hipóteses em que isto ocorre normalmente, que o processo deva terminar com julgamento que não enfrenta o mérito, revela profunda indiferença dos julgadores em geral relativamente aos escopos do processo e, ato contínuo, com o direito material discutido pelas partes.¹⁹⁷

E, mesmo se a indiferença não chega a tanto (porque toda generalização é, em si e por si, perigosa e injusta), é fora de dúvida que o reconhecimento de ofício de questões de ordem pública, sem respeito ao contraditório, revela esta indiferença do julgador a que se refere José Roberto Bedaque.

Indiferença porque impõe às partes uma decisão sem que possam minimamente interferir neste resultado, não obstante os relevantes efeitos que serão verificados em suas esferas de direitos. A este respeito, Eduardo Talamini sustenta que, antes de decidir acerca de matérias de ordem pública, o juiz deve propiciar o exercício do contraditório, estipulando prazo para a vista dos autos (art. 185, CPC). Tal atividade se dá em obediência a um verdadeiro “dever de diálogo” do juiz para com as partes, para que estas não se surpreendam com decisão de ofício que trate de matéria até então não suscitada.¹⁹⁸

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a perspectiva de abrir vista às partes em todos os casos, para prévia manifestação, não “diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa,

¹⁹⁶ José Roberto Bedaque, Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório, p. 40. No mesmo artigo, o autor sustenta que “não se compreende que aquele a quem se investiu do poder de julgar seja omissivo e descompromissado com o resultado. Essa postura não contribui para a efetividade do contraditório. Este tem como conteúdo mínimo a isonomia real, isto é, igualdade não apenas em sentido formal e abstrato, mas substancial” (p. 22).

¹⁹⁷ Como afirma Sérgio Cruz Arenhart, “vale sublinhar que a imparcialidade judicial não pode ser equiparada à sua neutralidade. O juiz imparcial não é aquele que se mantém como expectador da contenda judicial, sem nem interferir a não ser ao final, para declarar o vencedor; o juiz imparcial é, apenas, aquele que não está previamente comprometido com alguma das partes ou das teses por elas esposadas”. Reflexões sobre o princípio da demanda, p. 600.

¹⁹⁸ Eduardo Talamini, Saneamento do processo, p. 97.

qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça”.¹⁹⁹

Também no desrespeito ao princípio do contraditório se verifica grave distorção na utilização da técnica da ordem pública processual, pois, além de não ser usada como método efetivo de controle da regularidade do processo (do que depende ser ela usada em hipóteses verdadeiramente excepcionais e nos momentos adequados), acaba sendo adotada sem que as partes tenham a oportunidade de influir no convencimento do juízo. Sem prévio aviso, servem apenas para excluir o processo da lista de pendências do juízo, pois nem aquele que se beneficiou da decisão extintiva pode se considerar efetivamente satisfeito e pacificado.²⁰⁰

O argumento contrário que se costuma invocar para justificar tal comportamento é o do possível prejulgamento do magistrado, caso suscite perante as partes questão capaz de influir em seu julgamento. Tal argumento, porém, constitui o que se poderia chamar de um falso problema.²⁰¹

Não é parcial o juiz que, vislumbrando possível defeito relacionado a alguma condição da ação ou pressuposto processual, requer que as partes sobre o tema se manifestem. Da mesma forma que não é parcial o juiz que determina provas, ou que efetivamente dirige o processo, como lhe autoriza o artigo 125 do CPC. O que se propõe é que o magistrado

¹⁹⁹ “O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iuria novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.” Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Garantia do contraditório*, p. 143.

²⁰⁰ Daniel Mitidiero refere-se aos deveres de diálogo, de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes. O juiz deve “se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”. Deve também “prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser frustrado pelo uso inadequado do processo”, consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, para que influenciem o juízo a seu respeito e, por fim, deve “auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 75-76.

²⁰¹ Vittorio Denti afirma que, na verdade, a iniciativa do juiz e a regra do contraditório não estão, entre si, em necessária antítese, pois, mesmo quando os materiais para a decisão decorram do exercício de poderes jurisdicionais autônomos, sua aquisição não se subtrai à regra do contraditório. Assim como as exceções de uma parte devem ser submetidas à possibilidade de manifestação da outra, também as questões cognoscíveis de ofício não podem ser decididas sem a observância do contraditório. *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, p. 221-224.

permita a manifestação das partes ao vislumbrar que o julgamento pode conduzir ao reconhecimento de matéria de ordem pública. Se efetivamente assim o será, não é certo. E a manifestação das partes servirá justamente para convencê-lo sobre o acerto ou desacerto de sua impressão preliminar.

Afinal, o que é mais adequado, violar o princípio constitucional do contraditório e gerar decisão não prevista, não anunciada e que, pior, não resolve a crise de direito material trazida a juízo, ou permitir prévia manifestação, intimadas as partes em momento anterior à própria decisão, cujo convencimento não terá sido ainda integralmente formado?

4.5 As modalidades da ordem pública processual

De tudo o que foi visto conclui-se que as questões de ordem pública têm uma função específica no sistema, de proporcionar o controle da regularidade do processo, eliminando situações em que a tutela jurisdicional não poderá ser prestada. O objetivo da ordem pública processual é permitir que os escopos do processo sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade.

As figuras que o sistema processual brasileiro elege como centrais para que o processo se desenvolva regularmente e possa receber uma decisão final de mérito podem ser reunidas sob a rubrica de pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, por seu turno divididas em duas espécies principais, que são as condições da ação e os pressupostos processuais. Estes são os elementos básicos e centrais da ordem pública processual.²⁰²

Outros devem ser identificados, seja porque são mero desdobramento daqueles (requisitos de admissibilidade dos recursos, por exemplo), seja porque conduzem ao mesmo resultado, que é permitir ou não impedir o processamento regular da causa, até a decisão final.

²⁰² Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon, “No caso das matérias de ordem pública, como aquelas relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, o interesse é do próprio Estado em declarar que não há disposição de exercer a função jurisdicional. As normas que disciplinam essas matérias, por serem cogentes, independem da vontade das partes em conflito para serem aplicadas. No processo de execução, assim como no processo de conhecimento, o juiz deverá conhecê-las a qualquer tempo e de ofício, independentemente da oposição de embargos do executado ou de sua manifestação no processo executivo”. *Embargos à execução*, p. 161-162.

As nulidades são caso típico desta última figura, pois, conforme a gravidade do vício (a ponto de não poder ser sanado no curso do processo e prejudicar efetivamente uma das partes), impedem que a jurisdição atue em sua finalidade última, que é a de decidir as causas e pacificar as pessoas.

A seguir, será examinada cada uma destas três modalidades da ordem pública processual.

4.5.1 Condições da ação

O tema das condições da ação é apto a gerar grandes polêmicas e vem sendo debatido no plano doutrinário desde sempre. Na realidade, o próprio surgimento do direito processual como categoria científica autônoma tem direta relação com as condições da ação e com os pressupostos processuais, pois foi a partir da identificação destas categorias, e de sua separação conceitual com o mérito da causa, que se separou o estudo do processo e do direito material.²⁰³ Até então, o processo era encarado como mero desdobramento do direito material, uma vez violado.

Tais debates ocorreram e ainda acontecem tanto na doutrina estrangeira como na brasileira.²⁰⁴ Entre nós, a construção doutrinária predominante recebeu direta influência do desenvolvimento que Enrico Tullio Liebman imprimiu a este instituto, a ponto de o nosso Código de Processo Civil contemplar três espécies de condições da ação, quando o próprio Liebman retificara seu pensamento, para considerar apenas a legitimação e o interesse de agir como categorias autônomas.

²⁰³ Cândido Rangel Dinamarco, nas páginas iniciais do seu *Instrumentalidade do processo*, expõe o resumo das ideias dos autores sempre citados, Bernhard Windscheid, Theodor Muther e Von Bülow, e as fases metodológicas da ciência processual (p. 17-24).

²⁰⁴ Na doutrina estrangeira, porém, o debate é um pouco diverso, pois inúmeros diplomas legislativos nem sequer conhecem as condições da ação como categoria jurídica autônoma. O Código de Processo Civil português não faz referência às condições da ação, tampouco aos Códigos argentino ou alemão. Nestes países, as condições da ação são classificadas em uma categoria mais geral, de pressupostos processuais, ou estão deslocadas para o próprio mérito. Vide, a respeito, Miguel Teixeira de Souza, Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declaratória), Barbosa Moreira, Sobre Pressupostos Processuais, Fredie Didier Jr., Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto.

Para Liebman, a ação representa um direito abstrato, não depende da efetiva existência do direito material (teoria concreta do direito de ação), mas exige-se um conteúdo mínimo que permita ao juiz que se manifeste sobre o mérito da causa. Para o autor italiano, as condições da ação são “condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da jurisdição com referência à situação concreta deduzida em juízo”.²⁰⁵

Entre os autores brasileiros, a teoria de Liebman a respeito das condições da ação foi criticada por Celso Agrícola Barbi, Calmon de Passos e Ovídio B. Silva, entre outros argumentos, porque não explica a natureza jurídica do ato que extingue o processo por carência, bem como o porquê de o Estado ter se manifestado para aplicar o direito objetivo e impedir o curso regular de um processo, se não houve ação.²⁰⁶

Ademais, a decisão final deste processo é também classificada como sentença, apta a produzir coisa julgada. Pelas próprias características desta coisa julgada e pela construção jurisprudencial mais atual, deve-se também reconhecer que aquela mesma ação não pode ser reproposta (a despeito da afirmação literal do artigo 268 do CPC), do que se conclui que a coisa julgada que se forma é, em tudo e por tudo, igual à coisa julgada material, própria dos julgamentos que examinam o mérito.²⁰⁷

A despeito de seus méritos e da importância que a teoria das condições da ação teve para a evolução da própria ciência processual, parece inegável que a exacerbação desta mesma categoria teórica revelou-se prejudicial ao processo civil brasileiro.²⁰⁸

²⁰⁵ Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 144.

²⁰⁶ Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*; Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*; Ovídio B. Silva, *Curso de processo civil*, v. 1.

²⁰⁷ Ver Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, notas ao artigo 268, p. 407-408.

²⁰⁸ A técnica das condições da ação foi concebida para proporcionar economia processual. Só assim se justifica que o sistema contemple decisões meramente processuais, inaptas para a decisão definitiva, que não produzem coisa julgada material. Entretanto, por meio das condições da ação somente se obtém efetiva economia se forem observados dois aspectos: o reconhecimento de falta de uma condição da ação no momento inicial do processo e a impossibilidade de rediscussão ou repositura desta mesma causa. Como em termos práticos não ocorrem nem uma coisa nem outra, a técnica se mostra falha, além de ser imprópria e

Em primeiro lugar, registre-se que nosso sistema não adotou integralmente as premissas teóricas que justificam a existência das condições da ação, pois há exercício da função jurisdicional não apenas nos processos em que o mérito chega a ser julgado, mas também naqueles em que o Estado-juíz se recusa a examinar o mérito, por defeitos na constituição ou no desenvolvimento da relação jurídica.²⁰⁹

Nos casos de sentenças terminativas, é inegável que houve o exercício do direito de ação, por meio do instrumento técnico chamado processo. Assim, não se pode admitir que possa haver ação e processo sem também reconhecer que tenha havido jurisdição.²¹⁰ Afinal, como explicar o uso da máquina estatal, muitas vezes por meses ou anos, sem que se admita ter havido ação, jurisdição e processo?²¹¹

A despeito e independentemente das divergências teóricas acima expostas, é muito importante estabelecer que a premissa fundamental da construção teórica das condições da ação está associada à economia processual. Por esta técnica, busca-se evitar que processos se prolonguem, sendo fruto de uso irregular do direito de ação. A movimentação do aparato jurisdicional só se justifica se houver efetivas condições de atingir o mérito da causa.

Para aqueles mais fiéis à construção original do Código, estas decisões terminativas devem ser proferidas a qualquer momento, tão logo se constate a impossibilidade

não compatível com as premissas teóricas do próprio Liebman, segundo as críticas mencionadas no corpo do texto.

²⁰⁹ Fábio Gomes, *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de conhecimento, arts. 243 a 269, v. 3, p. 254. Fredie Didier Jr., Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto, p. 68.

²¹⁰ Sobre as teorias do direito de agir, abstrata, concreta e eclética, ver o importante trabalho de Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 76-89.

²¹¹ Ainda para Fredie Didier Jr. não se pode concluir que haja a possibilidade de não existir direito de ação, porque nosso sistema consagra o acesso à justiça na Constituição, acolhe a teoria do direito abstrato de ação, desvinculando o direito de ação do direito material, e veda em regra a instauração de processo de ofício. Por isso tudo, sempre haverá ação, sempre haverá jurisdição, mesmo nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito. Nestes casos, haverá aplicação do direito ao caso concreto, mesmo que este direito seja “apenas” processual, no sentido de dizer que o autor não preencheu determinadas condições ou requisitos impostos pela lei processual. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto, p. 73. As críticas de Didier vão além, pois neste estudo específico o autor sustenta que as condições da ação devem ser “extraditadas, em definitivo, do nosso ordenamento” (p. 66).

de julgamento do mérito. Razões de interesse público justificam extinções anômalas, mesmo que tenha decorrido muito tempo, ou que muitas atividades já tenham sido realizadas.

Ao se constatar, porém, que as condições da ação possuem relação muito próxima com os elementos de mérito, ou melhor, que seus elementos são extraídos diretamente da relação de direito material, ao pensamento tradicional se somam duas outras correntes de pensamento.

De um lado, há quem sustente que esta categoria deveria simplesmente deixar de existir, pois representam o próprio mérito da demanda, ainda que julgado em fase muito preliminar. Para esta corrente, a decisão que declara a carência de ação por ilegitimidade ou impossibilidade jurídica do pedido é ontologicamente igual a de improcedência.²¹²

De outro, sustenta-se que as condições da ação, como categoria processual, encontram sua justificativa apenas e tão somente se forem verificadas pelo juiz à luz das afirmações contidas na petição inicial.²¹³

Cuida-se da teoria da asserção, pela qual a distinção entre as condições da ação e o mérito da causa é estabelecida pelo grau de cognição exercitado pelo juiz.²¹⁴ Se o juiz constata, apenas com base nos fatos afirmados pelas partes, que a ação não reúne as condições mínimas de procedibilidade, justifica-se então a extinção do processo desde logo. Se, ao contrário, for necessário investigar outros elementos, reunir provas e realizar atividade cognitiva mais aprofundada, a decisão deixa de se limitar ao fenômeno processual da condição da ação e se desloca para o mérito da pretensão.

²¹² Susana Henriques Costa entende que o exame das condições da ação configura sempre exame de mérito e opera, sempre, coisa julgada material. *Condições da ação*, p. 153-157.

²¹³ Para Gisele Santos Fernandes Góes, “os magistrados precisam compreender as condições da ação como requisitos de validade do processo, cuja manifestação no procedimento ocorre com as asserções produzidas pela petição inicial e desencadeadas até o final do processo-procedimento, não existe mais a viabilidade do retorno ao estágio procedimental da carência, visto que o rumo, quanto ao exercício condicionado da ação, somente pode ser o da improcedência”. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*, p. 161.

²¹⁴ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 85-89. Cleanto Guimarães Siqueira defende o método da investigação *in statu assertionis* das condições da ação, ressaltando que não se trata de nova teoria do direito de ação, mas apenas de novo método investigativo. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 74-76.

Sob esta perspectiva, a teoria da asserção assume feição nitidamente instrumental, de aplicação do princípio da economia processual, para impedir desde logo o desenvolvimento de um processo inócuo, que não reúne condições de atingir seu objetivo precípua, que é o de receber solução quanto ao mérito.

Segundo Kazuo Watanabe,

[...] são razões de economia processual que determinam a criação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos processuais inteiramente inúteis ao julgamento da causa. As “condições da ação” nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo.²¹⁵

Os méritos desta corrente são o de compatibilizar a categoria teórica das condições da ação, que efetivamente estão contempladas no direito positivo, com as premissas metodológicas e teleológicas do processo atual, influenciado pelos valores da efetividade.²¹⁶

Na perspectiva desta tese, mediante a compreensão das condições da ação como categoria processual voltada ao controle tempestivo da regularidade do processo, a ordem pública processual pode receber a aplicação adequada e sistematicamente justificável.²¹⁷

Se, mesmo que de modo menos aprofundado, também o exame das condições da ação importa em exame da relação de direito material,²¹⁸ a razão precípua da criação e da manutenção desta categoria jurídica no sistema é a de justificar o indeferimento imediato de algumas ações, quando desde logo evidente a ausência de qualquer pertinência e utilidade na movimentação da máquina judiciária. Entretanto, se ela chegou a ser movimentada, com a prática de vários atos processuais e discussão das alegações relacionadas ao direito material,

²¹⁵ *Da cognição no processo civil*, p. 94.

²¹⁶ Como adverte Susana Henriques Costa, a teoria da asserção tem o mérito de afastar as críticas formuladas à teoria de Liebman e se compatibilizar com o ordenamento vigente. Outrossim, “potencializa o caráter instrumental das condições da ação, que teriam a importante função de impedir a continuação de uma demanda que, desde já, mostra-se incapaz de prosperar”. *Condições da ação*, p. 52.

²¹⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 404-407.

²¹⁸ Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 136.

já não se pode mais considerar necessária ou útil a invocação da categoria jurídica das condições da ação como causa para a extinção do processo.

Nestas circunstâncias, deixa de ser recomendado este tipo de julgamento para que possa ter lugar o adequado julgamento do mérito da causa, capaz de produzir coisa julgada material, resolver a crise de direito material trazida ao Judiciário e, acima de tudo, de proporcionar pacificação.

Na esteira da melhor doutrina, exige-se a revisitação do instituto das condições da ação para que o seu reconhecimento só possa se dar na fase postulatória (preferencialmente, ao despachar a petição inicial), ou seja, para que esta categoria só subsista na perspectiva da teoria do direito abstrato de ação, que impõe o seu exame *in statu assertionis*.²¹⁹

O julgamento posterior será então, necessariamente, de mérito, que não por acaso vem a ser exatamente o tipo de julgamento que as partes esperam obter, e, bem por isso, o escopo principal da atividade jurisdicional. Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que o reconhecimento de questões de ordem pública processuais impede a realização plena da atividade jurisdicional, e não protege esta mesma atividade, como se costuma sustentar de forma um tanto irrefletida.

4.5.2 Pressupostos processuais

Neste tópico, a categoria teórica dos pressupostos processuais será examinada sem preocupações em analisá-los um a um, mas com o objetivo de demonstrar que hipóteses bastante diversas são reunidas sob esta classificação comum, com resultados diferentes caso se constate a ausência de um ou outro destes requisitos.

²¹⁹ José Carlos Barbosa Moreira afirma que a alegação de legitimidade é considerada *in statu assertionis*, independentemente de sua efetiva ocorrência (Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária). Também Marcelo Abelha Rodrigues partilha desta opinião, ponderando que, “se não adotássemos tal metodologia investigativa, teríamos enorme dificuldade em separar a legitimidade para agir e o mérito nas ações declaratórias, até mesmo nos juízos de admissibilidade e mérito dos recursos de fundamentação vinculada, como nos embargos de declaração, recursos especial e extraordinário, etc.”. *Elementos de direito processual civil*, v. 1, p. 195.

É de Barbosa Moreira a consideração de que os pressupostos processuais constituem categoria bastante heterogênea, que reúne diferentes tipos de aspectos processuais, e alguns conduzem à extinção do processo (coisa julgada, litispendência), outros à modificação da competência, outros ainda apenas têm o condão de atrasar o desenvolvimento daquela relação processual (falta de caução, defeito de representação).²²⁰

No direito positivo brasileiro, os pressupostos processuais são divididos em duas categorias, os pressupostos de constituição e os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo (CPC, artigo 267, IV).

Os pressupostos de constituição ou de existência do processo podem ser resumidos a um autor, uma demanda e um órgão investido de jurisdição. Os pressupostos de validade do processo (que a lei se refere como desenvolvimento válido e regular) são, ainda para Barbosa Moreira, a capacidade das partes e a inexistência de litispendência e coisa julgada. O autor critica a colocação da competência e da insuspeição como pressupostos de validade, pois, mesmo em caso de incompetência absoluta, apenas os atos decisórios são anulados. Já a suspeição, quando reconhecida, gera o afastamento do juiz, mas “em nada atinge a validade de qualquer dos atos por ela até então praticados, conquanto já existente a respectiva causa”.²²¹⁻²²²

Crítica semelhante é feita por José Roberto Bedaque,

[...] pois a grande maioria dos pressupostos não impede o nascimento da relação jurídica processual. Aliás, a ausência de algum deles é verificada no curso do processo. Não parece correto, pois, denominar “pressuposto do processo” elemento cuja existência é objeto de exame no próprio processo.²²³

²²⁰ Sobre pressupostos processuais, p. 92.

²²¹ Esta é a classificação sugerida por Barbosa Moreira, a partir de reparos que faz à proposta classificatória de Hélio Tornaghi, para quem tais pressupostos de existência do processo seriam o pedido, a jurisdição e as partes, Sobre pressupostos processuais, p. 87.

²²² Paulo Henrique dos Santos Lucon, nesta mesma linha, sustenta que os pressupostos processuais são apenas aqueles que antecedem a relação processual, os que se referem à sua constituição. “Dessa forma, por exemplo, a competência não pode ser considerada um pressuposto processual, pois seu exame sempre será após a formação da própria relação jurídica processual.” *Embargos à execução*, p. 152.

²²³ José Roberto Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 182.

Já para Calmon de Passos os pressupostos processuais de constituição são a existência de órgão com jurisdição, a capacidade dos sujeitos e a postulação. Os pressupostos de desenvolvimento válido dizem respeito à pessoa do juiz (competente, não suspeito e não impedido) e também às partes. Dividem-se em subjetivos, como a capacidade e a representação, e objetivos, como a demanda apta (não inepta nem marcada por litispendência ou coisa julgada).²²⁴

A despeito das diversas classificações doutrinárias, é amplamente aceito que os pressupostos processuais visam acautelar certos interesses, sendo alguns próprios e exclusivos do Estado, e outros de interesse específico das partes. Disto decorre que, dentro da categoria heterogênea dos pressupostos processuais, há diferentes graus de indisponibilidade quanto à sua verificação.²²⁵

Não obstante, mesmo em relação aos pressupostos que dizem respeito mais diretamente às partes e aos seus interesses no processo, ainda assim ocorre um controle do órgão jurisdicional, na medida em que a maior parte dos pressupostos pode ser conhecida de ofício.²²⁶ Isto significa que as partes não podem determinar quais pressupostos são ou não analisados pelo juiz da causa. De outro lado, o controle sobre tais aspectos processuais não impede, por exemplo, a confissão, a transação ou a desistência do pedido, situações em que o exame dos pressupostos fica adstrito àqueles estritamente necessários para que a decisão homologatória seja proferida (vide item 4.6, *infra*).

²²⁴ J.J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 270.

²²⁵ Rodrigo da Cunha Lima Freire também menciona a dificuldade em classificar e enumerar cada um dos pressupostos, pois, apesar de formarem uma só categoria, são requisitos heterogêneos. A diferença entre pressupostos processuais de existência e de validade ganha importância somente no plano extraprocessual, principalmente após o encerramento do processo. Se ausente um pressuposto processual de existência, a parte pode se valer de ação declaratória de inexistência em qualquer tempo. Já a ausência de um pressuposto de validade, depois de transitada em julgado a sentença, somente pode ser declarada via ação rescisória. O autor ressalta a heterogeneidade existente entre os pressupostos processuais, no que se diferem das condições da ação. Em termos práticos, isso quer dizer que as consequências da falta de um pressuposto podem ser a extinção do processo, a inexistência jurídica ou a nulidade de alguns atos ou o envio dos autos para outro juiz. Falta de pressuposto processual ou de condição da ação – declaração *ex officio* em agravo de instrumento, p. 947.

²²⁶ Sobre o direito positivo português, Miguel Teixeira de Souza considera que só a competência absoluta parece ser um pressuposto que acautela interesse do Estado. “Em contrapartida, a generalidade dos pressupostos processuais visa salvaguardar os interesses das partes garantindo um equilíbrio de forças e de oportunidades entre os litigantes.” Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais, p. 73.

A capacidade processual e de representação são pressupostos que tutelam cada uma das partes, para que só possam se submeter a julgamentos de mérito as pessoas (físicas e jurídicas) que efetivamente estejam corretamente representadas. A litispendência e a coisa julgada, por sua vez, além do interesse da própria Jurisdição, interessam mais diretamente ao réu, que não precisa se submeter à demanda já ajuizada, ou já anteriormente julgada. De fato, a generalidade dos pressupostos processuais visa assegurar interesse das partes, ou seja, “assegurar que a parte possa defender convenientemente os seus interesses em juízo e não seja indevidamente incomodada com a propositura de ações inúteis ou destituídas de objeto”.²²⁷

Parece um tanto ilusória a percepção de que ao juiz se impõe um controle absoluto dos pressupostos processuais e que o mérito jamais pode chegar a ser examinado se algum deles estiver ausente. O exame teórico destes pressupostos e a constatação do que efetivamente ocorre na realidade forense demonstram o contrário (capítulo seis). Afinal, se os pressupostos processuais existem para “se conferir ordem ao processo, permitindo que seus sujeitos possam participar ativamente e influir no resultado”, e se este resultado pode ser obtido mesmo sem esta ordem, sem prejuízo à parte, não há razão para desprezar o julgamento proferido.²²⁸

O processualista português Miguel Teixeira de Souza desenvolveu tais considerações, propondo que a partir deste enquadramento funcional, de associar os pressupostos do julgamento do mérito à preservação da posição processual de uma das partes, podem-se extrair os fundamentos para combater o dever de exame prévio destes pressupostos (aqui compreendidos os pressupostos processuais e as condições da ação).

Com efeito, também no ordenamento brasileiro há situações específicas que demonstram a possibilidade de prevalência do julgamento de mérito, antes e a despeito dos pressupostos de admissibilidade do seu julgamento. Em primeiro lugar, considere-se a hipótese de citação inválida.

²²⁷ Miguel Teixeira de Souza, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 84. O autor esclarece que o artigo 288, 3.^a parte, do CPC português afirma que, se o pressuposto é de interesse da parte, e, se nenhum outro motivo impede a decisão de mérito, não deve ser proferida decisão de absolvição de instância, se o mérito puder ser julgado totalmente favorável a esta parte.

²²⁸ José Roberto Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 184.

É sabido que a constituição válida e regular do processo inclui a citação válida, como requisito indispensável, cuja finalidade primeira é a proteção do réu, alcançando-se então, por via indireta, a regularidade do processo e sua aptidão de cumprir sua função essencial.²²⁹ Se este objetivo de proteção do réu é obtido por sentença de mérito que julgue improcedente o pedido, é possível então cogitar de inversão da ordem de prioridade no exame daqueles requisitos, redundando no afastamento de uma questão de ordem pública sempre que o mérito puder ser julgado, sem prejuízo a quem quer que seja.

O mesmo quanto ao pressuposto da capacidade processual, seja em relação à capacidade de ser parte, como da capacidade postulatória.²³⁰

São exemplos de pressupostos processuais cujo desrespeito pode ensejar nulidades, mas que, diante da ausência de qualquer prejuízo, simplesmente são desconsideradas pelo sistema.

Na linha do que se afirmou no tocante às condições da ação, também esta modalidade de questões de ordem pública deve ser examinada sob a premissa de que ao sistema convém que se priorize o julgamento do mérito. Os pressupostos processuais também devem ser interpretados sob o enfoque do já citado artigo 249, § 2.º, do CPC, para se inferir em quais situações é possível aplicar a regra de prevalência da decisão de mérito sobre a terminativa.²³¹

²²⁹ Sobre o vício da citação no direito italiano, ver Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, v. 2, p. 28-29.

²³⁰ Ver, a respeito, os estudos de Araken de Assis. Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória (I), p. 140-158; e Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória (II), p. 138-159. Neste segundo estudo, o autor sustenta que os vícios relativos à capacidade processual se situam no plano da validade e, em todas as hipóteses e sem nenhuma graduação, se cuidam de nulidades sanáveis, p. 145.

²³¹ Heitor Vitor Mendonça Sica faz esta importantíssima ressalva. Ao afirmar que a consequência da ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo é a decretação da invalidade ou inadmissibilidade do ato processual, o autor ressalva que esta decretação é feita “desde que, como regra, sejam observados os mesmos princípios do prejuízo, da finalidade, do interesse, da contaminação e do aproveitamento (CPC, arts. 243, 244, 248 e 249)”. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*, p. 75.

A regra geral, também aplicável a esta modalidade de questões de ordem pública, é a de que apenas em via excepcional deve o julgamento ser encerrado pelo exame de algum pressuposto processual. Sempre que o órgão jurisdicional já estiver em condições de analisar o mérito, em favor da parte a quem a ausência daquele pressuposto favoreceria, deve fazê-lo.²³²

4.5.3 Nulidades processuais

A ordem pública processual tem direta relação com o tema das nulidades, seja porque a ocorrência de vícios de forma apresenta todas as características típicas da ordem pública (relevância, marcante interesse público, coordenação com o exercício regular da atividade jurisdicional, imperatividade das normas), seja porque o método de solução das nulidades estabelecido pelo Código de Processo Civil é também o método que se pretende aplicar a todo o rol de matérias de ordem pública processuais.

De seu tratamento no sistema jurídico brasileiro devem ser extraídas as regras pelas quais todas as questões de ordem pública devem ser interpretadas. Os princípios relativos às nulidades são todos integralmente aplicáveis a todas as demais questões consideradas relevantes pelo sistema, em especial o princípio da prevalência da decisão de mérito, contido no artigo 249, § 2.º, do CPC.

Parece bastante arraigada a ideia de que a formalidade é garantia de segurança para as partes, evitando arbítrio do magistrado ou excessiva preponderância de uma parte sobre a outra.²³³ Toda regra formal é estabelecida visando um determinado objetivo. Os princípios do prejuízo e da finalidade atuam para permitir que, diante de situação de incompatibilidade entre o modelo legal e a forma pela qual o ato foi efetivamente realizado, seja investigada a razão de ser da regra formal, e sendo ela atingida, atribui-se eficácia ao ato,

²³² Como bem observa José Carlos Barbosa Moreira, o controle sobre os pressupostos processuais “não implica a necessidade de que, em todo processo, se preocupe ele em averiguar se ficou categoricamente demonstrada a existência do pressuposto”. Sobre pressupostos processuais, p. 88.

²³³ A forma traçada na lei é o meio de garantir-se um fim. Humberto Theodoro Jr. Afirma que cumpre à lei definir as nulidades, “para evitar que a sanção de ineficácia venha, por falta de critério seguro, a subverter-se a hierarquia dos valores e fins do ordenamento jurídico”. As nulidades no Código de Processo Civil, p. 44.

mesmo que praticado fora do parâmetro da lei. Este raciocínio, de perquirir a razão de ser da norma processual, é fundamental não apenas no que toca às nulidades, mas também em relação a todas as matérias de ordem pública. Esta ideia, que nada tem de nova, representa apenas uma ulterior manifestação da instrumentalidade das formas.²³⁴ Nas linhas a seguir, faremos breve panorama da disciplina legal das nulidades no ordenamento processual brasileiro.

É conhecida a noção de que, no processo civil, não existem nulidades que não possam ser sanadas, não importa a gravidade do vício.²³⁵ Muitas das considerações feitas pela doutrina a este respeito ressaltam o seu caráter instrumental e a enorme importância do tema para o estudo do processo civil como um todo.

Todos os sistemas jurídicos usualmente adotados como parâmetro de comparação para os estudos brasileiros regulam as nulidades processuais de modo assemelhado. Há um princípio geral de aproveitamento dos atos processuais, de relativização da importância da formalidade e enfoque sobre o conteúdo dos atos, privilegiando-se o julgamento quanto à questão de fundo.

Em tema de nulidade, é recorrente a invocação da expressão francesa “pas nullité sans grief”, erigida a verdadeiro princípio jurídico em todos os demais ordenamentos citados. De fato, o ordenamento francês traz várias normas a respeito das nulidades dos atos processuais.

Na França, as nulidades não expressamente previstas em lei não podem ser assim declaradas pelo juiz (artigo 114), exceto se ocorrer violação a uma formalidade substancial ou de ordem pública. Mas nestas hipóteses exige-se a demonstração do prejuízo sofrido pela

²³⁴ Permanece incomodamente atual a advertência de Cândido Rangel Dinamarco, de que “não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins”. *Instrumentalidade do processo*, p. 155.

²³⁵ Em vista das funções que o processo desempenha, não se concebe que vícios não possam ser sanados nem se admite a “idéia de que tempo haja de ser desperdiçado para que se aponte um defeito que já foi corrigido. Na verdade, no processo, todos os vícios se sanam desde que isso seja materialmente possível”. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Regularização da representação processual – Limite temporal*, p. 236-237.

parte. A ausência de dano às partes impede a decretação de nulidades, em todas as situações (artigo 121).²³⁶

No direito italiano, da mesma forma, apenas as nulidades cominadas podem ser declaradas pelo juiz, e, ainda assim, o artigo 156 dispõe que a nulidade jamais pode ser declarada, se o ato atinge o objetivo.²³⁷ A exemplo do artigo 243 do CPC brasileiro, também o artigo 157 italiano veda que a alegação da nulidade seja feita pela parte que lhe deu causa.²³⁸

A regra do artigo 248 da lei brasileira, segundo a qual a nulidade de parte do ato não alcança as outras partes, não atinge atos precedentes nem contamina os posteriores que lhe sejam independentes, tem também previsão no artigo 159 do CPC peninsular. Da mesma forma, o artigo 249 do diploma brasileiro é retratado no artigo 162 italiano.²³⁹

O artigo 199 do CPC de Portugal estabelece que

[...] o erro na forma de processo importa unicamente a anulação dos actos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem estritamente necessários para que o processo se aproxime, quanto possível, da forma estabelecida pela lei. Não devem, porém, aproveitar-se os actos já praticados, se do facto resultar uma diminuição de garantias do réu.

No artigo 201 encontra-se a regra de que, anulado o ato, “anular-se-ão também os termos subsequentes que dele dependam absolutamente. A nulidade de uma parte do acto não prejudica as outras partes que dela sejam independentes”.

²³⁶ Article 121. Dans les cas où elle est susceptible d’être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.

²³⁷ Art. 156. Rilevanza della nullità: Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge. Può tuttavia essere pronunciata quando l’atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. La nullità non può mai essere pronunciata, se l’atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.

²³⁸ Art. 157. Rilevabilità e sanatoria della nullità: Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata di ufficio (158, 164, 167, 291).

Soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può opporre La nullità dell’atto per la mancanza del requisito stesso, ma deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all’atto o alla notizia di esso.

La nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente.

²³⁹ Art. 162. Pronuncia sulla nullità: Il giudice che pronuncia la nullità deve disporre, quando sia possibile, la rinnovazione degli atti ai quali la nullità si estende.

No direito espanhol, há regra expressa de que em nenhum caso pode o Tribunal, por ocasião de um recurso, decretar de ofício nulidades que não tenham sido mencionadas no próprio recurso. A lei ressalva, porém, as hipóteses de “falta de jurisdicción”, “competencia objetiva o funcional”, além de nulidades ocorridas diretamente no tribunal.²⁴⁰

O direito argentino, da mesma forma, possui como fundamento da disciplina das nulidades os princípios da legalidade, finalidade do ato, transcendência e da convalidação.²⁴¹ Nenhum ato é declarado nulo se atinge a finalidade para o qual estava destinado. Assim, mesmo diante de um núcleo de interesses públicos, cuja observância ao Estado interessa, não se declaram nulidades pela mera desconformidade, exigindo-se que daquela irregularidade advenha prejuízo à parte (CPC, art. 169).

Para o sistema argentino, a demonstração do prejuízo, a justificar a invocação da nulidade, exige também que a parte mencione as defesas que não pode invocar, exceto em casos de nulidades manifestas, nos quais “no se requerirá sustanciación”.

A despeito de serem as nulidades processuais, *a priori*, sempre sanáveis, ainda assim é relevante estabelecer algumas distinções, principalmente porque nem toda nulidade pode ser considerada de ordem pública. A doutrina, grandemente influenciada pelas construções teóricas e classificações do direito civil, estabelece algumas distinções e possíveis classificações para as nulidades.²⁴²⁻²⁴³

²⁴⁰ Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 227. Declaración de nulidad y pretensiones de anulación de actuaciones procesales: [...] 2. Sin perjuicio de ello, el Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada em dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal.

²⁴¹ Víctor de Santo, *Nulidades procesales*, 2006.

²⁴² Na lição de Calmon de Passos, as nulidades insanáveis são aquelas que repercutem sobre o processo como um todo e geram a sua extinção. Por isso o autor ressalva que ao falar de nulidades sanáveis e insanáveis, se está falando na verdade em extensão dos efeitos das nulidades. Se é possível sanar o vício, o que ocorre é uma limitação à extensão daquela nulidade, mas a nulidade em si não desaparece. *Esboço de uma teoria das nulidades*, p. 54.

²⁴³ Na doutrina italiana, consideram-se nulidades insanáveis aquelas cognoscíveis de ofício em qualquer estado ou grau de jurisdição, tais como o defeito de jurisdição, incompetência por matéria ou por território

Contudo, no estudo das nulidades processuais, é de fundamental importância constatar desde logo que não há nenhuma semelhança destas com as nulidades do direito civil.²⁴⁴⁻²⁴⁵ A fundamental diferença entre as nulidades do direito processual, em relação ao direito civil, já fora apontada Piero Calamandrei, para quem

[...] todo o direito processual civil é baseado em conceitos de direito de oposição e direito de impugnação. Não há qualquer nulidade processual no sentido do direito privado. O que por hábito antigo se chama nulidade processual é, quando se examina melhor, apenas recorribilidade; com efeito, a decadência do direito de recorrer contra este motivo de nulidade encerra, em um prazo bastante exíguo, qualquer possibilidade de recolocar em discussão a “sentença nula”; qualquer sentença nula se convalida em consequência da inatividade do interessado.²⁴⁶

Em direito processual, até que seja decretada a nulidade, os atos processuais são aptos a produzir efeitos. Segundo Fredie Didier, os “desdobramentos” da nulificação dependem de política legislativa, que decide, por exemplo, se a anulação do ato se dá por decisão de ofício ou por provocação, se seus efeitos retroagem à data do ato, ou se são verificados somente a partir da data em que foram considerados nulos, se estão ou não submetidos a prazo de decretação, bem como a forma pela qual são alegados (se por ação ou exceção).²⁴⁷

inderrogável, vício relativo à constituição do juiz competente, defeito de legitimação, defeito de integração do contraditório, vício relativo à capacidade processual das partes. Corrado Brilli, In tema di nullità insanabili non dedotte in appello e di formazione del giudicato interno.

²⁴⁴ Para Vicente Greco Filho, “o sistema de nulidades no processo não resulta de uma aplicação direta do sistema existente na lei civil. [...] Em segundo lugar, que o capítulo do Código referente às nulidades não conseguiu boa sistematização a respeito [...] Em terceiro lugar, que, salvo a nulidade de citação que equivale à inexistência, as nulidades processuais só se decretam no momento e pelo instrumento processual adequado; se não houver momento e instrumento, o ato, ainda que defeituoso, permanece produzindo efeitos até que formalmente se declare sua invalidade”. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 44. Ver, ainda, Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, p. 207.

²⁴⁵ Na doutrina italiana, Elio Fazzalari classifica as nulidades processuais sob os mesmos critérios do direito privado, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 187-188.

²⁴⁶ No texto original: “tutto il diritto processuale civile è basato sui concetti di diritto di opposizione e diritto di impugnativa. Non vi há alcuna nullità processuale nel senso del diritto privato. Ciò che per antica abitudine si chiama nullità processuale, è, se meglio se esamina, solo impugnabilità; infatti la decadenza dal diritto di gravarsi contro questo motivo di nullità, chiude in un termine assai breve, ogni possibilità di riportare in discussione la ‘sentenza nulla’; ogni ‘sentenza nulla’ si convalida in conseguenza della inattività dell’interessato. Piero Calamandrei, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, p. 247, nota 4.

²⁴⁷ A demonstrar que tais aspectos dependem de escolhas do legislador, o autor exemplifica com a simulação, classificada como causa de anulabilidade no Código Civil de 1916, e convertida para causa de nulidade

No plano processual, o critério fundamental está no artigo 245 do CPC. “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.” Deste dispositivo extrai-se que determinados tipos de vícios formais só podem ser alegados de imediato, tão logo tenham ocorrido. Não sendo alegados, a matéria fica preclusa e não poderá mais ser objeto de qualquer consideração.²⁴⁸

A lei presume que para um universo relevante de defeitos formais (atos praticados sob forma diversa da prevista em lei) a ausência de impugnação gera a convalidação do ato. Independentemente de verificação de prejuízo, da mera inércia da parte, se chega à conclusão de que tal vício é considerado sanado. Exemplo característico é a incompetência relativa do juízo, e também a falta de impugnação do agravado quanto ao descumprimento do artigo 526 do Código por parte do agravante.

Tais nulidades, que exigem arguição na primeira oportunidade, são consideradas pela doutrina como nulidades relativas.²⁴⁹ Em contraposição, as nulidades que não exigem tal alegação, que podem ser arguidas em momento posterior e reconhecidas de ofício pelo magistrado, são consideradas nulidades absolutas. O mesmo artigo 245, em seu parágrafo único, dispõe que “não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento”.

Há quem considere a nulidade absoluta impossível de ser sanada. Egaz Moniz de Aragão, por exemplo, é da opinião de que “o bem jurídico lesado pela nulidade absoluta não é o da parte, mas o interesse público; logo, não há a menor possibilidade de se reputar sanado o vício – o texto [do artigo 249, § 1.º] só fala em ‘não prejudicar a parte’”.²⁵⁰ Edson Ribas Malachini considera que o princípio da convalidação não se aplica às hipóteses de nulidades absolutas, que também chama de ordem pública.²⁵¹

absoluta no novo Código Civil. Fredie Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo, p. 15.

²⁴⁸ Dispositivo semelhante se encontra no Código de Processo Civil francês, artigo 112.

²⁴⁹ Eduardo Talamini, *Saneamento do processo*, p. 97.

²⁵⁰ Egaz Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 93.

²⁵¹ Edson Ribas Malachini, *Julgamento conforme o estado do processo*, p. 77-109.

Tais manifestações parecem se apegar em demasia aos conceitos das nulidades de direito civil, no qual a gravidade do vício pode, efetivamente, conduzir à supressão absoluta de eficácia do ato jurídico, a ponto de a nulidade não ser sanável nem se convalidar pelo decurso do tempo (CC, artigo 169). Contudo, os vícios dos atos processuais podem ser desconsiderados, mesmo nas hipóteses mais graves em que a nulidade vem prevista na própria lei.²⁵² De fato, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que, no plano das nulidades, deve-se obter o máximo de rendimento com o mínimo de atividade jurisdicional, o que equivale ao princípio da economia processual, “em nome do qual existe forte tendência a que se passe por cima de nulidades, no sentido de não decretá-las, inclusive as absolutas”.²⁵³

Admitir que certos vícios processuais não permitam a regularização ou a convalidação, ou seja, que imponham sempre e em qualquer circunstância um julgamento processual, em detrimento do julgamento do mérito, contraria não apenas os objetivos mais gerais da atividade jurisdicional, como as próprias regras do Código a este respeito.²⁵⁴

O exemplo da intervenção obrigatória do Ministério Público é emblemático. No direito brasileiro, a nulidade do processo em que o Ministério Público não intervém é prevista em dois artigos do Código (artigos 84 e 246). Não obstante, há diversos julgados que desconsideram tal nulidade, se a ausência do *Parquet* não causou prejuízo à parte que deveria ser tutelada por sua intervenção.²⁵⁵

²⁵² Rodrigo Barioni, *Efeito devolutivo da apelação civil*, p. 182-183.

²⁵³ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Regularização da representação processual – Limite temporal*, p. 240.

²⁵⁴ Para José Roberto Bedaque, a eventual desconformidade entre o ato concreto e o seu modelo legal nem sempre implica nulidade, se esta desconformidade não interferir na consequência imposta pela norma jurídica. A vontade na prática do ato processual nem sempre é relevante, porque a consequência da prática do ato já está prevista na lei. Por isso, “sempre que a vontade não for preponderante na determinação do resultado do ato, o escopo visado pelo legislador prevalece sobre a forma”. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 413.

²⁵⁵ REsp 165989/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a Turma, j. 25.11.2008, assim ementado: “Processual civil. Habilitação de crédito em falência. Órgão do Ministério Público atuando como fiscal da lei, que, apesar de intimado, não apresenta manifestação. Ausência de prejuízo. Nulidade da sentença não verificada. 1. A atenção do Ministério Público, no caso dos autos, dirige-se de modo direto aos interesses sociais ou individuais indisponíveis (Constituição Federal, art. 127), como um todo, sendo, por isso, considerado fiscal da lei. Dessa forma, instado a se manifestar acerca do caso concreto, não lhe cabe acolher a manifestação de uma delas, sem sequer verificar se seus fundamentos são plausíveis ou existentes, limitando-se a aguardar nova vista dos autos. Oportunidade para manifestação desperdiçada. 2. Em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, não se deve declarar a nulidade do ato processual se este não causa prejuízo a

Assim, qualquer associação entre as nulidades cominadas e a matéria de ordem pública se revela imprópria.²⁵⁶ A distinção entre as nulidades assume relevo porque sobre uma determinada categoria de nulidades não se opera a preclusão, e este núcleo das nulidades é que se considera de ordem pública.

As nulidades referidas no artigo 245, *caput*, do Código não são de ordem pública. Apresentam um grau de disponibilidade amplo, pois não retratam os interesses públicos caracteristicamente abrangidos pela ordem pública.

De outro lado, integram a ordem pública processual as nulidades processuais absolutas, fruto de vícios formais de maior gravidade, que afetam universo de interesses da própria jurisdição. Em vista de valores fundamentais do processo (abrangidos sob a cláusula mais geral do devido processo legal), o sistema reconhece a relevância de determinados atos do procedimento, retira das partes a disponibilidade sobre a matéria e autoriza o reconhecimento de ofício de eventual nulidade.

Ocorre que, no campo das nulidades, nem mesmo a violação a tais preceitos de ordem pública enseja a automática e obrigatória decretação de nulidade. Uma vez constatada a violação a estes aspectos de forma, têm aplicação os princípios informadores próprios das nulidades.²⁵⁷ Pelo princípio da finalidade, previsto no artigo 244, se o ato atinge sua finalidade, nenhuma nulidade se decreta, mesmo que o ato seja praticado sem a formalidade prevista na lei. Pelo princípio do prejuízo, do artigo 249, §§ 1.º e 2.º, nenhuma

alguém, ou seja, *pas de nullité sans grief*. Nesse contexto, deve o processo ser interpretado como instrumento de realização da justiça, tendente à pacificação dos conflitos sociais, cabendo, no caso, perquirir acerca do sentido teleológico do que dispõe o art. 82 do CPC, no tocante à atuação do Ministério Público enquanto *custos legis*. Recurso não conhecido”. Também REsp 723426/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 5.ª Turma, j. 18.10.2007, de cuja ementa consta: “2. Em consonância com o princípio da instrumentalidade das formas, a nulidade decorrente da ausência de intervenção ministerial em primeiro grau é sanada quando, não tendo sido demonstrado prejuízo, o Ministério Público intervém em segundo grau de jurisdição”. Ainda, o EDcl no REsp 26898-2/SP, Rel. Min. Dias Trindade, 3.ª Turma, j. 10.11.1992: “Não se declara nulidade, por falta de audiência do Ministério Público, se o interesse dos menores se acha preservado, posto que vitoriosos na demanda”.

²⁵⁶ Neste sentido, Marcelo Pacheco Machado, que menciona outros exemplos de nulidades cominadas no Código de Processo Civil e pondera que em relação a todas elas, “a despeito da nulidade cominada, o ato irregular poderá atingir seus escopos, sem trazer prejuízo para as partes ou para o sistema jurídico e, por este motivo, poderá ser reconhecido como válido, submetendo-se aos mesmos princípios de todo o formalismo processual”. *Incerteza e processo: um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória*, p. 41.

²⁵⁷ Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 38-39.

desconformidade formal pode ser levada em consideração se não acarreta prejuízo às posições processuais de qualquer das partes.²⁵⁸

Isso se dá porque toda a concepção da lei a respeito dos vícios formais é no sentido de desprezar ou corrigir a irregularidade. As normas que regulam as nulidades devem atuar como saneadoras de atos inválidos, para torná-los eficazes.²⁵⁹

É fora de dúvida, como adverte corretamente Cassio Scarpinella Bueno a propósito do controle judicial sobre a regularidade dos atos processuais, que

[...] a cada novo “direito”, “dever”, “obrigação” e demais posições de vantagem a serem assumidas, a regularidade da “ação” e do “processo” deve ser aferida. Não só a “Jurisdição” tem de ser gradativamente provocada, mas também o modo de atuação do Estado-juiz tem de ser, o tempo todo, válido e regular.²⁶⁰

Contudo, vale a ressalva de José Roberto Bedaque, quanto à oportunidade e ao objetivo que se deve buscar com tal controle.

A visão formalista, que valoriza a forma sem indagar os motivos por que o legislador a impôs, pode ser apontada como uma das principais causas da morosidade do processo, pois dela decorrem anulações desnecessárias, transformando o instrumento em método ineficaz, palco propício para os burocratas do Direito desenvolverem a única atividade que conseguiram aprender: o culto à forma.²⁶¹

Há situações concretas sobre as quais é difícil cogitar das atividades saneadoras que informam a disciplina das nulidades, acima mencionadas. A gravidade do vício é tal que impõe a decretação da nulidade. São, por assim dizer, exceções que confirmam a regra.

A falta de citação do litisconsorte necessário é exemplo típico. Se o juiz não determina a integração do contraditório e chega a julgar o mérito, tal decisão não pode

²⁵⁸ Bastante procedente a crítica de Leonardo Greco, no sentido de que “muitas formas sobrevivem como corpo sem alma que o legislador respeita pela força do hábito, não obstante tenham se modificado inteiramente as necessidades que as determinaram”. As invalidades processuais e a execução, p. 7.

²⁵⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade, p. 139.

²⁶⁰ Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 349-350.

²⁶¹ José Roberto Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p 71 e 435.

prevalecer, impondo-se a decretação da nulidade da sentença pelo Tribunal. Ada Pellegrini Grinover considera que esta falta de chamamento não comporta nem mesmo retificação, pois os litisconsortes necessários teriam de participar desde o primeiro grau de jurisdição para que lhes fosse permitida a ampla defesa.²⁶² Também neste caso, porém, o julgamento de mérito favorável ao litisconsorte que não chegou a ser incluído na ação prevalece, pois sua ausência não lhe trouxe prejuízo.²⁶³⁻²⁶⁴

De outro lado, se o litisconsórcio não é unitário, a disciplina das nulidades exige que a eventual verificação de um vício atinja tão somente a parte efetivamente prejudicada. Pode ser o caso, por exemplo, de deixar íntegra a condenação de um dos litisconsortes a pagar, quando a nulidade for restrita à situação do outro (o que acontece se o advogado de um houver sido intimado para a audiência e o de outro, não). Cândido Rangel Dinamarco adverte que, em litisconsórcio não unitário, a anulação total da sentença é uma arbitrária demasia e viola frontalmente a regra do artigo 249, § 1.º, do CPC.²⁶⁵

São também tidos por insanáveis os defeitos formais relacionados à sentença, como a ausência de relatório ou de fundamentação desta. Humberto Theodoro considera a falta do dispositivo ainda mais grave, pois “sentença sem dispositivo é ato inexistente – deixou de haver sentença”.²⁶⁶

Os vícios relacionados ao princípio da congruência admitem soluções diversas. A sentença que concede mais do que o pedido (julgamento *ultra petita*) pode, no mais das vezes, ser plenamente aproveitada, basta que o excesso seja extirpado pelo Tribunal. Já nos casos de julgamento *extra petita* as circunstâncias do caso concreto é que irão determinar se o

²⁶² Ada Pellegrini Grinover, *Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de prequestionamento)*, p. 106.

²⁶³ Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, p. 84 e nota 34.

²⁶⁴ No direito espanhol, o litisconsórcio necessário determina a indivisibilidade do pronunciamento judicial, que deve portanto abranger todos os litisconsortes. No entanto, se no direito brasileiro a questão se coloca no plano das condições da ação, na Espanha a existência de litisconsórcio passivo necessário é pressuposto processual, cognoscível de ofício, por afetar a válida constituição da relação processual. Manuel Richard González, *La segunda instancia en el proceso civil*, p. 328.

²⁶⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de sentença*, p. 85.

²⁶⁶ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 509.

aproveitamento dos atos é possível. Nos limites da devolução do recurso (vide capítulo nove), a nulidade da sentença *citra petita*, *ultra petita* ou *extra petita* sempre pode ser declarada de ofício pelo tribunal.²⁶⁷ Diante da previsão legal do artigo 515, § 3.º, do CPC, a cassação da primeira sentença de mérito pode não ensejar a obrigatória devolução dos autos ao primeiro grau. Em muitos casos, mediante pedido do apelante, poderá o tribunal retomar o julgamento do mérito e proferir nova decisão, em substituição à anterior.²⁶⁸

A irregularidade da citação no processo de conhecimento é o vício processual mais grave entre todos.²⁶⁹ Não apenas enseja a nulidade da citação, como tal nulidade pode até nem mesmo ser declarada, mas não se convalida com a coisa julgada. A doutrina trata a hipótese como de verdadeira inexistência, que exige tão somente sua declaração, e não propriamente a desconstituição da sentença proferida em processo sem a citação do réu.²⁷⁰ Seja como for, trata-se do único vício do processo de conhecimento que sobrevive e pode ser alegado já na fase de cumprimento da sentença. Não há limitações quanto ao prazo para alegação dos vícios relativos à ausência ou invalidade da citação.

No direito português, há cominação expressa de nulidade tanto para a falta de citação do réu (cujas hipóteses estão no artigo 195) como de intervenção do Ministério

²⁶⁷ Segundo Barbosa Moreira, essa nulidade deve ser declarada de ofício pelo órgão julgador da apelação, desde que a devolução tenha sido total. O tribunal não pode pronunciar-se sobre coisa nenhuma que não esteja contida no efeito devolutivo. “Não se pode mexer naquilo que não foi objeto do recurso, ainda que isso conduza a situações de contradição lógica.” Barbosa Moreira afirma ainda que, se houve recurso relativamente apenas a parte da sentença, e houve reconhecimento do tribunal de falta de requisito formal, nem por isso a outra parte da sentença, da qual não se recorreu, pode ser anulada, uma vez que já transitou em julgado. Correlação entre o pedido e a sentença, p. 214.

²⁶⁸ Sobre a necessidade de pedido do recorrente para a aplicação do artigo 515, § 3.º, do CPC, ver o nosso *A apelação e seus efeitos*, p. 163-170. Em sentido contrário, Fernão Borba Franco, *Vicissitudes do duplo grau de jurisdição: o art. 515, § 3.º, do CPC*.

²⁶⁹ No direito italiano, a cognoscibilidade de ofício da nulidade da citação é tratada nos artigos 164, 167 e 291 do CPC. A irregularidade deve ser corrigida, sob pena de extinção do processo. “Art. 164. Se la rinnovazione non viene eseguita, Il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e Il processo si estingue a norma dell’articolo 307, comma terzo.”

²⁷⁰ Paulo Henrique dos Santos Lucon considera que esta decisão não é inexistente, mas apenas inválida. “A falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento está no plano da validade e não no da existência ou da eficácia, pois, caso não seja verificado tal vício, a sentença existe e produz efeitos.” Ainda para o autor, nos embargos o juiz desconstitui o título, não se limita a declarar a sua inexistência. “Embora se trate de nulidade absoluta, essa invalidade processual somente existirá depois do pronunciamento jurisdicional.” *Embargos à execução*, p. 165-166.

Público nos processos em que deve atuar como parte principal (CPC português, artigo 194). O artigo 196 cuida da convalidação de tais vícios: “Se o réu ou o Ministério Público intervier no processo sem arguir logo a falta da sua citação, considera-se sanada a nulidade”.²⁷¹

Tais ponderações servem para demonstrar que do sistema do Código de Processo Civil extrai-se facilmente que há um verdadeiro propósito político de salvação do processo. Como advertiu Pontes de Miranda em seguida à edição do Código,

[...] o que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação. O legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar o processo.^{272.273}

A despeito de todo este contexto legislativo, já existente quando da edição do Código de Processo Civil de 1973, os operadores do direito ainda não se deram conta das aplicações necessárias do princípio da instrumentalidade das formas, “segundo o qual o ato será sempre válido, independentemente de como foi praticado, se suficiente para atingir o fim”.²⁷⁴ E como será visto no item a seguir, há diversos outros fundamentos que reforçam e dão cumprimento ao preceito legal que serve de base para a presente tese (CPC, artigo 249, § 2.º), pelo qual todas as questões processuais, ainda que integrantes da ordem pública processual, cedem diante da possibilidade do julgamento de mérito.

²⁷¹ O Código português distingue a nulidade conforme o tipo da intervenção do órgão ministerial. A falta de vista ou exame ao Ministério Público como parte acessória é considerada “sanada desde que a entidade a que devia prestar assistência tenha feito valer os seus direitos no processo por intermédio do seu representante”. Nem mesmo se exige que a pessoa cujo interesse deve ser tutelado tenha vencido quanto ao mérito, mas apenas que tenha sido adequadamente defendida, para se considerar válido o processo.

²⁷² Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III, p. 449, n. 1.

²⁷³ No mesmo sentido, Rogerio Lauria Tucci, Representação judicial – carência de ação, p. 197-207. Leonardo José Carneiro da Cunha, Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4.º do art. 515 do CPC), p. 759-769. Menciona, este último autor, o conjunto de regras sobre as nulidades e diz que, deste conjunto, se extrai que o legislador pretende evitar a decretação de nulidades. O Código, na verdade, cuida de evitar a decretação de nulidades, de conferir meios para o juiz evitá-las ou eliminá-las (p. 760).

²⁷⁴ José Roberto Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 71 e 433.

4.6 “Princípio da prevalência da decisão de mérito”: proposta de aplicação às matérias de ordem pública

Na doutrina processual é consensual a noção de que a atividade jurisdicional pressupõe o exame de três tipos diferentes de questões, ou melhor, que a cognição se realiza por três níveis, que são os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito propriamente dito. É igualmente consensual que o mérito só pode chegar a ser examinado se seus antecedentes lógicos tiverem sido examinados, o que importa dizer que o órgão julgador não pode analisar a procedência ou improcedência do pedido antes de verificar a existência dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Para Vicente Greco Filho, “na seqüência lógica do pensamento do juiz, são examinados primeiro os pressupostos processuais, depois as condições da ação e, finalmente, presentes os dois primeiros, o mérito”. Por este prisma é que o autor admite “a extinção sem julgamento de mérito mesmo após toda a dilação probatória se a irregularidade é insuperável”.²⁷⁵⁻²⁷⁶

Trata-se do que o processualista português Miguel Teixeira de Souza passou a denominar de o “dogma da prioridade”, cujos fundamentos, porém, podem e devem ser questionados pela doutrina processual, para que se verifique se este método é necessário e útil em todas as situações. Nas palavras deste autor, a ciência do direito, e também a processual, “não pode aceitar acriticamente uma construção lógico-conceitual à qual é atribuída um valor *a priori* que não pode ser questionado nem discutido”.²⁷⁷

²⁷⁵ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 70. No entanto, o mesmo autor ressalva que “o princípio da economia impõe que se aproveite o processo se há possibilidade de prosseguir, em especial se o autor revelou que não tem intenção de abandoná-lo”. “Conclui-se, portanto, que a extinção somente ocorre se não for possível a preservação, ainda que parcial, do processo” (p. 70-71).

²⁷⁶ Considerando impossível a cognição sobre o mérito se faltam condições da ação ou pressupostos processuais, Rodolfo Kronenberg Hartmann, *Eficácia vinculante em precedente judicial e pronunciamento de ofício da prescrição e da competência relativa: estudo crítico das recentes reformas processuais que fortaleceram os poderes do magistrado*, p. 47-56.

²⁷⁷ Miguel Teixeira de Souza, *Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais*, p. 65.

A superação do dogma da prioridade pode se dar sempre que o órgão julgador, no momento em que analisa os pressupostos do julgamento do mérito, já estiver em condições de julgar a ação procedente ou improcedente. Se ao realizar aquele exame prévio ainda não reunir condições de examinar o mérito, aplica-se plenamente o dogma da prioridade.²⁷⁸

Na doutrina brasileira, José Roberto Bedaque tem defendido interpretação semelhante, aplicável a diversas situações, como aquelas em que lei comine de nulidade o desrespeito a determinadas formas (como a falta de intimação do representante do Ministério Público, artigo 82).²⁷⁹ Se a finalidade da norma tiver sido atingida, ou seja, se não houver prejuízo pelo descumprimento da forma, não se deve decretar nulidade de qualquer tipo, mesmo nas situações de nulidade predeterminada pela norma. Ainda nestes casos, deve prevalecer o julgamento de mérito, a despeito do vício. Em linhas gerais, é exatamente esta a proposta formulada por Teixeira de Souza.

O que esta corrente doutrinária propõe é que a falta de condições para a procedência da ação pode tornar dispensável o exame das matérias de ordem pública, e justificar que seja proferida uma decisão absolutória, mesmo sem o exame da admissibilidade do julgamento do mérito.

A respeito das ideias de Oscar von Bülow, José Carlos Barbosa Moreira reconhece que

[...] lançou fundas raízes no pensamento jurídico a noção de uma indispensável ordem lógica no desenvolvimento da atividade cognitiva, convocada a examinar, antes de mais nada, os pressupostos processuais, e só autorizada a voltar-se para o mérito se convencida da presença de todos eles – bem como, nos sistemas que consagram esse ulterior desdobramento, da satisfação integral das chamadas “condições da ação”.²⁸⁰

²⁷⁸ Idem, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 83.

²⁷⁹ O autor afirma, amparado no artigo 249, § 1.º, do Código, que “todas as nulidades, absolutas ou relativas, cominadas ou não cominadas, são sanáveis mediante incidência do princípio da instrumentalidade das formas”. José Roberto Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 442.

²⁸⁰ José Carlos Barbosa Moreira, *Sobre pressupostos processuais*, p. 89.

O processualista carioca informa ainda que a doutrina alemã questiona estas premissas e que alguns autores negam a obrigatória prioridade do juízo sobre os pressupostos processuais em relação ao juízo de mérito.

Segundo esta linha de pensamento, tais pressupostos continuam sendo examinados, mas a ordem é que pode ser diferente. “Em resumo: pressupostos processuais e fundamentos de direito material formariam, em conjunto, uma classe única, a dos pré-requisitos do acolhimento do pedido, a serem examinados sem qualquer preocupação de ordem.” E isto se dá porque a rejeição do pedido pode se basear na falta de qualquer pressuposto ou na falta de fundamento do direito material, mas não se exige efetivamente que se esgote a questão dos pressupostos para só depois verificar se os fundamentos do direito material existem ou não.²⁸¹

Na opinião deste autor, contudo, tais reflexões não podem ser aplicadas ao sistema brasileiro, pois do ordenamento positivo decorre que a ausência dos pressupostos inibe o órgão judicial de se lançar sobre o mérito.²⁸² Também Joel Dias Figueira afirma que os pressupostos processuais antecedem logicamente o exame das condições da ação, sendo uns prejudiciais em relação aos outros.

“Assim, se ocorre litispendência, não conhecerá o julgador da alegação de carência de ação, ou, se for absolutamente incompetente, não poderá analisar qualquer outra preliminar, inclusive outros pressupostos processuais”.²⁸³

²⁸¹ José Carlos Barbosa Moreira, *Sobre pressupostos processuais*, p. 89-90.

²⁸² *Idem*, p. 90. Em outro estudo, afirma que o mérito, “consoante princípio incontroverso entre nós, só se torna suscetível de exame depois de ultrapassados os outros planos cognitivos e rejeitadas (ou superadas) as questões estranhas ao mérito – as quais, por isso mesmo, se qualificam como preliminares a ele”. Aspectos da extinção do processo conforme o art. 329 do CPC, p. 270.

²⁸³ Joel Dias Figueira Junior, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 224. Ao tratar da correlação entre pedido e sentença, José Carlos Barbosa Moreira pondera que, havendo causa impeditiva de julgamento de mérito, o juiz “deve manter o mais absoluto silêncio sobre o mérito”. O juiz deve extinguir o processo em razão dessa causa impeditiva e apenas e tão somente explicar os motivos pelos quais reconhece o impedimento. *Correlação entre o pedido e a sentença*, p. 210.

Contudo, o próprio Alfredo Buzaid, autor do projeto do Código de Processo Civil de 1973, advertira que a ordem de precedência do exame dos pressupostos de admissibilidade e do mérito

“[...] é puramente hipotética, porque não há entre elas uma separação cronológica, de forma que uma preceda necessariamente à outra. Na prática podem elas surgir simultaneamente ou em ordem inversa”.²⁸⁴

Advertência semelhante já fora feita por Chiovenda. Para o autor italiano,

[...] de todas as questões num processo, a última e mais importante é aquela referente à existência de uma vontade concreta da lei que garanta um bem a alguém. As outras se apresentam todas em uma ordem lógica de preliminares, uma em relação a outra e todas em relação à última, no sentido de que uma deve ser conhecida antes da outra, ou que a solução de uma pode resultar inútil de passar para a outra. Essa ordem lógica não é, porém, sempre obrigatória por lei.²⁸⁵

Tal ordem lógica e cronológica no exame das questões submetidas ao juiz facilmente se explica na concepção tradicional e bastante técnica do processo (período autonomista), própria de um determinado contexto histórico, no qual tais ideias foram desenvolvidas e inspiraram o legislador de 1973. Sob esta ótica, não se concebia, de fato, que o mérito pudesse ser examinado em ordem inversa, ou seja, sem percorrer todas as etapas prévias, analisando os pressupostos processuais e as condições da ação. Mas, fruto de nova visão que se impõe ao estudo do processo e da revisitação de seus institutos, é possível cogitar a modificação destes paradigmas, a despeito das resistências verificadas ainda hoje.

O juiz deve proferir julgamento de mérito sempre que puder constatar, simultaneamente, tanto a existência de questões processuais aptas, em tese, a impedir o exame do mérito como os elementos que o permitam desde logo inferir a quem deve tocar o bem da vida. Como afirma Luis Guilherme Marinoni,

²⁸⁴ Alfredo Buzaid, Do despacho saneador, p. 7.

²⁸⁵ Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. 1, p. 62.

[...] se o processo está em condições de constatação da existência ou a inexistência do direito material, o juízo não deve priorizar a análise dos pressupostos processuais, porque o mérito é quem deve preponderar para a tutela jurisdicional efetiva e de duração razoável.²⁸⁶

Este método é o que se compatibiliza com o modelo constitucional do processo atualmente vigente, com os princípios que se busca preservar e com a preocupação com a efetividade da tutela.

De fato, há aspectos de ordem teleológica, relacionados à finalidade do processo, e também de ordem sistemática, ligados ao modo de ser e às técnicas já existentes em nosso ordenamento, que permitem afirmar ser possível tal solução também em relação ao direito brasileiro, a despeito da existência no plano legislativo das categorias das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Sob o aspecto mais geral, é fora de dúvida que a finalidade do processo, como instrumento técnico pelo qual se realiza a atividade jurisdicional, é a obtenção do resultado justo, a outorga da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Ao sistema processual cabe “cumprir de modo exauriente a promessa constitucional de proporcionar tutelas jurisdicionais justas, mediante processos justos”.²⁸⁷

Isto significa que o processo civil, dada a sua condição de ferramenta técnica a serviço de objetivos específicos, deve ser dotado de mecanismos que permitam efetivamente o exame do mérito dos litígios, com todas as garantias para a participação das partes, possibilidade de deduzir argumentos, produzir provas, recorrer contra decisões desfavoráveis, e todo o conjunto de técnicas que visem a este objetivo maior. Apenas em via excepcional é que se deve admitir que o resultado final deste conjunto de técnicas seja a realização de julgamento que não atende àqueles objetivos mais amplos.²⁸⁸

²⁸⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 468-481.

²⁸⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 2, p. 34.

²⁸⁸ Como bem observou Pontes de Miranda, o artigo 267 prevê diversos motivos para a extinção do processo sem exame do mérito. Entretanto, os incisos IV, V e VI são os únicos que admitem atividade espontânea do magistrado, por força do § 3.º do mesmo artigo. “O Código, que tanta força deu ao juiz até a constituição da relação jurídica processual e até o saneamento do processo, não lhe conferiu o poder de decretar a extinção

A aplicação das técnicas e o uso cotidiano deste instrumento não podem se converter em um emaranhado de regras que conduzam a objetivos diversos daqueles para os quais estas mesmas técnicas foram concebidas. Estes objetivos, que aliás não se resumem aos denominados escopos jurídicos do processo, exigem que os julgamentos que não cheguem a examinar o mérito sejam proferidos em via absolutamente excepcional.

Apenas quando não for possível, a despeito de todos os esforços, julgar o mérito de uma controvérsia, é que se deve cogitar do julgamento por questões processuais, que se restrinjam ao seu objeto formal.

Nesta ordem de ideias, a doutrina alemã, mencionada por Teixeira de Souza, cuida de uma categoria jurídica que chama de “pressupostos de êxito da ação” e inclui nestes pressupostos a conjugação das condições de caráter processual e de natureza substantiva. Para julgar a ação procedente, segundo esta perspectiva, é preciso que estejam preenchidos os pressupostos de admissibilidade e os substantivos.

Contudo, para julgar a ação improcedente, é suficiente a inexistência de alguns destes pressupostos, seja da área processual, seja do âmbito material.

Assim, os pressupostos processuais condicionam a produção de uma decisão de procedência, mas não o proferimento de uma sentença de improcedência, dado que, desde que esteja verificada a inexistência das condições substantivas da fundamentação, o Tribunal está dispensado de se certificar da admissibilidade da ação.²⁸⁹

Neste particular, vale recordar a lição de Andrea Proto Pisani, segundo a qual o julgamento de procedência da ação depende da constatação pelo juiz de que todos os fatos constitutivos do direito do autor estão presentes e, de outro lado, que nenhum fato impeditivo,

do processo de ofício, salvo nas espécies dos arts. 267, §§ 1.º e 3.º, e, e.g., 47, parágrafo único, devido à falta do autor. É preciso que o requeira a parte. Portanto, manteve o Código à *absolutio ab instantia* o caráter de ‘exceção peremptória’. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 468.

²⁸⁹ Miguel Teixeira de Souza, Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais, p. 66. O próprio autor pondera que esta linha de pensamento não pretende estabelecer que a improcedência deve ser sempre analisada antes do exame de admissibilidade, ou que só depois de constatar a procedência é que o órgão julgador deve examinar a admissibilidade. A ideia central desta tese é a da desnecessidade de averiguar os pressupostos processuais quando uma decisão sobre a improcedência garante critérios de rapidez e simplicidade que seriam postergados se fosse exigida uma primeira decisão sobre a admissibilidade.

extintivo ou modificativo deste mesmo direito esteja presente. Caso o autor demonstre seus fatos constitutivos, e réu, um fato extintivo, o resultado será a improcedência do pedido.²⁹⁰ Nesta perspectiva, é muito mais simples o julgamento de improcedência. O que aqui se propõe é que raciocínio semelhante seja realizado também em relação às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Aliás, há base legislativa sólida para sustentar este argumento, na medida em que o Código expressamente dispõe que, “quando puder decidir o mérito em favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta (Art. 249, § 2.º)”. Como acima afirmado, deve ser aplicado analogicamente este dispositivo legal tão relevante para todas as questões de ordem pública.

De outro lado, é inegável que esta linha de pensamento não pode substituir o método tradicional e bastante arraigado de realizar a cognição judicial, nem inverter a ordem em que tais categorias são analisadas em todas as situações. Entretanto, apenas como ilustração, parece interessante recordar que a legislação sobre licitações e contratos administrativos possui propostas de modificação, justamente para inverter a ordem de exame dos requisitos do processo licitatório. A qualificação técnica e financeira das empresas licitantes só passaria a ser analisada após a apuração do vencedor, com a finalidade específica de ganhar tempo e agilizar os procedimentos licitatórios.

Também no plano processual, há uma situação concreta em que ocorre esta inversão, realizando-se primeiro o exame do mérito da causa e relegando-se o exame dos pressupostos de admissibilidade. No caso de revelia, diz o artigo 319 do CPC que os fatos alegados pelo autor são reputados verdadeiros, gerando a consequência quase automática da procedência da ação. Na situação de revelia, a cognição judicial se dá da forma inversa. Diante da presunção de veracidade dos fatos, o juiz primeiro efetua um exame do mérito da causa, para constatar a possibilidade teórica de acolher o pedido do autor. Em seguida, verifica (superficialmente) os pressupostos de admissibilidade daquele julgamento, e, estando presentes, autorizam que o julgamento do mérito seja efetivamente executado.

²⁹⁰ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 74-75.

Em certa medida, este mesmo método de julgamento é utilizado nas hipóteses do artigo 285-A do Código, que autoriza o julgamento pelo mérito, de improcedência, mesmo sem a citação do réu. Diante de questão de direito já julgada por aquele juízo, o juiz pode proceder ao julgamento desde logo. Para tanto, realiza uma primeira etapa cognitiva, que é a de enquadrar aquela situação de direito material em seus próprios precedentes, o que Teixeira de Souza se refere como “conhecimento ficcionado” do mérito. Como segunda etapa cognitiva, deverá conferir se os pressupostos para o exame do mérito estão de fato presentes, e então proferir efetivamente o julgamento de improcedência.

Trata-se, ademais, de clara hipótese legal de favorecimento do julgamento do mérito, reconhecendo o ordenamento, neste particular, que a improcedência do pedido é muito mais fácil de ser obtida do que a procedência. Na situação de julgamento *prima facie*, dispensa-se até mesmo a angularização da relação processual e, obviamente, a colaboração do réu na tarefa de controlar os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito. Este novo instituto tem ainda outra relevante vantagem para a compreensão geral do nosso sistema, que é a de indicar a prevalência por uma decisão de mérito.²⁹¹

As hipóteses em que é possível cogitar de inverter a ordem de exame, para privilegiar a análise do mérito, são mais comuns quando o julgamento a ser proferido é de improcedência. O reconhecimento da prescrição ou decadência, ou mesmo da coisa julgada, constituem atividades que o juiz deve realizar em primeiro lugar, antes de qualquer outro aspecto, seja integrante dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, seja do mérito em si. E, ao constatar que o direito alegado está prescrito, deve julgar improcedente o pedido, pois é este o tipo de julgamento que o sistema favorece, capaz de resolver em definitivo aquela crise de adimplemento, apta a pacificar as partes.

²⁹¹ Miguel Teixeira de Souza afirma que a técnica adotada no caso de revelia constitui solução que “subverte totalmente as premissas e os corolários do dogma da prioridade”, e que prova que o conhecimento do mérito não depende da prévia averiguação da admissibilidade do processo, pois nesta situação específica fica provado que os pressupostos processuais são pressupostos apenas do julgamento de procedência da ação. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais, p. 68.

Seria inviável cogitar, nesta hipótese, que o juiz devesse proferir um julgamento terminativo, relacionado à legitimidade ou ao interesse de agir, se na mesma oportunidade, com o mesmo nível de cognição, pode já inferir que a pretensão do autor não pode ser deferida, em vista do decurso do prazo prescricional, ou de ter se operado a decadência do direito alegado.

Do mesmo modo, se a citação do réu não ocorreu ou se realizou de forma irregular, mas, a despeito deste grave vício, a ação tiver sido julgada improcedente, não há nenhum motivo para se cogitar da anulação daquele julgamento. O objetivo da citação do réu é permitir sua participação para, em última análise, que ele obtenha julgamento favorável. Privilegia-se o julgamento do mérito, afastando o reconhecimento de violação à norma de ordem pública, porque o objetivo do ato foi atingido, sem nenhum prejuízo à parte a quem é dirigida a proteção da lei.²⁹²

Há também situações em que o julgamento de mérito de procedência igualmente deve ser realizado, antes ou a despeito de aspectos relacionados à admissibilidade daquele julgamento. O exemplo mais comum é de falta de intimação do Ministério Público para os processos que envolvam interesses de menores ou incapazes, quando o julgamento conclui pela procedência do pedido, assegurando da mesma forma aqueles interesses. A doutrina e a jurisprudência condenam a anulação destes julgamentos pelo “mero” fato de a regra ter sido violada, pois desta violação não resultou nenhum prejuízo (não obstante a redação literal do artigo 246).²⁹³

²⁹² Segundo Miguel Teixeira de Souza: “Também esta sentença absolutória – e não apenas a absolvição da instância – é uma das decisões favoráveis ao réu que o Tribunal pode produzir perante a inexistência de um dos pressupostos orientados para a proteção da posição do réu *in iudicio*. A suscetibilidade da produção de uma decisão absolutória pelo Tribunal demonstra que o réu não foi prejudicado com a falta de pressuposto, pois que, mesmo com a satisfação desse pressuposto, essa parte nunca poderia alcançar um resultado mais vantajoso. Seria, aliás, um verdadeiro contra-senso impedir o proferimento dessa decisão sobre o mérito invocando o não preenchimento desse pressuposto, pois isso equivaleria a argumentar com a necessidade de acautelar interesses que, como evidencia aquela sentença absolutória, não carecem de ser protegidos”. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais, p. 78.

²⁹³ Segundo Chiovenda, a falta do pressuposto processual de capacidade poderia ser conhecida de ofício caso pudesse influir no resultado final do processo, por exemplo, se gerasse “uma sentença inútil, como seria certamente a sentença proferida *contra* um incapaz, se não regularmente representado”. *Instituições do direito processual civil*, v. 1, p. 326.

Exame rigoroso sobre a ordem pública processual poderia conduzir à anulação da decisão, ou seja, eliminação do julgamento de mérito e sua substituição por julgamento processual, mas o exame teleológico da regra impõe conclusão diametralmente oposta. Este julgamento deve ser preservado, com a correção do vício em segundo grau e intimação do representante do Ministério Público perante o Tribunal.²⁹⁴

São exemplos bastante comuns, tanto na doutrina como na jurisprudência, e sevem para explicitar o que foi acima dito, quanto à aplicação da regra geral sobre as nulidades, pela aplicação das regras que asseguram a instrumentalidade das formas.

Nesta mesma ordem de ideias, é possível cogitar de várias outras situações em que o reconhecimento de questões de ordem pública deve ceder diante da possibilidade de exame do mérito, sempre que não se vislumbrar prejuízo e que se puder pensar em dispensar a proteção que a ordem pública pretende conferir ao sistema. No âmbito recursal, a dicotomia “pressupostos de admissibilidade” e “julgamento do mérito” é, em várias situações, resolvida em favor do julgamento de mérito. O réu não tem sequer interesse recursal para invocar novamente aspectos processuais que tenham sido rejeitados (ou omitidos), caso a ação seja julgada improcedente.²⁹⁵

Aliás, a prevalência do julgamento do mérito se dá também nos casos de confissão, transação, reconhecimento do pedido pelo réu e renúncia, pelo autor, ao direito sobre o qual se funda a ação. São hipóteses que ensejam julgamento de mérito, nas quais o controle sobre os pressupostos processuais e as condições da ação deixa de ser feito, ou é

²⁹⁴ No caso específico da intimação do Ministério Público, esta técnica não se presta apenas a eliminar a necessidade de anular uma sentença de mérito, mas também permitir que o juiz de primeiro grau, se no momento de proferir a sentença, constatar a falta de intimação do *Parquet*, possa ainda assim proferir julgamento de mérito, sem anular atos anteriores ou atrasar o processamento do feito, desde que o julgamento do mérito tutele os direitos do menor ou incapaz. A procedência do pedido dispensa o preenchimento deste pressuposto especial específico, na medida em que o objetivo que se pretende atingir com a imposição da participação do Ministério Público terá sido igualmente atingido pelo resultado do julgamento.

²⁹⁵ Machado Guimarães sugeria uma situação concreta. Em ação julgada procedente, caso o réu apele contra a parte da sentença que não acolheu a alegação de nulidade do processo, deixando de se insurgir contra os demais capítulos, inclusive no mérito, o autor sustentava que a apelação do réu deveria ser inadmitida por falta de interesse do apelante em declarar a nulidade do processo. A coisa julgada decorrente da aquiescência quanto ao mérito é apta a sanar qualquer vício do processo. *Limites objetivos do recurso da apelação*, p. 90.

realizado *a posteriori*, apenas para confirmar a possibilidade de julgar nos termos do artigo 269, incisos II, III e V, do CPC.²⁹⁶

No caso de transação, para proferir sentença homologatória o juiz realiza apenas o exame da validade do negócio quanto ao seu objeto, sem impor controle sobre os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito. Não há, na casuística forense, casos em que a homologação de um acordo foi negada porque o juiz identificou alguma questão processual impeditiva.²⁹⁷

Da mesma forma, quando ocorre o reconhecimento do pedido pelo réu ou a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, pelo autor, profere-se julgamento de mérito, sem perquirir se era mesmo positivo o exame da admissibilidade.

Portanto, pode-se considerar que, ao menos no plano prático, as partes possuem disponibilidade indireta sobre os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, mesmo sendo compostos de questões de ordem pública. Ainda que determinados aspectos devam ser verificados forçosamente, como a capacidade das partes, nos casos de confissão ou renúncia ao direito sobre o qual a ação se funda, o exame da matéria de ordem pública fica adstrito ao pressuposto diretamente relacionado com o ato processual. Todos os demais deixam de ser examinados, para se privilegiar a solução de mérito, desejada pelas partes e que constitui a escolha preferencial do sistema.²⁹⁸

²⁹⁶ José Roberto Bedaque ressalta que o acordo entre as partes é feito antes das demais atividades da audiência do artigo 331 do CPC, ou seja, favorece-se o acordo, mesmo se o processo contiver vícios e falta de pressupostos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 499.

²⁹⁷ Heitor Vitor Mendonça Sica afirma que as partes podem fazer acordos, reconhecer juridicamente o pedido ou renunciar ao direito em que se funda a ação, e nestes casos o juiz fica “absolutamente vinculado por atos dos litigantes”. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*, p. 101.

²⁹⁸ Uma vez mais, vale mencionar a posição de Miguel Teixeira de Souza, de que “a generalidade dos pressupostos processuais (em concreto, parece que todos exceto a competência absoluta) tem por função garantir o equilíbrio de forças e de oportunidades entre as partes e que a falta de um desses pressupostos não obsta à produção de uma decisão de mérito favorável à parte (ativa ou passiva) cuja posição processual seria protegida com a verificação do pressuposto”. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais, p. 82.

4.7 Proposta de definição da ordem pública processual

A ordem pública, em sua acepção mais ampla, sem dúvida constitui um princípio jurídico, eminentemente programático, do qual se extraem regras jurídicas mais concretas, em diferentes campos de atuação do direito. Em todas estas aplicações, a ordem pública representa uma forma de restrição à atuação dos particulares, à sua liberdade de atuação, justificada pela preocupação com a preservação de valores fundamentais de uma determinada sociedade.

Como ensina Carmem Tibúrcio,

[...] a expressão ordem pública designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal. Nada obstante, é possível identificá-la como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivadas na constituição e na legislação vigente, sobretudo em países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil.²⁹⁹

De fato, ainda que dotados de elevado grau de generalidade, tais valores abrangidos pela ordem pública são, como regra geral, previstos na Constituição. Dizem respeito a aspectos relevantes em certo tempo e lugar, por exemplo, valores sociais, culturais e econômicos. Desta esfera necessariamente ampla de interesses extraem-se as aplicações mais concretas deste princípio da ordem pública.

No direito material, por exemplo, a ordem pública implica a impossibilidade de escolha da legislação aplicável às relações jurídicas dos particulares e vedação à prática de atos contrários a normas imperativas que retratem estes mesmos interesses fundamentais da sociedade, como as normas de direito de família, proteção a minorias, direitos de personalidade, preservação de patrimônio histórico, direitos de meio ambiente etc.

No plano processual, a ordem pública assume dinâmica própria. Primeiro, porque as regras que a materializam decorrem do direito positivo. Diferentemente de outras possíveis concepções e aplicações da ordem pública, no plano processual ela não se limita a um

²⁹⁹ Carmem Tibúrcio, A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras, p. 210-211.

princípio jurídico, a um conjunto de valores de interesse geral, mas se torna concreta em hipóteses taxativas, que são as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades processuais absolutas.

Além disso, a ordem pública processual possui características bem específicas, que são a direta e estreita vinculação aos objetivos e à razão de ser da atividade jurisdicional do Estado. Não se compreende a ordem pública sem identificá-la com a função que o Estado desempenha quando exerce seu poder de decidir os conflitos e impor o cumprimento de suas decisões.

Assim, diferentemente de outras concepções da ordem pública, a sua vertente processual somente poderá ser invocada se da sua aplicação resultar o cumprimento daqueles objetivos. E como, no plano do processo, têm aplicação os princípios da economia, da finalidade e da instrumentalidade, surge então uma ulterior restrição à aplicação da ordem pública processual, pois os valores que ela pretende tutelar podem ter sido atingidos mesmo diante da violação de regras processuais particulares.

As regras processuais que materializam a ordem pública, todas relacionadas à admissibilidade e à regularidade da atividade jurisdicional, constituem a concretização, no plano da técnica processual, dos valores que a ordem pública contempla. Contudo, em termos práticos, é possível que surja um conflito entre tais valores e as regras técnicas, de forma que da aplicação destas técnicas resulte não a observância dos valores da ordem pública, mas justamente o contrário. Em tais situações, não podem prevalecer as regras e os procedimentos, em detrimento do princípio maior a que elas deveriam servir.

O interesse quanto ao controle da ordem pública não é tal que se sobrepõe a toda a sistemática processual, e se é relevante a ponto de escapar à disponibilidade das partes, não chega a autorizar que se crie uma espécie de microssistema processual exclusivo da ordem pública, no qual tudo é permitido, nenhuma situação se estabiliza e processos que já duram anos possam ser subitamente extintos, sem exame do mérito, pela constatação da ausência de uma questão de ordem pública.

Com base nestas considerações, a ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatória observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio.

É fora de dúvida que os aspectos que a jurisdição elege como sensíveis recebem tratamento diferenciado, para escapar à disponibilidade das partes, para receber um tratamento sistemático próprio. Entretanto, são, ainda assim, mera etapa prévia ou, para usar expressão comum ao direito do trabalho, mera “atividade meio”, para que se realize a atividade jurisdicional mais relevante (que se poderia até denominar de atividade jurisdicional propriamente dita), que é a de julgar o mérito da demanda, conceder a uma das partes o bem da vida em litígio. Nenhuma análise de aspectos estritamente processuais, como são as questões de ordem pública, pode receber mais ênfase do que se deve dar à “atividade-fim” da jurisdição.

5

**RELAÇÃO ENTRE ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL
E COGNIÇÃO JUDICIAL *EX OFFICIO*:
MEIOS DE ARGUIÇÃO DAS QUESTÕES
DE ORDEM PÚBLICA**

5.1 Meios de arguição da matéria de ordem pública – 5.2 Questões de ofício que não configuram matéria de ordem pública – 5.3 Questões de ofício que configuram matéria de ordem pública: 5.3.1 objeções substanciais; 5.3.2 objeções processuais – 5.4 Questões materiais que o juiz não pode conhecer de ofício: as exceções substanciais: 5.4.1 Especificamente a questão da prescrição e o novo artigo 219, § 5.º – 5.5 Questões processuais que o juiz não pode conhecer de ofício: as exceções processuais – 5.6 Exceções rituais e ordem pública.

5.1 Meios de arguição da matéria de ordem pública

Uma vez estabelecidos os contornos gerais da matéria de ordem pública, seus elementos, características e a perspectiva instrumental em que ela se insere, é necessário passar ao exame mais concreto do tema, para definir, em termos práticos, de que forma e em quais momentos pode surgir uma questão de ordem pública, por iniciativa do magistrado ou por arguição das partes.

A primeira tarefa, portanto, é identificar, à luz do ordenamento positivo brasileiro, por quais meios pode ser suscitada a matéria de ordem pública e a quem compete sua iniciativa.

O título do tópico – “meios de arguição” – pode sugerir a errônea impressão de que somente às partes compete invocar matérias de ordem pública. No entanto, como visto no capítulo anterior (item 4.4), também ao magistrado se impõe o dever de suscitar tais questões e submetê-las à apreciação das partes. Assim, o órgão jurisdicional deve *arguir* a questão de

ordem pública, decidindo-a apenas e tão somente depois de permitir às partes o amplo e completo exercício do contraditório. Com este enfoque, pode-se então afirmar que a questão de ordem pública sempre deve ser arguida por um dos sujeitos do processo, para que os demais sobre ela tenham ciência e possam se manifestar.

Sob a perspectiva desta proposição, a ordem pública processual pode ser invocada tanto por iniciativa do magistrado como por iniciativa das partes.

No primeiro caso, como etapa preliminar, surge a necessidade de examinar a relação existente entre as questões de ordem pública e os poderes que o juiz exercita sem prévia provocação da parte. A maior parte da doutrina vem se limitando a afirmar que as questões de ordem pública são aquelas que o juiz pode conhecer de ofício, e estas, por sua vez, são em geral definidas como questão de ordem pública, pois apresentam um interesse público mais destacado, dispensando o pedido da parte para serem examinadas.

Assim, instaura-se um ciclo vicioso (tautologia), em que um instituto define e explica o outro, sem uma efetiva análise dos fenômenos.³⁰⁰

Contudo, não há necessária coincidência entre as matérias de ordem pública e os poderes de atuação *ex officio* do magistrado. No direito italiano, o Código de Processo Civil faz referência a questões que o juiz conhece de ofício, impondo ao juiz o dever de comunicar às partes todo o universo de questões que pode levar em consideração quando do julgamento. A lei não distingue se tais questões são apenas de natureza processual ou também material, e a

³⁰⁰ O Superior Tribunal de Justiça, antes da reforma do artigo 219, § 5.º, reiteradamente afirmava que a prescrição era matéria de ordem pública. Contudo, como será visto no texto, mesmo com a reforma processual, a prescrição continua não sendo uma questão de ordem pública. Confirmam-se alguns julgados que trazem esta visão do Superior Tribunal de Justiça, equivocada, na opinião deste autor.

I. “A prescrição, mesmo sendo matéria de ordem pública, não prescinde do prequestionamento para ser analisada em sede de recurso especial – AgRg nos EDcl no REsp 850991/RN, II. É certo que, mesmo se tratando de questão de ordem pública, como a arguição de ocorrência de prescrição, é imprescindível o pronunciamento da Corte *a quo*, para que se configure o indispensável prequestionamento, viabilizador do acesso à instância extraordinária. Precedentes”. REsp 717936/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 06.10.2005, DJ 14.11.2005.

III. AgRg em EREsp 85588/SP, Rel. Eliana Calmon, 1.ª Seção, j. 07.04.2000, DJ 12.06.2000

IV. AGRG em REsp 388796/SC, Rel. Min. Paulo Medina, 2.ª Turma, j. 02.05.2002, DJ 24.06.2002.

doutrina, de um modo geral, cuida dos temas indistintamente. Sergio La China considera que podem ser tanto processuais como substanciais.³⁰¹

Não há, assim, no direito italiano, propriamente uma análise da espécie – questões de ordem pública –, mas tão somente do gênero – questões cognoscíveis de ofício, sejam elas de natureza material, sejam de natureza processual.³⁰²

Quanto ao direito brasileiro, sobre um universo mais amplo de poderes judiciais de ofício, apenas uma parcela menor pode ser atribuída à ordem pública, distinção que também se revela necessária para a correta compreensão do tema.³⁰³

Sobre a arguição da matéria de ordem pública por iniciativa das partes, é inegável que o rol destas matérias é mais próprio de invocação pelo réu, e deste prisma convém referir rapidamente às classificações das defesas do réu.

A primeira, e mais ampla de todas, adota o termo “exceção” como verdadeiro sinônimo de defesa, para abranger todo e qualquer comportamento defensivo do réu. A segunda restringe o fenômeno apenas às matérias de defesa que dependem de iniciativa da parte (exceção em sentido estrito). A terceira, e a única que o Código de Processo Civil efetivamente adota, diz respeito a determinadas modalidades de defesa, que são a incompetência relativa, a suspeição e o impedimento do juiz. A esta figura específica se dá o nome de exceção ritual.

A defesa que o juiz pode conhecer sem provocação, espontaneamente, é denominada objeção, e pode ser de natureza processual ou substancial. Em contraposição, denomina-se exceção (em sentido estrito) a modalidade de defesa que só pode ser conhecida

³⁰¹ Sergio La China, *Diritto processuale civile: la novella del 1990*, p. 131.

³⁰² Edoardo Grasso afirma que entre as “questioni rilevabili d’ufficio” incluem-se os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor, exceto os fatos cuja alegação a lei processual atribui somente às partes. Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado, p. 725-727. Ver também Cesare Cavalini, *Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado*. Do mesmo autor, *Questioni rilevabili d’ufficio e processo societário*. Edoardo Ricci, *Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício*.

³⁰³ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 137.

pelo juiz mediante alegação da parte, e também essa pode ter natureza processual ou substancial.

Na lição de Calmon de Passos,

[...] há fatos extintivos ou impeditivos que, embora provados nos autos, não impedem a prolação de uma sentença favorável ao autor, podendo o magistrado deixar de levá-los em consideração, por motivo de não terem sido alegados pelo réu. Assim agindo, o julgador não profere uma sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito.

Nestes casos, prossegue a lição do processualista baiano, trata-se de uma exceção,

[...] e porque não determinando a sua existência, necessariamente, obstáculo à prolação de uma sentença justa, reclama-se a iniciativa do interessado para que seja devidamente considerado pelo juiz, sob pena de estar violando o princípio dispositivo, que lhe impede tomar a iniciativa da tutela do interesse das partes.³⁰⁴

O tema das exceções tem sido objeto de diversos estudos por parte da doutrina, sem que se tenha obtido algum tipo de consenso.³⁰⁵ O vocábulo “exceção” designa diferentes tipos de defesa do réu, sendo inegável que a utilização de um mesmo termo para denominar fenômenos diversos causa perplexidade e só contribui para a incompreensão do tema.³⁰⁶ Fala-se em exceção em sentido estrito, como modalidade de defesa que deve ser alegada pelo réu (no plano substancial, *v.g.*, a compensação; no plano processual, a incompetência relativa).³⁰⁷ Por fim, completando a confusão reinante, utiliza-se “exceção”, em um mesmo contexto, sob diferentes critérios de classificação.

³⁰⁴ Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 285.

³⁰⁵ Entre outros estudos, Alcides Mendonça Lima, A nova sistemática das exceções, p. 61-76; Heitor Vitor Mendonça Sica, *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*; José Rogério Cruz e Tucci, Aspectos atuais do conceito de exceção substancial a partir da teoria chiovendiana, p. 1-13; Fredie Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*; Cleanto Guimarães Siqueira, *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*; Antonio Carlos Marcato, *Das exceções rituais no processo civil brasileiro*, Tese, USP, 1989. Na doutrina italiana, Giuseppe Chiovenda, Sulla “eccezione”, v. 1.

³⁰⁶ Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, v. 2, p. 315.

³⁰⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 335.

Para ilustrar, basta notar que o Código de Processo Civil adota o termo “exceção” apenas como defesa processual típica, deduzida na forma de um incidente processual. São as denominadas exceções rituais, aptas a suspender o processo principal, e que no diploma positivo em vigor entre nós se resumem a três possíveis matérias, que são a incompetência relativa, a suspeição e o impedimento do juiz.

Portanto, para identificar por quais meios e modos são suscitadas as questões de ordem pública, é preciso distinguir outros temas, que são suscitados pelos mesmos modos e meios, mas que não integram o rol da ordem pública processual. Entre eles merecerão especial destaque, no plano substancial, a prescrição, e no plano processual, a incompetência relativa e a convenção de arbitragem.

5.2 Questões de ofício que não configuram matéria de ordem pública

O Código de Processo Civil não traz a expressão “ordem pública” em qualquer dos seus artigos. De outro lado, há um sem-número de dispositivos contemplando poderes e atribuições de ofício. Alguns exemplos são apresentados abaixo, pois confirmam e ilustram que, em inúmeras questões que podem ser objeto de conhecimento espontâneo do juiz, não há a referida relevância geral, um aspecto de interesse público ou de cogência absoluta que caracteriza a questão de ordem pública.

Por exemplo, o artigo 15 do CPC dispõe que “é defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, *de ofício* ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las”. O artigo 242, em seu parágrafo segundo, determina que o juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação da audiência. Já o artigo 253, parágrafo único, preceitua que, “havendo reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, *de ofício*, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor”.

Casos emblemáticos da completa dissociação existente entre a atuação de ofício do juiz – que se justifica no mais das vezes porque é dele a responsabilidade de dirigir o processo – e a relevância de determinadas situações, que as elevam à categoria de matéria de

ordem pública. Consideradas as três características principais das questões de ordem pública (cognoscíveis de ofício, não atingidas pela preclusão e passíveis de conhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição), vê-se que, definitivamente, o fato de certas matérias apresentarem uma destas características não as equipara às efetivas questões de ordem pública.³⁰⁸

O juiz pode determinar a reunião de causas por reconhecer-lhes a conexão. Este poder-dever tem previsão no artigo 301, que reúne todas as objeções processuais. Entretanto, sendo a conexão um instrumento relacionado à economia processual, ela deixa de ser observada se as ações apresentam-se em momentos procedimentais muito diversos.³⁰⁹ Não há, portanto, um componente obrigatório na conexão. Trata-se de uma objeção processual, inserida entre as atividades judiciais *ex officio*, mas que não se afigura como de ordem pública.³¹⁰

O juiz também pode determinar espontaneamente a retificação do valor da causa, o recolhimento complementar de custas iniciais. Estes e inúmeros outros exemplos de poderes processuais poderiam ser dados, dos quais não se extraem os elementos da ordem pública processual nem suas características procedimentais típicas.

Tomemos agora a hipótese do artigo 130 do CPC, que consagra os poderes instrutórios do juiz. Diz o texto legal: “Caberá ao juiz, *de officio* ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

³⁰⁸ O Código de Processo Civil traz até mesmo previsão de atribuições de ofício dos serventuários, no artigo 162, § 4.º: “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”.

Outro exemplo: artigo 1.113 (Das alienações judiciais). “Nos casos expressos em lei e sempre que os bens depositados judicialmente forem de fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para a sua guarda, o juiz, de ofício ou a requerimento do depositário ou de qualquer das partes, mandará aliená-los em leilão”.

³⁰⁹ Sobre o tema, ver, por todos, Bruno Silveira de Oliveira, *Conexidade e efetividade processual*. No direito italiano, a conexão só pode ser reconhecida até a data da primeira audiência. Virgilio Andrioli, *Commento ao Codice di Procedura Civile*, v. 1, p. 140-141.

³¹⁰ Na jurisprudência, ver o REsp 737.845/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 18.06.2009.

Em obra clássica, Moacyr Amaral dos Santos já ensinava e proclamava a iniciativa probatória do magistrado. A respeito das críticas da doutrina de então sobre a figura do juiz no processo brasileiro, considerado um juiz autoritário “uma espécie de dono do processo, de *führer* do processo”, respondeu que de fato o juiz possuía um papel destacado, dada a natureza pública do processo, que não é mais simples instrumento das partes. Nas edições de sua obra dos anos 80 consta a seguinte afirmação, que, se hoje soa absolutamente natural, à época ainda enfrentava resistências:

Na verdade, ao juiz inerte, ao juiz passivo, de outros tempos, se substitui o juiz ativo, como o compreende a doutrina contemporânea e o instituiu o direito brasileiro, um juiz que é sujeito predominante da relação processual.³¹¹⁻³¹²

Cândido Rangel Dinamarco reafirma esta postura, admitindo a iniciativa probatória do juiz em determinadas situações, principalmente porque a jurisdição é função pública por excelência, que visa aos interesses da sociedade como um todo, razão maior para permitir esta condução mais ativa do processo (e de suas provas) pelo magistrado. Nas palavras do mestre, o Código de Processo Civil deve ser considerado como um “prudente compromisso” entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, a justificar o equilíbrio entre os ônus da prova das partes e os poderes instrutórios do juiz.^{313 314}

De fato, é pela participação ativa do juiz também no campo probatório que o processo se mostra efetivamente um instrumento de justiça, “com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”.³¹⁵

Para José Roberto Bedaque, a natureza pública do processo e a compreensão de que pela sua atuação busca-se a realização de um direito material autorizam ampla

³¹¹ Moacyr Amaral dos Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 334-335. O autor complementando a lição afirmando que se trata de um juiz que exerce poderes atribuídos por lei, apenas estes, e conforme a lei.

³¹² Sobre os poderes do juiz no direito comparado, ver Sidnei Amendoeira Jr., *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, p. 48-61.

³¹³ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 54.

³¹⁴ Sobre poderes instrutórios no segundo grau, ver Rogerio Licastro Torres de Mello, *Atividades de ofício em grau recursal*.

³¹⁵ José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 74.

participação do magistrado na colheita das provas, na sua iniciativa de ofício, sem prejuízo da iniciativa das partes.

Entretanto, nenhum dos poderes instrutórios de ofício está diretamente associado ao fato de que a iniciativa probatória em si constitua matéria de ordem pública. A atuação de ofício do juiz nestes casos ocorre por (i) disposições específicas de lei e (ii) por uma interpretação sistemática das funções do juiz.³¹⁶⁻³¹⁷

Ademais, os poderes instrutórios de ofício, apesar de decorrerem da natureza pública do processo e dos seus objetivos amplamente considerados, não apresentam os elementos que fundamentam a ordem pública, que são a cogência absoluta, a imperatividade da norma e a existência de interesse público marcante. Também não apresentam quaisquer das demais características que são usualmente atribuídas às questões de ordem pública, como a ausência de preclusão e a possibilidade de serem determinados a qualquer momento, mesmo depois de encerrada a fase instrutória (ou perante os tribunais, por exemplo). Por fim, do não exercício destes poderes pelo juiz não decorre a possibilidade de conduzir o processo à extinção, como é traço comum quanto às matérias de ordem pública típicas.

Da não determinação de provas de ofício não decorre tampouco a impossibilidade de emitir o provimento do mérito, que pode ser considerado outro traço distintivo das questões de ordem pública, ao menos em sua maioria.

E diferentemente do que ocorre com a matéria de ordem pública, cujo exame é sempre obrigatório, em relação aos poderes instrutórios do juiz, é fora de dúvida que o seu

³¹⁶ Para Giovanni Verde, “tutto cio, Che tradizionalmente si riassume sotto il nome di principio dell’acquisizione processuale, è una chiara riprova che il problema istruttorio è un problema di tecnica processuale e che il legislatore può risolverlo nelle più svariate maniere – in coerenza con i propri atteggiamenti ideologici e con le finalità Cce intende perseguire – senza con ciò stesso incidere sulle situazioni sostanziali e, quindi, senza toccare direttamente i profili della tutela”. Princípio dispositivo, p. 2.

³¹⁷ Tratando da distinção entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo, Sérgio Cruz Arenhart pondera que este último “nada mais é que um princípio técnico instituído para regular o processo e, especificamente, a conduta das partes neste. Também Trocker considera que a determinação do sujeito responsável por trazer os meios de prova no processo é tema que respeita apenas à política legislativa – que tanto pode optar por uma solução extrema ou por algo intermediário, ao passo que a garantia da ação (demanda), assim como da defesa, são elementos fundamentais e intangíveis de todos os sistemas judiciários”. Reflexões sobre o princípio da demanda, p. 591.

eventual não exercício não configura qualquer nulidade, erro de procedimento ou de julgamento.³¹⁸

Não obstante, Barbosa Moreira é da opinião de que não se deve aceitar tão facilmente a solução tradicional, de que em regra a parte produz a prova dos fatos que lhe aproveitam, e, se não o faz a contento, o julgamento será feito segundo as regras de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333). Para o autor,

[...] julgar segundo as regras de distribuição do ônus da prova não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos.

Assim, para desempenhar sua atividade julgadora, o juiz precisa dos fatos e do direito, e, se as partes não lhe trazem os fatos, o juiz pode e deve procurá-los. A investigação probatória de ofício, nesta perspectiva, é inerente à missão de julgar.³¹⁹

Não obstante a relevância destas ponderações, prevalece o entendimento de que tais poderes são complementares. O juiz toma a iniciativa probatória, em regra, depois de constatar que as provas trazidas pelas partes não lhe permitem a compreensão suficiente da controvérsia. Não deve se satisfazer com a atividade exclusiva das partes, mas de outro lado

³¹⁸ Luiz Rodrigues Wambier e Evaristo Aragão Santos afirmam, porém, que o exercício dos poderes instrutórios do juiz deve ser considerado um dever, não apenas uma faculdade, aplicando-se quanto aos poderes instrutórios a regra do artigo 133, II, do Código de Processo Civil, que responsabiliza civilmente o juiz por danos decorrentes da recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que deveria tomar de ofício. Contudo, os próprios autores reconhecem que, “embora amplíssima, a iniciativa probatória não representa um dever ilimitado, obviamente. É algo, como dissemos acima, complementar: as partes apresentam os fatos e as provas que tiverem para atestá-los e o mosaico formado a partir daí deverá ser complementado pelo magistrado, sempre que revele nos autos o contexto (objetivo) acima descrito. Caso contrário, isto é, quando no caso concreto não se perceba a relevância e necessidade dessa atuação instrutória, terá havido abuso de poder, por mais que em seu íntimo (isto é, no seu âmbito de subjetividade) o magistrado afirme ter entendido necessária a produção de prova para a formação de seu convencimento”. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar, p. 160-162.

³¹⁹ Pondera ainda o autor que o juiz também não perde a imparcialidade, por “favorecer a parte a quem a prova aproveita”. Primeiro, porque não se sabe de antemão a quem a prova pode aproveitar. Segundo, porque, se é parcial por pedir prova (que favorece um), será também parcial ao não pedir prova (que prejudica outro). “O absurdo da consequência põe a nu a falsidade da premissa.” O neoprivatismo no processo civil, p. 95-96. No mesmo estudo, o autor menciona, mas rejeita, a afirmação de parte da doutrina no sentido de que os poderes instrutórios do juiz costumam coincidir com regimes autoritários. Baseado em experiências do direito francês, alemão, suíço e italiano, demonstra que inexiste esta relação. “Poderes de ofício podem ser outorgados independente do regime político do país em questão” (p. 97-99).

não está rigorosamente obrigado a determinar provas.³²⁰ Há, portanto, um componente que pode ser considerado opcional no exercício de poderes instrutórios de ofício, que simplesmente não existe tratando-se das questões de ordem pública expressamente previstas no Código de Processo Civil (artigo 245, parágrafo único, artigo 267, § 3.º).³²¹

Há previsão de poderes de ofício no artigo 461, que trata do cumprimento das modalidades de tutela específica. O § 5.º autoriza a determinação das “medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. O § 6.º completa, autorizando a modificação do valor ou a periodicidade da multa, também de ofício.

São normas que não se referem a meros atos de condução regular do processo, como as primeiras citadas neste tópico.³²² São claramente normas centrais no sistema, que procuram dotá-lo de efetividade, e isto tem sido feito pela técnica de ampliação dos poderes do juiz.³²³ Tal método, contudo, não significa uma ampliação do conceito ou das modalidades de questões de ordem pública, as quais preservam suas características principais de cogência absoluta, impossibilidade de as partes ou mesmo os julgadores praticarem atos processuais sem sua observância rigorosa, e sem que lhes seja dado excepcionar tais regras.

Nesta perspectiva, a cognição sobre questões de ordem pública e a cognição que o magistrado pode realizar por ato espontâneo configuram fenômenos diferentes. Se é fato que as matérias de ordem pública podem ser examinadas de ofício, o inverso não se verifica, ao

³²⁰ Leonardo Greco afirma que no sistema brasileiro “não podem as partes limitar os poderes do juiz na investigação da verdade. Ainda que deva exercê-los normalmente em caráter subsidiário, não pode deles abrir mão”. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões, p. 301.

³²¹ Sobre os poderes do juiz no processo civil belga, ver Jacques Van Compernelle, *I poteri del giudice nel processo civile nel diritto belga*, p. 1122-1133.

³²² Para Cassio Scarpinella Bueno, o juiz pode, de ofício, rever a decisão que declara os efeitos em que a apelação é recebida, tanto para atribuir efeito suspensivo, quando não o fizera antes, como para retirar tal efeito, autorizando a execução provisória. *Execução provisória e antecipação da tutela*, p. 79.

³²³ Para Edoardo Ricci, a iniciativa probatória do juiz constitui um importante fator de igualdade entre as partes. *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, p. 380-381.

contrário.³²⁴ Muito poucas das atividades que se realizam de ofício possuem os traços próprios da ordem pública. Ser ou não apreciada de ofício, ao que tudo indica, decorre exclusivamente de política legislativa, eis que a grande variedade destas hipóteses nem sequer apresenta traços comuns, que permitam extrair razões desta classificação.³²⁵

O que se tem, portanto, é uma relação de continência, no sentido de que toda matéria de ordem pública pode ser conhecida de ofício, mas nem toda questão de ofício é de ordem pública.

5.3 Questões de ofício que configuram matéria de ordem pública

5.3.1 *Objecções substanciais*

Nesta modalidade de defesa, o objetivo não é atacar a eficácia da pretensão, mas extingui-la. Por meio de uma objeção, o réu invoca argumentos de defesa que negam a pretensão, negam a existência do direito invocado pelo autor, de forma que o seu acolhimento determina a extinção da pretensão.³²⁶ A distinção entre a decadência e a prescrição parece servir para ilustrar esta diferença.

Na prescrição, o réu não nega que o direito exista. Ao contrário, admite sua existência, mas apresenta novo fato (o fato do decurso do tempo), que retira daquele direito qualquer eficácia. Na decadência, o réu nega a própria existência do direito. Como exemplo, tome-se o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança, ou para o ajuizamento de ação rescisória. Decorrido o prazo no qual o direito existiu, ele se extingue,

³²⁴ Maurício Giannico, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, p. 170. Rogério Licastro Torres de Mello, *Atividades de ofício em grau recursal*, p. 15.

³²⁵ Heitor Vitor Mendonça Sica afirma, com razão, que a cognoscibilidade de ofício é uma opção legislativa, de dar maior ou menor poder ao juiz. O critério, portanto é o da legalidade, *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*, p. 125.

³²⁶ Segundo Sergio Costa, “Se o juiz tem o poder de relevar de ofício em primeiro grau um fato impeditivo ou extintivo, exatamente porque não deve aplicar a lei a um fato não existente, não se pode admitir porque não possa fazer o mesmo em segundo grau. Como pode o juiz condenar o réu a pagar um débito, se dos atos resultar que já está pago e portanto extinto?”. *Contributo al concetto di “capo” di sentenza nel processo civile*, p. 55.

desaparece. Ao tempo da impetração extemporânea do mandado de segurança, aquele direito terá deixado de existir, razão pela qual ao réu compete apenas e tão somente negar a existência do direito invocado pelo autor.³²⁷

E, por reconhecer que o ordenamento jurídico não pode tolerar que direitos que inexistem venham a ser reconhecidos e assegurados pela via jurisdicional, considera-se que estas categorias de questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado. Neste mesmo contexto, a doutrina e a jurisprudência, de forma praticamente unânime, reconhecem no pagamento a natureza de uma objeção substancial, exatamente porque tem a aptidão de extinguir a pretensão do autor.³²⁸ Isto, a despeito de a lei material não atribuir expressamente ao juiz qualquer poder de conhecer de ofício tal alegação.³²⁹

A partir dos elementos próprios da ordem pública de direito material (capítulo 2, *supra*) infere-se que os exemplos aqui referidos integram um núcleo de matérias que apresentam todos os elementos da ordem pública. Sua base normativa é de leis imperativas, os valores por eles tutelados compõem o interesse público. Ainda, não se cogita de transação ou qualquer ato de disposição a seu respeito, ou da possibilidade de o particular se furtar à observância da regra legal. Todos estes elementos são próprios da ordem pública. No caso específico da decadência, a se confirmar a sua natureza de matéria de ordem pública de direito material, há a circunstância de a lei expressamente prever a possibilidade de seu conhecimento espontâneo (CC, artigo 210).

Há, porém, duas observações que se impõem. Primeiro, que afora as afirmações absolutamente reiteradas, como a de que as nulidades absolutas, a decadência legal e o

³²⁷ Cleanto Guimarães Siqueira, *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 290-291.

³²⁸ Cassio Scarpinella Bueno, contudo, considera o pagamento uma típica exceção substancial. Se o réu não arguir o pagamento, o pedido do autor será acolhido em face do réu. *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 463.

³²⁹ Na doutrina italiana, costuma-se atribuir ao pagamento esta mesma natureza. Aldo Attardi, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, p. 154. Para Enrico Redenti, a exceção de pagamento constitui em regra o objeto maior da análise do juiz. Se tal exceção é introduzida somente na apelação, resulta que só o segundo juiz pôde dela conhecer, e há ofensa ao duplo grau. *Diritto processuale civile*, p. 415.

pagamento constituem objeções substanciais, não há mais nenhum consenso na doutrina³³⁰ sobre que outras matérias ou que outros elementos são utilizados para identificar as demais objeções, ou matérias de ordem pública no âmbito do direito material.³³¹ A realidade das relações sociais e jurídicas e a complexidade do ordenamento positivo parecem reforçar a dificuldade em estabelecer um rol de matérias que possam ser assim enquadradas.³³²

Seja como for, para os propósitos estritos desta tese, que se concentra nas questões de ordem pública de natureza processual, é suficiente ponderar que não se confundem os objetivos e o procedimento relativos à ordem pública material e à ordem pública processual.

A despeito do fato de tais questões poderem ser decididas de ofício, o conhecimento destas questões pelo magistrado depende do objeto específico do processo. Se a questão guarda relação com o pedido, poderá ser conhecida de ofício, ou seja, sem que o juiz esteja restrito pela discussão travada pelas partes. Não integrando o objeto do processo, sua invocação pelo magistrado fere princípios processuais tão ou mais relevantes, como o contraditório, inércia da jurisdição e o princípio da demanda.

Só se pode cogitar de cognição espontânea da objeção de pagamento nas demandas em que se exigir o cumprimento da obrigação pecuniária. Tratando-se, por exemplo, de demanda para revisão de cláusulas contratuais, ou prestação de contas, é

³³⁰ Para Fredie Didier Jr., são exemplos de objeções substanciais a decadência legal, o pagamento, causas de nulidade absoluta do negócio jurídico (artigos 168, parágrafo único, e 424 do CC, artigo 51 do CDC), *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, p. 65-66.

³³¹ Na doutrina, a novação costuma ser classificada como uma exceção substancial, dependente de alegação para ser conhecida. Contudo, inegável que a novação constitui uma forma de extinção da obrigação, a exemplo do pagamento. O artigo 360, I, do CC é expresso ao referir que o devedor contrai nova dívida para extinguir e substituir a anterior. Na jurisprudência, extrai-se que “a novação é o negócio jurídico por meio do qual se cria uma nova obrigação, com o objetivo precípuo de extinguir-se a obrigação anterior. Por isso a novação é operação liberatória; vale dizer, uma das causas de extinção de obrigação, colocando-se no lugar da extinta, uma nova obrigação. Ocorreu ‘a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira’, na feliz expressão de Clóvis (‘Comentários ao Código Civil’, IV, p. 157). A dívida precedente foi eliminada pela amortização prevista em lei, surgindo a nova obrigação”. Apelação Cível 820.706-5, 11.ª Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Pires de Araújo, j. 10.11.2008, *DOE* 11.12.2008.

³³² Para Zanzucchi, a definição de ser ou não cognoscível de ofício uma matéria acaba sendo resolvida com base na tradição histórica, doutrinária e jurisprudencial, *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 200. Edoardo Grasso também se remete ao legislador, ponderando que entender a lógica dele em separar as matérias conhecíveis ou não de ofício “é pesquisa destinada ao insucesso”. *La pronuncia d’ufficio*, p. 268-269.

absolutamente irrelevante e, mais, impertinente que o juiz pretenda identificar a figura do pagamento da obrigação, mesmo sem provocação das partes, pois tal aspecto em nada poderá interferir no objeto da demanda. Aliás, a falta de alegação das partes a respeito de determinadas matérias sensíveis e, por que não dizer, óbvias, no mais das vezes, deverá significar que a questão é irrelevante para os fins daquela demanda, e não que as partes negligenciaram seu dever de alegar ou invocar os elementos centrais da sua controvérsia.

Da mesma forma, em demanda a respeito de contratos de consumo, a nulidade de cláusulas abusivas, à luz do Código do Consumidor, só poderá ser invocada como razão de decidir se o tema for efetivamente pertinente à demanda. Não é obrigação do magistrado – ao contrário, ele está proibido de fazê-lo – submeter todas as disposições de um contrato a um exame de validade, se o conflito trazido pelas partes é setorizado, se envolve, por exemplo, apenas um aspecto da garantia prestada. Em outra situação bastante comum, o litígio em matéria locatícia que versar sobre infração ao contrato por desvio de finalidade não pode ter como julgamento o reconhecimento da nulidade da cláusula de garantia (por haver, v.g., fiador e depósito de aluguéis).

A este respeito, vale mencionar o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em aplicação das disposições do artigo 543-C do CPC (recursos repetitivos), em que ficou assentado, por maioria de votos, que “É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários” (REsp 1061530, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008).³³³

Há dois dispositivos do Código que reforçam tais conclusões. Primeiro, o artigo 303, II, CPC, segundo o qual é lícito ao réu deduzir após a contestação novas alegações

³³³ Na mesma linha de entendimento, o AgRg no REsp 1006105/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1.ª Região), 4.ª Turma, j. 12.08.2008, DJ 29.09.2008, de cuja ementa se extrai: “1. Nos termos do artigo 515 do CPC, excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o Órgão *ad quem* a matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação. Impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada. 2. Tendo o Órgão prolator da decisão recorrida proferido julgamento *extra petita* – porquanto enfrentou questões atinentes a direito patrimonial, que não constituíram objeto de insurgência – devem ser afastadas as disposições *ex officio* relativas à exclusão da taxa de abertura de crédito e da tarifa de emissão de boleto bancário, à nulidade da cláusula de emissão de título de crédito e à autorização dos depósitos”.

quando competir ao juiz conhecer delas de ofício. Também o artigo 462, que autoriza ao juiz levar em consideração fatos constitutivos, modificativos ou impeditivos capazes de influir no resultado do julgamento, e que tenham sido alegados após a propositura da ação.³³⁴

Tais dispositivos, se de um lado constituem a autorização legislativa para que o juiz conheça as objeções substanciais de ofício, de outro demonstram que este poder de conhecer sem necessária alegação da parte não diz respeito a pedidos que não tenham sido formulados, mas apenas a fatos e alegações que, por óbvio, integram o pedido formulado pelo autor.³³⁵ Tais artigos não autorizam interpretação de que o objeto do processo possa ser ampliado, mas apenas que outros aspectos, relacionados à profundidade da cognição, devam ser levados em conta.

Bastante pertinente a ponderação de Joaquim Felipe Spadoni, no sentido de que o reconhecimento de questões de ordem pública costuma gerar julgamentos favoráveis ao réu, que não tem sua esfera jurídica seriamente afetada. Se tanto, recebe uma sentença terminativa, quando poderia preferir a improcedência. Já o reconhecimento de matéria de ordem pública de direito material pode vir a afetar sua esfera jurídica, o que só se admite se houver pedido do autor a este respeito. Isso só pode ocorrer, de forma legítima e constitucional se for dada às partes a oportunidade de se manifestarem antes. Reconhecer uma questão de ordem pública *ex officio*, portanto, viola o contraditório e a garantia constitucional do devido processo legal. Em grau de apelação, a violação se torna ainda mais grave.

Nenhum julgamento, em qualquer grau de jurisdição, pode prejudicar a esfera jurídica de uma das partes sem que à mesma seja dada a oportunidade de manifestar suas razões de fato e de direito que fundamentam o seu interesse envolvido na lide.³³⁶

Esta é a única forma aceitável de interpretar sistematicamente a questão de ordem pública de direito material, quando inserida no contexto de uma demanda. A exacerbação das

³³⁴ Antonio Carlos de Araujo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 287.

³³⁵ Fredie Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, p. 66.

³³⁶ Joaquim Felipe Spadoni, Cláusulas abusivas nas relações de consumo e sua declaração judicial: alguns aspectos recursais, p. 600-601.

características da ordem pública, como sugerem parte da doutrina e alguns julgados,³³⁷ faz surgir insuperável conflito entre princípios jurídicos igualmente relevantes. Se a ordem pública de direito material não recebe tratamento processual idêntico ao das demais questões jurídicas submetidas a julgamento, o que surge é um conflito entre as diferentes modalidades de ordem pública. Os princípios processuais que possuem natureza de ordem pública deixariam de ser aplicados para que houvesse a aplicação da ordem pública do direito material, sendo evidente que a harmonia do sistema não deve conduzir a semelhante conflito.

5.3.2 *Objecções processuais*

As matérias de natureza processual que o juiz pode conhecer *ex officio* e que dizem com a regularidade do processo compõem o núcleo das matérias de ordem pública processuais. São as objeções processuais, entre as quais os pressupostos processuais, as condições da ação e as nulidades processuais absolutas.³³⁸

Se as objeções substanciais podem ser conhecidas apenas se guardarem pertinência com o objeto do processo, o mesmo ocorre com as objeções processuais. A invocação de tais questões pelo magistrado é livre, independentemente de o réu suscitar tais aspectos como preliminares de sua defesa (art. 301, § 4.º), mas estas questões, como aspectos da profundidade da cognição em relação a determinada porção do pedido, ficam vinculadas a este mesmo pedido.

As implicações práticas destas considerações são muitas, e relevantes, e serão mais bem examinadas nos capítulos oito e nove. Neste momento, convém ponderar que, até

³³⁷ Como no Agravo de Instrumento 1.114.160-0/3, Rel. Des. Luis de Carvalho, j. 31.10.2007. Para justificar a nulidade de convenção de arbitragem em matéria locatícia, afirma o acórdão: “Ademais, enquadrando-se a Lei do Inquilinato como lei de ordem pública, haja vista seu manifesto caráter tutelar, por se tratar de diploma que regulamenta interesses públicos, suas regras não podem ser submetidas à arbitragem, como está expresso no § 1.º do art. 22 da Lei n.º 9.307/96”. Como em muitas outras situações, ocorre uma confusão entre leis imperativas e leis de ordem pública. Ademais, há inúmeros aspectos relacionados ao direito locatício que se revestem de disponibilidade incompatível com a ordem pública.

³³⁸ Conforme Cleanto Guimarães Siqueira, que, reportando-se à obra de Bülow, em 1868, afirma o conceito genericamente aceito de objeção, como “o comportamento da parte do qual prescinde o juiz para conhecer da matéria nele versada, por serem questões ligadas à validade da relação processual e ao direito de ação. As objeções, portanto, abarcam matéria de ordem pública”. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 279.

que seja proferida a sentença, os elementos próprios da ordem pública processual devem ser verificados em relação a todo o objeto do processo. Em diversas situações, significa que a eventual falta de regularização do vício conduzirá à sua extinção integral, como no caso de inépcia da petição inicial. Em outras, porém, o reconhecimento de matéria de ordem pública processual poderá gerar apenas a extinção parcial, como se dá em ações cumuladas, nas quais apenas um dos pedidos seja inepto, ou a ilegitimidade se verifique em relação a apenas um dos pedidos.³³⁹

Mesmo antes da prolação da decisão de mérito, o tratamento das questões de ordem pública não necessariamente deverá conduzir à extinção anômala de toda a relação processual. As situações concretas são muito variadas, e assim também será a respectiva solução. De toda forma, à semelhança do que foi dito quanto à ordem pública material, é sempre necessário verificar a pertinência da questão com o objeto total ou apenas parcial do processo, de modo que se possam preservar a validade e a utilidade das parcelas da relação processual que não sejam diretamente atingidas pela violação às normas de ordem pública processuais.

De modo geral, ordinariamente a ordem pública deve repercutir somente quanto ao capítulo da decisão em que é invocada, eis que o reconhecimento de questão de ordem pública em relação a um dos capítulos do pedido não necessariamente implica reconhecimento quanto ao outro, exceto nas hipóteses em que a natureza do vício é tal que tem aptidão para contaminar todo o processo (incompetência absoluta, por exemplo).

A partir da prolação da decisão de mérito, com ainda maior razão deverá ser verificada a extensão da possível influência que o reconhecimento de uma matéria de ordem pública pode causar (capítulos 8 e 9, *infra*). Como figuras típicas da ordem pública processual, também se deve considerar que não apenas as partes podem arguir tais questões e submetê-las ao exame do magistrado, mas também o julgador, caso identifique qualquer questão que possa ser considerada de ordem pública e possa influir no resultado do

³³⁹ Por exemplo, se o condutor do veículo abalroado pleitear os valores para o conserto do carro, mas também indenização pela desvalorização do veículo. Para este último pedido, a legitimidade é do proprietário do veículo, não do condutor.

juízo, deverá obrigatoriamente suscitar a questão e permitir prévia manifestação das partes.³⁴⁰

Exemplo típico desta situação se encontra no artigo 18 do CPC. Em sua redação original, a hipótese suscitava discussões, mas prevalecia a interpretação de que a condenação em litigância de má-fé não poderia ser imposta de ofício. A Lei 8.952/1994 adicionou a expressão “de ofício”, eliminando as dúvidas anteriores. O ressarcimento de dano processual passou a ser considerado uma atividade judicial fundada no interesse público da adequada administração da justiça.³⁴¹ Pode e deve ser aplicada pelo juiz mesmo sem requerimento, mas isto não o exime de advertir previamente a parte que seu comportamento configura conduta desleal.

5.4 Questões materiais que o juiz não pode conhecer de ofício: as exceções substanciais

As exceções em sentido estrito têm sempre por objeto as matérias que não integram a ordem pública, seja porque sua base normativa é de normas dispositivas, seja porque os interesses que a norma visa tutelar são eminentemente particulares.

Tomando-se por base o comportamento do réu, este pode não se limitar a uma negativa dos fatos alegados pelo autor, mas invocar a ocorrência de outros fatos, que tenham a aptidão de extinguir, modificar ou impedir o direito do autor, ampliando o mérito da causa (sem ampliar o objeto do processo). Neste caso, o réu opõe as exceções substanciais, que constituem uma espécie de contradireito do réu, pois não chegam a negar a validade da

³⁴⁰ Daniel Mitidiero é bastante enfático em relação a este dever do magistrado de promover prévio debate com as partes. “E tal se aplica inclusive no que concerne às questões que o juiz tem o dever de conhecer de ofício. Há aí inequívoco dever de esclarecimento e de prevenção do órgão jurisdicional para com as partes, próprios de um processo civil cuja pedra ‘angular e exponencial’ encontra assento na idéia de colaboração entre todos aqueles que participam do processo. Não havendo debate, a decisão é de todo ineficaz”. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 109-110.

³⁴¹ José Carlos Barbosa Moreira, *Correlação entre o pedido e a sentença*, p. 213. Ver também Pedro da Silva Dinamarco, *Ônus processuais*: limites à aplicação das conseqüências previstas para o seu não cumprimento.

obrigação contra si, mas se voltam contra a eficácia daquela obrigação. O acolhimento de uma exceção reconhece a ineficácia de uma pretensão.³⁴²

Com base nos ensinamentos de Giuseppe Chiovenda, as defesas do réu são divididas entre as que excluem a própria ação do autor e aquelas que, não a excluindo, constituem um direito de impugnar o direito de ação do autor. Nesta segunda hipótese (exceções), obtém-se a rejeição da demanda ainda que a ação, antes da exceção, seja viva e eficaz. Prossegue o mestre italiano afirmando que as circunstâncias que por si só excluem a ação são cognoscíveis de ofício. De outro lado, as circunstâncias que constituem um direito de impugnação do réu à ação do autor não podem ser objeto de decisão espontânea pelo juiz. Apenas por um ato de vontade do réu (alegação) é que passa a ser lícito ao juiz conhecer daquele direito de impugnação.³⁴³

Assim, o réu pode reconhecer que firmou determinado contrato e que contraiu aquela dívida agora cobrada (ou seja, o negócio existe e é válido), porém alegar que a dívida foi compensada com outra (portanto, apesar de existir a pretensão original, não se pode mais atribuir-lhe qualquer eficácia). Invoca um fato que extingue o direito de crédito do autor, por meio de uma exceção. Neste sentido, pode-se falar em exceção de contrato não cumprido, exceção de prescrição etc.

O mesmo se poderia dizer quanto à compensação. Entre outros dispositivos, o Código Civil permite que as partes a excluam previamente (artigo 375), por mútuo acordo ou por ato de renúncia de um dos contratantes. Caso a lei fosse modificada para permitir ao magistrado conhecer *ex officio* a compensação, ainda assim o instituto preservaria elementos de uma disponibilidade que é incompatível com a conceituação típica da ordem pública.³⁴⁴

³⁴² Ovídio Batista da Silva fala em exceções substanciais, como alegações do réu que não se limitam a negar a existência do direito do autor, mas opor-lhe outros fatos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, como a compensação, retenção, exceção de contrato não cumprido etc. Esta mesma classificação é denominada de defesa de mérito indireta. Como são fatos invocados pelo réu, devem ser por ele demonstrados, ou seja, no sistema de distribuição do ônus da prova entre as partes, é do réu o ônus de provar tais exceções substanciais (artigo 333, II). *Curso de processo civil*, p. 320.

³⁴³ Giuseppe Chiovenda, Sulla “eccezione”, p. 154.

³⁴⁴ Cleanto Guimarães Siqueira, *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 409.

São exemplos típicos de exceções substanciais a prescrição (CC, artigo 189), a compensação (artigos 368-380), o direito de retenção (artigo 1219), a exceção de contrato não cumprido (artigo 476) e também a resolução ou revisão do contrato por onerosidade excessiva (artigo 478).³⁴⁵

Tais alegações são privativas da parte, de forma que a omissão do interessado em submeter tal matéria ao conhecimento do magistrado o impede de fazê-lo *ex officio* e torna preclusa a alegação para o réu. E isto se dá porque, assumindo a natureza de um contradireito do réu, oponível ao autor, a cognoscibilidade de ofício pelo magistrado equivaleria a admitir que pudesse haver pretensão julgada sem o respectivo pedido da parte, em flagrante violação ao princípio da demanda.³⁴⁶

5.4.1 Especificamente a questão da prescrição e o novo artigo 219, § 5.º

Para demonstrar a ausência de sistematização da matéria de ordem pública no ordenamento processual brasileiro, é de todo apropriado tecer comentários específicos sobre a prescrição, em virtude da modificação operada no artigo 219, § 5.º, do CPC pela Lei 11.280, de 16.02.2006. Sua nova redação é: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. A mesma lei revogou o artigo 194 do CC.

A partir de então, doutrina e jurisprudência passaram a considerar que a prescrição, anteriormente uma típica exceção substancial, tornou-se questão de ordem pública, eis que seu conhecimento não depende mais de provocação da parte.

Como é sabido, a prescrição consiste na perda do direito de uma pessoa a exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando

³⁴⁵ Na lição de Calmon de Passos, são exceções de direito substancial “a prescrição, a moratória, a retenção por benfeitorias etc.”. São objeções, “o pagamento, a decadência etc.”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 286. Gisele Santos Fernandes Góes exemplifica as exceções substanciais com a compensação, exceção do contrato não cumprido, novação, direito de retenção, afirmando que todas elas têm carga de direito material e seu tratamento está regido na lei civil, não podendo ser alegadas *ex officio* e incidindo sobre elas a preclusão, caso não arguidas em contestação. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*, p. 209.

³⁴⁶ Fredie Didier Jr., *Teoria da exceção: a exceção e as exceções*, p. 60.

não exercida no prazo definido na lei (CC, artigo 189).³⁴⁷ Segundo Washington de Barros Monteiro, “é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”.³⁴⁸

Sua natureza é de exceção substancial, ou seja, depende de alegação da parte e situa-se no plano do mérito. A prescrição atinge a pretensão de exercício de um direito, diferenciando-se neste particular da decadência, figura assemelhada, mas que atinge o próprio direito. Na prescrição, o direito da parte não é atingido, mas tão somente a pretensão que dele surge. O direito não se extingue automaticamente com o decurso do prazo, quer dizer, a prescrição em si não extingue o direito.³⁴⁹

É a exceção de prescrição que faz extinguir a pretensão.³⁵⁰ Portanto, destas considerações já se constata que a modificação da disciplina processual da prescrição é passível de severas críticas, pois é da essência do instituto a circunstância de depender de provocação da parte.

A doutrina civilista sempre foi unânime em afirmar que a prescrição “não opera *ipso jure*, mas somente quando invocada pelas partes *ope exceptionis*”.³⁵¹ Também os processualistas entendem desta maneira. Para Eduardo Cambi, a prescrição, “assim, como toda exceção, tem de ser exercida pela parte beneficiária, que pode escolher livremente se irá opô-la ou não”.³⁵²

³⁴⁷ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, p. 151.

³⁴⁸ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, p. 297. Complementa esta lição afirmando que fenece a ação e, pelo fencimento da ação, o direito.

³⁴⁹ Agnelo Amorim Filho, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, p. 745.

³⁵⁰ Humberto Theodoro Jr., *As novas reformas do CPC*, p. 48

³⁵¹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, p. 303.

³⁵² Eduardo Cambi, Notas sobre questões recursais envolvendo a aplicação do art. 285-A do Código de Processo Civil, p. 63, nota 7. O autor se equivoca ao considerar que, com a mudança do artigo 219, § 5.º, a prescrição passou a ser considerada matéria de ordem pública, pois a única modificação foi que passou a ser cognoscível de ofício.

Não por acaso, os ordenamentos jurídicos de outros países, como Portugal, Itália, França e Argentina, exigem que haja provocação da parte a quem aproveita a prescrição, proibindo seu exame de ofício.³⁵³ E esta necessidade de alegação da parte tem raízes históricas. Assim, a prescrição sempre foi considerada uma exceção, uma típica matéria que depende de alegação da parte interessada, sem a qual o juiz não poderia reconhecê-la.³⁵⁴

O artigo 219, § 5.º, do CPC, sem dúvida, tornou a prescrição uma objeção, matéria que pode ser apreciada sem prévia provocação da parte. E nos termos do artigo 193 do CC, ela poderia ser suscitada em qualquer grau de jurisdição. A partir da modificação da lei, portanto, a prescrição apresenta duas características típicas e comuns às questões de ordem pública.

Mas esta modificação legislativa transformou a prescrição em uma questão de ordem pública?

Aparentemente não. Tratando-se de figura do direito material, sua natureza não se altera por pura e simples mudança legislativa. Na ânsia de conferir efetividade ao processo, o legislador, neste caso específico, outorgou mais poderes ao juiz do que deveria, e este excesso pode representar a origem de diversos problemas.

Primeiro porque a prescrição admite renúncia, expressa ou tácita. Se admite renúncia, obviamente que possui um marcante componente de disponibilidade, incompatível com a matéria de ordem pública.³⁵⁵ Ao menos antes da edição da Lei 11.280/2006, poderia

³⁵³ Na legislação dos citados países, Itália (CC, artigo 2.938 e CPC, artigo 112), Argentina (CC, artigo 3.964), França (CC, artigo 2.223) e Portugal (CC, artigo 303).

³⁵⁴ Contudo, Sergio Costa considerava a prescrição um “fato extintivo, que não constitui, como é notório, uma verdadeira exceção em sentido substancial, e é portanto relevável de ofício”. *Contributo al concetto di “capo” di sentenza nel processo civile*, p. 51.

³⁵⁵ O fato de a reforma do artigo 219, § 5.º, do CPC ter gerado a dupla possibilidade, de o juiz reconhecer de ofício a prescrição ao mesmo tempo em que o Código Civil continua admitindo sua renúncia, fez Alexandre Freitas Câmara afirmar que “isto torna o direito civil brasileiro, em matéria de prescrição, absolutamente incoerente e, por isso mesmo, assistemático”. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. Disponível em: <www.flaviotartuce.com.br>. Acesso em: 5 jan. 2008.

optar o réu em não deduzir esta defesa, na expectativa de vencer no mérito independentemente de já estar prescrita a pretensão do autor.³⁵⁶

Levada à última consequência a dicção do artigo 219, § 5.º, significa que nem mesmo a possibilidade de renúncia – do artigo 191 do CC – subsiste mais no sistema. Afinal, se o juiz pode conhecer de ofício da prescrição, e se esta decisão for proferida sem respeito ao contraditório, anulam-se os efeitos da possível renúncia que tiver ocorrido.

Interpretação semelhante não se sustenta, todavia. Não é a lei processual que poderá influenciar toda a disciplina material da prescrição, mas o inverso. Dadas as características gerais do instituto, suas origens históricas e o fato de subsistirem diversas normas que demonstram claramente o caráter da disponibilidade desta figura, é a lei processual que deve ser influenciada. Sua interpretação deve ser feita de forma a relativizar estes poderes do juiz, que deverão ser exercitados com muita parcimônia.

Acima de tudo, só poderá haver reconhecimento de ofício da prescrição se as partes forem previamente intimadas a se manifestar, argumento que demonstra, por si só, a fragilidade da modificação. Não porque o contraditório pudesse ou devesse ser dispensado em qualquer circunstância, inclusive em relação a matérias suscitadas primeiro pelo magistrado (conforme item 4.4, *retro*), mas apenas porque a decisão sobre a prescrição depende da alegação ou do esclarecimento de fatos diretamente pela parte, o que equivale a dizer que ela requer alegação, não se satisfaz com declaração de ofício.³⁵⁷

O juiz estará sempre obrigado a intimar as partes a se manifestar sobre a possível ocorrência da prescrição, para evitar o seu reconhecimento em situações de renúncia a ela

³⁵⁶ Giuseppe Chiovenda, cuidando da conveniência ou não de opor certas exceções, invocava a prescrição como exemplo de defesa que pode gerar um prejuízo moral, a qual se resolve de forma que não raro prejudica o crédito e a honra de quem se vale deste tipo de argumento, Sulla “eccezione”, p. 155.

³⁵⁷ Em vista desta limitação, Mirna Cianci sustenta que, “se o juiz estará impedido de decretar a prescrição sem a prévia oitiva das partes, daí resulta evidente que não se está mesmo diante de atividade oficiosa do juiz, por não se tratar de matéria de ordem pública, pois, se assim o fosse, não dependeria de provocação, tampouco de aceitação das partes, nem estaria sujeito a interrupções ou suspensões, muito menos a renúncia”. A prescrição na Lei 11.280/2006, p. 40.

pelo devedor, ou de existência de diferentes possibilidades para o início da contagem do prazo prescricional. Aliás, o prazo pode sim variar conforme os fatos da causa, ainda que não possa haver modificação dos prazos por acordo das partes, conforme o art. 193 do CC. Tudo para demonstrar, claramente, que a prescrição segue regida pelas regras e pela lógica do direito privado, não tendo sido transformada em matéria de ordem pública pela mera modificação da lei processual.

Se a objeção é “um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado”.³⁵⁸ Nota-se que transformar a “exceção de prescrição” em objeção foi, de fato, uma imposição legislativa incompatível com a natureza dos institutos.

Para reconhecer a prescrição, o juiz jamais prescindirá de manifestação de vontade do obrigado. Mesmo nas hipóteses sugeridas pela doutrina, de intimação das partes pelo juiz, e em caso de silêncio do devedor, compreendê-lo como renúncia à prescrição, terá havido aqui uma manifestação de vontade do obrigado, fazendo ressurgir o traço próprio da exceção, ausente na objeção.

Portanto, a modificação legislativa operada no artigo 219, § 5.º, não teve o condão de alterar a natureza dos institutos. A prescrição não era e não se tornou matéria de ordem pública a partir da Lei 11.280/2006.³⁵⁹

Considerando compatível a disciplina ainda vigente no Código Civil com a modificação do artigo 219, § 5.º, Rodrigo Mazzei pondera que o objetivo da lei foi dar

³⁵⁸ Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 285.

³⁵⁹ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, há vários julgados que afirmam a natureza de questão de ordem pública da prescrição: AgRg no REsp 388796/SC, 2.ª Turma, j. 02.05.2002, Rel. Min. Paulo Medina; AgRg no Ag 1155073/SP, 5.ª Turma, j. 22.09.2009, Rel. Min. Laurita Vaz; AgRg no Ag 10722225/SP, 3.ª Turma, j. 18.08.2009, Rel. Min. Massami Uyeda. Em sentido contrário, o REsp 595979/SP, 2.ª Turma, j. 07.04.2005, Rel. Min. Eliana Calmon, e o AgRg no REsp 715059/RS, 1.ª Turma, j. 16.08.2005, Rel. Min. Luis Fux, nos quais se afirmou corretamente que a prescrição não constitui questão de ordem pública.

[...] ferramenta para que o julgador suscite a matéria que passou despercebida pela parte beneficiária, pois, se tal litigante não vier a renunciar à posição que possui, o resultado final da ação será mais rapidamente alcançado, abreviando-se a demanda judicial.³⁶⁰

Contudo, a par desta possível aplicação da figura, que ademais contorna as dificuldades práticas acima apontadas – de passar a tratar um instituto por outro, por uma simples mudança de lei –, tal interpretação se revela incompatível com o princípio dispositivo, tornando o julgador mais ativo do que a cautela recomendaria, tudo sob o onipresente argumento da efetividade do processo. A delimitação do objeto da lide é realizada pelo autor e pelo réu, que determinam ao juízo as matérias que querem ver apreciadas, dentro da sua esfera de disponibilidade. A mudança da lei transporta para o campo dos poderes oficiosos do juiz uma matéria que é tipicamente disponível – por sua própria natureza, independente do que diga a lei – em mais um movimento perigoso, de substituir efetividade por segurança, de conferir ao Estado poderes em excesso.

Vejam-se duas situações hipotéticas. Na primeira, o juiz, constatando a possibilidade de ter ocorrido prescrição em determinada ação, intima as partes a se manifestar a respeito. O réu, que poderia tê-la alegado, mas não o fez, “concorda” com o juízo, que em seguida reconhece que ela de fato ocorreu.

Na segunda, o juiz, constatando que o pedido do autor abrange apenas uma parte do crédito que ele aparenta ter, intima as partes a se manifestar a respeito. O autor, que poderia ter deduzido pedido mais amplo, mas não o fez, “concorda” com o juízo, que em seguida reconhece o crédito maior, acrescido deste segundo componente.

A primeira situação agora é possível, a admitir o reconhecimento de ofício da prescrição. A segunda, em tese, revela-se um exagero, um desvirtuamento da técnica e de princípios processuais, apenas em função da suposta efetividade do processo, e da lógica de desafogar o Judiciário a qualquer preço.

³⁶⁰ Rodrigo Mazzei, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 432.

Mas, fundamentalmente, não há diferenças entre as situações hipotéticas acima levantadas. A pretexto de dinamizar o julgamento de pretensões já prescritas, que os respectivos réus “não tenham reparado”, a lei transferiu ao juiz poderes de atuar de ofício sobre matérias que não se revelam, em absoluto, como de ordem pública (processual ou material). Após a iniciativa do juiz, as partes deverão necessariamente se manifestar, quando então o juiz poderá proferir decisão a respeito da prescrição.

Por tudo o que se viu, seja em relação às características das questões de ordem pública, seja em relação à natureza jurídica da prescrição, resulta que a inovação legislativa transformou o juiz, neste aspecto particular, em possível advogado do interesse do devedor.

5.5 Questões processuais que o juiz não pode conhecer de ofício: as exceções processuais

Por fim, este panorama geral da cognição judicial segundo o critério da iniciativa espontânea ou provocada deve contemplar a quarta modalidade, e a mais incomum de todas elas, que é a das exceções processuais.

No plano substancial, a regra geral é de que as matérias devem ser trazidas pelas partes para que possam ser conhecidas pelo magistrado, aspecto que decorre da maior disponibilidade do direito material. Hipóteses excepcionais compõem o rol das objeções substanciais. De outro lado, no plano processual a regra geral é inversa.³⁶¹ A maior parte das

³⁶¹ Heitor Vitor Mendonça Sica pondera, acertadamente, que a doutrina atual conseguiu obter razoável consenso sobre a divisão entre os poderes do juiz e das partes no tocante ao controle da regularidade do processo, reconhecendo-se que, salvo estritas exceções, o juiz tem o dever de conhecer de ofício qualquer descumprimento do modelo processual. Em matéria processual, a regra “quase absoluta” é a de que o juiz pode conhecê-las de ofício, e quanto ao mérito, a interpretação é bem mais restritiva, o que se dá porque “há diferentes projeções do princípio dispositivo entre esses dois elementos do binômio de pontos (processo e mérito)”. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu, p. 99. Esta circunstância, porém, não exclui a viabilidade de admitir atos de disposição das partes a respeito de matéria processual. Para Leonardo Greco, as questões processuais podem integrar o conteúdo dos atos de disposição processual, tais como os pressupostos processuais, impulso processual, admissão ou não de provas etc. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões, p. 291.

questões processuais pode ser conhecida independentemente de provocação da parte, diante da concepção do caráter público das normas processuais.³⁶²

Há, porém, um conjunto razoavelmente amplo de situações estritamente processuais que, não obstante sua relevância, são excluídas do poder de atuação oficiosa do magistrado.

As hipóteses do artigo 267 do Código indicadas nos incisos I a III, VII a XI, mesmo relevantes e aptas até a gerar a extinção do processo, não podem ser conhecidas de ofício. Por aspectos inerentes à sua natureza (desistência da ação, por exemplo) ou por política legislativa (convenção de arbitragem, confusão entre autor e réu, ação intransmissível etc.), o legislador excluiu do magistrado o poder de decretar sozinho a extinção do processo em todas estas situações.

Deste universo de situações processuais que não podem ser objeto de cognição espontânea, porque dependem de invocação da parte, serão comentadas a seguir três situações específicas: a incompetência relativa, a convenção de arbitragem e, no âmbito recursal, a inadmissibilidade do agravo de instrumento, caso seja descumprido o prazo de três dias para a comunicação ao juízo *a quo* da sua interposição perante o juízo *ad quem* (CPC, artigo 526).³⁶³

A partir destes exemplos, fica demonstrada a ausência de critérios firmes e de mínima sistematização do ordenamento, o que só contribui para as divergências e a dificuldade de aplicação destas figuras de técnica processual.

A regra do parágrafo único do artigo 526, do CPC, acrescentado pela Lei 10.352/2001, pretendeu encerrar o dissenso doutrinário e jurisprudencial que havia até então, sobre ser ou não esta comunicação da interposição um ônus do agravante. Passou a sê-lo, com

³⁶² A propósito das exceções processuais, Barbosa Moreira comenta a respeito do direito austríaco, no qual se consideram exceções processuais a incompetência do juízo, inadmissibilidade da ação, falta de capacidade processual, defeito de representação, litispendência e coisa julgada. Barbosa Moreira, Saneamento do processo e audiência preliminar, p. 122.

³⁶³ Afirma Fredie Didier Jr. que os interesses tutelados por esta nova regra são estritamente particulares e que não há nenhuma justificativa de ordem pública no contexto deste artigo 526, parágrafo único. Primeiras impressões sobre o parágrafo único, art. 526, CPC, p. 225-227.

a particularidade de introduzir um requisito de admissibilidade que deve ser arguido pela parte (e provado), em autêntica exceção em sentido estrito.³⁶⁴

Caso raro, portanto, de um pressuposto de admissibilidade recursal que não pode ser conhecido e reconhecido diretamente pelo magistrado, que fica na dependência de arguição do recorrido (com o ônus adicional de provar o prejuízo).

Ao contrário dos demais requisitos de admissibilidade, que constituem matéria de ordem pública, este em particular não apresenta os mesmos elementos. Está relacionado exclusivamente a interesses particulares (do agravante, na eventual reconsideração da decisão, e do agravado, de conhecer rápida e facilmente os termos do recurso), depende de alegação e está sujeito à preclusão (CPC, artigo 245, *caput*).

Por isso, foi dito que

[...] esta singela mudança alterou ensinamento consagrado no sentido de que os requisitos de admissibilidade dos recursos poderiam ser conhecidos de ofício pelos magistrados. Este, como visto, somente pode ser conhecido se houver provocação do agravado.³⁶⁵

A segunda hipótese de exceção processual, a convenção de arbitragem, constitui na verdade um gênero, do qual o compromisso arbitral e a cláusula compromissória são espécies. E, apesar de a convenção de arbitragem ser incluída no rol das matérias que o réu deve alegar antes de discutir o mérito, o § 4.º do mesmo artigo 301 afirma que *o compromisso arbitral* não pode ser conhecido de ofício pelo juiz.

O artigo 267, VII, por sua vez, autoriza a extinção do processo sem julgamento de mérito pela *convenção de arbitragem*, mas tal matéria não recebe o tratamento próprio de uma questão de ordem pública, eis que o § 3.º permite a cognição de ofício e a qualquer tempo apenas das matérias dos incisos IV, V e VI.

³⁶⁴ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *Nova reforma processual civil: comentada*.

³⁶⁵ Fredie Didier Jr., Primeiras impressões sobre o parágrafo único, art. 526, CPC, p. 225-227.

A doutrina diverge sobre a natureza de objeção processual da convenção de arbitragem, discutindo se o magistrado pode suscitar a cláusula compromissória de ofício, ainda que a lei o proíba de fazê-lo em relação ao compromisso arbitral. Para Carlos Alberto Carmona, as duas modalidades de convenção arbitral devem ser conhecidas de ofício, na medida em que a eleição da via arbitral importa em renúncia à jurisdição estatal.³⁶⁶ Para outros, como Arruda Alvim, o artigo 301, § 4.º, deve ser interpretado amplamente, para abranger o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, considerando portanto que nenhuma das duas espécies é objeção processual, pois “a exceção à atividade oficiosa do magistrado em conhecer da matéria dos incisos do art. 301 do CPC é relativa à convenção de arbitragem”.³⁶⁷

Na medida em que o legislador não suprimiu a primeira parte do artigo 301, § 4.º, e permanece estabelecendo uma exceção à cognoscibilidade de ofício das preliminares processuais da contestação, parece impossível pretender ler o dispositivo como se aquela parte não estivesse ali escrita. Vale ainda lembrar que a edição da Lei 9.307/1996 é posterior ao Código de Processo Civil, e mesmo as diversas reformas processuais dos últimos anos não promoveram modificações neste dispositivo em particular.³⁶⁸

De qualquer forma, a definição sobre a convenção de arbitragem ser ou não uma objeção processual não interfere na conclusão de que tal matéria não tem natureza de ordem pública, por diversos fatores. A despeito de ter sido eleita pelas partes, em autêntico negócio

³⁶⁶ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 485. No mesmo sentido, Pedro A. Batista Martins, *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*, p. 418.

³⁶⁷ Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 388.

³⁶⁸ Assim, há duas possibilidades interpretativas. Pela primeira, distingue-se a cláusula compromissória (que não está referida na lei processual) do compromisso arbitral, atribuindo à primeira a natureza de objeção e ao segundo, a de exceção processual. Tendo em vista que a maior parte das arbitragens é convencionada por cláusulas compromissórias, ter-se-ia uma “solução de compromisso”, preservando a arbitragem como método, na medida em que se atribui ao juiz o poder de reconhecer a existência da cláusula e declarar inadmissível a discussão pela via jurisdicional estatal. A segunda considera que o artigo 301, § 4.º, deve ser lido como se ali estivesse escrito “convenção de arbitragem”, de modo a abranger suas duas modalidades e considerá-las sempre como exceção processual, que se não invocada no momento da defesa, determina a prorrogação da competência da jurisdição estatal, ante a presunção de renúncia à via arbitral.

A primeira solução parece a mais adequada, eis que confere maior harmonia ao ordenamento e reforça o princípio do favorecimento à arbitragem, como método alternativo de solução de controvérsias, especializado, e que somente se impõe quando previamente contratado pelas partes.

jurídico processual,³⁶⁹ é inegável que a via arbitral pode ser objeto de renúncia pelas partes, que poderão optar por litigar perante o Poder Judiciário. Tal aspecto de disponibilidade e de possibilidade de renúncia retira da convenção arbitral o elemento central da ordem pública, que é justamente a sua inderrogabilidade e impossibilidade de transação a seu respeito.³⁷⁰

Vale também ponderar que a alegação de que a via arbitral foi eleita, excluindo assim a jurisdição estatal, deve ser feita com a contestação. Não há possibilidade de invocá-la posteriormente, sejam as partes, seja o juiz. Oferecida a defesa, sem invocação deste impedimento à jurisdição estatal, presume-se a renúncia ao método alternativo.

Esta mesma ordem de ideias se aplica à terceira objeção processual, que é a incompetência relativa. É bastante arraigada a noção de que não se pode reconhecê-la de ofício, o que não isenta o diploma processual brasileiro de severas críticas a respeito da sistematização que dá à matéria. Sobre as exceções rituais, dedicaremos o tópico seguinte.

Em conclusão, pode-se afirmar que não estão presentes os elementos próprios da ordem pública em quaisquer destas hipóteses de exceções processuais aqui tratadas. Em primeiro lugar, porque sua aplicação não é obrigatória. São regras processuais que podem receber diferentes soluções, sem o traço típico da imperatividade e inderrogabilidade. Ao contrário, compete à parte a determinação de invocar ou não a incompetência relativa, a convenção de arbitragem e a inadmissibilidade do agravo por conta daquela irregularidade. Mesmo que o magistrado constate tal circunstância, nada poderá fazer.

Nas questões de ordem pública processuais, a sua eventual constatação pelo magistrado não lhe permite escolher pela sua aplicação ou não. Diante do não preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade de um recurso, *v.g.*, o magistrado deve necessariamente (após suscitar a questão para as partes) decidir a respeito. Com base nos princípios da finalidade, da ausência de prejuízo – aplicáveis às questões de ordem pública –

³⁶⁹ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 102.

³⁷⁰ Como afirma Fredie Didier Jr., o compromisso arbitral configura-se exceção substancial de conteúdo processual, caracterizada pela impossibilidade de ser conhecida de ofício. Segundo este autor, haveria verdadeiro desrespeito ao princípio da demanda se o juiz pudesse levar em consideração, sem provocação da parte, a existência de cláusula arbitral. Teoria da exceção: a exceção e as exceções, p. 60-61.

e, de um modo geral, da instrumentalidade do processo, tal decisão não necessariamente será de inadmissão do recurso. Caso seja possível sanar a irregularidade, o magistrado deverá fazê-lo. Ainda, caso tenha constatado o vício em momento posterior ao próprio julgamento, ou, ainda, se o julgamento quanto ao mérito do recurso puder favorecer a parte a quem beneficiaria o reconhecimento da violação à ordem pública, prevalece o julgamento de mérito (do recurso) e desconsidera-se a violação.

Mas, em qualquer dos casos, o enfrentamento da questão se impõe ao magistrado, e este é o traço típico da matéria de ordem pública, que não se verifica nos exemplos acima, de exceções processuais. Não se deve negar, porém, que constituem hipótese excepcional, pois, não obstante serem questões de admissibilidade do processo, revelam um interesse meramente particular e dependem de provocação.³⁷¹

A análise deste panorama geral dos meios pelos quais são suscitadas as questões de ordem pública permite uma constatação. No plano do direito processual, as objeções são indicadas pela própria lei, nos artigos 245, parágrafo único, 267, § 3.º, e 301, § 4.º. A despeito dos graves problemas de organização e sistematização das objeções e exceções processuais, o legislador processual parece mais cuidadoso a respeito deste delicado tema, na medida em que se preocupa em afirmar com maior frequência quais são as atividades que o juiz realiza de ofício, e quais matérias podem ser invocadas apenas por iniciativa da parte. A determinação do que seja de ordem pública não está atrelada apenas a este fator, da iniciativa oficiosa na sua cognição, e só pode ser feita a partir dos seus elementos caracterizadores, que são as leis imperativas que retratem interesses públicos relevantes, não passíveis de renúncia ou derrogação pela vontade das partes.

5.6 Exceções rituais e ordem pública

Como visto, o único sentido empregado pelo Código de Processo Civil quando se vale da expressão “exceção” é justamente ao se referir às exceções rituais, de incompetência relativa (artigo 112), impedimento (artigo 134) e suspeição (artigo 135).

³⁷¹ Fredie Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, p. 75.

Sob tais figuras de exceções, o diploma processual brasileiro abarca três hipóteses que, em comum, possuem aspectos estritamente procedimentais. Tanto a exceção de incompetência relativa como a de impedimento e de suspeição, tão logo opostas, suspendem o processo (CPC, artigos 306 e 265, III). Admitindo como regra geral que estas modalidades de defesa são utilizadas pelo réu, e logo no início do processo, isto significa, no mais das vezes, suspensão do prazo para a apresentação da contestação.

Outrossim, justamente porque suspendem o feito principal, são atuadas em separado. A decisão a seu respeito é interlocutória, desafia recurso de agravo, e, mesmo quando acolhidas, tais exceções não têm o condão de extinguir o processo, mas tão somente modificam quem o preside ou impõem adequação entre o órgão jurisdicional e a causa a ele submetida.³⁷²

Contudo, afora estes traços comuns, todo o mais é bastante diferente. E, se em relação às demais acepções do termo “exceção” é possível classificar tais matérias como aquelas que somente ao interessado compete invocar, isto não se aplica às exceções rituais. Nisso reside, aliás, a maior crítica que se pode fazer à escolha legislativa, na medida em que a denominação de exceções a estas figuras pode sugerir que sua cognição pelo magistrado dependa de requerimento da parte, o que não corresponde à efetiva realidade destas defesas.

Assim, desde logo se pode sustentar que o critério adotado pelo legislador para a reunião da incompetência relativa, da suspeição e do impedimento, sob a figura comum da exceção ritual, certamente não foi o do tipo de cognição que se exerce sobre tais matérias.

Do ponto de vista da cognição exercida pelo juiz, há exceções que são também exceções (em sentido estrito), como a incompetência relativa. As demais possuem conteúdo que é, na realidade, de verdadeira objeção processual.

As exceções de impedimento e suspeição dizem respeito a matérias que, pelo critério da cognição do magistrado, se classificam como objeções. Não se restringem à alegação da parte nem se submetem ao prazo de 15 dias, tendo em vista a potencial gravidade

³⁷² Antonio Carlos Marcato, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1006.

de julgamentos proferidos por juízes suspeitos. A verificação dos requisitos objetivos e subjetivos do juiz encarregado do julgamento da ação envolve claro interesse público, daí decorrendo o caráter de ordem pública de tais normas. Em outras palavras, duas das três exceções rituais previstas no Código envolvem matéria que interessa à jurisdição, que transcende ao mero interesse das partes.³⁷³

Mas a inconsistência do sistema processual neste aspecto não se esgota na concepção de exceções rituais para se deduzirem matérias de ordem pública. No rito sumário, as mesmas questões podem ser suscitadas e dispensam esta formalidade, sendo deduzidas no corpo da contestação. Com razão, Heitor Vitor Mendonça Sica assevera que não há razão prática, técnica ou jurídica que ainda hoje justifique este procedimento.³⁷⁴

A exceção de incompetência assume então uma posição singular no sistema brasileiro, pois é a única matéria alegável apenas pela parte que se processa mediante incidente próprio, autuado em separado e que suspende o andamento do feito principal. Não suscitada a incompetência relativa no prazo de 15 dias (art. 306), prorroga-se a competência do juiz perante o qual a demanda foi ajuizada. Há marcante disponibilidade da parte a este respeito, o que se revela incompatível com a ordem pública.

Mas qualquer traço de coerência do sistema desaparece quando se contempla a inovação do artigo 112, parágrafo único, que passou a admitir a cognição de ofício da incompetência relativa decorrente de cláusula de eleição de foro.³⁷⁵

³⁷³ Os diplomas legislativos anteriores já adotavam esta técnica, de relegar a um incidente em separado a alegação de determinadas matérias. Distinguiu-se o que se alegava no corpo da contestação e o que se alegava fora dela. O rol destas matérias, outrora mais heterogêneo, se concentrou naquelas que dizem respeito à figura do juiz (impedimento e suspeição) e do juízo (incompetência relativa). Por simples questão de política legislativa, a estas defesas se atribui a aptidão de suspender o processo, sendo que outras defesas igualmente relevantes, como a incompetência absoluta, não recebem autuação em separado nem suspendem o curso do processo principal. No Código de Processo Civil de 1939, a coisa julgada e a litispendência também eram deduzidas por exceção ritual. Sob aquele diploma, José Frederico Marques já afirmava que apenas a incompetência relativa consistia em exceção processual em sentido estrito. Todas as demais matérias apresentavam elementos que as classificavam como objeções. *Instituições*, v. 3, p. 134-135.

³⁷⁴ Heitor Vitor Mendonça Sica, *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*, p. 106.

³⁷⁵ Esta regra não foi modificada por um particular interesse público nesta declaração de incompetência, mas apenas por política legislativa. Adiciona-se este poder ao extenso rol de poderes jurisdicionais *ex officio*, sem

Em relação à exceção de impedimento, a doutrina é de modo geral concorde que se trata de questão de ordem pública. Os interesses que a norma pretende tutelar são, de fato, transcendentais, superam o mero interesse do processo particular. Fruto de norma imperativa, o impedimento do magistrado integra o núcleo de questões processuais relacionadas à admissibilidade e à regularidade da relação processual, constituindo pressuposto processual.

Tratando-se de questão de ordem pública, necessário então verificar suas características procedimentais. Em primeiro lugar, e a despeito de ser deduzida por exceção ritual, é óbvio que tal matéria não depende da alegação da parte. Mais ainda, não se sujeita aos rigores procedimentais dos artigos 304 e 305 do Código nem ao prazo do artigo 306. Acaso deduzida no corpo da defesa, ou em petição simples, a alegação nem por isso deixará de ser conhecida.³⁷⁶

O impedimento do magistrado é tido como bastante grave. O rol do artigo 134 traz seis hipóteses, todas baseadas em razões de ordem objetiva, tais como a de ser o magistrado parte no feito, cônjuge ou parente do advogado que nele estiver postulando, no qual já houver atuado em primeiro grau etc.

Apenas a hipótese de impedimento autoriza a ação rescisória (CPC, art. 485, II), o que leva a doutrina a considerá-la mais severa. Também por esta razão, diante do interesse público que causas sejam julgadas por julgadores imparciais, é que se admite a alegação a qualquer momento, apesar do prazo assinalado no art. 305.³⁷⁷

identidade ou uniformidade nos critérios. Segundo Leonardo Greco, “estas novas regras não são de fácil integração com as anteriormente vigentes em matéria de incompetência relativa, porque, em verdade, criaram hipótese de declaração de ofício de uma nulidade relativa, que se convalida se não for argüida nem declarada”. O autor pondera ainda que o despacho saneador é o momento limite para o reconhecimento da incompetência por nulidade de eleição de foro. Não sendo argüida pelo réu nem reconhecida pelo juiz, prorroga-se a competência do juízo perante o qual a ação foi inicialmente proposta, Os atos de disposição processual – primeiras reflexões, p. 297.

³⁷⁶ Tais rigores formais vêm sendo corretamente afastados pela moderna ciência processual. Por exemplo, Luis Guilherme Aidar Bondioli sustenta, com propriedade, que a reconvenção pode ser deduzida no corpo da contestação, ou seja, a falta de peça autônoma não impede o processamento da reconvenção. *Reconvenção no processo civil*, p. 38-39.

³⁷⁷ Cleanto Guimarães Siqueira, *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 206.

A possibilidade de se valer da ação rescisória é o elemento que se costuma invocar para distinguir as exceções de impedimento e de suspeição. Não se admite ação rescisória por invocação da suspeição do magistrado. Contudo, a suspeição também diz respeito à regularidade da relação processual, configura um pressuposto processual e igualmente se insere no princípio mais geral de que não convém ao sistema que juízes considerados suspeitos possam permanecer à frente de determinadas demandas.³⁷⁸

Não obstante, Arruda Alvim é da opinião de que

[...] a suspeição é base para uma verdadeira exceção, o que não ocorre com o impedimento, que pode ser alegado a qualquer momento, mesmo sem que o tenha sido por via de exceção, pois compromete insanavelmente a “imparcialidade”, dado que esta é pressuposto processual positivo de *validade*; o mesmo já não ocorre com a suspeição.³⁷⁹

Ocorre que a imparcialidade do órgão julgador é também um valor constitucional, inerente ao princípio do devido processo legal. A garantia da imparcialidade do juiz é uma das garantias da distribuição da justiça, razão pela qual Vicente Greco Filho pondera que os cidadãos, que não têm direito garantido pela sabedoria do juiz, têm ao menos direito adquirido à sua independência, autoridade e responsabilidade.³⁸⁰

Exceto pela viabilidade da ação rescisória, não há nenhum outro elemento que permita distinguir as figuras da suspeição e do impedimento, a ponto de classificar apenas a segunda como matéria de ordem pública. Os interesses tutelados são da mesma natureza, a prolação de decisão por juízes nestas condições gera igualmente nulidade, passível de alegação na mesma relação processual.³⁸¹ O fato de uma modalidade admitir uma ulterior

³⁷⁸ No direito italiano, também em relação à suspeição do juiz prevalece o caráter de ordem pública da norma, fazendo com que a questão possa ser examinada no tribunal mesmo de ofício. Corrado Brilli, In tema di nullità insanabili non dedotte in appello e di formazione del giudicato interno, p. 104.

³⁷⁹ Arruda Alvim menciona ainda o Código de Processo Civil de 1939, cujo artigo 185 apenas tratava da suspeição, abrangendo nele as hipóteses de impedimento. Mesmo no sistema antigo, o regime jurídico da suspeição era diverso do impedimento, porque este ensejava direito à rescisória. Assim, se não alegado, não gerava preclusão, que só se dava com a suspeição. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 321-322.

³⁸⁰ Vicente Greco Filho, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 134.

³⁸¹ Segundo Heitor Sica, não é apenas a exceção de impedimento que constitui matéria de ordem pública e que admite cognição *ex officio*. Das exceções rituais apenas a de incompetência exige alegação da parte. As demais “podem e devem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado (ainda que haja, sem razão, alguma dúvida a respeito da suspeição)”. Apesar de o impedimento se apoiar em razões objetivas, e a suspeição em

alegação, pela ação rescisória, não retira da outra os traços próprios da ordem pública processual.

A gravidade da suspeição é reconhecida pelo sistema, tanto que permite ao juiz que se declare suspeito por motivo de foro íntimo (CPC, artigo 135, parágrafo único), o que pode ser feito em qualquer momento até a prolação da sentença.

De outro lado, não há identidade absoluta entre as questões de ordem pública e as hipóteses do artigo 485 do Código. As causas que ensejam a rescisão do julgado são de naturezas diversas, ora se referem a aspectos do processo, ora a questões do direito material. Não se pretende discutir nesta sede a coerência do sistema, por excluir a exceção de suspeição das hipóteses da ação rescisória. No entanto, este argumento não desnatura a suspeição como integrante da ordem pública processual, eis que relativa à admissibilidade do julgamento do mérito, que deve ser proferido por juízes imparciais.

fatos subjetivos, pondera o autor que ambos, se provados, afetam igualmente a imparcialidade do juiz, razão pela qual ambos devem ser cognoscíveis a qualquer tempo. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*, p. 108 e nota 35.

6

ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

6.1 Considerações introdutórias – 6.2 Aspectos procedimentais em primeiro grau de jurisdição – 6.3 Aspectos procedimentais nas vias recursais ordinárias: 6.3.1. Requisitos de admissibilidade dos recursos.

6.1 Considerações introdutórias

Neste capítulo, o objetivo é examinar as variáveis práticas da alegação e do reconhecimento das questões de ordem pública, limitadas, porém, ao processo de conhecimento porque, em certa medida, tudo o que se diz em relação às matérias de ordem pública do processo de conhecimento pode ser igualmente aplicado ao processo de execução, e também ao cautelar.³⁸² Há nuances e variáveis, naturalmente, mas tais peculiaridades não impedem a compreensão do fenômeno em relação a todos os tipos de processo. De outro lado, a divisão do tema deste capítulo em relação a cada Livro do Código de Processo Civil tornaria o estudo de proporções muito amplas, prejudicando o objeto da análise.

Do sistema do Código decorre que a maior parte das matérias de ordem pública tem a aptidão de retardar ou extinguir a relação processual. Todas elas figuram como questões que podem ser alegadas pelo réu, o que pode sugerir a errônea impressão de que ao réu seja legítimo pretender a extinção do processo sem o julgamento de mérito, ou que possua o réu menor comprometimento com os objetivos da jurisdição.

Nada mais equivocado, e para ilustrar este ponto, basta recordar a tradicional posição da doutrina, refletida também na jurisprudência, que reconhece ao réu interesse recursal para apelar contra sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito, admitindo

³⁸² Sobre processo cautelar, ver a clássica obra de Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Na doutrina brasileira, Humberto Theodoro Jr., *Processo cautelar*, 23. ed.; Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, v. 3.

o seu legítimo interesse em pretender a improcedência da ação, mais favorável (e definitiva) do que a mera extinção processual.³⁸³

Pondere-se, ademais, que o Código impõe ao réu o dever de alegar tais matérias na primeira oportunidade, sob pena de sua responsabilização pelo retardamento injustificado do processo (CPC, artigos 22 e 301, § 4.º). As manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre as questões de ordem pública parecem olvidar que há uma segunda parte no artigo 267, § 3.º, separada da primeira por “ponto e vírgula”, que dispõe: “todavia, o réu que a não alegar na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

Disso decorre que o ordenamento impõe ao réu o dever de invocar tais irregularidades, pois também ele deve contribuir para que o processo seja encerrado com a solução definitiva sobre o conflito de interesses. Mesmo quando se permite ao réu pleitear a extinção sem resolução do mérito, impõe-se que o faça rapidamente, para evitar desperdício de tempo e dinheiro.

Neste tópico o objetivo é expor esquematicamente as diversas situações em que pode se dar o reconhecimento da violação a uma questão de ordem pública, e as respectivas consequências.

Inicialmente, devem ser examinadas as hipóteses mais comuns, verificadas normalmente, e que, na concepção deste estudo, representam justamente o uso distorcido da técnica de controle da ordem pública, eis que conduzem a situações absolutamente insatisfatórias. Não servem para economizar tempo e dinheiro, não evitam o desperdício de atividade jurisdicional, não decidem sobre o bem da vida e, portanto, não pacificam as partes. Nenhum dos objetivos da jurisdição é ordinariamente obtido pela forma como usualmente é

³⁸³ “Nos termos da melhor doutrina, ao réu assiste interesse em apelar da sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, objetivando obter com o processo a sentença de improcedência” (STJ, 4.ª T., *RT* 717/252). No mesmo sentido: STJ, 3.ª T., REsp 656.119, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2005, não conheceram, v.u., *DJU* 06.11.2006, p. 314, citados na nota 2a ao artigo 499 do CPC. Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 22-23. Na doutrina italiana, Sergio Chiarloni, Appello, p. 3.

utilizada e interpretada a ordem pública processual. Do ponto de vista das partes, inegável a frustração que julgamentos desta natureza geram.

Estamos nos referindo a situações em que as eventuais preliminares deixam de ser apreciadas, as possíveis irregularidades não são examinadas no momento oportuno, sob o falso e ao mesmo tempo cômodo argumento de que não há preclusão para estas questões. Paradoxalmente, de tão importantes que são consideradas, acabam não sendo analisadas, ou, quando o são, isto se dá em momento processual inoportuno. Se a consequência for mesmo a extinção do processo sem resolução de mérito, obtém-se assim o pior resultado possível.

De nada adianta que o controle sobre o objeto formal do processo ocorra *a posteriori*, no momento de proferir o julgamento de mérito. Isto ocorre, *data venia*, por uma postura negligente dos operadores do direito em relação a tais temas, possivelmente originada na má compreensão da finalidade e da utilidade desta técnica, reforçada pelo argumento sempre invocado do excesso de trabalho.

A consequência do reconhecimento de questão de ordem pública será, no mais das vezes, a extinção do processo sem julgamento de mérito. Diz o Código de Processo Civil brasileiro que nestas situações opera-se tão somente a coisa julgada formal, autorizando-se novamente a propositura da mesma ação (artigo 268). Esta conclusão é equivocada em relação a um relevante número de situações. Poder-se-ia inclusive dizer que apenas em via excepcional é que se autoriza a repropositura da ação anteriormente extinta.

Como resultado, a técnica de eliminar irregularidades nos momentos iniciais do processo deixa de ser aplicada, gerando diversas consequências que contrariam os próprios objetivos daquelas mesmas regras.³⁸⁴ Os juízes muitas vezes proferem julgamentos meramente processuais (sentenças terminativas), em momento do processo no qual toda a discussão do mérito e elementos de prova já estavam presentes. Nestas situações, é óbvio que a melhor decisão a se proferir é a de mérito, seja porque aproveita toda aquela atividade

³⁸⁴ Susana Henriques Costa considera que o julgamento que admite a ausência de uma das condições da ação, quando reconhecida no início da demanda, configura tutela diferenciada que impede a continuação de um processo que se mostra, desde já, passível de solução. Trata-se de tutela diferenciada fruto de cognição sumária, mas que nada tem de cautelar nem se baseia na urgência da situação. *Condições da ação*, p. 157.

realizada, seja porque pacífica melhor, resolvendo o problema da vida, seja ainda porque tem a aptidão de fazer coisa julgada material.³⁸⁵

Abordar as consequências do reconhecimento de questões de ordem pública processuais servirá também para demonstrar que a técnica de distinguir níveis de cognição, como etapas necessárias para se atingir o mérito (item 4.5.1), tem grande utilidade se o exame do objeto formal do processo é realizado em época própria, *in statu assertionis*, e os demais elementos, por ocasião do saneamento.³⁸⁶

Isso permite realizar julgamentos terminativos (forma anômala de extinção) em momento razoável, sem o uso indevido da máquina judiciária, exatamente como objetiva a ordem pública processual. Permite aproveitar a categoria jurídica das condições da ação, criação doutrinária que ainda subsiste em nosso sistema, apesar de severas críticas que lhe são dirigidas hoje. E o modo de seu aproveitamento é propiciar julgamentos terminativos a este título no princípio do processo, ou melhor, até um certo momento. Passado este momento, o julgamento deve ser de mérito. Como demonstrado, o princípio processual que se pode extrair do exame da ordem pública no processo civil é o da prevalência do julgamento do mérito, ou seja, que apenas excepcionalmente se deve admitir o julgamento processual, baseado no reconhecimento de determinadas matérias de ordem pública.³⁸⁷

Nos tópicos a seguir, pretende-se aplicar concretamente as premissas até aqui estabelecidas.

³⁸⁵ Arruda Alvim pondera que as sentenças proferidas na fase de saneamento do processo o serão prematuramente, fora do tempo normal em que se prolatam as sentenças. Como o processo objetiva uma sentença final de mérito, apta a produzir coisa julgada material, extingui-lo sem exame do mérito constitui uma anormalidade somente cabível em hipóteses expressamente previstas na lei, *Manual de direito processual civil*, p. 379.

³⁸⁶ Paulo Henrique dos Santos Lucon identifica “estrito vínculo” existente entre as condições da ação e os elementos da relação substancial. A distinção se dá pela cognição, que é não exauriente nas condições da ação, o que justifica que a imutabilidade dos efeitos dessa decisão não se projeta para fora do processo. *Embargos à execução*, p. 155.

³⁸⁷ Ainda José Roberto Bedaque, para quem o juiz não deve nortear sua atividade na busca de vícios visando à extinção do processo. “Ao contrário, ele tem o dever de se preocupar com a preservação, conservação e saneamento dos atos processuais, possibilitando o prosseguimento do processo até seu objetivo final.” *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 436.

6.2 Aspectos procedimentais em primeiro grau de jurisdição

O primeiro aspecto que cumpre enfrentar se dá se as partes chegam a invocar as matérias que constituem a ordem pública processual. Em todas estas situações, a alegação da parte faz surgir para o juiz o dever de se pronunciar a respeito.

Pelas razões sistemáticas já expostas, e com as ponderações adicionais que serão formuladas no capítulo sete, é de todo recomendável que o exame da ordem pública processual seja realizado tão logo possível,³⁸⁸ no máximo até a decisão de saneamento, que tanto pode ser escrita como decorrer da audiência inicial (artigo 331).

Com a ressalva do que se afirmou sobre a prevalência do exame do mérito (item 4.6, *supra*), forçoso reconhecer que os pressupostos processuais constituem a primeira categoria que deve ser examinada, na tríplice divisão das etapas de cognição do órgão jurisdicional. Identificados os pressupostos, passa-se ao exame das condições da ação, e em seguida do mérito da causa.³⁸⁹

Entre os pressupostos, a primeira e principal questão integrante do rol da ordem pública é a validade da citação (CPC, artigo 301, I). Trata-se, na realidade, da única situação de violação à ordem pública que não sofre convalidação em tempo algum, não é sanada com o

³⁸⁸ Da tese de doutorado de Marcelo Bonício extrai-se que “ganha importância a utilização do princípio da proporcionalidade, portador de antiga preocupação com a adequação dos atos estatais frente aos resultados que estes atos provocarão na vida das pessoas, igualando-se, em perspectiva, aos reclamos da moderna doutrina processual, que elegeu a instrumentalidade do processo como um de seus principais pólos metodológicos de estudo. Em sua aplicação interna ao processo civil, o princípio da proporcionalidade precisa atuar de maneira a racionalizar os mecanismos processuais, auxiliando na busca dos meios menos gravosos possível para a prestação do serviço jurisdicional. Nesse quadro, o fator tempo precisa ser levado em consideração, como um grande benefício a ser prestado àquele que necessita da tutela jurisdicional, e, de uma maneira lógica, esta preocupação precisa se refletir a aplicação das regras processuais, reduzindo ao mínimo possível o evidente excesso de tempo que o Estado leva para prestar a tutela jurisdicional”. *Proporcionalidade e processo*, p. 64.

³⁸⁹ Joel Dias Figueira Júnior afirma que os pressupostos processuais antecedem logicamente o exame das condições da ação, sendo uns prejudiciais em relação aos outros. “Assim, se ocorre litispendência, não conhecerá o julgador da alegação de carência de ação, ou, se for absolutamente incompetente, não poderá analisar qualquer outra preliminar, inclusive outros pressupostos processuais.” *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 224.

trânsito em julgado ou com o decurso do prazo para a ação rescisória (CPC, artigo 475-L, I).^{390 391}

Entretanto, se a irregularidade de citação chega a ser alegada pelo réu, a questão deverá ser decidida naquele mesmo processo. Não é razoável que o réu, tendo sido cientificado da ação contra si, permaneça inerte, sofrendo os potenciais efeitos da decisão contrária, apenas porque pode invocar tal matéria de ordem pública a qualquer momento, inclusive quando estiver sendo executado. O mais provável é que o réu invoque desde logo tal nulidade, submetendo a questão a julgamento.

A invalidade de citação pode ser alegada ainda na fase postulatória ou em qualquer outra fase do processo em primeiro grau. Uma vez reconhecida a violação a esta norma de ordem pública, os atos decisórios devem ser anulados, abrindo-se prazo para manifestação defensiva do réu, produção de provas etc. Há um retrocesso na marcha do processo, totalmente justificado, porém, como forma de evitar mal ainda maior, com a anulação de todo o processo e da respectiva sentença, caso o vício seja reconhecido apenas em momento posterior.

De outro lado, não faz nenhum sentido anular um processo por ausência de citação se o réu já compareceu, apresentou defesa, produziu provas, enfim, se já tomou parte da relação processual. Pela dinâmica da questão, ela tende a receber solução definitiva logo após ser invocada (ainda que por meio de agravo de instrumento). Mesmo diante de questão tão sensível e cara ao sistema, não seria mesmo admissível que a parte invocasse a nulidade da sua citação muito tempo depois, quiçá até mesmo quando do cumprimento da respectiva decisão, sem que tivesse invocado o vício anteriormente. O artigo 475-L, porém, não deixa dúvidas de que a alegação de nulidade de citação só é possível se o processo correu à revelia.

Disso resulta que, apesar de se enquadrar como matéria de ordem pública, apesar de poder ser invocada mesmo depois da coisa soberanamente julgada, a nulidade da citação

³⁹⁰ Luis Guilherme Aidar Bondioli, *O novo CPC, a terceira etapa da reforma*, p. 119-120.

³⁹¹ Para Chiovenda, a falta de comunicação ao réu constitui o vício máximo de uma demanda, que a torna mais do que nula, inexistente. *Instituições*, v. 1, p. 323.

deve ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. Interpretação diversa permitiria que a parte manipulasse o resultado do processo, guardando alegação gravíssima para o último momento possível, em prejuízo de toda a atividade jurisdicional que se realizou com a sua participação. É incompatível com um processo ético que a parte seja autorizada a primeiro defender-se, e só invocar a nulidade da sua citação após ter sido derrotada. Haveria flagrante violação à proibição do *venire contra factum proprium*.³⁹²

A questão da competência do juízo é, igualmente, suscitada desde logo na maior parte dos casos. A incompetência absoluta do juízo deve ser deduzida na contestação, mas a gravidade deste vício autoriza que sua apreciação se dê por qualquer meio de alegação. O rigor formal de somente analisar o pedido caso seja ele deduzido em contestação não se sustenta, mesmo porque há artigo próprio e expresso do Código, que, se não autoriza, ao menos admite sua dedução em momento posterior, e fora da contestação, tanto que imputa ao réu o dever de responder pelas custas (CPC, artigo 113, § 2.º).³⁹³

Entre os pressupostos processuais, a violação à regra de competência absoluta é efetivamente grave, não permite que os princípios gerais sustentados ao longo deste estudo sejam normalmente aplicados.³⁹⁴ Se o juiz acolhe a alegação de sua incompetência absoluta, deve remeter os autos ao juízo competente. Os atos decisórios até então proferidos devem ser declarados nulos. Aproveitam-se, porém, as etapas já percorridas do procedimento e tudo o

³⁹² Em interessante julgamento, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que “o direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (Menezes Cordeiro, Da Boa-Fé no Direito Civil, 11/742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior”. No caso concreto, o réu invocou a falta de outorga da esposa na venda de bem imóvel, mas tal comportamento foi considerado inaceitável, pois a esposa não apenas praticou atos em processo assumindo tacitamente sua condição de vendedora, como permaneceu inerte durante 17 anos quanto à ocupação do imóvel vendido pelos compradores. Tal comportamento, de permitir a posse dos compradores por tão longo tempo, foi tido por incompatível com a posterior alegação de vício do negócio jurídico pela ausência de sua anuência formal ao contrato de venda e compra. REsp 95.339/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 03.09.1996.

³⁹³ Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 261.

³⁹⁴ “In generale si può dire che quando è d’interesse pubblico che non manchi un dato presupposto, la sua mancanza deve rilevarsi d’ufficio: ed esiste questo interesse non solo nell’osservanza di quelle norme che riguardano direttamente la costituzione dello Stato (separazione dei poteri, e conseguente rilievo d’ufficio del difetto di giurisdizione negli organi amministrativi con giurisdizione speciale); ma in senso più generale, esiste ogni qualvolta la mancanza di un presupposto processuale può influire sul risultato finale del processo.” Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, p. 656.

mais que não for incompatível com a decretação desta nulidade, inclusive os atos instrutórios.³⁹⁵

No entanto, sob o aspecto procedimental, é mais comum que a discussão sobre a incompetência do juízo seja travada desde logo, e, até que se resolva em definitivo qual o juízo competente, nenhum ato processual ou decisório de relevância terá sido praticado. Aliás, o Código estabelece até mecanismos para atribuir excepcionalmente a competência a um dos juízos envolvidos no conflito de competência, para a prática de atos urgentes (CPC, artigo 120).

A hipótese excepcional, de decretação de ofício da incompetência relativa, em eleição de foro decorrente de contrato de adesão, a par de não constituir verdadeiramente uma matéria de ordem pública, depende de seu reconhecimento desde logo. “Não decretada de ofício pelo juiz a nulidade da cláusula abusiva de eleição de foro e não havendo o ajuizamento de exceção de incompetência pelo réu consumidor, estará prorrogada a competência: o juízo, que era incompetente, passará ser competente.”³⁹⁶

Na sequência estabelecida pelo artigo 301, os três incisos seguintes cuidam dos pressupostos processuais negativos, isto é, aqueles cuja presença importa a inadmissibilidade do processo. São eles a perempção, a litispendência e a coisa julgada (artigo 301, IV a VI).

A perempção enseja considerações particulares, e não deve receber o mesmo tratamento que as demais hipóteses do artigo 267, V.

Admita-se que o réu deixa de suscitar a perempção. O processo se desenvolve regularmente e o juiz aprecia o mérito, concluindo pela improcedência do pedido. Como os interesses do réu quanto ao mérito da pretensão foram assegurados, não se deve cogitar do

³⁹⁵ Patricia Miranda Pizzol, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 340. Em Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, vê-se que “não se deve realizar nova perícia no juízo competente, se a que foi procedida em juízo incompetente, com laudo incontestado pelas partes, não apresenta nenhum vício” (*RSTJ* 60/311, *RT* 673/177, citados na nota 10a ao artigo 113 do CPC. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 260).

³⁹⁶ Leonardo José Carneiro da Cunha, *Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4.º do art. 515 do CPC)*, p. 759-769.

reconhecimento posterior da preempção. Tendo havido julgamento de mérito, inconcebível a modificação do julgado para que uma sentença meramente processual seja colocada em seu lugar.³⁹⁷

Os escopos da jurisdição terão sido plenamente atendidos com o julgamento de mérito, justificando-se nesta situação particular tudo o que se disse anteriormente, a respeito da prevalência de decisões de mérito ante decisões meramente processuais.

E a hipótese inversa? O réu deixa de suscitar a ocorrência de preempção, o processo se desenvolve, mas o pedido vem a ser acolhido. Deve o tribunal reconhecer esta questão de ordem pública, para anular a decisão de mérito (favorável ao autor) e substituí-la por decisão meramente processual favorável ao réu?

A resposta negativa também se impõe. A preempção é figura que afeta o direito ao processo (pelo seu uso excessivo e abusivo), que idealmente não deveria prevalecer sobre o direito material que naquele processo se pretendia discutir.³⁹⁸

Enquanto pressuposto processual negativo, a preempção tem uma função bastante específica no sistema, que é a de evitar o desenvolvimento de uma ação que já foi abandonada por seu autor em três oportunidades anteriores. O sistema concebe que não se deve permitir ao autor indefinidamente que movimente a máquina judiciária, deixando de praticar os atos necessários para que a demanda venha a ser julgada.

Contudo, caso não se constate esta circunstância a tempo de evitar o desenvolvimento da quarta demanda, e caso ela chegue a ser julgada pelo mérito, é óbvio que

³⁹⁷ Isto equivaleria a retornar à fase metodológica da autonomia do processo, explicada por Carlos Alberto de Salles como “construída a partir do postulado de que as normas processuais compunham um corpo normativo específico, distinto e independente das regras de direito material”. Prossegue o autor ponderando que, “em virtude desse tipo de posicionamento, a aplicação das normas processuais acabava destituída de qualquer direcionamento finalístico, sem atenção aos resultados concretamente oferecidos às situações de direito material colocadas sob exame judicial. Pouco importava, nessa perspectiva, o acesso à justiça ou a efetividade dos provimentos jurisdicionais, a precedência era dada ao processo ou, mais exatamente, à norma processual em relação ao direito substancial”. *Processo civil de interesse público*, p. 44-45.

³⁹⁸ Segundo Calmon de Passos, a preempção apenas impede a pretensão à prestação jurisdicional após três vezes, mas “subsistem o direito e a pretensão de natureza substancial, oponíveis como defesa”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 263.

a razão de ser da perempção perdeu sentido. Tudo o que se pretendia evitar não foi evitado. Assim, se a questão de ordem pública (perempção) tem um objetivo específico, e se o seu reconhecimento posterior servirá justamente para proporcionar resultado inverso (mais tempo perdido, menos pacificação), não se deve aplicar a figura técnica em questão. A despeito do senso comum de que as questões de ordem pública escapam à disponibilidade das partes e por isso não estão sujeitas à preclusão, parece evidente que a eventual inércia do réu em suscitar a perempção, que culmine em julgamento do mérito da pretensão, é fator que deve ser levado em consideração com grande peso.

Já em relação à litispendência e à coisa julgada, as mesmas premissas conduzem a resultado diverso. Se a ordem pública processual está a serviço da obtenção do resultado quanto ao mérito, que conduza a aplicação do direito ao caso concreto e à pacificação, o juiz deve reconhecer a ocorrência de litispendência e de coisa julgada mesmo após a fase ordinariamente concebida para tanto.³⁹⁹

A primeira demanda ajuizada prevalece sobre a segunda, que deve então ser extinta sem resolução do mérito.⁴⁰⁰ Cabe, porém, a ressalva, que, se a segunda demanda vier a receber julgamento de mérito antes, é mais razoável que tal decisão venha a prevalecer, extinguindo-se a primeira demanda, que ainda não fora julgada. Na dinâmica deste pressuposto processual, o mais comum é que as partes suscitem a litispendência como preliminar, impondo ao magistrado que a examine com brevidade. Caso rejeitada, é também comum que a parte prejudicada interponha o respectivo recurso, gerando pronunciamento do tribunal desde logo.

³⁹⁹ Para Alcides de Mendonça Lima, “o interesse, portanto, no acolhimento da defesa do réu, por via de uma outra exceção, conforme o caso, não é só do demandado, mas, outrossim, do próprio Estado, para evitar, sobretudo se já ocorreu a coisa julgada, duplicidade de soluções, ainda que idênticas, ou, o que é mais grave, díspares, gerando a balbúrdia e abalando o prestígio da autoridade do Poder Judiciário”. A nova sistemática das exceções, p. 62.

⁴⁰⁰ Contudo, a partir do texto dos artigos 493 e 494 do CPC português, Miguel Teixeira de Souza afirma que, se o órgão julgador apurar que há litispendência no mesmo momento em que pode proferir uma decisão de improcedência, “não faz sentido absolver o réu da instância, justificando-se antes que, de acordo com o estipulado no art. 288, n. 3, 2ª parte, o tribunal absolva o réu do pedido”. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais, p. 86.

O mesmo em relação à coisa julgada, que é mais facilmente identificada pelas partes do que pelo juízo. Aliás, os métodos de distribuição dos feitos determinam apenas a pesquisa de ações já ajuizadas, para identificar litispendência ou algum tipo de prevenção. Não incluem, porém, a pesquisa por feitos já encerrados. Improvável assim que o juiz constate, de ofício, a ocorrência de coisa julgada.⁴⁰¹ Caso não seja ela alegada pela parte, surge a perspectiva de um segundo julgamento de mérito, que não deveria ocorrer, e não poderá prevalecer.

Excepcionalmente, a alegação de litispendência e de coisa julgada pode ser formulada em estado mais avançado do procedimento, após a defesa, ou mesmo a instrução probatória. Neste caso, no momento processual em que seria proferida decisão de mérito, deverá haver apenas o reconhecimento destes pressupostos negativos, para se declarar a inadmissibilidade da segunda ação.

Ainda que não seja a estrutura procedimental desejável, é mesmo assim admissível, pois ao menos evita que uma segunda decisão de mérito chegue a ser proferida. São consequências do reconhecimento da matéria de ordem pública com as quais o sistema deve conviver.⁴⁰²

Na sequência do artigo 301, o próximo inciso cuida da conexão. Trata-se de figura processual, para a reunião de ações que apresentem elementos comuns, justificando então que

⁴⁰¹ Adroaldo Furtado Fabrício ressalva, porém, com acerto, que, em comarcas e unidades judiciárias de menor porte, não é incomum que o juiz se alerte para a ocorrência destas figuras pela lembrança de processo anterior. Isso ocorrendo, deve o juiz providenciar de ofício o traslado da documentação para os autos e, ouvidas as partes, extinguir o processo. O autor ressalva ainda que o artigo 267, V, ao falar em “quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada”, revela a influência, mais de um século depois, dos estudos de Von Büllow, que as considerava exceções processuais. Sua natureza é de objeções, tanto que admitem cognição *ex officio*, nos termos do artigo 267, § 3.º. Extinção do processo e mérito da causa, p. 14.

⁴⁰² A respeito dos pressupostos processuais negativos, que são a coisa julgada, litispendência, preempção e compromisso arbitral, Cleanto Guimarães Siqueira afirma que “a estes requisitos, não reserva o Código de Processo Civil nenhum tipo de atividade saneadora”, impondo-se a prolação de sentença terminativa. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 201 Contudo, exceto em relação à coisa julgada, tal afirmação deve ser vista com ressalvas. A preempção e o compromisso arbitral podem justificar a extinção anômala do processo apenas se invocados desde o primeiro momento. A litispendência, caso não constatada a tempo de impedir a prolação de decisão de mérito, poderá ao menos gerar a inversão da ordem legal, para que o segundo processo, julgado pelo mérito, prevaleça sobre o primeiro, que receberá então decisão meramente processual.

tramitem simultaneamente e recebam um julgamento único. Pretende-se evitar a realização de julgamentos logicamente contraditórios.

Como visto no capítulo anterior (item 5.2), cuida-se de poder de atuação *ex officio* do juiz, mas que não constitui matéria de ordem pública.⁴⁰³ Em relação à dinâmica do procedimento, revela-se outra das hipóteses em que será principalmente das partes a tarefa de invocá-la, e, caso não o façam, a demanda receberá julgamento normal quanto ao mérito. A existência de uma causa conexa não impede o desenvolvimento do processo nem determina um julgamento meramente processual.

Ainda em relação aos pressupostos processuais, deve ser examinada a capacidade das partes (CPC, artigo 301, VIII). Como é sabido, este requisito se compõe, na verdade, de três tipos de capacidade, independentes, mas que devem ser verificados simultaneamente. Em primeiro, a capacidade de ser parte, “qualidade atribuída a todos os entes que possam tornar-se titulares das situações jurídicas integradas na relação jurídica processual (faculdades, ônus, poderes, deveres, sujeição)”.⁴⁰⁴ As pessoas naturais e as pessoas jurídicas, desde que regularmente constituídas, possuem esta capacidade, são sujeitos de direito. Trata-se de circunstância própria do direito material, regulada nos artigos 1.º a 10, e 40 e seguintes do CC brasileiro e no artigo 12 do CPC.⁴⁰⁵

O segundo elemento da capacidade é a capacidade de estar em juízo (CPC, artigo 7.º). Nem todo sujeito de direito pode estar em juízo. “A lei processual exige tenha a parte a capacidade processual, isto é, possa fazer-se presente no processo sem necessidade de representação ou de assistência do representante legal”.⁴⁰⁶ As pessoas naturais capazes, nos

⁴⁰³ Neste sentido, Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 305-306. Em sentido contrário, Patricia Miranda Pizzol, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 306.

⁴⁰⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 289-290.

⁴⁰⁵ Na lei processual espanhola, o artigo 9 dispõe que a falta de capacidade para ser parte e de capacidade processual poderão ser apreciadas de ofício pelo Tribunal em qualquer momento do processo. Contudo, esta possível irregularidade é sanável, conforme artigos 416 e 418 da LEC espanhola. Na Itália, da mesma forma, o artigo 182 prevê prazo para retificação de algum vício de representação.

⁴⁰⁶ José Roberto Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 29. A capacidade processual coincide com a plena capacidade civil. Segundo o autor, há perfeita coordenação entre os planos material e processual. “Todos os que, no plano material, têm capacidade para a prática de atos jurídicos podem pessoalmente atuar no processo, muito embora a participação efetiva, mediante a prática de atos processuais, dependa, ainda, da capacidade postulatória” (p. 29).

termos da lei civil (maiores de 18 anos e que não apresentem alguma das causas de incapacidade), são capazes para estar em juízo. As pessoas jurídicas corretamente representadas também. Os incapazes não ficam excluídos do processo. Apresentam capacidade de ser parte, mas não possuem a capacidade de estar em juízo, a qual depende da representação ou da assistência de seus representantes legais. São estes que completarão o quadro da capacidade dos incapazes, e, em nome deles, nomearão procuradores para a defesa dos seus interesses.⁴⁰⁷

O terceiro elemento da capacidade é estritamente processual, envolve a capacidade de postular em juízo, o que se atribui ordinariamente apenas a quem esteja representado por advogado (CPC, artigos 36 e 37). A capacidade postulatória não é efetivamente da parte, mas de seu advogado, que pratica atos sob o regime civil do mandato, requerendo e alegando em nome da parte.

O controle da regularidade do processo inclui a verificação destes requisitos. Considera-se que apenas as partes corretamente representadas podem receber decisões de mérito. Em princípio, os defeitos de representação ou de capacidade não geram a extinção do processo, mas, caso não seja regularizada a situação no prazo assinalado pelo juiz, esta consequência poderá ocorrer (CPC, artigo 13).

Os requisitos relativos à capacidade existem para que os interesses das partes sejam tutelados, e de forma secundária, para que a atividade jurisdicional se exercite regularmente.⁴⁰⁸ Os vícios relacionados com a falta de autorização para estar em juízo, defeitos de representação, irregularidades no mandado judicial, são todos, por definição, plenamente sanáveis. Tudo o que se disse a respeito das nulidades tem total aplicação relativamente a este tópico.

⁴⁰⁷ José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 153-154.

⁴⁰⁸ Para Giuseppe Chiovenda, “mas ainda no que concerne aos pressupostos relativos às pessoas das partes, não pode o juiz determinar de ofício investigações especiais para verificar, por exemplo, se o autor é maior, e semelhantes. Unicamente se pode considerar que ao juiz se concede, nesse campo, maior liberdade de registrar os fatos emergentes dos autos”. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 357.

Sob esta perspectiva, revela-se excessivamente rigorosa a posição da Justiça do Trabalho e também dos Juizados Especiais Estaduais, de não admitir a representação da pessoa física por prepostos, aplicando-lhes a pena de revelia caso outra pessoa compareça, em seu nome, à audiência de conciliação, que marca o início destes procedimentos. É paradoxal que estes sistemas jurídicos adotem postura tão formal, justamente porque foram concebidos e inspirados em princípios de celeridade, informalidade, supremacia da realidade etc. Há outras demonstrações de profundo formalismo, incompatíveis com os objetivos da ordem pública, e que podem se aplicar também ao procedimento sumário, por exemplo, a aplicação da pena de revelia à parte que, não obstante tenha comparecido, deixa de apresentar a carta de preposição ou procuração *ad juditia*. O comportamento da parte, que compareceu, acompanhada de advogado e que até apresentou defesa, é ignorado, desconsiderado, para artificialmente se impor uma solução processual, de presumir a revelia da parte que compareceu.⁴⁰⁹

Todas estas possíveis irregularidades podem perfeitamente ser sanadas. Assim, não apenas ofende os objetivos e os princípios informadores destes diplomas legislativos, como viola o artigo 244 do CPC, que autoriza a decretação da nulidade apenas e tão somente se o ato, praticado de outro modo, não alcançar sua finalidade.

Da mesma forma, o exemplo bastante recorrente de falta de intimação do Ministério Público, em causas envolvendo interesses de menores. Não há nenhum sentido extinguir um processo se os interesses do menor foram tutelados. E mesmo se o menor perdeu a demanda, a irregularidade deve ser sanada, com a intimação do responsável e do Ministério Público, anulando-se a decisão apenas e tão somente se o teor das manifestações e defesas então apresentadas revelar ser impossível a continuação do processo a partir daquele momento (CPC, artigo 515, §§ 3.º e 4.º).

A mera regularização do contraditório não é suficiente para que se julgue por sanada a irregularidade. Não basta a manifestação formal da parte. É do seu conteúdo que se

⁴⁰⁹ Umberto Bara Bresolin pondera, com total acerto, que a revelia decorre da omissão absoluta do réu, que não responde por qualquer forma ao estímulo de comparecer. Descaracteriza a revelia, portanto, se o réu nomeia advogado e este comparece sozinho (ainda que sem procuração), se a contestação é protocolada antes da audiência, e nem réu nem seu advogado comparecem, entre outras situações. Há inequívoca resposta do réu a chamamento que lhe foi dirigido. Quando muito, sua ausência implica desinteresse em conciliar, mas nunca em se defender. *Revelia e seus efeitos*, p. 92-93.

extrai o grau do prejuízo que adveio ao incapaz, e a partir dele que o juiz deve inferir se a nulidade admite sanatória, ou se impõe a anulação dos atos praticados.

O artigo 301 traz, na continuação, a convenção de arbitragem (artigo 301, IX). A renúncia à jurisdição estatal deve ser suscitada ainda em primeiro grau. Normalmente, o réu levantará esta preliminar, e, se não o fizer, deverá ser entendido que houve renúncia à via arbitral. Quanto a este pressuposto processual, o comportamento das partes será relevante e a questão não mais poderá ser levada em consideração se chegou a ser proferido julgamento de mérito. Uma vez mais, as causas processuais não podem se sobrepor ao julgamento de mérito, de forma que, caso proferida decisão de mérito, não pode a parte suscitar, nem o tribunal reconhecer de ofício a existência da convenção de arbitragem como causa para a anulação da decisão e sua substituição por sentença meramente processual.⁴¹⁰

Ainda quanto à convenção de arbitragem, vale ressaltar que o Código não autoriza que a questão seja conhecida em qualquer grau de jurisdição (artigo 267, § 3.º), o que equivale a dizer que seu exame pelo tribunal somente será realizado se o tema for objeto de recurso.

As objeções processuais podem também dizer respeito à falta de caução ou de outra prestação que a lei exija como preliminar. São pressupostos processuais que não importam em extinção do processo e quando muito deverão ensejar atividade de regularização, seja em primeiro grau ou diretamente no tribunal (artigo 515, § 4.º).

Superado o exame dos pressupostos processuais, o juiz passa então a examinar a ocorrência das condições da ação, cuja previsão legal decorre do artigo 267, VI, e também no artigo 301, II e X, do CPC.

Em manifestação de má técnica, o artigo 301 intercala hipóteses de defesa processual que se classificam como pressupostos processuais e como condições da ação. A

⁴¹⁰ Leonardo Greco afirma que a validade da estipulação da convenção de arbitragem pode ser aferida pelo juiz por meio de ações próprias, como a de instituição obrigatória da arbitragem, a ação de nulidade do artigo 33 da Lei de Arbitragem ou da impugnação incidental à execução de sentença arbitral. Contudo, não pode haver controle *ex officio* pelo juiz. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões, p. 298.

inépcia da petição inicial, do inciso III, pode decorrer de falta de condições da ação (pedido juridicamente impossível), falta de elementos da ação (pedido ou causa de pedir) e da constatação *prima facie* de decadência ou prescrição (CPC, artigo 295, parágrafo único).⁴¹¹

O indeferimento da petição inicial não pode mais se realizar após um determinado momento do processo. É ilógico que o processo chegue a ser extinto, por inépcia da petição inicial, se esta mesma petição pôde dar ensejo ao desenvolvimento do processo, recebeu defesa, instrução probatória. Os vícios relacionados à petição inicial devem ser identificados desde logo, assim justificando o seu indeferimento.⁴¹²

Não é compatível com o sistema positivo o reconhecimento tardio da inépcia da petição inicial. Após determinada fase do procedimento, outros vícios podem ensejar o julgamento meramente terminativo, mas a inépcia da petição inicial não está entre eles. Além disso, se foi possível decidir o mérito, há um claro indicativo de que a petição inicial não era inepta. Assim, não se admite que no tribunal seja reconhecida a inépcia da petição inicial e seja anulada decisão anterior *de meritis*.⁴¹³

A carência de ação é também matéria preliminar da defesa, causa de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, IV). Compõe o núcleo das questões de ordem pública, admite cognição de ofício e pode ser objeto de exame também em segundo grau. A inserção sistemática desta importante categoria teórica já foi objeto das considerações no capítulo quatro.

⁴¹¹ Cleanto Guimarães Siqueira identifica diferenças entre a hipótese do artigo 295 e a do 269, admitindo que o reconhecimento da decadência e da prescrição pode se dar como julgamento processual. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 244. A doutrina majoritária, porém, identifica no artigo 295 apenas uma questão de má técnica, pois admite que, em todas as situações, o reconhecimento da prescrição e decadência constitui decisão de mérito. Ver, entre outros, Adroaldo Furtado Fabrício, *Extinção do processo e mérito da causa*, p. 11.

⁴¹² O Código de Processo Civil português traz um dispositivo interessante a este respeito. Dispõe o artigo 193, § 3.º, que a inépcia da petição inicial deve ser desconsiderada, se o réu, “apesar de argüir a ineptidão”, chegar a contestar a ação e, sendo ouvido o autor, “se verificar que o réu interpretou convenientemente a petição inicial”. A hipótese é semelhante ao artigo 295, I e parágrafo único. E, de fato, não faz sentido anular o processo se, a despeito das deficiências da inicial, o réu tiver se defendido adequadamente.

⁴¹³ Para Arruda Alvim, o indeferimento liminar, do inciso I do artigo 267 do Código, deve ser feito à luz da evidência, e de forma liminar. Passado este momento, para o juiz há preclusão consumativa em relação a esta possibilidade. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 386.

Neste tópico, interessa explorar as variáveis procedimentais do tema. Em primeiro lugar, o réu pode suscitar tais questões, que deverão integrar o objeto do saneamento do processo. Inaceitável a postura do magistrado que relega o exame destas questões para momento posterior, que mistura este exame com o exame do mérito.⁴¹⁴ Em tais casos, deve-se considerar que as preliminares foram rejeitadas, pois o julgamento posterior deverá necessariamente versar a questão de mérito, para atribuir o bem da vida a uma das partes.

Se a decisão acolhe estas preliminares e em consequência extingue o processo sem resolução de mérito, a alternativa do sucumbente é interpor recurso de apelação. Conforme o momento e o nível de desenvolvimento das demais alegações e provas, o processo poderá receber julgamento de mérito diretamente no tribunal, ou ser obrigatória a anulação da primeira decisão, retorno dos autos ao primeiro grau para retomada a partir do momento processual próprio, com nova decisão a ser proferida pelo primeiro grau de jurisdição, porém agora quanto ao mérito.⁴¹⁵

Há ainda a variável de o juiz identificar a ausência de alguma das condições da ação. Pode ocorrer de as partes não chegarem a suscitar tais matérias, mas o órgão jurisdicional identificar desde os momentos iniciais do processo a possível ocorrência de questões de ordem pública. Deve o órgão julgador solicitar a manifestação das partes, decidindo em seguida.

Contudo, se tal constatação se dá sem prévia alegação e debate pelas partes e, pior, apenas *por ocasião da prolação da sentença de mérito*, o procedimento efetivamente adotado acaba sendo bem diverso daquele que deveria idealmente ocorrer. A frequência com que este fenômeno se verifica demonstra a pouca compreensão a respeito do tema da ordem pública pelos operadores do direito em geral. A uma, porque é inconcebível que alguma

⁴¹⁴ Para Barbosa Moreira, “não é dado ao órgão judicial, salvo quando expressamente lho faculte a lei, diferir para outra oportunidade o exame das questões que integram o objeto do despacho saneador. Além de contrariar o disposto no art. 331, *caput*, *princípio*, combinado com o art. 329, tal prática não se compadece com o sistema do Código, tão sensível ao princípio da economia processual”. *O novo processo civil brasileiro*, p. 53.

⁴¹⁵ Entre outros aspectos polêmicos sobre o julgamento do mérito do recurso diretamente pelo tribunal, a circunstância de exigir ou não requerimento do apelante é das mais discutidas em doutrina. Ver, a respeito, Ana Cândida Menezes Marcato, *Princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*, p. 82-83. Ver também Carlos Elias Stefen, *O efeito devolutivo da apelação*, p. 103-107.

circunstância, seja ela qual for e tenha a natureza que tiver, que seja capaz de influir no julgamento da lide, possa ser utilizada pelo magistrado sem prévia discussão.

A qualquer pessoa soa chocante que o magistrado profira uma sentença com base em argumentos invocados por uma parte, sem que a outra tenha sido ouvida. Há clara violação ao princípio do contraditório. Se o juiz profere sentença com base em argumento que ele próprio invocou, sem ouvir nenhuma das partes, o mesmo raciocínio deve ser feito. A primeira hipótese é chocante e afrontosa à Constituição, ao devido processo legal; nenhuma razão existe então para que a segunda hipótese não o seja.⁴¹⁶

A duas, porque tais questões devem ser investigadas em estágio anterior da relação processual, justamente para evitar que a constatação das questões de ordem pública sirva como justificativa para a prolação de sentenças terminativas, eis que seu propósito é justamente o oposto, o de permitir o controle da regularidade do processo e possibilitar seu julgamento quanto ao mérito.⁴¹⁷

6.3 Aspectos procedimentais nas vias recursais ordinárias

É bastante amplo o rol de situações concretas em que se verificam a identificação e a constatação de questões de ordem pública. Isso se dá porque os temas processuais, e em especial aqueles relacionados à atividade de controle da regularidade do processo, são muito recorrentes. As partes costumam se valer de alegações meramente processuais, como forma de adiar ou pretender a extinção do processo, e os juízes igualmente se valem de soluções processuais em quantidade maior de processos do que seria desejável.

⁴¹⁶ Tanto pior se tais decisões acabam não apenas violando a lei processual, mas também suprimindo direitos das partes. Ilustra-se esta circunstância com as não poucas decisões proferidas em Juizados Especiais, que extinguem o processo sem julgamento de mérito diante da declaração de incompetência do juízo, mesmo se o prazo prescricional para a propositura de nova ação, perante o juízo supostamente competente, já se expirou. Por exemplo, no julgamento do Colégio Recursal Central do Estado de São Paulo, Recurso Inominado 989.09 023114-7, Juiz Relator Guilherme Silva e Souza, *DJ* 18.09.2009.

⁴¹⁷ Conforme Enrico Redenti, “una cosa comunque è certa e cioè: fino a che sia possibile (e non ostino diverse disposizioni), il giudice, prima di chiudere il processo con una decisione declinatoria, dovrà promuovere la regolarizzazione o la rinnovazione esercitando in tale senso le sua funzione ordinarie”. *Diritto processuale civile*, v. 2, p. 46-47.

Os aspectos procedimentais relativos à ordem pública em segundo grau dizem respeito não apenas à repetição das matérias de ordem pública suscitadas ou discutidas em primeiro grau, mas também aos pressupostos de admissibilidade dos recursos.⁴¹⁸

Este é um campo bastante fértil para a verificação e a análise das questões de ordem pública, seu tratamento, finalidades e reflexos sobre o processo como um todo.⁴¹⁹

Na linha do que se afirmou antes, um primeiro objeto de análise abrange as mesmas questões suscitadas em primeiro grau, caso sejam objeto de recurso e devam ser examinadas pelos recursos ordinários.

Em termos práticos, é improvável que a nulidade de citação seja suscitada apenas em grau de recurso. Afinal, estando o réu ausente, desconhecedor até mesmo da existência do processo, a tendência é que se dê um julgamento por revelia e a decisão transite em julgado. Neste cenário, o réu deverá suscitar a matéria na impugnação ao cumprimento de sentença (CPC, artigo 475-L, I).

Não se deve desprezar, porém, a hipótese de o réu tomar conhecimento do caso apenas quando já proferida sentença, e apresentar recurso justamente para suscitar tal questão. Neste caso, de improvável verificação, conquanto possível, a questão de ordem pública poderá vir a ser reconhecida em sede de apelação, dada a gravidade do vício.

Em relação à competência absoluta, qual o tratamento que se deve dar à incompetência absoluta que não tiver sido alegada pela parte, nem decidida pelo juízo *a quo*, se o tribunal constata o problema no momento de julgar o recurso? A teor do artigo 113 do Código, parece não haver dúvida que o Tribunal deve reconhecer a incompetência absoluta, tenha ou não sido invocada nas razões recursais. Em consequência, deve anular a decisão de primeiro grau e remeter o processo ao juízo competente. Apesar de inevitável, nem por isso deve ser considerada aceitável tal situação, pois a correta utilização da técnica processual

⁴¹⁸ Enrico Tullio Liebmann, *Manuale di diritto processuale civile*, p. 292.

⁴¹⁹ Ver, especificamente sobre o tema das nulidades e os recursos, José Roberto Bedaque, *Nulidades processuais e apelação*.

deveria impor ao magistrado que constatasse a sua própria incompetência absoluta em momento bem anterior, evitando todo este dispêndio de tempo e dinheiro.⁴²⁰⁻⁴²¹

Da mesma forma e pelos mesmos motivos, na litispendência e na coisa julgada, caso a questão não seja suscitada em primeiro grau pelas partes, nem constatada pelo juízo de primeiro grau, mas o Tribunal venha a dela tomar conhecimento, deve ser admitida a solução excepcional de anular a decisão de mérito que porventura tenha sido dada.

Surgirá então, de forma praticamente obrigatória, e nos termos da parte final do artigo 267, § 3.º, a necessidade de condenar o réu ao pagamento das custas pelo retardamento do feito, pois é absolutamente improvável que tais objeções processuais não fossem do seu conhecimento.

A perempção, como visto antes, não obstante pertencer ao rol dos pressupostos processuais negativos e ser tratada pelo Código juntamente com a coisa julgada e a litispendência, deve ser encarada de modo diverso. Em nenhuma hipótese se deve admitir a extinção do processo em segundo grau, com a anulação de sentença de mérito porventura já proferida, pelo reconhecimento diretamente no Tribunal da ocorrência da perempção.

⁴²⁰ Nos termos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35, de 14.03.1979), os deveres do magistrado, constantes do artigo 35, incluem o de: I – cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais. Não se tem notícias de que a desconsideração de questões de ordem pública e a omissão do magistrado em proferir julgamento no momento oportuno acarretem algum tipo de penalidade administrativa. Contudo, do exame da legislação aplicável parece razoável considerar que o magistrado poderá sim ser submetido a procedimentos disciplinares, se da sua omissão em apreciar matérias de ordem pública resultarem atrasos e retrocessos ao processo, com a anulação de atos decisórios e, em consequência, prejuízos às partes. Vale ainda lembrar que o artigo 43 contempla a pena de advertência, que é aplicada reservadamente, por escrito, no caso de negligência do magistrado no cumprimento dos deveres do cargo. Da mesma forma, “a pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave” (artigo 44). Adicione-se que o Código de Ética da Magistratura, editado pelo Conselho Nacional de Justiça e publicado no *DJ* 18.09.2008, prevê em seu artigo 20: Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.

⁴²¹ José Rogério Cruz e Tucci afirma, com apoio em Chiovenda, que a possibilidade de conhecer de ofício matéria pertinente ao *ius cogens* corresponde à garantia de boa administração da justiça, sendo que a omissão do magistrado “lo hace responsable de mal desempeño del cargo, por grave omisión”, citando Hernando Devis Echandia, *Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil*, p. 303, em Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada, p. 227.

Na sequência das objeções processuais, há a hipótese da conexão. Contudo, além do que já foi dito no tópico anterior, em relação às variáveis recursais, revela-se ainda mais improvável que tal matéria chegue a ser conhecida em segundo grau, se a sentença de mérito chega a ser proferida.⁴²² E isto mesmo sob o argumento de se tratar de matéria de ordem pública. Não é. Aliás, a resposta negativa se impõe não apenas pela natureza do instituto, mas também se extrai do sistema positivo, que permite o julgamento “a qualquer tempo e grau de jurisdição” apenas dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (artigo 267, IV), dos pressupostos negativos da preempção, litispendência e da coisa julgada (artigo 267, V) e das condições da ação (artigo 267, VI). Todas as demais objeções processuais não recebem este mesmo tratamento. Quanto a elas, deve-se aceitar que estão sujeitas a preclusão, e, caso já tenham sido objeto de alegação em primeiro grau, somente serão devolvidas ao segundo grau se constituírem o objeto do recurso.

As questões de ordem pública relativas à capacidade processual, quando suscitadas em segundo grau, podem gerar consequências diversas daquelas que a lei contempla, de extinção sem julgamento do mérito por incapacidade do autor, ou de decretação da revelia por incapacidade do réu (CPC, artigo 13).

Se, por hipótese, uma decisão de mérito chega a ser proferida, não obstante a parte estar mal representada (não foi apresentada ata de eleição dos administradores, a procuração já se expirou, a autorização especial porventura exigida deixou de ser apresentada etc.), é excessivamente rigorosa e afronta aos objetivos do sistema a decisão que, reconhecendo tal irregularidade, anula o julgamento de mérito e o substitui por julgamento meramente processual. Apesar de tal controle se inserir no rol das matérias de ordem pública e admitir atividade oficiosa do magistrado, aplicam-se os artigos 13 e 37 do CPC, admitindo-se a extinção com base no artigo 267, IV, apenas se não ocorrer a regularização.⁴²³

⁴²² O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 235: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

⁴²³ O TST reformou recentemente decisão que havia julgado o mérito da causa, negando o direito do reclamante tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, para aplicar ao reclamado (uma pessoa física) a pena de revelia, pelo fato de não ter comparecido pessoalmente à audiência inicial, mas ter sido representado por preposto. Realizada a audiência, colhida a prova e praticados todos os atos necessários para o deslinde da controvérsia quanto ao mérito, a sentença e o acórdão negaram a pretensão do reclamante. Sob este

Rigorosamente o mesmo se diga quanto ao cônjuge não citado em ação reivindicatória ou em quaisquer outras que versem sobre direitos reais imobiliários e demais hipóteses do artigo 10 do CPC. Se o julgamento em primeiro grau tiver sido favorável ao único cônjuge citado, o tribunal, em vez de anular todo o processo, deverá citar o outro cônjuge para responder ao recurso e, *se o teor das contrarrazões o permitir*, deverá julgar o próprio recurso, sem necessidade de retorno do processo ao primeiro grau.

De outro lado, a perspectiva do prejuízo deve informar todo e qualquer julgamento que pretenda reconhecer a violação à norma de ordem pública, por desrespeito a regras de capacidade. Da jurisprudência extraem-se julgados que pecam pela peremptoriedade, por exemplo, quando declaram “nulo o processo em que o menor púbere não foi citado pessoalmente, mas tão somente seu pai” (RT 476/72).

Não obstante a irregularidade da citação do menor, caso a decisão do mérito lhe seja favorável, não se anula o processo, por absoluta ausência de prejuízo. Em outro exemplo, se o incapaz constitui diretamente um procurador, sem anuência ou ciência de seu responsável legal, e obtém julgamento de mérito favorável, a decisão não deve ser anulada. Os objetivos de tais regras formais estão associados à proteção que deve ser dada ao incapaz. A atribuição do bem da vida a ele revela que tal proteção não chegou a ser necessária.

O pressuposto processual da capacidade de estar em juízo se enquadra nas ponderações de Teixeira de Souza, no sentido de que o interesse primordial é da parte, e não do Estado-Juiz. Tanto é assim que a falta de consentimento do cônjuge para as ações de que trata o artigo 10 do CPC somente pode ser arguida pelo cônjuge preterido.⁴²⁴

Por sua vez, o enfrentamento do tema das condições da ação em grau recursal enseja inúmeras ponderações, diante das variáveis práticas que podem se dar. A legitimidade,

argumento de ordem meramente formal, relacionado à representação da parte em juízo, o TST preferiu aplicar artificialmente uma presunção de veracidade, mesmo diante de provas colhidas nos autos em sentido diametralmente oposto. A decisão é totalmente criticável, inverte e subverte a razão de ser das regras processuais, e coloca o direito material à mercê do direito processual, e não este a serviço daquele. RR 2008/2002-201-02-00.2, 5.^a Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira .

⁴²⁴ Ver julgados mencionados na nota 5 ao artigo 10 do CPC, em Theotonio Negrão e José Roberto f. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 127.

o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido são os exemplos mais característicos da ordem pública processual.

Em primeiro lugar, tais questões podem ter sido objeto de discussão em primeiro grau e, caso a decisão rejeite tais preliminares, o réu poderá interpor o respectivo recurso de agravo. A questão fica assim submetida desde logo ao exame pelo Tribunal. Em caso de não provimento do recurso, o processo segue e será julgado quanto ao mérito. Acolhido, porém, o recurso, opera-se a extinção sem resolução do mérito. Os objetivos da jurisdição não terão sido completamente atingidos, mas, em contrapartida, o momento processual para esta extinção anômala terá sido o adequado, com o menor dispêndio de energia possível. Trata-se, na verdade, da hipótese típica de atuação da ordem pública, como método para evitar que atividade jurisdicional inútil se desenvolva. A decisão meramente terminativa, quando inevitável, deve ser proferida nos momentos iniciais do processo. Esta é a alternativa desejada pelo sistema.

Há outros aspectos desta variável recursal do tema que se revelam interessantes. O que deve fazer o relator de eventual agravo, na forma de instrumento, versando sobre matéria de ordem pública, mas que não considere demonstrado o requisito de urgência? Deve converter o recurso em agravo retido?

Segundo algumas manifestações, o agravo retido seria irrelevante, pois as questões de ordem pública deverão ser examinadas por força do recurso principal, independentemente de seu objeto ou de requerimento específico da parte.⁴²⁵ Arruda Alvim considera não haver sequer interesse recursal no agravo retido, em vista da devolução automática de tais questões pelo recurso de apelação. No mesmo sentido, Antonio de Pádua Notariano Jr. pondera que, “quando a matéria versada na decisão interlocutória for de ordem

⁴²⁵ “Embora não conheça do agravo retido, o tribunal poderá apreciar a matéria nele suscitada, desde que seja daquelas sobre a qual deva se pronunciar de ofício (*RJTJESP* 84/165), como, p. ex., a alegação de vício de citação (RP 5/351, em. 30) ou a de coisa julgada (STJ-4.^a T, REsp 34.171-5-RJ, rel. Min. Ruy Rosado, j. 25.10.94, deram provimento, v.u., *DJU* 21.11.94, p. 31.771). Isso, logicamente, se houver conhecido da apelação.” Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 6 ao artigo 523, p. 720.

pública, o agravo deverá seguir o regime instrumentado, sendo, portanto, vedado ao relator convertê-lo em retido”.⁴²⁶

Contudo, mesmo sob a perspectiva majoritária, que considera não haver preclusão quanto a tais matérias, ainda assim deve-se admitir o interesse recursal da parte em submeter a questão de ordem pública desde logo para julgamento. A parte não deve ser obrigada a um processo que considera defeituoso, que só será corrigido pela anulação dos atos praticados, quando o recurso de apelação for julgado. Há sim interesse recursal na via do agravo de instrumento, para tentar desde logo extinguir o processo sem julgamento de mérito.⁴²⁷

Caso a parte interessada não interponha o recurso contra tal rejeição das preliminares, surge a interessante questão de saber qual o limite da atividade do tribunal, por ocasião do futuro recurso de apelação que tenha por objeto apenas o mérito da causa.⁴²⁸ Tais considerações serão feitas no capítulo sete, *infra*.

Pode ocorrer, ainda, de o objeto do agravo não ser a questão de ordem pública rejeitada pelo órgão *a quo*, mas se volte contra outra decisão interlocutória, por exemplo, a que defere (ou indefere) a antecipação de tutela, admite ou não uma prova. Pode o Tribunal, constatando, *v.g.*, a incompetência absoluta do juízo, ou a ilegitimidade *ad causam* do autor, extinguir desde logo o feito?

Para responder a esta questão de enorme interesse prático, devem ser ponderados os seguintes aspectos, que ademais são objeto de outras considerações neste estudo (itens 5.3 b e capítulo nove): a ordem pública processual visa realizar controle sobre a regularidade do processo, mas sofre limitações quanto ao seu objeto, sempre avisando a preservação das parcelas da relação processual que não sejam diretamente atingidas pela violação às normas

⁴²⁶ Antonio de Pádua Notariano Júnior, A conversibilidade do agravo de instrumento e as matérias de ordem pública, p. 31.

⁴²⁷ No mesmo sentido, Eliane Proscurcin Quintella, As matérias de ordem pública e o regime da retenção obrigatória do agravo, p. 72.

⁴²⁸ Rodrigo Barioni é da opinião de que as matérias de ordem pública não precluem nem mesmo por terem sido anteriormente rejeitadas pelo órgão *ad quem*, em julgamento de agravo. No julgamento da apelação, o tribunal pode rever sua posição e decretar a extinção do processo sem julgamento do mérito, pelo acolhimento de uma preliminar antes rejeitada. *Efeito devolutivo da apelação civil*, p. 153, nota 226. Neste mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 224.

de ordem pública processuais. De outro lado, enquanto não ocorre o trânsito em julgado, é admissível que o juiz realize tal controle.

A questão se torna mais complexa quando há pedidos cumulados, porque deve ser admitida a formação gradual da coisa julgada, na medida em que os diferentes capítulos da decisão se tornem definitivos em diferentes momentos. Uma vez operada a coisa julgada, a eventual constatação de uma violação à ordem pública não pode mais servir como argumento para desconstituir esta coisa julgada. O controle da regularidade do processo, por meio da ordem pública, passa a incidir tão somente sobre as parcelas da demanda que não tenham transitado em julgado.⁴²⁹

Sob a perspectiva aqui enfrentada, o principal aspecto a ser considerado é a ausência de coisa julgada. Ao tratar dos efeitos dos recursos, Cândido Rangel Dinamarco refere-se ao que ele denomina de “efeito de abertura do procedimento recursal”, ponderando que, assim como a propositura da demanda gera ao Estado-juiz o dever de processar a causa e decidir afinal, “a demanda recursal gera o dever de processar o recurso e julgá-lo”.⁴³⁰ No caso do agravo, este efeito de abertura do procedimento recursal permite ao Tribunal que venha a analisar a questão de ordem pública neste momento, ainda que o objeto do agravo de instrumento não abranja tais questões.⁴³¹

O mesmo pode ser dito em relação a outros recursos ordinários, como os embargos de declaração⁴³² e os embargos infringentes.⁴³³ Em todos eles, o efeito devolutivo apresenta nuances e variações relativamente ao recurso de apelação, que é mais comumente

⁴²⁹ Maurício Giannico, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, p. 176-177.

⁴³⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Os efeitos dos recursos*, p. 29-30.

⁴³¹ Conforme o REsp 691.912, Rel. Min Teori Zavaski, j. 07.04.2005, 1.^a Turma, assim ementado: A constatação da existência de vício insanável, relativo à falta de condição indispensável ao regular prosseguimento da ação, é matéria que pode e deve ser conhecida de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição (CPC, artigos 267, IV, § 3.º, e 301, § 4.º). Não há nenhum óbice, assim, a que o Tribunal, julgando questão incidental, em agravo de instrumento, determine a extinção da ação, reconhecendo a impossibilidade jurídica do pedido.

⁴³² Rodrigo Mazzei, *Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado)*, p. 59 e nota 10.

⁴³³ Rita de Cássia Mesquita Taliba sustenta, com apoio em julgados, que a questão de ordem pública pode ser objeto dos embargos infringentes e gerar a extinção do processo, ainda que o fundamento do voto vencido nada diga sobre este tema. *Embargos infringentes e questões de ordem pública*, p. 276.

estudado e comentado. Nada obstante, as variações quanto ao efeito devolutivo, seja em sua extensão (embargos infringentes e agravo de instrumento), seja em sua profundidade (embargos de declaração), não impedem que, excepcionalmente, o objeto de cognição pelo órgão *ad quem* se torne mais amplo, pelo reconhecimento de questões de ordem pública.⁴³⁴

Em nenhuma hipótese, porém, deve ser considerada aceitável a postura mais comumente verificada, de o Tribunal identificar suposta violação à ordem pública processual e proceder desde logo ao julgamento da questão, gerando grande surpresa aos litigantes e proporcionando resultado diverso do que esperavam, tanto o recorrente como o recorrido. Com a devida vênia pela repetição de tal conceito, é imprescindível que o Tribunal, anteendo a possibilidade da constatação de vício do procedimento capaz de ensejar a extinção do processo ou a anulação de atos decisórios, deva sempre e necessariamente interromper o julgamento, convocando as partes para se manifestarem especificamente sobre tal questão.⁴³⁵

Após cumprir efetivamente a garantia constitucional do contraditório, o julgamento pode então ser retomado, acolhendo-se ou não a alegada matéria de ordem pública processual.

Tais considerações não desdizem o que se afirmou antes, no sentido de que, em regra, a ordem pública influencia somente o capítulo da decisão ao qual está relacionado.

⁴³⁴ A respeito do agravo de instrumento, Araken de Assis afirma que “não se pode restringir, senão arbitrariamente, a profundidade do efeito devolutivo e, por conseguinte, a transferência para o órgão *ad quem* das questões de ordem pública que compõem o objeto do processo em primeiro grau. O agravo devolve ao órgão *ad quem* toda a problemática relativa aos pressupostos processuais e às condições da ação, haja ou não controvérsia entre as partes e decisão do órgão *a quo* a respeito”. *Manual dos recursos*, p. 534. Considerações da mesma natureza, em relação aos embargos infringentes, ver p. 564-565.

⁴³⁵ Por esta razão, é de ver com alguma ressalva as afirmações recorrentes da doutrina, no sentido de que “todas as matérias que dizem respeito aos requisitos de admissibilidade para exame do mérito são de ordem pública, movidas e informadas pelo princípio inquisitivo, quando é dever de ofício do magistrado conhecê-las de ofício, independentemente de requerimento da parte”. A afirmação é de Marcelo Abelha Rodrigues e se mostra corretíssima, exceto pelo trecho final, que parece sugerir que o magistrado está efetivamente dispensado de promover debate a respeito da questão, quando ele próprio a identifica antes dos demais sujeitos do processo. *Manual de execução civil*, p. 511. Hermes Zanetti Jr., na linha do que defendem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, distingue os possíveis papéis do juiz, conforme o sistema jurídico que se adote, e pondera que se deve buscar uma matriz teórica do direito processual “que permita a valorização do contraditório para o reforço da democracia participativa e do processo justo”. Pondera também que “a ciência processual opta assim por buscar elementos que possibilitem a resolução das questões, de forma a eliminar o processo rapidamente, ‘de maneira simples e barata’, mas com justiça”. *Democracia e Judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (Parte I)*, p. 209 e 211.

Contudo, se nenhuma parcela da relação processual chegou a transitar em julgado, é de admitir que determinadas modalidades de ordem pública, como a legitimidade, influenciem não apenas a parcela do pedido sujeita ao recurso, mas toda a relação processual.

Se a causa pende de julgamento e se nenhuma das suas possíveis divisões transitou em julgado, a constatação de questões de ordem pública, como a ilegitimidade, a carência total da ação, ou mesmo a impossibilidade jurídica do pedido, é apta a extinguir toda a relação processual.⁴³⁶

No agravo de instrumento contra decisão que indeferiu prova pericial, a causa ainda tramita em primeiro grau, e nem mesmo a sentença foi proferida. Pendendo a causa toda de julgamento, é admissível que a matéria de ordem pública gere sua extinção total.⁴³⁷ Da mesma forma nos embargos infringentes, pois a pendência de recurso contra a parcela não unânime da decisão faz com que a parcela unânime fique sobrestada, à espera do julgamento dos embargos (CPC, artigo 498).⁴³⁸ Nos embargos declaratórios, somente após o seu julgamento a decisão é tida por completa, reiniciando o prazo para o recurso subsequente (apelação, recurso especial etc.). Na pendência do seu julgamento, portanto, não há coisa julgada, admitindo-se em consequência a constatação, ainda que excepcional, de violação à ordem pública processual, apta a extinguir o feito sem resolução de mérito.⁴³⁹

Situação diferente se dá se a sentença é dividida em capítulos e o recurso de apelação abrange apenas alguns deles, pois, quanto aos demais, não recorridos, opera-se a coisa julgada, a partir da qual cessa toda e qualquer atividade de controle da regularidade do processo. Sobre esta variação do tema, voltaremos nos capítulos oito e nove.

⁴³⁶ A respeito da profundidade do efeito devolutivo, Ada Pellegrini Grinover afirma que “nos limites da matéria impugnada ou cognoscível de ofício e desde que não modifique o pedido e a causa de pedir (que delimitam a pretensão), o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes”. *Recursos no processo penal*, p. 52.

⁴³⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 531.

⁴³⁸ Ernane Fidélis dos Santos considera que apenas a matéria objeto da divergência pode ser examinada nos embargos infringentes, sem exceções, mesmo tratando-se de matéria de ordem pública. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 544. A chave da questão, contudo, não se dá pela perspectiva da limitação do conhecimento inerente a cada tipo de recurso, mas pela circunstância de haver ou não transitado em julgado a demanda, ou parcelas dela.

⁴³⁹ Gleydson Oliveira, Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate de matéria impugnada.

6.3.1 Requisitos de admissibilidade dos recursos

A temática da ordem pública em sede recursal é ainda enriquecida pela grande casuística dos requisitos de admissibilidade dos recursos. Como modalidades da admissibilidade da tutela jurisdicional, integram a ordem pública e admitem seu controle *ex officio*.⁴⁴⁰

Tal circunstância, porém, não justifica a maior parte dos comportamentos verificados em relação à admissibilidade recursal. É necessário combater a postura dos Tribunais brasileiros, que se valem justamente destes aspectos formais, da ordem pública, para identificar causas de inadmissibilidade dos recursos, com a finalidade distorcida (e severamente criticável sob as premissas éticas de um Estado que se pretende de Direito) de eliminar o excesso de recursos.

Em termos práticos, a partir do segundo grau, os julgamentos passam a se realizar sob a perspectiva de uma “jurisprudência defensiva”, em que a primeira e principal preocupação é a de eliminar o excesso de processos. Contudo, tal objetivo não pode ser utilizado como critério de decidir.

No âmbito dos Tribunais, é infelizmente bastante comum a invocação de aspectos formais, supostamente justificados pela ordem pública, como método de eliminação de recursos, sem a necessidade de julgar o seu mérito. José Carlos Barbosa Moreira pondera que é causa de frustração a “atividade judicial que deixe de conduzir à decisão do mérito (da causa ou do recurso)”, para em seguida complementar, com seu traço de humor característico, que a decisão de não conhecimento lembra refeição em que, “após os aperitivos e os *hors d’oeuvre*, se despedissem os convidados sem o anunciado prato principal”.⁴⁴¹

Também quanto aos pressupostos de admissibilidade valem as premissas de que estes servem como técnica de economia processual, de forma que, não sendo capazes de

⁴⁴⁰ Assim também no direito espanhol, cf. Manuel Richard González, *La segunda instancia en el proceso civil*, p. 135

⁴⁴¹ José Carlos Barbosa Moreira, *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, p. 270.

economizar atividade jurisdicional, recursos e o tempo de duração do processo, poderão ser desprezados os vícios processuais e privilegiado o julgamento do mérito do recurso, sempre que o seu julgamento puder ser favorável à parte que se beneficiaria da irregularidade recursal.

O direito espanhol possui disciplina semelhante, e a doutrina considera os pressupostos de admissibilidade do recurso como integrantes da ordem pública, autorizando seu exame independentemente do comportamento das partes. Entretanto, e com acerto, faz-se a ressalva de que

[...] a faculdade de controle atribuída aos órgãos judiciais em relação aos requisitos de admissibilidade dos recursos e a interpretação das normas processuais, não ampara nem justifica interpretações formalistas ou baseadas em um rigorismo desproporcionado, ou contrário ao livre acesso aos recursos.⁴⁴²

No direito brasileiro, os Tribunais parecem ignorar o amplo espectro de aplicação do artigo 515, § 4.º, que nem mesmo configura novidade no plano do direito positivo brasileiro (CPC, artigo 560, parágrafo único), cujas regras, ademais, já se inferiam da sistemática das nulidades e do princípio mais amplo da instrumentalidade das formas. Exemplos típicos destes excessos se extraem de julgamentos que extinguem processos por falta de conciliação prévia, ou falta de pagamento das despesas no caso do artigo 268 do CPC.

No âmbito recursal, decisões que não conhecem recursos porque subscritos por advogado sem procuração, ou porque interpostos antes da intimação da decisão no Diário Oficial. À luz destas premissas, soaria verdadeiramente absurdo o julgamento de carência de ação por falta de procuração do advogado à época da distribuição do feito, se tal procuração chegou a ser juntada em seguida. Mais absurdo ainda, se o juiz proferisse tal decisão mesmo diante da revelia do réu. Mas tal exemplo, quase patológico, é extraído da realidade forense, tendo sido objeto de parecer contratado ao Professor Rogerio Lauria Tucci⁴⁴³.

⁴⁴² Manuel Richard González, *La segunda instancia en el proceso civil*, p. 290.

⁴⁴³ Rogerio Lauria Tucci, Representação judicial – carência de ação, p. 197-207. Neste estudo, afirma o autor que, uma vez apresentada a minuta, o vício processual desaparece e os atos restam convalidados, “devendo o procedimento seguir seu curso normal em direção à sentença de mérito, que é a sua meta. A não ser assim,

É inegável que as questões relacionadas à regularidade formal dos recursos, nas quais se incluem a inexistência de assinatura nas razões recursais, ou falta de substabelecimento ao advogado subscritor, são todas solucionadas por um amplo conjunto de regras legais.⁴⁴⁴ Escrevendo bem antes das últimas reformas, Araken de Assis já afirmava que falta de assinatura deveria ser passível de regularização a qualquer tempo. A falta de procuração também é um vício que, segundo o autor, deve permitir a regularização.⁴⁴⁵

Estas mesmas linhas gerais podem ser aplicadas aos demais requisitos de admissibilidade dos recursos. Quanto ao preparo, o não recolhimento nem mesmo deveria gerar sanção relacionada à admissibilidade. O acesso à Justiça, princípio constitucional de enorme importância, recebe um tratamento legislativo que não lhe é compatível, pois impõe gravíssima sanção – não conhecimento, sem possibilidade nem mesmo de regularização – a uma falha que não diz com o exercício da jurisdição, mas tão somente com aspectos de arrecadação das taxas respectivas pelo serviço judiciário.⁴⁴⁶

De toda forma, a lei não pode ser ignorada e a ausência completa de preparo é causa de inadmissibilidade.⁴⁴⁷ Caso alguma parte do valor seja recolhida, não se justifica o indeferimento, nem mesmo no âmbito dos recursos extraordinários, a menos que a parte não regularize o ato, depois de intimada a fazê-lo.⁴⁴⁸

estar-se-ia dando prevalência à forma sobre o fundo, numa autêntica negação da finalidade do litígio que o processo civil de conhecimento ostenta!” (p. 205).

⁴⁴⁴ Logo após a edição da lei que adicionou o artigo 515, § 4.º, Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues sustentaram a aplicação restrita da novidade exclusivamente a defeitos de atos processuais existentes no processo em primeiro grau de jurisdição, não sendo possível a sua aplicação para suprir possíveis irregularidades nos requisitos de admissibilidade dos recursos em si. *A terceira etapa da reforma processual civil*, p. 212.

⁴⁴⁵ Araken de Assis, *Condições de admissibilidade dos recursos cíveis*, p. 44.

⁴⁴⁶ Paulo Roberto de Gouvêa Medina propõe repensar o preparo no processo brasileiro e se vale do exemplo de Portugal, que trata a falta de preparo como mera dívida. Na opinião deste autor, a falta de preparo deveria ser punida como o inadimplemento das demais obrigações de pagamento em dinheiro, com incidência de multa e juros. O preparo dos recursos em face da instrumentalidade do processo, p. 913-914.

⁴⁴⁷ José Roberto Bedaque, *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*, p. 442-444.

⁴⁴⁸ Sobre a falta de preparo, Leonardo José Carneiro da Cunha defende que, pelo teor do artigo 515, § 4.º, seja permitido ao recorrente que recolha o preparo mesmo após a interposição do recurso. A ausência de preparo constitui um vício sanável, justificando a intimação do recorrente, antes de aplicar-lhe a pena de deserção. Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4.º do art. 515 do CPC), p. 764.

No agravo de instrumento, se a juntada posterior de peças obrigatórias não é admitida, por força de dispositivo legal específico, é absolutamente contrária aos objetivos da ordem pública a inadmissão de agravos por falta de peças facultativas, mas que o tribunal considere indispensáveis para a compreensão da controvérsia submetida a recurso.⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰

De duas uma. Ou bem o Tribunal aplica todo este arcabouço legislativo e permite a regularização em prazo razoável, ou bem considera que o recorrente não se desincumbiu de seu dever de provar suas alegações, e neste caso profere julgamento quanto ao mérito do recurso, desprovendo-o. Esta última solução, mesmo não sendo a preferível e sofrendo os óbices do próprio artigo 130, que a rigor permitiria ao magistrado a produção de ofício destas mesmas provas, ao menos tem a vantagem de proporcionar às partes julgamento quanto ao mérito da sua solicitação, sem “escapar pela tangente” e se limitar a um julgamento terminativo da via recursal.

Nesta linha de raciocínio, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que

[...] não se trata nem de pregar e tampouco legitimar soluções tomadas à margem do ordenamento jurídico. Trata-se, isso sim, de *enxergar* como possíveis, e como mais convenientes em determinados casos, soluções tomadas não com base na letra da lei, mas com base no sistema: lei, doutrina, jurisprudência, manejados criativamente.⁴⁵¹

Como já tivemos ocasião de afirmar ao estudar o novel artigo 515, § 4.º, do CPC,

[...] problemas relacionados ao preparo dos recursos (insuficiência ou mesmo ausência de preparo), defeito na representação processual, falta de intimação de partes que deveriam integrar a relação jurídica, e tantas outras situações, deverão agora receber uma ulterior tentativa de regularização, de iniciativa

⁴⁴⁹ Hugo Fillardi sustenta que, em determinadas hipóteses, mesmo a ausência de peça obrigatória pode ser relevada, se a finalidade da apresentação daquele documento tiver sido suprida por outros elementos constantes do recurso. *Vícios processuais e sanabilidade*, p. 191-196.

⁴⁵⁰ Leonardo José Carneiro da Cunha sustenta que deve ser superado o entendimento de que a falta de peças obrigatórias gera inadmissão do agravo, sem possibilidade de sanar o defeito. Pela aplicação do artigo 515 § 4.º, deve-se converter o julgamento em diligência com a intimação do recorrente. *Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4.º do art. 515 do CPC)*, p. 768.

⁴⁵¹ Teresa Arruda Alvim Wambier, “Fungibilidade de meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, p. 1090.

dos tribunais (do próprio relator ou da turma julgadora), para somente então gerar a eventual declaração da nulidade ou reconhecimento do vício.⁴⁵²

Tratando-se de irregularidades formais dos atos processuais, devem ser solucionadas sob as mesmas premissas, em especial, de que o Código de Processo Civil favorece a regularização e a convalidação das nulidades.

Apenas em via excepcional devem ser declaradas as nulidades e realizado um julgamento meramente processual, circunstância que se aplica integralmente no que toca aos recursos. A não realização do julgamento quanto ao mérito do recurso é causa de enorme frustração, retira das partes o direito ao segundo julgamento, o que só deveria se admitir em situações efetivamente excepcionais.

E como visto, este modo de ver as questões de ordem pública se estende a inúmeras situações. Na realidade, a maior parte das hipóteses de objeções processuais trazidas pelo Código de Processo Civil não poderão ser conhecidas após o julgamento de mérito. Da mesma forma, não poderão ser constatadas e gerar a reforma de decisões já proferidas, para conduzir à extinção do processo sem resolução do mérito, se esse chegou a ser examinado. Ocorre, em relação a praticamente todos os exemplos de condições da ação e de pressupostos processuais, total incompatibilidade desta técnica com as demais normas do ordenamento processual.

⁴⁵² Ricardo de Carvalho Aprigliano, O artigo 515, § 4.º, do Código de Processo Civil, p. 411.

7

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E PRECLUSÃO

7.1 Reconhecimento das questões de ordem pública “em qualquer tempo e grau de jurisdição” (artigo 267, § 3.º) – 7.2 Momento processual adequado para o exame da matéria de ordem pública – 7.3 Posições doutrinárias sobre a ocorrência de preclusão quanto às matérias de ordem pública: A) A decisão sobre matéria de ordem pública é passível de preclusão; B) A decisão sobre matéria de ordem pública *não* é passível de preclusão – 7.4 Ordem pública e preclusão: proposta de interpretação sistemática.

7.1 Reconhecimento das questões de ordem pública “em qualquer tempo e grau de jurisdição” (artigo 267, § 3.º)

Neste capítulo, pretende-se examinar a extensão que se deve dar à expressão contida no artigo 267, § 3.º do Código, “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, analisando, entre outros aspectos, se é correta a afirmação quase unânime da doutrina e jurisprudência, no sentido de que as questões de ordem pública não estão sujeitas à preclusão.

Este dispositivo legal, situado no artigo do Código que versa sobre a extinção do processo sem resolução de mérito, assume grande importância para o estudo do tema da ordem pública, mas, também quanto a este aspecto, não se pode negar que haja equívocos e generalizações.

Diversas possibilidades interpretativas podem surgir a partir do referido parágrafo. Primeiro, pode-se cogitar de que a autorização para conhecer de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição significa ampla liberdade para o juiz da causa e quaisquer órgãos jurisdicionais em apreciar tais questões, sem restrições de qualquer tipo.

De fato, a corrente majoritária entende que a autorização da lei para que o juiz conheça da matéria consistente nas condições da ação e nos pressupostos processuais “em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito”, significa

autorizá-lo a examinar tais temas a qualquer momento, à medida que o magistrado preserva a função julgadora. Se tais matérias já foram examinadas, nada importa, desde que a causa permaneça com o mesmo juízo, que, por hipótese, já rejeitara tais preliminares deduzidas em contestação.

Prossegue esta corrente de pensamento aduzindo que, se tais situações admitem exame em qualquer grau de jurisdição, significa que não há preclusão para o juiz. Se o órgão do segundo grau de jurisdição também pode reconhecer aquelas matérias, não faria sentido barrar ao juiz de primeiro grau um reexame da mesma questão, na medida em que convém ao sistema que o controle sobre o objeto formal do processo seja realizado a qualquer momento, para permitir que a sua eventual extinção anômala seja realizada o quanto antes.⁴⁵³

Outra possibilidade, pouco mais rígida, autoriza que o juiz decida sobre tais matérias em qualquer momento, assim como o segundo grau de jurisdição. Entretanto, ao juiz que já tiver proferido decisão a este respeito não é possível voltar a decidir o mesmo tema. Em outras palavras, a autorização legal contempla decisão a qualquer momento, mas não permite que haja nova decisão.

Alguns doutrinadores ponderam que o controle sobre o objeto formal do processo deve ser realizado pelo magistrado o quanto antes, sendo a fase de saneamento do processo propícia para realizar este tipo de exame, e que a necessidade de imprimir uma marcha sempre à frente – própria e inerente ao conceito de processo – importa em eliminar as hipóteses de retrocesso.

O artigo 471 do Código, segundo o qual “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”, é invocado como o fundamento pelo qual

⁴⁵³ A respeito, ver Galeno Lacerda, *Despacho saneador*; Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*. Daniel Neves, *Preclusões para o juiz*; Maurício Giannico, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*; Gleydson Oliveira, Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate de matéria impugnada.

também as questões de ordem pública devem estar igualmente sujeitas à preclusão, ao menos para o próprio juiz que já examinou tais temas.⁴⁵⁴

Nesta corrente de pensamento, admite-se que o tribunal possa apreciar tais questões livremente, sem estar vinculado pela decisão precedente do juiz de primeiro grau. Justamente para permitir este controle das questões de ordem pública pelas instâncias recursais é que o Código se vale da expressão “em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, artigos 267, § 3.º, e 113).

Uma terceira hipótese ainda poderia ser cogitada, que é a de vetar o exame das questões de ordem pública ao tribunal, exceto se tiver sido objeto de recurso específico. Nesta linha de pensamento, a expressão “em qualquer tempo e grau de jurisdição” fica adstrita às hipóteses em que não haja decisão anterior, em primeiro grau. O sistema admitiria, portanto, um controle sobre a matéria de ordem pública, que tanto pode se realizar em primeiro como em segundo grau, porém, após ter sido efetivamente realizado, se não houver recurso da parte interessada, a questão fica definitivamente preclusa, sem possibilidade de novo exame.

A questão fundamental, portanto, será a de interpretar o artigo 267, § 3.º, do CPC, de forma a compatibilizá-lo com o tratamento sistemático que se deve dar à ordem pública.

Na esteira do que já foi visto nos capítulos anteriores, vale reiterar que toda a interpretação da matéria de ordem pública deve ser feita à luz de princípios mais amplos, visando sempre à obtenção de uma sentença de mérito, cabendo apenas em via excepcional a extinção do processo sem resolução do mérito, em virtude da constatação de matéria de ordem pública.

⁴⁵⁴ Segundo Egas Moniz de Aragão, a expressão *nenhum juiz* contida no dispositivo legal abrange também o juiz perante o qual corre o processo. Em relação a ele, o efeito do referido artigo é duplo, visto que abrange não somente a coisa julgada, que tem força de lei para todo órgão que proferiu a sentença, mas também qualquer decisão que tenha sido tomada por aquele juízo específico no curso da demanda. É o emprego do verbo *decidir* e não *sentenciar* que dá ao artigo 471 essa abrangência, estendendo seus efeitos. Dessa forma, as questões solucionadas durante o processo vinculam o próprio juiz que a proferiu, não havendo nesse caso coisa julgada material, e sim preclusão, “que atua também sobre os poderes do juiz”. Contudo, este autor não entende que a preclusão sobre os poderes do juiz atinja as questões de ordem pública. Preclusão, p. 170.

O objetivo fundamental da ordem pública deve ser o de bem aplicar a técnica processual para propiciar um julgamento de mérito, nas melhores e mais rápidas condições.⁴⁵⁵ Neste contexto, compete ao órgão jurisdicional exercer um controle sobre o objeto formal do processo desde o primeiro momento, e preferencialmente nos primeiros tempos de existência de uma demanda.

Apenas em via excepcional os processos devem ser extintos sem exame do mérito. Ao operador do direito cabe praticar todos os atos necessários para eliminar irregularidades, relevar os defeitos que não trazem nenhum prejuízo, bem como desconsiderar os defeitos de forma em todas as situações em que se tiver atingido o seu objetivo.

Como já dito, o Código de Processo Civil, no capítulo relativo às nulidades (Título V, Capítulo V, do Livro I), prevê uma regra que pode ser invocada para aplicação analógica às demais questões de ordem pública. Diz o artigo 249, § 2.º, que, se o juiz puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, esta nulidade não deverá ser pronunciada, nem repetido o ato. A finalidade maior do processo, que é a obtenção de sentença de mérito, prevalece sobre qualquer controle que se pretenda exercer sobre o instrumento. Não há nenhuma razão para que esta regra não seja também aplicada às condições da ação e aos pressupostos processuais (capítulo quatro, *retro*).

Trata-se, assim, de proposta para a aplicação excepcional da ordem pública como causa para extinção do processo ou, em outras palavras, da regra de prevalência da extinção do processo com resolução do mérito, relegando-se a hipóteses verdadeiramente excepcionais a extinção sem julgamento do mérito.

7.2 Momento processual adequado para o exame da matéria de ordem pública

Tais conclusões, já obtidas ao longo deste estudo, geram uma repercussão específica quando se trata de examinar o tema da ordem pública à luz do instituto da

⁴⁵⁵ Fernando da Fonseca Gajardoni lembra, a propósito da conversão do procedimento, que se costuma invocar a ordem pública como razão para impedir adaptações, posto que o procedimento atende ao interesse público, não sendo objeto de modificação ou convenção pelas partes. Em sua tese, demonstra a impropriedade de tais soluções. *Flexibilização procedimental*, p. 80-81.

preclusão. O exame das questões de ordem pública deve ser concentrado nos momentos iniciais do processo, e, se caso for constatada alguma irregularidade após o momento próprio para a extinção anômala do processo, deverá ser preferencialmente resolvido o mérito da causa.

Tal conclusão está diretamente associada à constatação de que, sob o fundamento de um controle a ser exercido sobre as matérias de ordem pública, têm ocorrido com preocupante frequência o encerramento impróprio de processos e, como consequência, a realização de diversos julgamentos que não examinam o direito material submetido ao Judiciário, que não atingem a função precípua e primordial do processo, que é a de resolver litígios e obter pacificação.

Uma parcela destes equívocos decorre justamente da má compreensão e aplicação de outro instituto eminentemente técnico, que é o da preclusão. Entretanto, a relevância de tais questões não pode gerar o efeito de (i) liberar o magistrado de seu exame desde logo, (ii) permitir que profira decisão em que relega a momento posterior este mesmo exame ou, pior, (iii) permitir que imponha retrocessos à marcha do processo, a pretexto de examinar questões de ordem pública.

No dia a dia forense, é tristemente incomum a prolação de decisões em que se afirma que “as preliminares se confundem com o mérito e com ele serão julgadas”, ou que decretam a extinção anômala do processo de modo surpreendente, causando verdadeira frustração às partes, que não esperavam e não pretendiam uma solução meramente processual. E isto é feito porque o posicionamento absolutamente dominante é de que o exame destas questões nunca fica vedado ao magistrado, que pode fazê-lo a qualquer tempo.⁴⁵⁶ Tais decisões são tomadas diante da necessidade de dar andamento aos feitos de qualquer maneira,

⁴⁵⁶ Adroaldo Furtado Fabrício, porém, pondera que “ao juiz pesa o dever de, tão pronto lhe seja submetida a petição inicial, examinar, ainda que sumariamente, a sua aptidão para servir de ponto de partida à formação do processo e, sobretudo, de molde a uma sentença de mérito, já que dita peça se constitui um ‘projeto de sentença’, segundo a expectativa de quem a oferece. Convencendo-se de que ela é inepta (vale dizer, não-apta a cumprir sua função específica), a indeferirá, não sem antes esgotar as possibilidades de esclarecimento, emenda ou complementação que a torne aproveitável (CPC, art. 284)”. Extinção do processo e mérito da causa, p. 10.

sem efetivamente realizar os filtros que o ordenamento processual contempla para, justamente, evitar que processos fadados à inadmissibilidade possam ter seguimento.

Relegar para momento oportuno o exame de matéria de ordem pública constitui, assim, em completa inversão, uma disfunção do sistema, que não apenas se contenta em admitir excepcionalmente o reconhecimento tardio de matéria de ordem pública, mas acaba optando por sempre deixar tal exame a momento processual inadequado.⁴⁵⁷

Quando esta atividade não é realizada no momento próprio, o risco potencial de uma sentença terminativa proferida fora de época se torna muito grande.⁴⁵⁸ A correta compreensão do que seja e dos objetivos da ordem pública no sistema processual pode ser apta a evitar a ocorrência de uma série de situações indesejáveis, que conduzem a julgamentos inócuos, que não atribuem o bem da vida a qualquer das partes, não chegam a examinar o objeto do processo.

Como resultado, muitas vezes ocorre, após o desenvolvimento normal do processo, quando as condições para o julgamento do mérito já se encontram presentes, de ser proferido julgamento de extinção sem exame do mérito, reconhecendo-se, por exemplo, a ilegitimidade ou carência de ação mesmo depois de anos de tramitação do feito. Por qualquer ângulo que se examine esta hipótese, não se pode negar seja ela uma distorção do sistema, fruto da não aplicação dos instrumentos de técnica adequados ao tratamento da matéria.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Para Ada Pellegrini Grinover, “o instituto da preclusão não está exclusivamente assentado em um fundamento jurídico, mas igualmente ético, de modo não apenas a proporcionar uma mais rápida solução do litígio, mas bem ainda de tutela à boa-fé no processo, impedindo o emprego de expedientes que configurem litigância de má-fé”. Interesse da União. Preclusão. A preclusão e o órgão judicial, p. 235.

⁴⁵⁸ Barbosa Moreira ensina que “incide em erro grave o juiz que relega para outro momento o exame de questão, seja qual for, cuja solução possa levar o processo a extinguir-se desde logo”, para então concluir que, antes de declarar saneado o feito, o juiz deve esgotar todas as possibilidades legais de encerrá-lo sem delonga, sendo esta “a única atitude compatível com o sistema do Código”. Aspectos da extinção do processo conforme o art. 329 do CPC, p. 265-266.

⁴⁵⁹ Para Edson Malachini, o objetivo da fase saneadora é assegurar “a certeza ou probabilidade de útil prestação jurisdicional”, em estágio ulterior do processo, com a solução do conflito de interesses submetido ao órgão estatal. Evita-se, por outro lado, “estéril dispêndio de dinheiro das partes e de tempo e energia dessas e o juiz” em atividades posteriores que, ao final, se revelariam inúteis. Do julgamento conforme o estado do processo, p. 78.

A possibilidade de o juiz proferir sentença terminativa, que conclua pela impossibilidade de autor e réu litigarem, por falta de pertinência subjetiva de um, outro, ou ambos, em relação ao objeto daquele processo, está necessariamente atrelada aos momentos iniciais da demanda. Em termos ideais, deve ser verificada antes⁴⁶⁰. Não sendo possível, tal exame pode ser realizado logo em seguida da defesa e até a decisão de saneamento do processo. Ultrapassada esta fase e tendo sido possível ao processo se desenvolver normalmente, é óbvio que o problema não mais se situa no plano da admissibilidade do processo, mas sim em seu julgamento. Se das alegações e provas decorrer a falta de direito do autor, oponível ao réu, o resultado adequado deste julgamento será o de improcedência.⁴⁶¹

E neste contexto se enquadra o confronto da técnica da ordem pública e do instituto da preclusão, na medida em que a flexibilidade no exame das matérias de ordem pública em todos os momentos do procedimento, enquanto não encerrada a função julgadora do órgão, pode contribuir para gerar tais espécies de julgamentos. A extinção de um processo pelo reconhecimento tardio de uma questão de ordem pública revela, no mínimo, atitude negligente do magistrado. Muito possivelmente tal julgamento se apresentará, no mais das vezes, como fruto de má técnica, na medida em que será possível, naquele momento, proferir julgamento de mérito, que vem a ser precisamente o objetivo do processo, buscado tanto por autor como por réu e que, portanto, deveria em linha de princípio constituir a finalidade principal da jurisdição e de seus aplicadores.

Se o estudo da preclusão, em confronto com a ordem pública em matéria processual, e à luz do que dispõe o artigo 267, § 3.º, do CPC, não permite afirmar de modo peremptório que é, sim, possível excluir do magistrado o exame de tais questões, parece igualmente claro que este exame deve necessariamente ser exercido até o momento do saneamento do processo. Apenas desta forma se outorgará efetiva utilidade ao instituto, retomando sua função de ordenar os processos e contribuir para o relevantíssimo princípio da

⁴⁶⁰ Para Galeno Lacerda, “As condições da ação devem ser vigiadas sempre que possível, no despacho saneador, e até antes, por ocasião do despacho liminar”. *Despacho saneador*, p. 80.

⁴⁶¹ Corretamente, o STJ entendeu que, em ação de repetição de indébito, a ausência de comprovação da existência do pagamento indevido acarreta a improcedência do pedido, não havendo falar em emenda à petição inicial por falta de documento indispensável à propositura da demanda. REsp 795418/RJ, Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, j. 15.08.2006, DJ 31.08.2006.

economia processual. A se manter a invocação da ordem pública tal como se observa atualmente, o resultado que se obterá será apenas o de reforçar o instituto como mera ferramenta para extinção de processos fora de época e sem motivo justo. Esta postura pode servir aos magistrados que assim “cumprem e acabam seu ofício jurisdicional”, e mais amplamente às estatísticas de julgamentos pelo Poder Judiciário, mas contraria frontalmente a sua razão de ser e, principalmente, distorce toda a finalidade da ordem pública processual.

7.3 Posições doutrinárias sobre a ocorrência de preclusão quanto às matérias de ordem pública

Há muitos estudos a respeito da preclusão, bem como sobre o despacho saneador. As obras que trataram do tema mais recentemente são, em sua ampla maioria, favoráveis à inexistência de qualquer preclusão em relação às matérias de ordem pública. Já a doutrina mais tradicional, que escreveu sobre o Código de Processo Civil de 1973 nos primeiros anos de sua vigência, e até anterior, de um modo geral concorda que também a decisão sobre pressupostos processuais e condições da ação era passível de estabilização, impedindo que o mesmo juiz que as analisou voltasse a decidi-las.

A discussão doutrinária foi travada em torno do tema do saneamento do processo, ou do despacho saneador, fase processual mais típica para o exame destas questões processuais e para o controle do objeto formal do processo. A obra de referência obrigatória sobre este tema, do processualista gaúcho Galeno Lacerda, analisou especificamente este aspecto, para concluir de forma peremptória que o controle sobre os pressupostos de admissibilidade do exame do mérito escapa à disponibilidade das partes e, como tal, podem ser objeto de novo exame pelo magistrado.⁴⁶² Não há preclusão para o juiz em relação às matérias de ordem pública.

A seguir, para mais bem ilustrar os aspectos da discussão, serão expostas resumidamente as duas linhas de pensamento a respeito deste tema.

⁴⁶² Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, p. 106.

A) A decisão sobre matéria de ordem pública é passível de preclusão

Como é comum a diversos outros aspectos do processo civil brasileiro, também em relação à preclusão das questões de ordem pública a doutrina brasileira toma como ponto de partida os ensinamentos dos mestres italianos. Em especial, Giuseppe Chiovenda e Enrico Tullio Liebman, que defendiam a eficácia preclusiva da decisão sobre o saneamento, mesmo envolvendo condições da ação e pressupostos processuais.⁴⁶³

O saudoso processualista baiano José Joaquim Calmon de Passos era da opinião de que a decisão sobre condições da ação e pressupostos preclui para o juiz de primeiro grau, que não poderia voltar a apreciar tais questões até a sentença. Ressalvava, porém, que o tribunal pode livremente “fundamentar sua decisão nessas questões, seja por provocação da parte, seja *ex officio*”.⁴⁶⁴ Por sua vez, Rogério Lauria Tucci considerava que tal decisão, uma vez proferida, só poderia ser novamente examinada em caso de recurso. Sem recurso da parte interessada, todo o objeto da decisão de saneamento ficava precluso, não se admitindo nem mesmo ao tribunal o exame *ex officio* de tais matérias.⁴⁶⁵

Sobre este tema vale também destacar a posição de Fredie Didier Jr. O processualista baiano sustenta que o juízo de admissibilidade do processo está sim sujeito à preclusão, pois do exame do § 3.º do artigo 267 não se pode extrair uma permissão para o reexame de matéria que já tenha sido examinada. O autor sustenta que o exame das matérias de ordem pública que integram o juízo de admissibilidade do processo (pressupostos processuais e condições da ação) é facultado ao magistrado a qualquer tempo e grau de

⁴⁶³ Segundo Liebman, as questões cognoscíveis de ofício são analisadas em qualquer grau do processo, independentemente de requerimento, mas apenas se não houve pronúncia anterior. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 263.

⁴⁶⁴ José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 239.

⁴⁶⁵ Rogério Lauria Tucci, *Do julgamento conforme o estado do processo*, p. 296. Em outro trecho, o autor sustenta que a decisão é passível de preclusão mesmo que não haja decidido sobre as questões de ordem pública de forma expressa (p. 101).

jurisdição, mas, uma vez realizado, submete-se à preclusão, como todas as demais decisões judiciais.⁴⁶⁶

Em reforço de seu argumento, Fredie Didier Jr. pondera que as questões de mérito porventura decididas no curso do processo estão sujeitas à preclusão, sem que haja maiores dissensos doutrinários a respeito, e cita a prescrição como exemplo central. Contudo, a doutrina em geral não considera que questões processuais possam precluir, mesmo depois de já examinadas.

Sob uma perspectiva puramente literal, o artigo 267, § 3.º, de fato, não parece autorizar o entendimento de que o exame daquelas questões não está sujeito a qualquer estabilização. O que o texto legal afirma é a possibilidade de o juiz conhecer de ofício tais questões, em qualquer tempo e grau de jurisdição. E a reforçar a impressão de que as questões decididas fiquem efetivamente fora de nova cognição judicial está o já referido artigo 471 do Código, que é aplicável não apenas às decisões de mérito finais, mas também às interlocutórias. Da mesma forma, ao dizer que “nenhum juiz decidirá novamente” tais questões, o dispositivo pretende incluir também o próprio juiz da causa, que proferiu a decisão e é, portanto, o primeiro a estar por ela vinculado.

O direito português, fonte inspiradora do nosso “despacho saneador”, prevê este instituto ainda hoje, e na doutrina portuguesa é fora de dúvida que a matéria objeto do despacho saneador efetivamente fica preclusa, caso não seja recorrida.⁴⁶⁷

Em diferentes artigos jurídicos, José Carlos Barbosa Moreira cuida do tema do saneamento do processo e da preclusão incidente sobre as matérias objeto daquela decisão, e

⁴⁶⁶ Fredie Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. Nas palavras do autor, “Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de ofício” (p. 87).

⁴⁶⁷ Eduardo Talamini explica que, em virtude de decisões do STJ português, “afirmou-se a absoluta eficácia preclusiva do ‘saneador’, no que tange à questão da legitimidade – independentemente de quais tenham sido os chamados ‘fundamentos concretos’”. O autor ainda dá conta de que há uma corrente doutrinária que sustenta inclusive a preclusividade de toda matéria que compete ao julgador analisar por ocasião do saneador, mesmo que não tenha sido efetivamente examinada. Entretanto, a corrente majoritária entende que apenas as questões de fato decididas estão sujeitas à preclusão. Saneamento do processo, p. 84.

considera ser passível de preclusão a decisão sobre pressupostos processuais e sobre as condições da ação, não sendo permitido ao juiz examinar novamente tais aspectos, ainda que os tenha rejeitado de forma indireta, isto é, quando haja determinado o prosseguimento do feito, definido as provas ainda por produzir etc.

Em suas próprias palavras:

Técnica de utilização freqüente para evitar protraimentos na suscitação e na solução de questões é, conforme se sabe, a da preclusão. Em princípio, crescerá a eficiência do método concentrado na medida em que o ato específico (ou a série de atos específicos) assinale a liquidação definitiva de questões compreendidas em seu objeto, com a óbvia ressalva das hipóteses de superveniência. Menor será, pelo contrário, a significação desse momento processual, se mesmo depois continuarem elas irrestritamente suscitáveis. Em tal perspectiva, pode cogitar-se de atribuir ao ato específico uma eficácia preclusiva ampla, de modo que, ainda na ausência de pronunciamento explícito do órgão judicial, se dava considerar preexcluída, daí em diante, a relevância de qualquer questão possível de exame naquela oportunidade, considerando-se a possibilidade de reapreciação à interpretação do recurso cabível, pelo interessado. A esse respeito fala-se às vezes, com discutível propriedade, de “julgamento implícito”.⁴⁶⁸

Na opinião do insigne processualista carioca, não é de estranhar que também para o juiz ocorra a perda da possibilidade de praticar certos atos, tendo em vista o atingimento de fase processual em que estes atos já não são mais possíveis de se praticar. O primeiro e mais evidente exemplo consiste no indeferimento da petição inicial, previsto no artigo 295 do CPC.

A petição inicial é indeferida, ordinariamente, logo após o ajuizamento da demanda. Verificando o magistrado algumas das hipóteses de indeferimento, manda suprir as falhas e, não sendo supridas, decreta a extinção do processo sem resolução de mérito. Contudo, passado este momento do processo, não cabe mais ao juiz da causa indeferir a petição inicial. Se no processo já ocorreram citação e resposta do réu, réplica e outros atos do procedimento, já não se pode cogitar de indeferimento da petição inicial. Para Barbosa Moreira, é impróprio e equivocado o indeferimento da petição inicial por ocasião do julgamento conforme o estado do processo, pois o momento de indeferir a petição inicial já

⁴⁶⁸ José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 54.

terá sido ultrapassado. “Se o feito chegou até aí, é porque a inicial foi deferida; logo, não pode agora ser indeferida.”⁴⁶⁹

É inegável a relevância do instituto do saneamento do processo do ponto de vista da economia processual. Esta fase do procedimento serve para fazer a regularização formal do processo, corrigir defeitos capazes de acarretar nulidade. Serve também para elucidar dúvidas e delimitar os pontos controvertidos, determinando o objeto e os meios de prova ainda necessários. Quando efetivamente não houver outra alternativa, é este o último momento procedimental para que ocorra a extinção do processo sem resolução do mérito.⁴⁷⁰

Passada esta fase, o sistema exige que a decisão de mérito seja proferida, cabendo ao magistrado, portanto, uma dupla tarefa. Primeiro, a de efetivamente realizar as atividades previstas para o saneamento, sem relegar para depois o filtro que deve realizar nesta fase. Segundo, o de aplicar a regra da prevalência de decisão de mérito sobre decisão processual, praticar os demais atos do procedimento com o objetivo de proferir decisão de mérito e, apenas em via absolutamente excepcional, extinguir o feito sem exame do mérito.

Neste contexto é que Barbosa Moreira afirma que a técnica da preclusão é muito útil para a correta utilização do instituto do saneamento do processo, pois, se há preclusão sobre tal atividade do juiz, cresce a eficiência do método concentrado, que elege um momento do procedimento para que toda a atividade de saneamento seja realizada (CPC, artigos 327 a 331). Nas palavras do mestre,

⁴⁶⁹ O autor em seguida afirma: “O ato do juiz já se esgotou, e produzido está o seu efeito precípua, que consistia em ministrar base para a citação do réu”. José Carlos Barbosa Moreira, Aspectos da extinção do processo conforme o art. 329 do CPC, p. 263.

⁴⁷⁰ É bastante debatida em doutrina a possibilidade de julgamento implícito a respeito do saneamento do processo. Barbosa Moreira sustenta que a decisão de saneamento, quando provê sobre provas, fixa pontos controvertidos etc., significa a rejeição implícita das questões processuais que poderiam interferir no julgamento do mérito. *O novo processo civil brasileiro*, p. 54. Discordam desta posição, sustentando a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, a excluir qualquer hipótese de decisão implícita, entre outros, Daniel Neves, *Preclusões para o juiz*, p. 237; Eduardo Talamini, *Saneamento do processo*, p. 103. Contudo, há um dado da realidade que não pode ser ignorado. As decisões que enfrentam o mérito o fazem, em regra, diretamente, sem analisar e rejeitar todas as possíveis objeções processuais. Implicitamente, portanto, elas acabam sendo rejeitadas, pois seria incompatível a análise do mérito da demanda se tais questões processuais pudessem ainda ser acolhidas.

[...] menor será, pelo contrário, a significação desse momento processual, se mesmo depois continuarem elas irrestritamente suscetíveis. Em tal perspectiva, pode cogitar-se de atribuir ao ato específico uma eficácia preclusiva ampla, de modo que, ainda na ausência de pronunciamento explícito do órgão judicial, se deva considerar preexcluída, daí em diante, a relevância de qualquer questão passível de exame naquela oportunidade, condicionando-se a possibilidade de reapreciação à interposição do recurso cabível, pelo interessado.⁴⁷¹

Entre os autores que escreveram sobre o despacho saneador e a disciplina legislativa do Código de 1939, Frederico Marques considerava o reexame impossível, caso a decisão sobre as condições da ação e pressupostos processuais, objeto do despacho saneador, não fosse objeto de agravo, ressalvada a hipótese de não ter havido alegação pela parte nem decisão do juiz sobre a condição da ação ou pressuposto processual.⁴⁷²

Nesta mesma linha, sobre a ideia de que a questão de ordem pública objeto de decisão interlocutória pelo primeiro juiz poderia ser também analisada pelo tribunal, não prevalecendo preclusão *pro iudicato*, dado o interesse mais alto e relevante da questão, João Batista Lopes argumenta que, “entretanto, não é assim que deve ser. Em nome da segurança e da estabilidade das decisões, não se pode afastar o princípio da preclusão em relação a questões que, podendo ser recorridas, não o foram pela parte prejudicada no momento oportuno”. Ainda segundo o autor, se a lei previu recurso, ao intérprete não cabe fazer distinções não previstas em lei.⁴⁷³

B) A decisão sobre matéria de ordem pública não é passível de preclusão

Como antes afirmado, Galeno Lacerda é o autor que primeiro analisou, com profundidade, o tema do despacho saneador, e em sua obra demonstrou que as questões de

⁴⁷¹ José Carlos Barbosa Moreira, Saneamento do processo e audiência preliminar, p. 142. Ainda para o autor, a expressão saneamento do processo deve ser entendida “no mais amplo sentido, como conjunto de técnicas ordenadas a permitir que o processo produza o melhor resultado com o menor esforço, ou, em outras palavras, atinja o máximo de rendimento com o mínimo de custo” (p. 133).

⁴⁷² José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 135.

⁴⁷³ João Batista Lopes, Breves considerações sobre o instituto da preclusão, p. 57.

ordem pública, por decorrerem de norma imperativa e de interesse público, não precluem, pois escapam à disponibilidade das partes.⁴⁷⁴

Com acerto, sustenta este autor que

[...] a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação.⁴⁷⁵

A afirmação de Galeno Lacerda vem sendo assimilada e repetida desde então pelos principais doutrinadores que se dedicaram ao tema, seja em obras que tratam das condições da ação ou pressupostos processuais, seja em obras sobre preclusão, ou mesmo nas obras dedicadas à defesa do réu e à extinção do processo sem exame do mérito.

Arruda Alvim pondera que, diferentemente do que ocorria na vigência do Código de Processo Civil de 1939, no qual o despacho saneador adquiria eficácia preclusiva, tendo inclusive ensejado a edição da Súmula 424 do STF, o saneamento do processo no sistema do Código de 1973 não gera preclusão quanto à decisão sobre as condições da ação, “mesmo existindo decisão explícita a respeito”.⁴⁷⁶⁻⁴⁷⁷

Ainda que analisando o tema sob a perspectiva específica da exceção de pré-executividade, Clito Fornaciari Júnior igualmente considera que a decisão sobre tais matérias não está sujeita a preclusão, o que autoriza serem elas examinadas antes da penhora e dos

⁴⁷⁴ Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, p. 160-161.

⁴⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 161.

⁴⁷⁶ Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 394.

⁴⁷⁷ Alcides de Mendonça Lima afirma que, em relação à declaração da nulidade absoluta ou relativa, no CPC anterior não havia preclusão para nenhum dos casos. No CPC atual, todavia, ocorre preclusão para a decretação de nulidade relativa (artigo 245 e parágrafo único). Do saneamento do processo, p. 66.

embargos, mas é certo que poderiam ser examinadas mesmo depois, ou “independente do tempo dos embargos e deles próprios”.⁴⁷⁸

Com a habilidade usual, Eduardo Talamini invoca a dinâmica do artigo 130 do Código, segundo o qual o juiz pode determinar de ofício as provas necessárias à instrução do processo, e o entendimento que considera possível o juiz voltar atrás e deferir prova que antes indeferira, para sustentar que o mesmo deve ocorrer com o artigo 267, § 3.º, pois também neste dispositivo há previsão de decisão de ofício, ainda que não se refira ao reexame. Para o processualista paranaense, “tanto nessa hipótese como na dos pressupostos processuais e condições da ação, se está diante de matéria que diz respeito à própria atividade jurisdicional – justificando-se igual tratamento”.⁴⁷⁹

Em seu trabalho sobre preclusão, no qual analisa em especial o fenômeno da preclusão para o juiz, Daniel Amorim Assumpção Neves conclui pela impossibilidade de as questões de ordem pública se sujeitarem a preclusão, em vista da natureza e indisponibilidade da matéria.⁴⁸⁰ Da mesma opinião partilha Antonio Carlos de Araujo Cintra, para quem a questão relativa aos pressupostos processuais e às condições da ação não ficam excluídas de análise na apelação, pois quanto a elas não ocorre preclusão, mesmo que tenham sido objeto de agravo e de pronúncia anterior.⁴⁸¹

Para José Rogério Cruz e Tucci, a ausência de preclusão está diretamente relacionada à natureza das condições da ação e pressupostos processuais, que se subordinam à investigação de ofício pelo Estado, como uma das consequências de ser a ação um direito contra ele exercitável.⁴⁸²⁻⁴⁸³

⁴⁷⁸ Clito Fornaciari Jr., A sobrevivência da exceção de pré-executividade, p. 110. Humberto Theodoro Jr., Os embargos do devedor após as reformas do CPC efetuadas pelas Leis n. 11.232 e 11.382, p. 89.

⁴⁷⁹ Eduardo Talamini, Saneamento do processo, p. 104.

⁴⁸⁰ Daniel Amorim Assumpção Neves, *Preclusões para o juiz*, p. 245. No mesmo sentido, Sidnei Amendoeira Jr., *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*, p. 98.

⁴⁸¹ Antonio Carlos de Araujo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 86 e nota 40.

⁴⁸² José Rogério Cruz e Tucci, Eficácia preclusiva do despacho saneador, p. 184-185.

Na Itália, a preclusão das matérias de ordem pública é bastante debatida. A Corte di Cassazione, diante da necessidade de equacionar o princípio da análise de ofício de questões de ordem pública com o sistema recursal, firmou posição no sentido de que tais questões, se analisadas pelo primeiro grau e não mencionadas pela parte no recurso (ou na resposta), adquirem eficácia de coisa julgada interna, isto é, não poderão ser examinadas de ofício nem pelo juiz da apelação nem pelo juiz dos tribunais superiores. Parte da doutrina, como Corrado Brili, adere a esta posição, considerando que a falta de menção no recurso torna impossível o seu reexame pelos tribunais.⁴⁸⁴

Isto significa que, sem o respectivo recurso da parte, tais matérias ficam excluídas de nova apreciação pelo órgão superior. E isto mesmo em relação a temas que, para o ordenamento brasileiro, são considerados condições da ação ou pressupostos processuais. Nicola Rascio, autor napoletano que estudou o tema dos recursos, afirma que nulidades relacionadas a questões de competência, de jurisdição, de ilegitimidade, exceção de coisa julgada ou falta de interesse, se decididas em sentido negativo e não recorridas, efetivamente precluem e ficam fora do possível exame pelo tribunal, sendo abrangidas pela coisa julgada.⁴⁸⁵

Parcela minoritária, contudo, reputa que tais questões podem ser analisadas pelo tribunal de ofício. Isto se justifica porque, a despeito de já ter sido objeto de pronunciamento, a questão permanece de ordem pública, e impedir o tribunal de examinar a matéria implicaria

⁴⁸³ Egas Dirceu Moniz de Aragão admite a regra geral de que tais questões não precluem, mas menciona exceções. A competência e a parcialidade do juiz são pressupostos processuais, mas só nos casos de incompetência absoluta e impedimento é que não incidirá a preclusão. Ademais, se o juízo de admissibilidade é feito em segundo grau, para o juiz de primeira instância a questão fica preclusa. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*, p. 182. Rodrigo da Cunha Lima Freire sustenta que, mesmo o juiz tendo declarado saneado o processo, a preclusão *pro judicato* não ocorre, pois ele poderá alterar sua decisão sem que haja interposição de agravo de instrumento pelo réu ou mudança dos fatos. Falta de pressuposto processual ou de condição da ação – declaração *ex officio* em agravo de instrumento, p. 951-952.

⁴⁸⁴ Corrado Brilli, In tema di nullità insanabili non dedotte in appello e di formazione del giudicato interno, p. 102. Elio Fazzalari, *Il processo ordinario di cognizione*, v. 2, p. 40, nota 3. Sergio Chiarloni, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, p. 153.

⁴⁸⁵ Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, p. 313.

diminuir em profundidade os poderes de ofício do juiz, e nem a sentença de primeiro grau nem a apelação têm esse poder.⁴⁸⁶

7.4 Ordem pública e preclusão: proposta de interpretação sistemática

O objetivo básico da preclusão é permitir que o processo se desenvolva com segurança e equilíbrio. É um fenômeno de caráter limitativo, tanto para a parte (que fica impedida de suscitar novamente questões já decididas) quanto para o juiz (que não pode decidir novamente uma questão por ele já decidida, ou analisar qualquer questão que a lei atribua iniciativa somente à parte), servindo também como mecanismo de controle contra arbítrio ou escolhas políticas do órgão julgador.

A preclusão, instituto tipicamente ligado à técnica do processo, supostamente deveria ser usada como um simples instrumento a serviço do direito material, pois todas as técnicas e o modo de ser do processo são voltados a permitir a correta aplicação do direito ao caso concreto. A doutrina moderna, porém, bem observa que “a disciplina das preclusões, contudo, parece ainda estar enraizada de tecnicismos oriundos da fase autonomista da ciência processual”.⁴⁸⁷

Quanto à ordem pública processual, o ponto central foi bem detectado por Galeno Lacerda e consiste na indisponibilidade de certos aspectos do processo. Este aspecto é, sem dúvida, o elemento principal da ordem pública em matéria processual. Determinadas questões interessam à Jurisdição com maior ênfase, pois dizem respeito ao seu modo de atuação. Como é reconhecido modernamente que as partes não podem usar o processo para fazer valer seus exclusivos interesses, que estão sujeitas a controles e limitações impostas à sua atividade, é natural concluir que os temas eleitos pelo legislador como sensíveis não podem entrar na esfera de disponibilidade das partes.

⁴⁸⁶ Angelo Bonsignori, *L'effetto devolutivo dell'appello*, p. 1343-1344.

⁴⁸⁷ Fernando Fontoura da Silva Cais, *Preclusão e instrumentalidade do processo*, p. 154.

Mas esta característica, a de ausência de disponibilidade, tem como consequência e manifestação principal o fato de tais questões poderem ser conhecidas de ofício, ou seja, integram o núcleo de matérias de conhecimento espontâneo. E isto, como visto, é de fato assegurado em relação à grande maioria das questões de ordem pública, por expressa disposição legal.

Outra faceta desta indisponibilidade consiste na obrigatoriedade de o juiz apreciar tais questões. Diante da constatação de uma nulidade, ou seja, de um vício de forma suscetível de causar prejuízo às partes, deve o magistrado procurar saná-la, e, não sendo possível, compete-lhe anular os atos viciados, determinando o seu refazimento. Da mesma forma, diante de ação proposta contra parte ilegítima, ou à qual falte interesse de agir, deve o magistrado – ouvidas as partes – reconhecer a ausência daquelas condições da ação e decretar a extinção do processo, ressalvando-se que esta postura só deverá ser tomada se realmente for impossível realizar o julgamento de mérito (que, no caso, deveria ser desfavorável à parte a quem aproveitaria aquela irregularidade, *v.g.*, o autor que não possui interesse processual).

Contudo, além de ser cognoscível de ofício e de exame obrigatório, a afirmação de que a questão escapa à preclusão em todas as situações parece exagerada. De um lado, como visto acima, esta ampla liberdade dada aos juízes de relegar o exame de importantes questões para momento posterior do procedimento mais atrapalha do que favorece o desenvolvimento regular do processo.⁴⁸⁸ De outro, retira parte da responsabilidade do magistrado em analisar com profundidade tais aspectos, para só permitir o prosseguimento de

⁴⁸⁸ Cleanto Guimarães Siqueira sustenta que o juiz pode mudar de ideia e reconhecer uma questão que antes rejeitara (como a preliminar de coisa julgada). “O interesse público que permeia as questões relativas à regularidade da relação processual e à existência do direito de ação sobrepõe-se ao efeito devolutivo do agravo. De sorte que é lícito, ao julgador, em casos tais, mesmo após a interposição do agravo, *arrepender-se.*” *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 229. Salvo melhor juízo, tais posições apenas reafirmam a distorção que a questão processual acaba por gerar, a demonstração máxima da separação entre a função destas figuras e sua aplicação prática. O controle sobre as questões de ordem pública é importante na medida em que permite um controle da atividade jurisdicional voltado à economia. Não se estabelece um controle pelo controle, como se processo fosse mais importante que o mérito.

ações que estejam efetivamente em ordem,⁴⁸⁹ assim como permite às partes atitude igualmente negligente em relação à indicação de tais vícios.

Ademais, apesar de já se ter sustentado, na esteira da lição da doutrina italiana, que a questão de ordem pública não deixa de apresentar esta natureza pelo fato de já ter sido decidida,⁴⁹⁰ esta constatação não chega a infirmar outra conclusão, de que, uma vez realizado este exame pelo magistrado (constatando a regularidade do processo em seu aspecto formal), deve ele prosseguir o feito para proferir julgamento de mérito, não lhe sendo possível reconhecer tardiamente a falta de uma condição da ação que havia considerado presente em momento anterior.

E, neste particular, há dois aspectos que demonstram as falhas do argumento contrário, que sustenta a total ausência de preclusão para as questões de ordem pública.

Em primeiro lugar, é preciso relembra a existência da parte final do artigo 267, § 3.º, do CPC. Por este dispositivo, o réu deve suscitar aquelas matérias na primeira oportunidade. Deve fazê-lo porque é do seu interesse, e porque esta sua atividade representa uma exceção à sistemática normal do processo, exceção que gera consequência admitida, porém não desejada, que é a de um julgamento apenas processual, que não decide sobre o direito material trazido. Assim, se o réu pretende invocar fatores que impedem a realização dos objetivos principais da jurisdição, deve fazê-lo rapidamente. A observância rigorosa do princípio da economia processual é, por assim dizer, o contraponto desta solução anômala, ou seja, admite-se um julgamento que não é de mérito, desde que ele ocorra rapidamente, minimizando assim os prejuízos que naturalmente decorrem de solução estritamente processual do caso.

Convém ainda lembrar que a disciplina legal supostamente autorizadora do exame a qualquer tempo das questões de ordem pública (artigo 267, § 3.º) veio acompanhada, na

⁴⁸⁹ Ainda segundo José Rogerio Cruz e Tucci, o poder de ofício do magistrado em apreciar as questões processuais atreladas à regularidade do processo “corresponde evidentemente à garantia de boa administração de justiça”, cuja omissão do magistrado o torna responsável por mau desempenho do cargo, *Eficácia preclusiva do despacho saneador*, p. 284. É possível ir adiante, para responsabilizar o magistrado não apenas pelo não exercício de tais poderes oficiosos, mas pelo exercício tardio destes mesmos poderes.

⁴⁹⁰ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, p. 191.

estrutura original do CPC de 1973, do artigo 463, segundo o qual, publicada a sentença, o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional, só podendo modificá-la para corrigir erros materiais ou em virtude de embargos declaratórios.

A análise conjunta destes dispositivos sugere que a expressão “enquanto não proferida a sentença de mérito” do artigo 267, § 3.º, parece um tanto redundante. A regra absolutamente geral é a de que o juiz não pode decidir a mesma causa após proferir a sentença. Não seria, portanto, necessário que o artigo 267, § 3.º, estabelecesse uma regra particular para afirmar o mesmo relativamente às condições da ação e aos pressupostos processuais (a lei não contém palavras inúteis). Da interpretação do artigo 463 do Código parece razoável então considerar que, mesmo diante da redação do já citado artigo 267, § 3.º, o juiz pode reconhecer estas questões de ordem pública até a (primeira) decisão de mérito. Depois disso, o tema se submete à disciplina recursal normal, de forma que sem recurso a decisão preclui.

A despeito da relevância e indisponibilidade da matéria, se o juiz de primeiro grau chegou a analisar tais temas, considerou o processo em ordem, saneou e, mais adiante, proferiu sentença de mérito, é razoável reputar que tais matérias não podem ser conhecidas pelo segundo grau. No aspecto teleológico, muito razoável, porque extinguir o processo sem exame do mérito quando já proferida uma primeira decisão de mérito se afigura um contrassenso, afronta a própria técnica das condições da ação. Em relação aos pressupostos processuais, como visto no capítulo anterior, pode-se dizer o mesmo.⁴⁹¹

Ao se confrontar a disciplina geral da preclusão em relação às questões de mérito e quanto às questões processuais, constata-se a equivocada perspectiva que vem sendo dada a este tema. Com total razão, Gisele Santos Fernandes Goes afirma que “o sistema não pode

⁴⁹¹ Não obstante, prevalece na jurisprudência o entendimento oposto. Assim, “o tribunal da apelação, ainda que decidido o mérito na sentença, poderá conhecer de ofício da matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação. Nas instâncias ordinárias não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa, pela prolação da decisão definitiva (*RSTJ* 64/156). No mesmo sentido: *RSTJ* 89/193, nota 53a ao artigo 267 do CPC. Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 404. Mas os mesmos autores ressalvam o posicionamento jurisprudencial no sentido de que não pode ser apreciada em grau de recurso a matéria relativa às condições da ação que não foi suscitada no primeiro grau de jurisdição. Nota 29 ao artigo 267, *JTJ* 142/19, p. 401.

conviver pregando a segurança quanto ao mérito e a insegurança quanto às questões processuais” e, em seguida, pondera que

[...] mesmo não havendo peça recursal, as questões de admissibilidade do processo podem ser sempre revisitadas, inclusive por simples petição, a qualquer tempo e grau de jurisdição? A parte que tem em face de si uma decisão contrária aos seus interesses em termos de admissibilidade, não recorre, não ataca os fundamentos da decisão (sistema do livre convencimento motivado) e, ainda assim, beneficia-se com a ausência de preclusão? Com efeito, se não recorreu e deixou de atacar a decisão, não houve prejuízo para si. Assim como acontece com o mérito, deve ser o mesmo o pensamento para o nível de admissibilidade do processo. Isonomia de tratamento é a palavra chave. A segurança do sistema processual está nessa situação jurídica.⁴⁹²

Transcrevam-se, uma vez mais, as pertinentes lições de José Carlos Barbosa Moreira sobre este tema, que servem de base para uma proposta, *de lege ferenda*, de modificação do ordenamento e explicitação desta preclusividade também das questões de ordem pública.

Os ordenamentos em geral, mesmo quando se valem da técnica da preclusão, hesitam em levá-las às últimas conseqüências e dispõem, em termos expressos, que determinadas questões se podem suscitar ou conhecer de ofício a qualquer tempo. Costuma despertar resistências a idéia de que o juiz, a partir de certo instante, fique impedido de reexaminar problemas relacionados v.g. com a validade do processo ou a admissibilidade da ação; assim, quando os textos não são cristalinos, a diversidade de tendências infalivelmente provoca dissensões na doutrina e na jurisprudência.⁴⁹³

O segundo argumento que relativiza a importância que a questão de ordem pública possui em relação à atividade julgadora do magistrado se obtém quando analisamos a hipótese de um agravo de instrumento que tenha decidido precisamente tais preliminares. Se o réu invoca em sua defesa alguma matéria de ordem pública e recorre diante da decisão que a rejeitou, o conhecimento da matéria se transfere ao conhecimento do tribunal (artigo 515, CPC).

⁴⁹² Gisele Santos Fernandes Goes, *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*, p. 163.

⁴⁹³ José Carlos Barbosa Moreira, *Saneamento do processo e audiência preliminar*, p. 142-143.

Nesta situação, mantida a decisão, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que o juiz de primeiro grau não pode mais analisar aqueles aspectos. Há aqui, em certa medida, uma exceção à regra do artigo 267, § 3.º, do Código, pois ao juiz *a quo* não é mais permitido rever sua posição anterior.⁴⁹⁴ Ocorre então que a ordem pública processual, que não perde sua relevância pelo fato de já ter sido decidida e constitui elemento central da atividade jurisdicional, é sim excluída da apreciação do órgão que irá proferir a decisão de mérito, e isto se dá pela premissa de que a decisão do grau superior de jurisdição sempre prevalece sobre o grau inferior.

A conclusão é acertadíssima, pois não se pretende aqui propor que o juiz de primeiro grau possa corrigir decisão do tribunal. O que se quer demonstrar é que o próprio sistema minimiza, em certas situações, a importância das questões de ordem pública e proíbe seu exame mesmo no curso do processo, ou seja, antes do trânsito em julgado.⁴⁹⁵

A distinção entre o juízo positivo e o negativo que se faz a respeito da ordem pública também ilustra este ponto. De um lado, aceita-se com naturalidade que o reconhecimento de uma matéria de ordem pública seja passível de preclusão. Se não houver recurso contra a exclusão de um corréu, por exemplo, a questão ficará de fora do objeto do processo e não poderá o tribunal, ou o juízo que proferiu a decisão, reconhecendo posteriormente que fora um equívoco, determinar o retorno daquele réu e a continuidade da ação nos termos em que foi originalmente proposta.

A legitimidade é, sem dúvida, matéria de ordem pública, escapa à disponibilidade da parte e sobre isto não pode haver nem mesmo a concordância dos litigantes.⁴⁹⁶ Se o juízo positivo não sofre preclusão, ou seja, se deve ser permitido ao juiz seguidamente controlar os mesmos elementos, de natureza processual, para poder reconsiderar sua posição e rever seu possível equívoco, por que então admitir que o juízo negativo sofra esta mesma preclusão?

⁴⁹⁴ Para Flávio Luiz Yarshell, a despeito do artigo 267, § 3.º, “parece lícito afirmar que, ocorrendo o julgamento da instância superior, é vedado ao órgão inferior pretender cassar a decisão e proferir novo e diverso julgamento. Terá ocorrido, aí, preclusão que se pode qualificar de hierárquica”. *Juízos rescindente e rescisório*, p. 120.

⁴⁹⁵ Neste sentido, ver, por todos, Maurício Giannico, *A preclusão no processo civil brasileiro*, p. 57-61.

⁴⁹⁶ Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, p. 110.

No caso do juízo negativo, o objeto da decisão – matéria de ordem pública – passa a ficar sob a exclusiva disposição da parte. Se há recurso, a questão será então examinada pelo Tribunal pela via do agravo. Se não há recurso, consolida-se aquela situação. No entanto, a situação consolidada e protegida pela preclusão pode ser equivocada, injusta. Pode ter aplicado interpretação equivocada, reconhecendo-se a ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação que, na verdade, estavam presentes.

Poder-se-ia argumentar que o juízo negativo recebe tratamento diferente porque conduz à extinção do processo, mas os exemplos acima propostos são de provimentos no curso do processo, que não o encerram. Aqui se pode emprestar argumento já clássico de Galeno Lacerda, no sentido de que, enquanto o magistrado conserva sua função jurisdicional, deve averiguar a respeito da ordem pública.

A despeito de o conteúdo dos julgamentos ser diferente, e de as consequências endoprocessuais também diferirem, fato é que num e noutro caso a decisão versa sobre matéria de ordem pública. E, se tais matérias são relevantes para o sistema, são indisponíveis e, por isso, não podem se considerar preclusas, não se entende por que este raciocínio só se aplique à decisão que primeiro concebe o processo regular, para então ser retificada e reputar ausente algum pressuposto processual ou condição da ação. Qual a diferença entre esta decisão e aquela outra, que primeiro considera o processo irregular, para então ser retificada e julgar presente aquele mesmo pressuposto processual ou condição da ação que antes fora tido por ausente?

É, portanto, possível cogitar de que a ordem pública processual, apesar de dizer respeito ao modo de ser do processo e visar a regularidade do instrumento adotado para que as partes busquem a realização concreta do direito material, seja vista e interpretada sob premissas menos rigorosas, para permitir a realização dos seus objetivos centrais, sem porém considerar que todos os aspectos que envolvem a ordem pública sejam verdadeiros dogmas, mantras repetidos incessantemente, mas que nem por isso se tornam verdades absolutas.⁴⁹⁷

⁴⁹⁷ Analisando a evolução conceitual do processo e da conciliação entre os conceitos de processo e procedimento, Carlos Alberto Carmona pondera que “o procedimento atingiu hoje um grau de aperfeiçoamento que chama a si a grande responsabilidade do processo, que é a realização do direito. Um

Das razões sistemáticas acima expostas, com o devido acatamento à posição absolutamente majoritária que defende posição oposta, é lícito asseverar que o ordenamento processual brasileiro, tal qual hoje posto, fornece os elementos para afirmar a preclusão da questão de ordem pública, no mínimo para o mesmo juiz, que fica impedido de a ela voltar por ocasião da decisão de mérito.

procedimento falho, que não atenda aos princípios de economia, celeridade e garantia implica numa desvirtualização do processo”. Considerações sobre a evolução conceitual do processo, p. 52.

8

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E COISA JULGADA

8.1 Contornos gerais do instituto da coisa julgada – 8.2 Coisa julgada como técnica voltada à segurança e estabilidade das relações jurídicas – 8.3 Coisa julgada como sanatória geral, aplicável às questões de ordem pública.

8.1 Contornos gerais do instituto da coisa julgada

A coisa julgada é ferramenta e técnica voltada a conferir segurança às decisões judiciais, adotada na totalidade dos sistemas processuais, que por meio dela evitam a perenização dos conflitos. Há diversas facetas do problema da coisa julgada, passíveis de ser exploradas ainda hoje, não obstante o tema já ter sido muito desenvolvido, pelos principais autores, estrangeiros e nacionais.

É de Liebman a construção da teoria da coisa julgada como uma qualidade da sentença, um *plus* em relação aos efeitos que a sentença é apta a produzir (declaratórios, constitutivos e condenatórios), conceito que se tornou então amplamente aceito pela doutrina.⁴⁹⁸ Demonstrou o autor italiano, apoiado em manifestações doutrinárias anteriores, que a coisa julgada não é causa (o fator de eficácia) nem consequência (um efeito) da sentença, daí por que a denominou uma sua qualidade, responsável por tornar imutáveis os efeitos da sentença.

A eficácia da sentença (imperatividade) ocorre antes que ela se torne imutável, o que levou Liebman a desenvolver o conceito da coisa julgada como uma qualidade da sentença. E, se a separação, inclusive temporal, entre o momento em que a sentença se torna imperativa e o momento em que se torna imutável decorre sempre e necessariamente da lei –

⁴⁹⁸ Ovídio Baptista da Silva, apesar de ter desenvolvido conceito que não é de todo coincidente com a teoria de Liebman, igualmente conclui que os efeitos diretos da sentença serão sempre *erga omnes*. Segundo este autor, a eficácia direta da sentença são “todas as eficácias que sejam imanentes à própria sentença, como virtualidades da demanda de que elas resultam. Esses efeitos diretos atingem tanto as partes como os terceiros e nada têm a ver com o fenômeno da coisa julgada”. Eficácias da sentença e coisa julgada, p. 107.

pois é ela que confere efeitos à sentença antes do trânsito em julgado –, deve-se concluir então, com Liebman, que a questão se coloca do ponto de vista do direito positivo.⁴⁹⁹

Assim, os efeitos práticos de uma decisão judicial dotada de eficácia, que se projetam para a vida real das pessoas e dos direitos, não decorrem da coisa julgada. A imperatividade da decisão, que constitui propriamente a coisa julgada, atua para complementar esta eficácia, na medida em que a torna imutável, ou seja, torna definitivos e irreversíveis efeitos que já poderiam se verificar mesmo sem a coisa julgada.⁵⁰⁰

De outro lado, a eficácia da sentença não pode em si e por si impedir que um juiz posterior, investido também da plenitude dos poderes exercitados pelo juiz que prolatou a sentença, reexamine o caso decidido e o julgue de modo diverso. Só uma razão de utilidade política intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável com a preclusão dos meios de impugnação contra essa sentença.

Entretanto, apesar de ser declaradamente inspirada na teoria de Liebman neste particular, a redação do artigo 467 do CPC dá a entender que entre coisa julgada e o “tornar-se imutável e indiscutível” haja relação de causa e efeito, quando na verdade os fenômenos surgem ao mesmo tempo, decorrentes do trânsito em julgado.⁵⁰¹ Não é a coisa julgada material que torna imutável e indiscutível a sentença. O que a torna imutável e indiscutível é o trânsito em julgado.

Fazendo coro à afirmação de Araújo Cintra, Barbosa Moreira ainda pondera que o referido artigo sugere, erroneamente, que a própria sentença é a responsável por tornar imutável e indiscutível a sentença, contrassenso injustificável. Afinal, se a “eficácia que torna imutável e indiscutível” decorre da sentença, deve-se então concluir que, para o direito positivo brasileiro, a coisa julgada é um efeito da sentença. Contudo, o conceito de coisa

⁴⁹⁹ No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *Momento de eficácia da sentença constitutiva*, p. 13.

⁵⁰⁰ Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 199.

⁵⁰¹ Barbosa Moreira, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, p. 107.

julgada entre nós adotado é declaradamente o conceito de Liebman, o qual demonstrou justamente o contrário.⁵⁰²

De toda forma, justamente porque “todos os possíveis efeitos de uma sentença (declarativo, constitutivo, executivo) podem do mesmo modo imaginar-se, ao menos em via puramente hipotética, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada”, é que a doutrina, a partir de Liebman, adotou em definitivo esta separação conceitual entre a eficácia da decisão e a sua imutabilidade.⁵⁰³

No plano doutrinário brasileiro, há uma divergência conceitual entre as posições de dois de seus principais representantes. Para Cândido Dinamarco, a coisa julgada incide sobre os efeitos da sentença de mérito, circunstância que não é modificada pelo fato de permitir às partes que modifiquem o que foi decidido e acobertado pela coisa julgada, pela via da transação, por exemplo.

O processualista paulista pondera que a coisa julgada, incidente sobre os efeitos da sentença, para torná-los imutáveis, não deve ser interpretada como a impossibilidade absoluta de modificação, mas como garantia de estabilidade e segurança ao vencedor, que não pode ser obrigado a receber menos do que lhe conferiu uma sentença transitada em julgado.

Claro que, se, após e não obstante o trânsito em julgado, abrir mão de algum direito, renunciar a créditos ou direitos que lhe tenham sido assegurados pela decisão, isto será possível e não diz com a coisa julgada. O mesmo se pode dizer em relação à parte que, vencedora na ação, decide não executar o crédito que lhe foi conferido. Não há, nestes casos, qualquer desrespeito ou infringência à coisa julgada, a qual se constitui em uma autoridade sobre os direitos e obrigações existentes ou inexistentes quando a sentença foi proferida.

⁵⁰² Segundo Araújo Cintra, justamente porque a dicção da lei é diversa do conceito de Liebman, de que a coisa julgada é uma qualidade da sentença não mais sujeita a recurso, deve-se entender que a lei, “na realidade, se ajustou à doutrina de Celso Neves, na linha do pensamento de Hellwig”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 297.

⁵⁰³ Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, p. 12.

Neste sentido é que Dinamarco considera a coisa julgada uma garantia para o vencedor, um fenômeno que vincula o vencido e que possui o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas. Tratando-se de fenômeno ligado à segurança e à estabilidade, a coisa julgada vincula as partes, não no sentido de que não possam modificar seus próprios direitos disponíveis, mas no sentido de que nem mesmo elas podem solicitar nova manifestação do Poder Judiciário a respeito do mesmo objeto (aspecto negativo da coisa julgada).⁵⁰⁴

No entanto, na opinião de José Carlos Barbosa Moreira, esta possibilidade indica que a coisa julgada não incide sobre os efeitos, mas tão somente sobre o conteúdo do comando da sentença. A esta posição aderiu Eduardo Talamini, para quem é plenamente admissível, por exemplo, que as partes estabeleçam e reconheçam um determinado direito, mediante a celebração de um negócio jurídico, mesmo que este direito tenha sido declarado inexistente por sentença transitada em julgado.

Para o autor paranaense, as partes podem claramente “afrontar” a coisa julgada, criando efeitos jurídicos, inclusive pretéritos, para um ato declarado inexistente, ou estabelecendo um direito que fora declarado inexistente. Da mesma forma, o pai pode reconhecer espontaneamente a paternidade, mesmo após o trânsito em julgado de sentença que negara a existência da relação de filiação.

Assim, adere o autor à posição de Barbosa Moreira, no sentido de que as partes não ficam vinculadas à declaração judicial, aos efeitos da decisão ou ao seu “efeito declaratório” (Ovídio Baptista da Silva), mas apenas ao conteúdo da decisão, que se torna imutável e não poderá ser novamente julgado. Em outras palavras, as partes não poderão pedir

⁵⁰⁴ Explica o autor que, “tendo-se em vista essas disposições legais e os próprios objetivos do instituto da coisa julgada material, reconfirma-se que, embora apenas o preceito sentencial fique protegido pela intangibilidade inerente a esta (proteger resultados, não raciocínios), o impedimento a eventuais novos julgamentos só acontece quando a demanda proposta for inteiramente idêntica em seus três elementos [*mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir*]. [...] Interpretados em conjunto, esses dispositivos limitam a extensão da coisa julgada como pressuposto negativo de admissibilidade de nova sentença de mérito”. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., v. 3, p. 316.

ao Judiciário pronunciamento que “vá contra o conteúdo do dispositivo revestido da coisa julgada”.⁵⁰⁵

A ponderação desta corrente doutrinária, que em certa medida faz um reparo ao pensamento de Enrico Tullio Liebman, é no sentido de que não há estabilidade ou imutabilidade dos efeitos da sentença, pois também eles poderão ser modificados, ou até extintos, pelos atos posteriores. No caso da sentença condenatória, por exemplo, se a parte, considerada credora de outra, optar por não promover a execução, renunciar total ou parcialmente ao seu crédito, significa dizer que os efeitos da sentença condenatória foram modificados.

É o conteúdo do comando da decisão que não pode ser modificado, que fica imunizado, contra as partes, os juízes e terceiros. Mas os efeitos da sentença não ficam imunizados, inclusive porque podem se extinguir, pelo próprio cumprimento da decisão. De fato, “a eficácia executiva da sentença de natureza condenatória é predestinada a desaparecer, porque, depois de efetivada a execução forçada ou o cumprimento espontâneo da ordem judicial pelo devedor, não subsistirá qualquer vestígio dela”.⁵⁰⁶

De qualquer forma, parece fora de dúvida que a coisa julgada visa à segurança das próprias partes, que recebem do Poder Judiciário solução definitiva para o seu conflito, a qual se torna estável a partir de então.

Segundo afirma Humberto Theodoro Jr.,

[...] ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de valorar a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão-somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa,

⁵⁰⁵ Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 39-40.

⁵⁰⁶ José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 91. O autor faz semelhantes ponderações quanto à eficácia constitutiva e à declaratória. Nessa ordem de ideias, Barbosa Moreira então pondera que, “se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença”. *Direito processual civil, ensaios e pareceres*, p. 139.

de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário.⁵⁰⁷

A despeito das hipóteses em que a coisa julgada deva ser desconstituída, o que se dá em hipóteses ainda hoje de todo excepcionais, o fato inegável é que se trata de instituto concebido e voltado à segurança das relações jurídicas, que em sua conformação comporta não apenas o saneamento de vícios processuais,⁵⁰⁸ como até mesmo a consolidação de resultados que possam ser considerados injustos, como será mais bem examinado no tópico seguinte.

8.2 Coisa julgada como técnica voltada à segurança e estabilidade das relações jurídicas

A coisa julgada constitui a principal técnica adotada para conferir segurança e estabilidade às relações jurídicas submetidas a julgamento. De fato, há este marcado componente, que se pode até dizer filosófico, de escolha do ordenamento, que em dado momento abre mão da busca pela justiça da decisão, para prestigiar os valores da segurança jurídica e da estabilidade das relações.

No Brasil, tais valores têm matriz constitucional, na medida em que o artigo 5.º, XXXVI, da Carta Magna inclui a coisa julgada entre as garantias fundamentais, quando afirma que a lei não poderá violar o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁵⁰⁹

O valor fundamental da coisa julgada, contudo, não está na imutabilidade em si, eis que, como visto, as partes podem mudar o que a sentença tornou imutável. O que ela proporciona é a estabilização dos conflitos, pois impede que a mesma questão volte a ser

⁵⁰⁷ Humberto Theodoro Jr., Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença, p. 25.

⁵⁰⁸ Vitorio Denti afirma, a respeito da regra de conversão das nulidades em motivos de impugnação, que “la regola comporta che, se non fatte valere con l’esperimento delle impugnazioni, le nullità non sopravvivono al processo nel quale si sono verificate; Il che si può anche esprimere dicendo che il giudicato rappresenta l’estrema causa di sanatorio delle nullità”. *La giustizia civile: lezioni introduttive*, p. 174.

⁵⁰⁹ A propósito deste tema, Eduardo Talamini bem esclarece que não se trata de mero desdobramento da proteção constitucional ao princípio da irretroatividade das leis, e sim de princípio autônomo, de proteção constitucional à coisa julgada. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 51.

discutida pelo mesmo ou por outro juiz (aspecto negativo da coisa julgada). Seu traço característico, portanto, é mesmo o da segurança.⁵¹⁰

Nas palavras de Barbosa Moreira, a coisa julgada é a responsável por tornar a decisão dada ao litígio “imune a contestações juridicamente relevantes, não apenas no âmbito daquele mesmo processo em que se proferiu a decisão (coisa julgada formal), mas também fora dele, vinculando as partes e quaisquer juízes de eventuais processos subseqüentes (coisa julgada material)”.⁵¹¹

Idêntica lição se encontra nas Instituições de Chiovenda, para quem

[...] na quase totalidade, os motivos de nulidade (assim como de anulabilidade) de uma relação processual desaparecem com o tornar-se definitivo o resultado de um processo (sentença). Assim que a coisa julgada emparelha nulidade e anulabilidade num saneamento geral. Quando, por conseguinte, se fala de nulidade e anulabilidade da relação processual, por conseguinte, tem-se em vista quilo que o juiz pode fazer ou não fazer no curso do processo: que se o juiz, de fato, deixa de argüir as nulidades que lhe cumpra declarar de ofício, tais nulidades eclipsam diante de uma sentença de mérito uma vez tornada irrecorrível.⁵¹²

A decisão judicial, como ato do Estado, no exercício da sua função jurisdicional, é imposta às partes em que é dada, e também a terceiros. Ela possui um comando, que impõe a sua obediência.

A doutrina anterior à Liebman já reconhecia na coisa julgada um forte componente político, de eleição do fator segurança como relevante para o sistema jurídico.⁵¹³ Liebman aderiu e reforçou esta concepção, ponderando que a sentença se torna imutável não é

⁵¹⁰ Para Susana Henriques da Costa, “o fenômeno da coisa julgada é uma exigência da jurisdição. De pouco adiantaria o Estado resolver um litígio posto à sua apreciação, se essa solução pudesse ser alterada a qualquer tempo”. *Condições da ação*, p. 153.

⁵¹¹ José Carlos Barbosa Moreira, A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, p. 97.

⁵¹² Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 321-322.

⁵¹³ Afirma ainda Chiovenda que, “na quase totalidade, os motivos de nulidade (assim como de anulabilidade) de uma relação processual desaparecem com o tornar-se definitivo o resultado de um processo (sentença). Assim a coisa julgada emparelha nulidade e anulabilidade num saneamento geral”. *Instituições*, v. 2, p. 321.

pelo processo de onde ela emana, nem em função da autoridade que a proferiu, mas por “razões de utilidade política e social”.⁵¹⁴

Contudo, com razão pondera José Ignácio Botelho de Mesquita que a coisa julgada é uma “exigência lógica e ontológica do conceito de processo”, pois “processo é caminho em direção a algo. Supõe que um dia termine”.⁵¹⁵

De toda forma, deve-se reconhecer o caráter político da coisa julgada, consistente em escolha do legislador, que em determinado momento do processo opta por encerrar seu trâmite e conferir uma decisão final ao caso, mesmo admitindo que esta decisão possa não ser a mais correta ou a mais justa para o caso concreto. Em certa medida, o contraponto da coisa julgada é a justiça das decisões.

O valor segurança é, portanto, considerado como o valor máximo que se deve buscar, observados naturalmente os princípios do devido processo legal e seus corolários, como a ampla defesa e o contraditório. A ação rescisória, por sua vez, configura técnica voltada ao ataque à coisa julgada, mas o fato de ter previsão de prazo decadencial relativamente exíguo e de se aplicar a hipóteses expressas da lei adjetiva apenas comprova o seu caráter excepcional, para reafirmar a escolha do legislador (constitucional e infraconstitucional) de privilegiar a estabilidade das relações.

Ainda nestas considerações gerais sobre a coisa julgada, importante referir aos seus limites e contornos, que são tanto de ordem subjetiva (para definir quais as pessoas que se sujeitam a esta indiscutibilidade e imutabilidade próprias da coisa julgada) como de ordem objetiva (para definir quais pretensões são efetivamente acobertadas pela autoridade da coisa julgada). Por questões de técnica legislativa, perfeitamente aceitável e explicável, não produzem coisa julgada os motivos da decisão, os fundamentos adotados como razão de

⁵¹⁴ *Efficacia ed autorità della sentenza*, p. 40. De fato, a sentença pode destinar-se a produzir efeitos, mas não necessariamente se destina a tornar-se imutável. Chiovenda já alertava para o fato de que a sentença se tornava imutável por uma opção legislativa, baseada em razões de conveniência prática. *Principii di diritto processuale civile*, p. 907.

⁵¹⁵ Diz ainda o professor emérito da Faculdade de Direito da USP: “Processo sem coisa julgada é mero procedimento ou processo de jurisdição voluntária, administrativa ou graciosa. De jurisdição contenciosa nunca será”. José Ignácio Botelho de Mesquita, *A coisa julgada*, p. 118-119.

decidir, tampouco a solução das várias questões que devem ser examinadas como pressuposto lógico da atividade jurisdicional, mediante a qual se pode concluir pela atribuição a uma das partes do pedido deduzido.

Barbosa Moreira adverte que apenas a lide é julgada, e o conceito de lide adotado entre nós é aquele desenvolvido por Francesco Carnelutti, de modo que é por meio do pedido deduzido na demanda que se obtém a coisa julgada, “nos limites da lide e das questões decididas”, segundo a advertência expressa do artigo 468 do CPC.

Tomem-se um exemplo trazido pelo processualista carioca: X propõe ação de despejo contra Y, alegando danos ao prédio locado. A sentença que julgar procedente o pedido, por reconhecer ter havido tais danos, produz coisa julgada apenas quanto ao pedido de despejo, mas não quanto ao motivo para a sua decretação (danos ao imóvel locado), nem quanto às questões de fato ou de direito examinadas na motivação da decisão.

Se o mesmo X propuser contra o mesmo Y ação indenizatória, alegando os mesmos danos ao imóvel locado, a nova sentença a ser proferida neste novo processo pode chegar a conclusões diametralmente opostas, negando o pleito indenizatório por considerar não ter havido os referidos danos.⁵¹⁶

Este exemplo é trazido apenas para ilustrar que o ordenamento processual brasileiro, na esteira de inúmeros outros sistemas jurídicos, não se preocupa em absoluto com a coerência lógica entre duas decisões sobre objetos tão assemelhados. Ao contrário, convive desde sempre com decisões logicamente contraditórias, cuidando apenas para que não sejam proferidas decisões juridicamente contraditórias, o que se faz especialmente pelas técnicas da conexão de causas, litispendência e da própria coisa julgada.

A doutrina tradicionalmente refere que a coisa julgada surge da inexistência de recurso cabível contra a decisão final do processo, ou da não interposição dos recursos que ainda seriam cabíveis. Nestas situações, a decisão se torna definitiva e imutável naquele

⁵¹⁶ José Carlos Barbosa Moreira, Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, p. 93.

processo, para em seguida regular a relação de direito material de forma igualmente definitiva, imunizando-a não só naquele processo, mas em qualquer outro processo futuro.⁵¹⁷

Assim, a superveniência da coisa julgada tem por objetivo justamente o de conferir segurança às decisões, sob a premissa de que a decisão final, ainda que injusta, serve como forma de pacificação, o que não se verificaria se as lides pudessem se eternizar em busca de um ideal de justiça que, conceitualmente, nunca poderá ser atingido.⁵¹⁸ Neste contexto, é inerente à coisa julgada a circunstância de ser ela uma sanatória geral e final do processo todo, capaz de convalidar eventuais vícios que se tenham verificado.⁵¹⁹

Da lógica deste instituto, portanto, decorre a sua total compatibilidade com a consolidação de situações injustas, em que tenha, por exemplo, ocorrido alguma nulidade não apontada e verificada a tempo.⁵²⁰ A questão que resta ser examinada, portanto, não é tanto sobre a aptidão da coisa julgada em convalidar situações que, segundo um melhor exame, poderiam e deveriam receber resultado diferente, mas a de relacionar o instituto da coisa julgada com o controle que se realiza ao longo do processo sobre as matérias de ordem pública, em especial, nas situações em que a decisão comporta divisão em capítulos, com trânsito em julgado em momentos distintos.

8.3 Coisa julgada como sanatória geral, aplicável às questões de ordem pública

A despeito de sua relevância, as questões de ordem pública em matéria processual estão, como é óbvio, limitadas pelo próprio processo. Não surgem antes dele, e não

⁵¹⁷ Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 386-387.

⁵¹⁸ Eduardo Talamini afirma que a atividade jurisdicional deve terminar em determinado momento, “sob pena de sua prolongada pendência ser até mais prejudicial, no âmbito social, do que os males que o processo buscava eliminar”. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 59.

⁵¹⁹ Humberto Theodoro Jr., com apoio em Liebman, sustenta que em regras as nulidades processuais podem suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo, e, caso não sejam arguidas ou supridas, em geral isto não pode mais ocorrer depois que a sentença transitar em julgado. “A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo.” Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença, p. 29.

⁵²⁰ Nas palavras sempre precisas de Barbosa Moreira, “Entre os dois riscos que se deparam – o de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças – prefere o ordenamento o segundo”. E então complementa: “Se o resultado é injusto, paciência: o que passou, passou”. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, p. 99.

sobrevivem a ele. Uma vez resolvida a questão de direito material submetida ao Judiciário, com decisão de mérito transitada em julgado, tudo o que se poderia discutir naquela relação processual fica definitivamente resolvido, sejam as questões de fundo – coisa julgada material, que impõe a imutabilidade dos efeitos daquela decisão, neste e em qualquer outro processo –, sejam as questões de forma, relacionadas ao próprio instrumento, entre as quais se incluem as questões de ordem pública processuais.

E, mesmo se o processo terminar de forma anômala, pela extinção sem julgamento do mérito, a partir da formação da coisa julgada formal não se podem mais discutir quaisquer outras questões naquele processo, mesmo se de ordem pública.

Assim, também pelo exame da ordem pública sob a perspectiva da coisa julgada, é preciso relativizar a importância que o tema assume, pois em qualquer hipótese a ocorrência da coisa julgada é motivo necessário e suficiente para interromper qualquer atividade jurisdicional de verificação da regularidade do processo.

O controle jurisdicional sobre as matérias de ordem pública constitui técnica processual bastante útil, cuja finalidade imediata é a de evitar a realização de atos jurisdicionais desnecessários, inúteis. De modo indireto, deve contribuir para a realização dos objetivos de uma prestação jurisdicional que efetivamente solucione os conflitos submetidos ao Judiciário, sempre visando à pacificação dos jurisdicionados e das relações jurídicas. No mais das vezes, conduzem à extinção do processo sem exame do mérito, forma de extinção anômala e frustrante, o que, por si só, já deveria ensejar o seu exame com bastante cautela (vide capítulo quatro, *retro*).

Contudo, não é a coisa julgada que se subordina e fica dependente da matéria de ordem pública, pois semelhante interpretação não apenas afronta diversos princípios e regras processuais, como subverte a finalidade do processo e coloca o direito material em plano secundário, o que conceitualmente é um erro grave, e deve ser evitado a todo custo.

Ao contrário. As questões de ordem pública se submetem à disciplina da coisa julgada, e não podem “sobreviver” a ela. A possibilidade de exercer este controle pelo

ajuizamento de ação própria, a ação rescisória, não modifica substancialmente o que se afirmou acima.⁵²¹

Não se nega a importância da ação rescisória como técnica voltada ao ataque à coisa julgada. Aliás, a ofensa à ordem pública é motivo que está na base de diversos incisos do artigo 485 do CPC, ou seja, a violação à ordem pública pode sim ensejar a desconstituição da coisa julgada.

Se as situações que ensejam a ação rescisória podem ser relacionadas à ordem pública processual, isto não muda o fato de que são bastante restritas as hipóteses de cabimento da ação rescisória, que se sujeita ainda a prazo decadencial exíguo, e, uma vez decorrido, efetivamente impede qualquer reexame da causa. Ademais, o manejo da ação rescisória é excepcional, do ponto de vista quantitativo (em relação ao total de ações que recebem julgamento definitivo e o conseqüente trânsito em julgado), e daí por que tudo o que se disse até o presente momento pode ser aplicado à coisa julgada, mesmo antes do decurso do prazo para a ação rescisória.

Com ainda maior razão pode-se sustentar a impossibilidade de “sobrevivência” das questões de ordem pública à coisa soberanamente julgada, expressão adotada para denominar a coisa julgada após o prazo decadencial da sua desconstituição.⁵²²

Afinal, se a coisa julgada faz do preto branco, e do branco preto,⁵²³ se é mecanismo apto a sanar nulidades, a consolidar resultados que repercutem na vida real das pessoas, pois atribuem ou negam o bem da vida que foi objeto do processo, é mesmo impensável que ela não possa prevalecer diante da eventual constatação de uma nulidade ou

⁵²¹ Da mesma forma, as excepcionalíssimas hipóteses de relativização da coisa julgada.

⁵²² A nulidade da sentença não impede o trânsito em julgado. “A sentença, que era nula, continua nula. Além de nula, passa a ser igualmente rescindível, podendo ser atacada ou corrigida mediante ação rescisória, no prazo decadencial de dois anos. Passado o prazo de dois anos da ação rescisória, consolida-se o que a doutrina chama de sanatória geral: o vício se consolida, não podendo mais ser objeto de discussão, de ataque ou correção. Surge o que se chama de coisa julgada soberana.” Leonardo José Carneiro da Cunha, Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4.º do art. 515 do CPC), p. 763.

⁵²³ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 276.

do reconhecimento de qualquer outra matéria de ordem pública, se isto se dá após o advento da coisa julgada.

No capítulo seguinte, será examinado o tema da repercussão das questões de ordem pública sobre os capítulos já transitados em julgado, quando outros capítulos do pedido (e da sentença, e do recurso) ainda estiverem em discussão, o que se dá em numerosas situações concretas, tais como as de procedência parcial do pedido, recursos parciais etc.

Sem prejuízo do desenvolvimento do tema, convém esclarecer desde logo, e em conclusão, que as afirmações aqui feitas quanto aos valores tutelados pelo instituto da coisa julgada, e em especial quanto à ampla admissibilidade de situações erradas ou injustas prevalecerem, sendo esta uma decorrência lógica e natural da própria coisa julgada, deve se aplicar sem nenhuma modificação quando se está diante de capítulos independentes da decisão, eis que o julgamento de um deles não será apto a modificar ou influir na coisa julgada que se formou sobre o outro.

9

RECURSOS PARCIAIS E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA RELATIVAS A CAPÍTULOS NÃO IMPUGNADOS DA SENTENÇA

9.1 Considerações iniciais – 9.2 Capítulos de sentença – 9.3 Capítulos não recorridos, coisa julgada e questões de ordem pública: 9.3.1 Obrigatoriedade de anulação total da sentença, por força do “efeito translativo” dos recursos: análise crítica; 9.3.2 Formação gradual da coisa julgada.

9.1 Considerações iniciais

Os contornos gerais do instituto da coisa julgada foram verificados no capítulo anterior, com breve referência à interferência das questões de ordem pública sobre a disciplina da estabilização e perenização das relações jurídicas. Neste capítulo, pretende-se examinar e relacionar a coisa julgada, a teoria dos capítulos da sentença e as matérias de ordem pública.

Como visto, a coisa julgada é a ferramenta e a técnica voltada a conferir segurança às decisões judiciais, adotada na totalidade dos sistemas processuais, que assim evitam a eternização dos conflitos. Convém agora examinar o seu tratamento nas situações em que o objeto do julgamento é fracionado em diferentes capítulos, uma vez que alguns deles produzem coisa julgada antes dos outros, e em particular, qual o tratamento que se deve dar às situações em que o Tribunal, diante do julgamento do capítulo não transitado em julgado, se depare com matéria de ordem pública, tendente à extinção do processo.

Nesta situação, o que ocorre é o confronto entre dois valores relevantíssimos para o processo, que são a segurança jurídica, representada pela coisa julgada, e o controle da atividade jurisdicional, que é realizado pelo Poder Judiciário, de modo a aferir a regularidade do processo e a sua utilização racional, isto é, para que a tutela jurisdicional seja entregue apenas quando efetivamente possível, sem dispêndio de energia inútil.

Não é por outra razão que a doutrina afirma, de forma praticamente unânime, que as questões de ordem pública podem ser examinadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, ainda que já tenha sido objeto de exame anterior, e da constatação da ocorrência de alguma questão de ordem pública, em muitas situações a consequência é a extinção do processo, sem exame do mérito.⁵²⁴

O estudo deste problema específico não pode prescindir do exame da teoria dos capítulos da sentença e sua relação com o âmbito de devolutividade dos recursos, em especial da apelação. É o que se passará a fazer nos próximos tópicos.

9.2 Capítulos de sentença

Tema central das questões que este capítulo se propõe a enfrentar é o dos capítulos da sentença. Em obra específica sobre este relevante tema, Cândido Dinamarco examinou a evolução teórica do assunto na doutrina para então definir os capítulos de sentença e abordar os demais aspectos do processo que sofrem sua influência. Os capítulos da sentença têm estreita relação com o objeto do processo, com a pretensão do autor “apresentada ao juiz com pedido de sua satisfação”, pretensão esta que “constituirá o material em torno do qual girarão as atividades processuais”, e receberá “solução na parte dispositiva da sentença”.⁵²⁵ Se esta pretensão, que constitui o objeto do processo, for constituída de diferentes pedidos, teremos então diferentes capítulos da sentença.

Tais capítulos são dotados de autonomia entre si, mas, como adverte Antonio Carlos de Araújo Cintra, esta autonomia, ou a aptidão para figurar como decisão única em um processo separado, não é critério suficiente para definir o que seja o capítulo da sentença, pois

⁵²⁴ Sobre estes aspectos, contudo, remete-se o leitor para os capítulos quatro e sete deste estudo, nos quais se procurou demonstrar que a solução “fácil” de extinguir processos a qualquer tempo, por decisões terminativas, não se compatibiliza com a natureza e a função da ordem pública, como controle da regularidade de uma atividade que existe para conferir efetividade ao direito material. Da mesma forma, a ausência de preclusão não pode ser utilizada como fundamento para que esta atividade de controle não se realize nos momentos iniciais do processo. Passado este momento, e sendo o caso de extinguir o processo sem julgamento de mérito, o que ocorre é a penalização das partes por atitude negligente dos julgadores, escorados neste cômodo argumento da ausência de preclusão.

⁵²⁵ Cândido Dinamarco, *Capítulos de sentença*, p. 60.

exclui todos os capítulos a respeito das questões processuais e também dos denominados pedidos implícitos, como a correção monetária, juros, honorários de sucumbência etc.⁵²⁶

Uma sentença sempre é dividida em capítulos, ainda que se trate de apenas uma pretensão, e seja ela integralmente acolhida ou rejeitada, pois, nesta hipótese, a este capítulo da decisão deve ser acrescentado o capítulo sobre as verbas de sucumbência.⁵²⁷ Cândido Rangel Dinamarco ainda pondera que decisão sobre a admissibilidade do processo constitui um capítulo da sentença. Pode ser o único, ou mais um deles, se o juiz avança para o exame do mérito propriamente dito. É o que ele denomina pretensão bifronte, “de muita utilidade para a boa compreensão dos capítulos heterogêneos de sentença”.⁵²⁸

Nos casos em que há mais de uma pretensão,

[...] a sentença é uma só e formalmente incindível como ato jurídico integrante do procedimento; também um só e formalmente incindível é o decisório que a integra. Mas substancialmente o decisório comporta divisão, sempre que integrado por mais de uma unidade elementar – residindo cada uma dessas em um dos preceitos imperativos ali ditados.⁵²⁹

O ponto central é identificar nas partes da decisão uma autonomia tal que, tratando-se de questão de fundo, seja suficiente para constituir, sozinha, matéria objeto de uma sentença, e, cuidando-se de questão processual, seja apta a causar gravame e justificar a interposição de recurso apenas contra esta parte da decisão, o que ocorre em especial se é proferido juízo negativo de admissibilidade do processo, por exemplo, pelo reconhecimento da falta de interesse de agir.

⁵²⁶ Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, p. 45. Para o autor, “salvo as hipóteses de decisão *infra* ou *extra petita*, a sentença definitiva terá tantos capítulos quantos sejam os pedidos formulados, mais as disposições sentenciárias que independem de pedido, como as atinentes a honorários advocatícios e despesas processuais” (p. 52-53).

⁵²⁷ Aparentemente sem atentar para este aspecto, Calamandrei definia o capítulo de sentença como “a declaração de uma vontade de lei concreta e singular, isto é, um ato jurisdicional completo, idôneo para constituir, por si só, mesmo separado dos outros capítulos, o conteúdo de uma sentença”. *Appunti sulla reformatio in pejus*, p. 43.

⁵²⁸ Cândido Dinamarco, *Capítulos de sentença*, p. 79. Complementa o autor ponderando que, se o juiz acolhe todas ou alguma preliminar e extingue o processo, haverá só este capítulo, mais o capítulo sobre o custo financeiro, sem capítulo *de meritis* (p. 80).

⁵²⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 63-64.

Daí por que, em outra oportunidade, já foi dito que

[...] capítulos de sentença são decisões sobre objetos autônomos do processo, sobre sua admissibilidade ou sobre seu mérito. Nem todos os capítulos, entretanto, são aptos a constituir sozinhos uma sentença, mas revelam-se idôneos a ensejar o recurso de apelação apenas contra si.⁵³⁰

Analisemos algumas situações práticas bastante corriqueiras de sentenças objetivamente complexas.⁵³¹ Primeiro, uma ação declaratória de inexigibilidade de um determinado título de crédito, cumulada com indenização por danos morais.

Ou, ainda, ação indenizatória de danos materiais, compostos em perdas e danos e lucros cessantes, além dos danos morais, fruto de acidente de trânsito. Em outro ramo do direito, mas de idêntica aplicação, imagine-se uma reclamação trabalhista com pedidos de horas extras, adicional de insalubridade, recolhimento do FGTS e indenização por assédio moral.

Em todos estes casos, a sentença deverá examinar diversos pedidos, e seu conteúdo imperativo pode variar do não acolhimento a qualquer dos pedidos, passando pelo acolhimento de alguns e a rejeição de outros, até o acolhimento de todos os pedidos. Comporão ainda estas sentenças decisões sobre preliminares processuais (de forma implícita ou explícita) e a distribuição do ônus da sucumbência.

No primeiro exemplo, se a sentença julga procedentes todos os pedidos, o réu terá interesse para eventual recurso. Ao interpô-lo, pode impugnar todo o conteúdo da sentença (capítulos sobre a declaração de que nada é devido, sobre a condenação em danos morais, e sobre a condenação em custas e honorários), ou recorrer de forma apenas parcial, como expressamente lhe autorizam os artigos 505, 128 e 460 do CPC.

No segundo exemplo, se a ação acolhe os pedidos de perdas e danos e lucros cessantes, mas rejeita os danos morais, haverá sucumbência recíproca. Ao réu fica aberta a

⁵³⁰ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, p. 122.

⁵³¹ José Carlos Barbosa Moreira, *Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade*, p. 168.

possibilidade de apelar relativamente aos capítulos da sentença que lhes foram desfavoráveis, não podendo, entretanto, recorrer contra a improcedência dos danos morais. Da mesma forma, o autor pode apelar apenas deste último capítulo. Assim, o objeto de cada um dos recursos necessariamente será mais restrito do que o objeto original do processo, o qual se repetirá apenas se autor e réu apelarem.⁵³²

Mas pode ser ainda que o réu, perdedor em dois capítulos, aceite o julgamento das perdas e danos, mas se insurja contra a condenação em lucros cessantes, promovendo ulterior redução do objeto do processo, no âmbito do tribunal.⁵³³

Ainda neste caso, por força do que dispõe o artigo 515, *caput*, do CPC, a apelação devolverá ao tribunal apenas o conhecimento das matérias impugnadas, sendo vedado ao órgão *ad quem* avançar sobre as partes da decisão contra as quais não houve recurso.

Tais lições são bastante sedimentadas, de compreensão relativamente fácil. É inegável a importância, no sistema brasileiro, do princípio da demanda e a sua projeção na esfera recursal, exigindo-se a iniciativa da parte para, em qualquer grau de jurisdição, obter o provimento jurisdicional. Após lembrar que o apelante, no ato da interposição do recurso, delimita o campo de atuação jurisdicional, Marcelo Bonício então pondera que a contrapartida lógica do princípio da demanda reside na ideia de conformação, da aquiescência. Assim, se a parte podia apelar de todos os capítulos da sentença, mas escolheu apenas um, “entende-se que aceitou os demais na forma em que foram decididos”.⁵³⁴

⁵³² Sérgio Cruz Arenhart, Reflexões sobre o princípio da demanda, p. 588.

⁵³³ “El Tribunal ‘ad quem’ deberá pronunciarse, por tanto, em los límites de la impugnación efectiva de las partes, no pudiendo extenderse el juicio revisório a extremos de la sentencia de primera instancia, que por aquiescencia de la parte hayan *quedado* firmes em el marco del principio dispositivo.” Manuel Richard González, *La segunda instancia en el proceso civil*, p. 214.

⁵³⁴ Marcelo José Magalhães Bonício, *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*, p. 96-98.

A despeito de opiniões divergentes ou de posições doutrinárias e jurisprudenciais equivocadas, é desta forma que a disciplina do recurso parcial vem sendo entendida e aplicada.⁵³⁵ Nas palavras de Flávio Yarshell

[...] essa devolução (em profundidade) ou “translação” dá-se exclusivamente em relação ao que foi impugnado em extensão, na medida em que capítulo de sentença ou acórdão que não tenha sido impugnado – embora o pudesse ser – sujeita-se à regra de preclusão e, nessa medida, transita em julgado. De fato, operando-se o trânsito em julgado, não há como conhecer em profundidade daquilo que, em extensão, já não comporta exame. Permitir-se tal exame seria, como já dito, dar a um recurso o efeito de rescindir decisão transitada em julgado – o que, como sabido, só pode ser feito através do devido processo legal; que, no caso, traduz-se na ação rescisória.⁵³⁶

Não obstante, há quem considere que os capítulos não recorridos da decisão devam ser atingidos pelo efeito suspensivo do eventual recurso contra ela interposto, o que se mostra absolutamente equivocado. Como afirma uma vez mais Dinamarco, a suspensão dos efeitos da sentença só se aplica à matéria devolvida ao conhecimento do tribunal, “não se podendo falar em suspensão onde sequer devolução havia. E a execução deveria ser até definitiva, não provisória”.⁵³⁷

O efeito devolutivo dos recursos tem sua disciplina básica no artigo 515 do CPC.⁵³⁸ O seu *caput* trata especificamente da delimitação do objeto do julgamento pelo tribunal, da possível extensão do recurso, ou seja, de quais capítulos da sentença são devolvidos ao conhecimento do tribunal.

⁵³⁵ Sobre o panorama da discussão na doutrina italiana, ver Angelo Bonsignori, *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, p. 954. Também, Corrado Ferri, *Profili dell'appello limitato*.

⁵³⁶ Flávio Luis Yarshell, *Juízo rescindente e rescisório*, p. 64.

⁵³⁷ Cândido Dinamarco, *Capítulos de sentença*, p. 106. Para Machado Guimarães, a apelação parcial implica efeito parcial, “pois o efeito não pode ter extensão maior que a causa que o produziu”. *Limites objetivos do recurso de apelação*, p. 89.

⁵³⁸ Na doutrina italiana, Angelo Bonsignori dedicou diversos escritos ao tema do efeito devolutivo. Para as origens deste fenômeno, que remontam ao processo romano, ver, deste autor, *Premesse all'effetto devolutivo dell'appello*.

A chave da compreensão do âmbito de devolutividade, portanto, está na associação que se deve fazer entre os capítulos da sentença e a expressão “matéria impugnada” contida no *caput*.⁵³⁹

Em seguida, os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo explicitam que, em relação à matéria impugnada pelo recurso, isto é, em relação às parcelas da decisão sobre as quais o apelante pleiteia novo julgamento, todo o objeto do conhecimento do juiz (o conteúdo lógico, no dizer de Liebman),⁵⁴⁰ todas as questões e fundamentos invocados, poderão ser examinados pelo órgão *ad quem*, sem nenhuma limitação.

A limitação que incumbe ao recorrente fazer é a da extensão do recurso, da sua dimensão horizontal, do objeto do processo. Dentro deste objeto, tudo o que foi alegado e submetido ao juiz da causa é transferido ao tribunal, que assim se vê em condições de julgar aquela pretensão recursal com o mesmo material que foi submetido ao juiz *a quo*.⁵⁴¹

Restringir este material, limitar a profundidade do efeito devolutivo, impossibilitaria o tribunal de, por meio da apelação e de outros recursos, verificar o acerto da decisão recorrida, na medida em que o material sob exame poderia ser menor. No exemplo da reclamação trabalhista, para julgar cada pretensão do autor, o juiz desenvolve um raciocínio lógico, examina alegações e questões trazidas pelas partes, e com base em suas conclusões (expostas e motivadas na fundamentação da sentença, CPC, artigo 468, II), conclui neste ou naquele sentido, para então atribuir ou não aquele bem da vida à parte.

No recurso ordinário em matéria trabalhista contra a condenação em horas extras, por exemplo, todas as alegações de fato relativas a este capítulo da decisão deverão ser devolvidas ao tribunal, tais como a rotina de trabalho, a existência ou não de cartão de ponto,

⁵³⁹ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, p. 117 e ss.

⁵⁴⁰ Enrico Tullio Liebman, *Parte o capo di sentenza*, p. 47-63.

⁵⁴¹ No direito italiano, a dinâmica do recurso de apelação é bastante diversa, pois há uma regra específica no CPC que condiciona a devolução das questões e dos fundamentos à reproposição pelas partes, de forma que o que não for reiterado pelas partes presume-se renunciado. Ainda que este modelo seja muito diverso do brasileiro, assemelha-se ao que entre nós ocorre quanto à devolutividade dos recursos excepcionais, nos quais somente os fundamentos especificamente atacados são examinados pelos Tribunais Superiores. Sobre a apelação no direito italiano, ver, Augusto Cerino-Canova, *Le impugnazioni civili*, que ressalva justamente as questões cognoscíveis de ofício como exceção à regra de não devolução automática ao tribunal (p. 584).

a violação ou não a este sistema, e tudo o mais que tiver sido alegado pelas partes. Se houvesse limitação neste nível de cognição, o recurso em questão seria, para dizer o mínimo, incompleto.

De outro lado, se o recurso se volta apenas contra este capítulo da decisão que condenou em horas extras, o tribunal não poderá analisar quaisquer das questões que tenham sido alegadas e discutidas relativamente ao pedido de adicional de insalubridade, pois este capítulo da sentença foi excluído do seu objeto de conhecimento. Sobre este pedido, a parte vencida voluntariamente optou em não recorrer, aceitou a decisão, aquiesceu a ele, operando-se a coisa julgada em relação a este pedido específico.⁵⁴² E, se coisa julgada há, a execução que se segue é a definitiva.

Em relação a todos os capítulos da sentença que versem sobre o mérito, é forçoso também reconhecer que, para chegar a ele, o juiz terá formulado antes, e em caráter prejudicial, um exame sobre a admissibilidade do processo. E isto é feito em relação a todos e a cada um dos capítulos da sentença.

No exemplo do acidente de trânsito, o juiz pode acolher o pedido de reparação do dano causado ao veículo, mas considerar o autor parte ilegítima para pleitear indenização pela sua desvalorização, por ser o autor da ação mero condutor, e não o proprietário do veículo em questão.

Ou ainda, em ação contra empresa administradora de cartão de crédito, o estabelecimento comercial no qual a operação foi negada pode ser considerado parte ilegítima para a ação de dano moral. Nestes casos, antes de examinar a pretensão em si à reparação do dano, a sentença verifica a própria admissibilidade do processo, e pode concluir em sentido negativo.

⁵⁴² No direito argentino a apelação também se submete aos mesmos princípios. Como pondera Roberto Loutayf Ranea, “en razón de lo antedicho el tribunal de segunda instancia sólo puede conocer y decidir aquellas cuestiones a las que há limitado la apelación el recurrente. No tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; sólo puede ser revisado lo apelado: *tantum devolutum quantum appellatum*. No puede dar más de lo pedido por el apelante; pero tampoco puede resolver en perjuicio del apelante si no existe recurso de la contraparte”. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, v. 1, p. 117.

Surgirá então o que Cândido Rangel Dinamarco denomina de “capítulos heterogêneos”, isto é, uma parte da decisão se resolve com sentença terminativa, e outra com sentença definitiva ou, melhor dizendo, o julgamento de um capítulo para na questão processual, e outro é examinado no mérito.⁵⁴³

As questões de ordem pública são, portanto, examinadas em relação aos capítulos de mérito, isoladamente considerados. Por exemplo, a legitimidade presente quanto ao pedido A não se projetou ao pedido B, que recebeu análise própria, e conclusão em sentido diverso.

Aliás, a própria existência do recurso adesivo elimina qualquer dúvida que pudesse persistir, quanto à impossibilidade de devolver ao tribunal o conhecimento de matérias (capítulos da decisão) não abrangidas pelo recurso interposto pela parte.⁵⁴⁴

Para José Roberto Bedaque, baseando-se no princípio da demanda, no *caput* do artigo 515, na proibição da *reformatio in pejus* e na coisa julgada material, em caso de recurso parcial, “a profundidade do efeito devolutivo da apelação ou efeito translativo desse recurso não alcança capítulo da sentença não abrangido pela extensão dele”, mesmo que se criem situações aparentemente paradoxais.⁵⁴⁵ Aliás, estes julgamentos heterogêneos se mostram mais adequados à técnica processual, pois permitem que a matéria estritamente processual, apta a ensejar julgamento terminativo, fique circunscrita ao capítulo recorrido, como se pretende demonstrar nos tópicos a seguir.

9.3 Capítulos não recorridos, coisa julgada e questões de ordem pública

No item anterior foram demonstradas as razões pelas quais o tribunal sofre limitações em relação às matérias que pode examinar, por força de eventual recurso das partes. Na realidade, princípios processuais importantíssimos estão na base das disposições legais acima invocadas, como as dos artigos 128, 460, 505 e 515, *caput*.

⁵⁴³ Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de sentença*.

⁵⁴⁴ Ver, por todos, José Afonso da Silva, *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*.

⁵⁴⁵ José Roberto Bedaque, Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório, p. 48.

Tais artigos nada mais fazem do que tornar concreto o comando daqueles princípios processuais, como o princípio dispositivo, da correlação entre demanda e sentença e o valor constitucional da coisa julgada. Em sistema que se rege por tais valores, não seria mesmo admissível que a apelação quanto a uma parcela da relação litigiosa pudesse submeter as partes à possível reforma da decisão concernente a parcelas que foram excluídas pelo recorrente, a quem compete a delimitação do objeto do seu processo, no segundo grau.⁵⁴⁶

Aliás, a própria existência do recurso adesivo elimina qualquer dúvida que pudesse persistir quanto à impossibilidade de devolver ao tribunal o conhecimento de matérias (capítulos da decisão) não abrangidas pelo recurso interposto pela parte.

Contudo, se o Tribunal se deparar com alguma questão de ordem pública, apta a ensejar a extinção do processo sem julgamento de mérito, há dissenso doutrinário quanto à possibilidade de anulação integral da sentença de mérito anteriormente proferida.

Analisemos duas situações específicas para ilustrar o problema. Em ação de natureza condenatória, o réu é condenado a pagar o valor principal, acrescido de juros, multa e encargos de sucumbência, e decide apelar apenas contra o capítulo que o condenou em juros. Pode o tribunal, reconhecendo a ilegitimidade do autor para esta ação, extinguir sem julgamento de mérito o processo original inteiro, ou esta extinção deve atingir apenas a parcela do litígio que permanecia submetida ao Judiciário, limitada à discussão sobre a condenação dos juros?

Outro exemplo. Em ação visando à condenação por danos morais e materiais, julgada improcedente, o autor apela apenas contra o capítulo dos danos morais. Ao julgar o recurso, o tribunal reconhece ter havido cerceamento de defesa, e decide anular o julgamento, determinando que novo seja proferido pelo órgão *a quo*. O reconhecimento desta nulidade do processo deve atingir apenas o capítulo da sentença devolvido ao tribunal (danos morais), ou também a condenação aos danos materiais, igualmente decidida na sentença, cuja nulidade está sendo reconhecida?

⁵⁴⁶ Francesco Carnelutti, *Sulla reformatio in peius*, p. 186.

A chave da compreensão deste tema está na abrangência que se deve atribuir à coisa julgada, nas situações em que ela ocorre de forma gradual, primeiro em relação a alguns capítulos da decisão, e depois em relação a outros. O fenômeno em si não deve causar nenhuma estranheza, e já foi objeto de análise pela doutrina.⁵⁴⁷

Mas ocorrendo a situação de uma nulidade do processo, é possível cogitar de anular a sentença apenas parcialmente, sem atingir a parcela da decisão que não foi objeto do recurso?

Cumpra então analisar as duas correntes doutrinárias, que propõem soluções opostas a estas questões.

9.3.1 Obrigatoriedade de anulação total da sentença, por força do “efeito translativo” dos recursos: análise crítica.

Deve-se a Nelson Nery Junior a difusão da expressão “efeito translativo”, fenômeno responsável pela transferência ao tribunal do conhecimento de matéria de ordem pública, que, segundo este autor, está associado ao princípio inquisitivo, enquanto o efeito devolutivo se relaciona ao princípio dispositivo.

O processualista paulista sustenta que é o efeito translativo que autoriza o tribunal a proferir julgamento diverso do pedido pela parte, abordando questões de ordem pública, que não constam das razões do recurso, que não integram o pedido recursal, mas que por sua natureza podem ser conhecidas de ofício pelo juiz e pelo tribunal. O fundamento legal para este exame se encontra nos §§1.º e 2.º do artigo 515 do CPC.⁵⁴⁸

⁵⁴⁷ Chiovenda já se referia à formação gradual da coisa julgada, em *Istituzioni*, v. 2, p. 483, assim como Liebman, *Parte o capo di sentenza*, p. 63. Na doutrina brasileira mais recente, vide Barbosa Moreira, *Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade*, p. 172.

⁵⁴⁸ Nelson Nery Jr. entendia que o artigo 516 cuidava exatamente das questões de ordem pública em sede recursal, até a modificação da redação do artigo pela reforma processual de 1994. De toda forma, o efeito translativo segue regulado no artigo 515 e parágrafos. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 410.

Ainda segundo este autor, a possibilidade de reconhecer uma questão de ordem pública e em consequência extinguir o processo sem julgamento de mérito ocorre mesmo se o recurso é parcial, e se volta apenas contra alguns dos capítulos da sentença. Segundo exemplo do próprio autor, se o réu foi condenado às verbas X e Y, e apela só contra X, a identificação da ilegitimidade do réu atinge os dois capítulos.

A tão só interposição do recurso, em virtude do efeito translativo, faz com que fiquem transferidas ao reexame do tribunal destinatário as matérias de ordem pública, dentre as quais se inclui a relativa às condições da ação (artigo 267, § 3.º CPC). A interposição do recurso adiou o trânsito em julgado quanto a estas matérias de ordem pública, muito embora tivesse havido preclusão para o réu quanto à verba Y, que não foi objeto das razões e do pedido constante do apelo.⁵⁴⁹

Para Sérgio Rizzi, o artigo 505 do CPC

[...] deve ser interpretado de acordo com a unidade das questões preliminares, de modo a reconhecer que elas formam sempre um todo incidível quando acompanham o mérito ou parte dele. Em outras palavras, se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial, ainda que no mérito se afigure parcial, poderá tornar insubsistente a decisão recorrida como um todo.⁵⁵⁰

A estas conclusões também chegam Estevão Mallet⁵⁵¹ e Rodrigo Barioni. Para este último autor, as questões de ordem pública, justamente porque guardam relação com o princípio inquisitivo, se revestem de completa autonomia, do ponto de vista da atividade jurisdicional, seja em primeiro ou segundo grau. Podem e devem ser examinadas pelo julgador, mesmo se relacionadas a capítulos da sentença que, analisados apenas do ponto de vista do efeito devolutivo, foram excluídos da apreciação pelo tribunal, pois considera que “as matérias de interesse público são subtraídas ao poder dispositivo das partes”. Em consequência, a apelação transfere ao tribunal duas ordens de questões: o conhecimento da matéria impugnada e as questões de ordem pública, “também quanto à parte não recorrida da sentença”.⁵⁵²

⁵⁴⁹ Nelson Nery Jr., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 412.

⁵⁵⁰ Sérgio Rizzi, *Ação de indenização por apossamento administrativo*, p. 246.

⁵⁵¹ Estevão Mallet, *Recurso parcial e prazo para propositura de ação rescisória*, p. 65.

⁵⁵² Rodrigo Barioni, *Efeito devolutivo da apelação civil*, p. 107-108.

Esta posição doutrinária acaba por reputar que a coisa julgada sofre relevante influência das matérias de ordem pública, e esta atividade dos órgãos jurisdicionais não se deve considerar encerrada ou vedada antes do trânsito em julgado total da ação.

Mas, como para estes mesmos autores é perfeitamente admitida a figura do recurso parcial, daí resulta que a coisa julgada que se forma deve então ser considerada condicionada. A despeito de esta corrente doutrinária admitir a execução definitiva do julgado quanto à parte não recorrida da sentença, o seu entendimento de que o superveniente reconhecimento de uma questão de ordem pública sobre capítulo recorrido contamina também estes capítulos não recorridos significa, na verdade, que a coisa julgada que chegou a se formar é atingida, é desconstituída por este julgamento do recurso.

A solução não parece a mais correta, pois ou bem se admite a formação da coisa julgada material sobre capítulos não recorridos, em atenção aos artigos 128, 460, 503, 505 e 515, *caput*, todos do CPC, ou não a admite em qualquer hipótese de recurso parcial, na medida em que o reconhecimento de questão de ordem pública não depende de alegação pela parte recorrente, de forma que, sob esta perspectiva, em tese será sempre possível que as matérias de ordem pública sejam identificadas e reconhecidas pelo órgão *ad quem*.

Neste caso, o peso que se atribui à função de controle da atividade jurisdicional e investigação de possíveis nulidades é tal que suplanta os princípios processuais da demanda, da congruência e a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, que é da essência do sistema recursal brasileiro. Prevalece inclusive sobre a aceitação pelas partes a respeito da decisão sobre o direito material em disputa.⁵⁵³

Afinal, pode ocorrer de a parte, pretendendo evitar a incidência da multa do artigo 475-J, deposite desde logo o valor da condenação sobre a parcela do pedido do qual não recorreu, e que portanto aceitou. Nesta linha de raciocínio, dever-se-á então permitir à parte que optou pelo cumprimento da sentença condenatória, com depósito da condenação nos 15

⁵⁵³ Ana Cândida Menezes Marcato discorda desta construção, entende que apenas quanto ao capítulo da sentença objeto do recurso é que se pode examinar as questões de ordem pública. Portanto, seu exame não decorre do efeito translativo, mas da profundidade do efeito devolutivo. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*, p. 121.

dias do prazo aludido no artigo 475-J, que pleiteie a devolução deste valor, caso o tribunal tenha reconhecido uma nulidade no julgamento da apelação que versava apenas sobre os juros, ou sobre os honorários de sucumbência.

Terá havido aceitação da parte vencida, cumprimento espontâneo da decisão transitada em julgada, mas toda esta situação de estabilidade, de conclusão daquele processo em específico, continuará submetida e dependente do exame de matérias estritamente processuais. Também a estas situações deve-se aplicar a advertência de José Roberto Bedaque, no sentido de que o processo não pode ser um fim em si mesmo, nem conduzir as partes a situações de semelhante perplexidade.⁵⁵⁴

O sistema processual não é apto, nem pretende sê-lo, a eliminar toda e qualquer situação de aparente incoerência, de quebra ou falta de harmonia entre as suas diversas ferramentas técnicas, como são as questões de ordem pública aqui tratadas. Pretender enfrentar os problemas lógicos que poderão surgir da forma acima proposta acabará por conduzir a situações em que o direito processual suplanta o direito material, o que é conceitualmente inadmissível, e deve ser evitado por todos, mas em especial pelos estudiosos do direito processual.

Mas mesmo no plano técnico, do exame dos institutos processuais em si mesmo considerados, a solução não parece a mais correta. Se é fora de dúvida que o artigo 515, *caput*, do CPC cuida do efeito devolutivo em sua extensão, ou seja, trata dos capítulos da decisão recorrida, e seus parágrafos 1.º e 2.º tratam da sua profundidade, dos respectivos fundamentos e defesas, impossível que o mesmo dispositivo legal seja a base deste outro princípio, o inquisitivo, que atua de forma tão diversa, e até antagônica em relação ao efeito devolutivo.

⁵⁵⁴ Bedaque diz que os profissionais do direito não encaram o processo como deveriam. “O processo não é tratado como meio destinado a solucionar controvérsias, mas como fenômeno dotado de valores intrínsecos, na maioria das vezes representados por formas vazias de conteúdo e desnecessárias à finalidade do ato processual. Daí decorre a valorização do meio em detrimento do fim – inversão de valores que o processualista acaba aceitando, muitas vezes inconscientemente.” José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 53.

Como já afirmado em outra oportunidade, a permissão legal para que o tribunal examine as matérias de ordem pública, tenham ou não sido discutidas em primeiro grau, e tenham ou não sido objeto do recurso, consta do próprio artigo 267, § 3.º, do Código, não sendo necessário buscar dispositivo legal específico no Título X do Livro I do Código de Processo Civil, que trata dos recursos, ou em qualquer outro dispositivo legal.⁵⁵⁵

Entretanto, esta permissão legal, ou a importância e relevância que indiscutivelmente possuem as matérias de ordem pública, não são aptas a desestruturar todo o sistema processual, que é instrumental ao direito material, está fortemente apoiado na iniciativa da parte para a delimitação do objeto do processo, e encontra no instituto da coisa julgada se não a sua finalidade, mas o método claramente mais apropriado para fazer valer a histórica máxima de que “é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios”.⁵⁵⁶

9.3.2 Formação gradual da coisa julgada

A corrente doutrinária que entende que a coisa julgada se forma gradativamente, sempre que houver recursos parciais, atacando portanto apenas uma parcela dos capítulos da sentença, é integrada, entre outros autores de renome, por Cândido Dinamarco, José Carlos Barbosa Moreira⁵⁵⁷ e José Roberto Bedaque.

Aos casos concretos propostos no início do item 8.2, das lições de tais autores se extraem as seguintes respostas. No primeiro exemplo, o tribunal pode anular apenas a parte da sentença que havia julgado a questão dos juros incidentes sobre a condenação, pois apenas ela foi devolvida por força do recurso parcial. Sobre a condenação em si não pode haver nenhuma

⁵⁵⁵ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, p. 185.

⁵⁵⁶ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, p. 275.

⁵⁵⁷ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, se um capítulo da sentença não for recorrido, sobre ele ocorre a coisa julgada, mesmo porque não poderia o tribunal analisar pedido não objeto do recurso, pena de violação ao artigo 515, *caput*. O autor complementa que a imutabilidade dos capítulos não recorridos não se limita àquele processo, mas impede que em qualquer outro se volte a discutir o tema. Se em outro processo uma das partes pretender retomar discussão anterior, poderá lhe ser oposta a preliminar de coisa julgada material, “que se projeta para fora do pleito em que houve o julgamento”. Todas estas decisões, proferidas em diferentes momentos do processo, são revestidas da imutabilidade que não fica restrita ao processo, portanto produzem coisa julgada material. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade, p. 173.

atividade cognitiva, seja para absolver o réu, seja para majorar o valor, seja ainda para reconhecer a ilegitimidade de qualquer das partes, pois a aceitação da decisão pelo autor e réu gera coisa julgada material, insuscetível de ser rediscutida em qualquer processo, exceto pela via excepcional da ação rescisória.

Para os fins deste raciocínio, a mesma relação processual, em que inicialmente se decidiu sobre o valor do principal e dos juros, ou sobre danos materiais e danos morais, a partir do trânsito em julgado de um dos capítulos, deve ser entendida como se fosse uma ação separada, com coisa julgada material própria, sobre a qual nenhum juiz pode decidir novamente, sob pena de violação aos artigos 468, 471, *caput*, e 474, todos do CPC.

Da mesma forma que não se pode reconhecer uma carência de ação quanto a parcela do pedido que não foi deduzida, pois tal comportamento do órgão jurisdicional afrontaria absurdamente a regra de que o juiz decide a lide nos limites em que é proposta (CPC, artigo 128), também não se pode admitir que o tribunal analise capítulos que “ficaram para trás”, limitados voluntariamente pelo apelante.⁵⁵⁸

Aliás, a circunstância de o artigo 468 falar em “sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”, apenas confirma o fato de que a coisa julgada convive tranquilamente com julgamentos parciais e, portanto, com recursos parciais.

Ainda a propósito da nulidade de um capítulo da decisão, que não atinge, todavia, o capítulo não recorrido, deve-se lembrar do que dispõe o artigo 248, segunda parte, do CPC, segundo o qual a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que delas sejam independentes. E tudo o que aqui se disse envolve capítulos independentes entre si, autorizando que, ao final da relação processual como um todo, convivam duas decisões, uma

⁵⁵⁸ A ponderação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira se aplica muito bem à hipótese tratada no texto, ainda que não tenha enfrentado *especificamente* a hipótese de capítulos não recorridos da decisão. “É obviamente do interesse da ordem pública que uma decisão do tribunal se revista de autoridade jurídica até que um tribunal superior certifique a sua invalidade, mesmo que seja uma decisão que o tribunal não deveria ter juridicamente proferido”, Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade, p. 134.

que analisou o mérito de parte do litígio, e outra que identificou um vício que determinou a anulação de outra parcela deste mesmo litígio.

Isso porque, optando o apelante em reduzir o objeto do recurso, em relação ao objeto total do processo, disso resulta que a demanda recursal é outra, limitada. A devolução recursal não atinge estes outros capítulos, e o eventual julgamento que reconheça a falta de alguma condição da ação repercute apenas nos capítulos recorridos.⁵⁵⁹

A devolução da matéria que se opera por força do recurso, e que abrange também as questões de ordem pública, só ocorre no âmbito do capítulo impugnado. Como bem pondera João Francisco Naves da Fonseca, em estudo sobre este mesmo tema, solução diferente traria “grave insegurança jurídica ao processo e sério prejuízo à efetividade do processo, pois desrespeita a imutabilidade da coisa julgada e impede a parte vitoriosa de executar imediata e definitivamente aquilo que ninguém mais contesta ser seu”.⁵⁶⁰

Ao argumento de que não é lógico subsista uma sentença válida em uma parte e nula em outra, Dinamarco responde com a habitual propriedade, ponderando que à razoabilidade interpretativa “repugna anular o não-nulo só pelo fato de estar circunstancialmente reunido com o nulo na unidade formal de uma sentença”, e que “a anulação integral da sentença transgredir a prestigiosa regra *pas de nullité sans grief*, consagrada no artigo 249, § 1.º, do Código de Processo Civil”.^{561 562}

⁵⁵⁹ Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 354.

⁵⁶⁰ João Francisco Naves da Fonseca, *Efeito devolutivo da apelação e questões de ordem pública*, p. 107.

⁵⁶¹ Dinamarco invoca ainda a disciplina legal da execução provisória, hoje retratada no artigo 475-O, II, que admite a anulação parcial da sentença. Trata-se de argumento positivado, que admite anular uma parte e salvar a outra, que lhe seja independente, e em nota, afirmando ainda o autor que “a garantia do devido processo legal nega ao juiz o poder de anular o que não é nulo, porque isso contraria o direito da parte à preservação do julgamento já recebido”. *Capítulos de sentença*, p. 87. Marcelo Bonício se vale do que diz o artigo 512 do Código, que cuida da substituição da sentença pelo acórdão, “no que tiver sido objeto do recurso”, para reforçar os inúmeros outros dispositivos legais que, em seu conjunto, claramente mostram que o sistema processual brasileiro admite e convive com julgamentos parciais e, em consequência, com a formação gradual da coisa julgada. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*, p. 96-98.

⁵⁶² No mesmo sentido, Ana Cândida Menezes, *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*, p. 122.

Uma vez mais é preciso insistir que a relevância do tema das questões de ordem pública não é tanta que permita que sua averiguação sobreviva à própria duração do processo. A prerrogativa do órgão jurisdicional de realizar o controle sobre a sua própria atividade e impor o correto uso deste instrumento jamais pode ser exercitada antes do ajuizamento da demanda pelo autor, porque isso é vedado pelo princípio da inércia da jurisdição e pelo princípio da demanda, tampouco pode continuar sendo exercitado após a verificação da coisa julgada.

Aliás, se a coisa julgada torna definitiva a decisão judicial, se é mecanismo apto a sanar nulidades, a consolidar resultados que repercutem na vida real das pessoas, pois atribuem ou negam o bem da vida objeto do processo, é mesmo impensável que ela não possa prevalecer sobre a eventual constatação de uma nulidade ou o reconhecimento de qualquer outra matéria de ordem pública, relacionada a capítulos diferentes do pedido.

Não obstante tudo o que se disse acima, não apenas parte da doutrina, mas também os tribunais resistem muito, por exemplo, em reconhecer uma nulidade apenas parcial da sentença, deixando íntegro o capítulo que não é atingido por ela. Entretanto, na esteira da doutrina mas abalizada, é exatamente esta a única conclusão possível. Nos exemplos acima sugeridos, o julgamento correto faria que, no primeiro caso, o reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam* torne prejudicado apenas o pedido relativo aos juros, mantendo intacto o capítulo não recorrido pelo réu, quanto ao valor do principal.

Da mesma forma, reconhecida uma nulidade do processo, que em tese seria apta a anulá-lo como um todo, a anulação deve ficar circunscrita apenas à parte da sentença que foi submetida ao exame do tribunal, por força do efeito devolutivo da apelação. Houve aceitação pela parte de parcela da condenação, que então se torna definitiva, admite sua execução desde logo. Em outras palavras, a crise de direito material é solucionada em definitivo, e fica subtraída à análise do Poder Judiciário, seja no mesmo processo, seja em qualquer outro.⁵⁶³

⁵⁶³ Sergio Costa sustentava posição diversa, admitindo a reforma para pior mesmo diante de capítulos aceitos pelo vencido. *Contributo al concetto di “capo” di sentenza nel processo civile*, p. 60.

Foi dito acima que os capítulos da sentença relacionados ao mérito possuem, na maior parte dos casos, aptidão para ensejar uma sentença apenas sobre eles. Em um dos exemplos dados, a parte optou por promover uma única ação, com dois pedidos. Poderia ter proposto duas ações, uma versando sobre os danos materiais, outra sobre os danos morais.

Fossem duas ações, o julgamento da segunda ação jamais poderia cogitar de reconhecer a ilegitimidade também da primeira, que já tivesse recebido sentença de mérito, transitando em julgado. A nenhum juiz ou tribunal seria dado exercer controle das condições da ação de outro processo, ainda que conexo, pois a obrigação de verificar os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, e de modo geral do correto exercício da jurisdição, não chega a tanto.

Se há dois pedidos deduzidos ao mesmo tempo, independentes entre si, o raciocínio deve ser idêntico. A reunião dos pedidos não os torna dependentes um do outro, e todo o exame das questões de ordem pública deve ser feito em relação a cada um dos pedidos. Da mesma forma, a sentença, apesar de formalmente única, deve reunir e abordar os dois pedidos, seja em seu relatório, em sua fundamentação ou em seu dispositivo.

O mesmo se diga quanto ao recurso cabível, que pode ou não abranger toda a relação processual, conforme a escolha do apelante. E sendo parcial, os capítulos da decisão excluídos (por ato voluntário da parte vencida e única interessada na sua eventual reforma) produzem desde logo coisa julgada, formal e material, justificam execução definitiva.⁵⁶⁴

Então, tudo o que se disse no capítulo precedente relativamente aos valores tutelados pelo instituto da coisa julgada, e em especial o que se afirmou quanto à admissibilidade de situações erradas ou injustas prevalecerem, sendo esta uma decorrência lógica e natural da própria coisa julgada, deve-se aplicar sem nenhuma modificação quando se

⁵⁶⁴ Gisele Santos Fernandes Góes, *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*, p. 165.

está diante de capítulos independentes da decisão, eis que o julgamento de um deles não será apto a modificar ou influir na coisa julgada que se formou sobre o outro.⁵⁶⁵

As combinações que daí podem surgir são várias. Todos os capítulos podem acabar sendo julgados segundo a melhor regra, com plena justiça, ou alguns com justiça e outros não, e também pode ocorrer de se reconhecerem nulidades quanto à parte da decisão, e não quanto a outras. A ponderação da doutrina concernente à falta de lógica em julgamentos deste tipo não é suficiente ou apta para infirmar os argumentos contrários.

Primeiro, porque a coerência e a lógica entre diferentes julgamentos não é um valor absoluto, que o sistema procure preservar acima de todos os demais. Admitem-se julgamentos contraditórios em diversas situações. Apenas para mencionar dois exemplos bastante comuns, pense-se nas ações de acidente de trânsito, em que o réu não formule pedido de denúncia da seguradora à lide. Acaso condenado, poderá então propor ação de regresso, uma vez que a eventual improcedência desta segunda ação não gera nenhum tipo de perplexidade ou afronta ao sistema do Código.⁵⁶⁶

Ainda, quando há litisconsórcio, não unitário, é também normal que o processo receba julgamentos diversos para cada litisconsorte. Caso apenas um deles apele contra a decisão desfavorável, haverá disparidade no resultado final do processo para cada um dos réus, e isto se deve ao fato de um deles ter aceitado o julgamento desfavorável e se conformado com a sentença. O réu que se insurgir contra aquele resultado poderá receber julgamento diverso no tribunal, ainda que ocorram “discrepâncias chocantes”.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ José Roberto Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 403.

⁵⁶⁶ Como no Recurso Inominado 71001396936, j. 17.10.2007, 2.ª Câmara Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O segurado promoveu ação regressiva em face da seguradora em virtude de condenação ao pagamento de indenização a terceiro. O Tribunal rejeitou o recurso, pois a ação foi proposta fora do prazo prescricional: “tratando-se de pedido de reembolso de valor decorrente de condenação judicial intentada por terceiro prejudicado, prescreve a ação regressiva do segurado contra seguradora no prazo de um ano”.

⁵⁶⁷ Marcelo José Magalhães Bonício, *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*, p. 141, em especial a nota 187, esclarecendo que a expressão “discrepâncias chocantes” é de Cândido Dinamarco.

Segundo, e mais importante, a prevalecer a tese que confere às questões de ordem pública tanta relevância, teríamos uma figura absolutamente inusitada em nosso ordenamento, que é o da “coisa julgada condicionada”.

Em situação de capítulos totalmente independentes entre si, não faz o menor sentido que, em certos casos, anos depois de ter transitado em julgado um certo capítulo do mérito decidido direta e definitivamente pela sentença, venha ele a ser atingido porque o recurso interposto naquele mesmo processo, voltado contra outro capítulo do mérito, tenha recebido um julgamento de extinção sem julgamento do mérito.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ Na realidade, como visto anteriormente, não faz sentido nem mesmo que o próprio capítulo objeto do recurso receba um julgamento meramente processual, sendo tal julgamento fruto da aplicação equivocada da técnica da ordem pública processual.

10

ORDEM PÚBLICA E RECURSOS EXCEPCIONAIS

10.1 Considerações iniciais – 10.2 Os recursos excepcionais e sua função no ordenamento – 10.3 Preliminares do recurso e preliminares da causa: juízo de admissibilidade como antecedente necessário ao exame da matéria de ordem pública dos recursos – 10.4 Pressupostos específicos dos recursos especial e extraordinário – 10.5 Dinâmica do efeito devolutivo nestes recursos – 10.6 Objeto da cognição dos Tribunais Superiores nos recursos excepcionais: relevância da dimensão vertical (fundamentos do recurso) do efeito devolutivo – 10.7 Impossibilidade do exame de matéria de ordem pública que não seja objeto do recurso.

10.1 Considerações iniciais

O tema da ordem pública no âmbito dos recursos extraordinários (*lato sensu*) ou excepcionais tem sido enfrentado, com bastante frequência, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. A possibilidade de apreciação e reconhecimento de questões de ordem pública em sede de recurso especial e recurso extraordinário é bastante polêmica. A seguir, serão mencionadas as três correntes de entendimento a respeito deste tema.

O entendimento tradicional, encontrado nos julgados mais antigos, inclusive sob a vigência das Constituições anteriores, é no sentido de que o controle das questões de ordem pública não pode ser feito no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, isto é, não da forma como ele é exercitado nas “instâncias ordinárias” – de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição.⁵⁶⁹

Assim, o Recurso Especial 160215/SP, relatado pelo Ministro Franciulli Neto, julgado em 22.08.2000, de cuja ementa se extrai:

⁵⁶⁹ Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 41. ed., nota 53a ao artigo 267, p. 404.

Esta Corte Superior já assentou que "a premissa de que as questões de ordem pública podem ser alegadas em qualquer tempo e juízo não se aplica às instâncias especial e extraordinária, que delas apreciam se conhecidos os recursos derradeiros, mas somente às instâncias ordinárias" (cf. Agr. Reg. no EREsp nº 85.558-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, in DJ de 12.06.00).

O argumento básico para sustentar esta impossibilidade está relacionado ao requisito do prequestionamento, o qual exige que a matéria a ser julgada pelos Tribunais Superiores tenha sido previamente objeto de discussão perante as instâncias ordinárias. Mesmo aspectos relevantes do processo, como as questões de ordem pública, não constituem exceção a esta exigência, de forma que apenas se elas são objeto específico do recurso é que poderão ser examinadas.⁵⁷⁰⁻⁵⁷¹

A corrente de entendimento oposta vem ganhando adeptos, especialmente na doutrina.⁵⁷² Segundo esta concepção, as questões de ordem pública, diante da sua relevância para o sistema, podem e devem ser conhecidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O parágrafo terceiro do artigo 267, que autoriza o juiz a conhecer “de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito”, deve ser aplicado inclusive nos recursos extraordinário e especial. Assim, por ocasião

⁵⁷⁰ Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “A Constituição 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 do recurso extraordinário ou do recurso especial. Esta regra aplica-se, também, às hipóteses discriminadas nos arts. 267, § 3.º, e 301 § 4.º, do CPC. Isso porque, considerando que os requisitos de cabimento do recurso extraordinário e especial constam expressamente na Constituição Federal, tais disposições não são atingidas por lei inferior, mesmo que a lei em referência seja o Código de Processo Civil. Isto decorre, como está claro, de aplicação do princípio da hierarquia das normas”. *Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 213.

⁵⁷¹ Clito Fornaciari Jr. adere a esta corrente tradicional, com argumentos sólidos. Em primeiro lugar, aduz que o tal efeito translativo não tem previsão legislativa, é mera construção doutrinária, que “anteriormente, nunca se cogitou de aplicá-la ao extraordinário e ao especial, não havendo justificativa para a releitura da regra, depois de estar sedimentada a estrutura do recurso”. Pondera ainda que ocorreria ampliação do cabimento destes recursos, “na contramão, pois, atualmente, pugna-se pela restrição à recorribilidade, para o que o ideal é o fechamento, o quanto antes, das questões pendentes em juízo”. Conclui então o processualista paulista que “com essa amplitude de julgamento, em definitivo, transforma-se o STJ em uma terceira instância, arranhando sua real importância, qual seja, a de ser interprete final das leis federais, função sem dúvida de maior gabarito, se não para ele, para todos quantos buscam maior segurança no sentir e entender o Direito”. *Nova dimensão para o recurso especial*, Tribuna do Direito, out. 2008.

⁵⁷² Eduardo de Albuquerque Parente menciona posições da doutrina e jurisprudência a respeito das três correntes de pensamento que se formaram a respeito da relação entre o exame da matéria de ordem pública e o prequestionamento. Após expor tais correntes, conclui que, “ante a necessidade de boa justiça, não se poderia impor, para o reconhecimento de uma matéria relevantíssima de ordem pública, que se anteceda fenômeno criado pela jurisprudência, que, salvo melhor juízo, não se encontra positivado, qual seja o prequestionamento”. Os recursos e as matérias de ordem pública, p. 134. No mesmo sentido, Tânia Aoki Carneiro, *Recurso especial, efeito translativo. Matéria de ordem pública*, p. 205-223.

do julgamento de tais recursos, se o tribunal entender que há um vício relacionado ao interesse de agir, legitimidade, ou falta de algum pressuposto processual, deve extinguir o feito sem exame do mérito naquele momento, anulando todos os julgamentos de mérito anteriores.

Na realidade, tem-se admitido uma posição intermediária: de um lado não se veda o exame destas questões, mas, de outro, se exige que seja ultrapassado o juízo de admissibilidade dos recursos, para então se admitir o conhecimento da matéria de ordem pública.⁵⁷³

Representativo desta corrente pode ser citado o acórdão dos embargos de declaração relativos ao Recurso Especial 984.599/DF, relatado pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 30.03.2009, em cuja ementa consta que

Consoante a mais atualizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pode-se aplicar ao recurso especial, quando ultrapassado seu juízo de admissibilidade, o chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública previstas nos arts. 267, § 3.º, e 301, § 4.º, do CPC, nos termos da Súmula 456/STF e do art. 257 do RISTJ.

Nesta perspectiva, uma vez admitido o recurso, cabe o exame das questões de ordem pública, mesmo que não prequestionadas, na medida em que o Tribunal não pode ignorar a ocorrência de determinados vícios, ou descurar do controle das condições da ação e dos pressupostos processuais, eis que tais aspectos dizem respeito à regularidade do processo,

⁵⁷³ Rogério Licastro Torres de Mello, Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento, p. 335-343. O autor informa que o Superior Tribunal de Justiça orientou-se inicialmente em não admitir o exame de temas de ordem pública que não constassem do próprio recurso. Se a lesão a direito federal não fosse relativa aos artigos sobre as questões de ordem pública na legislação federal, não seria possível seu exame. Tratava-se, segundo o autor, de posicionamento unânime da Corte Especial. Mais recentemente, a 2.ª Turma passou a flexibilizar este entendimento, admitindo que a questão de ordem pública possa ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que o recurso especial tenha sido admitido por algum outro fundamento. Ou seja, mesmo que a matéria prequestionada seja diversa da matéria de ordem pública (p. 341).

que deve continuar sendo verificada pelo órgão jurisdicional enquanto perdurar a sua função julgadora.⁵⁷⁴

Segundo Fredie Didier Jr., superado o juízo de admissibilidade, também nas instâncias superiores, passa a se aplicar a disposição legal “a qualquer tempo e grau de jurisdição” do artigo 267, § 3.º, do CPC.⁵⁷⁵⁻⁵⁷⁶

Esta linha de pensamento admite a cognição a respeito da ordem pública processual no contexto do julgamento do mérito dos recursos, fazendo-o amparada na Súmula 456 do STF, segundo a qual “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Nos tópicos a seguir, serão enfrentados os argumentos tanto pela admissão como pela inadmissão do exame das questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais.

10.2 Os recursos excepcionais e sua função no ordenamento

É lição corrente que os Tribunais Superiores possuem funções e natureza bem diferentes do que os demais órgãos que realizam atividade jurisdicional. Costuma-se distinguir as instâncias ordinárias da instância extraordinária, que desde a Constituição

⁵⁷⁴ Há diversos artigos de doutrina a respeito deste tema, em sua maioria admitindo o exame da ordem pública nos recursos excepcionais. Entre outros, Roberto Dórea Pessoa, Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito, p. 502; Mônica Martinelli Ortiz, Jurisprudência comentada: âmbito da cognição das questões de ordem pública nos Tribunais Superiores e exigência de prequestionamento, p. 178; Arlete Inês Aurelli, Jurisprudência comentada: arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – Desnecessidade de prequestionamento, p. 266-280; Vito Antônio Boccuzzi Neto, Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública, p. 439-448.

⁵⁷⁵ Fredie Didier Jr., Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ao Código Civil de 2002, p. 115-122.

⁵⁷⁶ Para Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, sendo admitido o recurso, deverá o tribunal analisar de ofício matéria de ordem pública, porquanto não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira o tribunal superior decisão de mérito eivada de vício. Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate de matéria impugnada, p. 267.

Federal de 1988 é composta de alguns Tribunais Superiores e, como órgão máximo, voltado ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, do Supremo Tribunal Federal.⁵⁷⁷

De fato, como pondera Rodolfo de Camargo Mancuso, o Supremo Tribunal Federal “não é simplesmente mais um Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional”,⁵⁷⁸ e o mesmo se pode dizer, *mutatis mutandi*, do Superior Tribunal de Justiça em relação ao direito federal infraconstitucional.

Disso resulta outra advertência unânime da doutrina, de que os recursos extraordinário e especial não têm como finalidade reapreciar a justiça das decisões proferidas pelos demais tribunais do País. Em sua atividade de julgamento destes recursos, os Tribunais Superiores se preocupam em dar uniformidade ao ordenamento jurídico, e, reflexamente, resolvem a injustiça do caso concreto.⁵⁷⁹

Em obra clássica a respeito do recurso extraordinário, José Afonso da Silva igualmente ressaltava que esse recurso

[...] não visa fazer justiça subjetiva, justiça às partes, a não ser indiretamente, tanto que não tem cabimento por motivo de sentença injusta; é certo que a parte, ao servir-se dele, quer ver reformada a decisão desfavorável, e nisto está o seu caráter eminentemente processual; e o Supremo Tribunal, ao julgá-lo, exerce função jurisdicional, mas com finalidade diversa dos outros órgãos jurisdicionais.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ Os Tribunais Superiores são o Superior Tribunal de Justiça (criação da CF/1988), o Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar.

⁵⁷⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 92.

⁵⁷⁹ Segundo a lição de Arruda Alvim, ao Superior Tribunal de Justiça compete determinar o entendimento da lei federal, fazendo-o mediante o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*, refugindo até mesmo do objeto do recurso especial reapreciar a justiça da decisão. Neste mesmo contexto, considerando a crescente quantidade de julgamentos submetidos a este tribunal, defende o autor a adoção de mecanismos de filtro, o que depende da alteração constitucional. Arruda Alvim sustenta que a missão do Superior Tribunal de Justiça não se incompatibiliza com restrições às matérias que julga, mesmo porque deve ser reconhecida como falsa a cogitação de que se pode julgar tudo, por considerar tudo importante. “Quando se diz que tudo é importante, disso normalmente resulta que nada ou quase nada é tratado como realmente importante” (p. 37-38). A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões, p. 37-44.

⁵⁸⁰ José Afonso da Silva, *Do recurso extraordinário*, p. 105.

Para dar concretude à garantia do acesso à Justiça e realizar a função jurisdicional de aplicar o direito ao caso concreto, há uma estrutura específica do Poder Judiciário, presente (em maior ou menor medida) em todo o País e composta de órgãos de primeiro e segundo graus de jurisdição. Contudo, também no Brasil atribui-se a função de dar uniformidade e inteireza ao direito federal, de natureza constitucional ou não, a órgãos de sobreposição. Há países que possuem apenas Cortes de Cassação, outros possuem tribunais constitucionais e outros ainda apresentam estrutura dupla ou bipartida, com tribunais diferentes voltados a cada uma destas funções.⁵⁸¹

É esta a estrutura em que se baseia o Poder Judiciário brasileiro, com a particularidade de que nossas Cortes Superiores não se limitam a cassar as decisões e reenviá-las aos tribunais locais, mas efetivamente julgam os recursos que lhes são submetidos, objetivando estabelecer a interpretação que se deve dar, em todo o território nacional, tanto às normas constitucionais como ao direito federal infraconstitucional.

Nessa perspectiva é que se afirma, com total razão, que a função destas Cortes Superiores é estabelecer esta uniformidade, assegurar a higidez e inteireza do ordenamento, servindo como diretriz para todos os demais tribunais e órgãos jurisdicionais do País.

Com base em suas premissas históricas, nos exemplos similares do direito comparado⁵⁸² e, especialmente, a partir do texto constitucional que lhes concebe a estrutura e as finalidades, efetivamente os Tribunais Superiores não devem ser tratados como um terceiro grau, via facilmente acessível para que a parte submeta seu caso a ulterior julgamento.⁵⁸³

Cuidando do recurso extraordinário, mas em lição que deve ser aplicada também ao recurso especial no que diz com a legislação federal infraconstitucional, Rodolfo de

⁵⁸¹ Segundo José Garberí Llobregat e Nicolás González-Cuéllar Serrano, à semelhança do que ocorre com o recurso de cassação na França e na Itália, também na Espanha a Corte de Cassação fica limitada ao exame dos fundamentos específicos que tenham sido invocados pela parte, não se aplicando o princípio *iuria novit curia*. *Apelación y Casación en el proceso civil*, p. 243-244.

⁵⁸² José Carlos Barbosa Moreira atribui a origem do recurso extraordinário ao direito norte-americano, no *writ of certiorari*, cujo exame sempre envolveu matéria constitucional e está sujeito à “plena discricção da Suprema Corte”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 578. Sobre as origens históricas do recurso extraordinário no Brasil, ver p. 579-580.

⁵⁸³ Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 254-256.

Camargo Mancuso corretamente pondera que por este recurso “se faz um controle objetivo da constitucionalidade dos textos legais e atos administrativos ou governamentais. É sob esses parâmetros que se pode dizer que o recurso extraordinário é infenso à simples alegação de injustiça do julgado recorrido”.⁵⁸⁴

As funções dos Tribunais Superiores igualmente exigem, e tem sido assim desde a primeira previsão constitucional a respeito do recurso extraordinário, que estes somente atuem como última ou única instância em relação às matérias de sua competência. São tribunais concebidos para dar a última palavra, decidir em definitivo sobre questões jurídicas de interesse do País. Não se poderia, de fato, cogitar de um efetivo controle sobre a higidez do sistema e sobre a uniformidade de aplicação do direito em todo o território nacional se os Tribunais Superiores fossem chamados a decidir, em primeiro lugar, a respeito de questões não completamente examinadas nas instâncias superiores.

Da mesma forma, caso fosse possível a estes tribunais julgar questões fáticas, reexaminar provas e entrar nos detalhes de cada caso concreto, sua missão essencial, para a qual foram historicamente concebidos, deixaria de ser realizada, dando lugar a apenas uma instância adicional para o julgamento dos conflitos intersubjetivos. Teríamos então um sistema absolutamente inviável, com excesso de meios e vias para examinar a situação individual dos litigantes, e sem mecanismos gerais para estabelecer a forma pela qual as relações jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas.

Esta perspectiva da função das Cortes Superiores é muito relevante, porque no plano direto demonstra a razoabilidade de estabelecer requisitos de admissibilidade bem mais rigorosos e formais para estes recursos excepcionais, em comparação aos recursos ordinários, ainda que nada justifique a postura dos Tribunais Superiores de identificar requisitos não contidos na Constituição ou na lei, tampouco priorizar apenas a forma dos recursos para, a

⁵⁸⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 93. Ainda segundo o autor, “a simples situação de sucumbência, de prejuízo, que basta ao exercício dos recursos comuns, não é suficiente para embasar os de índole excepcional, que ainda requerem o implemento de um *plus*, no caso a existência de uma questão constitucional, ou federal, conforme se trate do recurso extraordinário ou do especial, respectivamente” (p. 94).

partir de irregularidades absolutamente irrelevantes e/ou plenamente sanáveis, obstar aos jurisdicionados a via de acesso a estes tribunais.

Não obstante as severas críticas que devem ser feitas a esta postura, que obviamente não pode ser justificada por argumentos como o excesso de processos, fato é que é inerente a estes tribunais o convívio com injustiças, a indiferença, por assim dizer, pela situação particular dos litigantes deste ou daquele processo. Tais situações serão relevantes na medida em que, preenchendo todos os pressupostos recursais de admissibilidade (os genéricos e os específicos), permitam aos Tribunais exercer, por meio dos recursos extraordinário e especial, um controle sobre o direito objetivo, com a atenção voltada à uniformização do direito e à proteção do ordenamento como um todo, sem atenção direta aos interesses particulares em questão.⁵⁸⁵

Nesta ordem de ideias, nos últimos anos reformas constitucionais e infraconstitucionais incorporaram ao ordenamento os mecanismos da repercussão geral, das súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos, entre outros, com o objetivo claro de reforçar esta função, propiciando julgamentos naturalmente destinados a resolver centenas ou milhares de situações concomitantemente.

10.3 Preliminares do recurso e preliminares da causa: juízo de admissibilidade como antecedente necessário ao exame da matéria de ordem pública dos recursos

Ainda antes de enfrentar a questão colocada no primeiro tópico deste capítulo, é necessário retomar alguns conceitos que, a despeito de serem bastante conhecidos, difundidos e, por que não dizer, até básicos, deixam de ser considerados quando se discute a

⁵⁸⁵ Nelson Nery Jr., invocando as lições de Calamandrei, afirma que a função do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no que tange à sua competência recursal excepcional, é nomofilática, que significa defesa do direito objetivo. Os Tribunais têm como função precípua tutelar a ordem jurídica (*ius constitutionis*), e não devem se preocupar com o interesse das partes posto em causa (*ius litigatoris*), a não ser como preocupação secundária e como consequência do provimento do RE e do REsp. Questões de ordem pública e o julgamento de mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257), p. 967. No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel considera que nos recursos excepcionais exerce-se apenas o controle da inteireza positiva do direito federal ou do direito constitucional, e “o julgamento da causa é apenas uma consequência disso. Ou ainda: é o pretexto para que seja possível o exame da questão federal ou da questão constitucional”. Recurso extraordinário e o controle objetivo de constitucionalidade na Justiça Estadual, p. 366.

possibilidade de cognição da matéria de ordem pública no julgamento dos recursos excepcionais.

Para tanto, considere-se uma situação recorrente perante as instâncias ordinárias: ao receber um determinado recurso de apelação para exame, o relator (ou a turma) constata que sua interposição se deu fora do prazo, ou que o recurso utilizado não é o adequado, ferindo a taxatividade recursal prevista no artigo 496 do CPC.

Assim como ocorre em relação à ação, também os recursos apresentam um plano de cognição prévio e prejudicial, composto dos seus requisitos de admissibilidade. Superado este exame, a pretensão recursal em si (que pode coincidir com o mérito da causa ou envolver apenas matéria processual) poderá então ser objeto do julgamento.

No exemplo acima, nenhum aspecto do mérito será objeto de qualquer consideração por parte da turma, que se limitará a proferir um julgamento negativo quanto à admissibilidade do recurso. A fundamentação e o dispositivo deste acórdão se adstringirão a explicar as razões pelas quais “não conhecem do recurso”, isto é, se recusam a examinar a pretensão nele deduzida, assim como qualquer outro aspecto relacionado ao processo.

Na realidade, diante de uma causa que importe a inadmissão do recurso, a atuação do órgão julgador cessa neste mesmo momento. Nem mesmo os demais requisitos de admissibilidade precisam ser examinados. Caso aquele recurso, além de intempestivo, não contivesse preparo ou apresentasse qualquer outro vício que poderia levá-lo igualmente à inadmissão, o órgão julgador limitaria seu exame ao primeiro pressuposto recursal faltante, suficiente por si só para conduzir ao juízo negativo de admissibilidade.

Os pressupostos recursais são também questões de ordem pública, refletem no plano recursal os pressupostos de admissibilidade do exame do mérito. Também nos recursos é necessário realizar uma investigação prévia para averiguar se o recurso é possível e se cumpriu todos os requisitos “para que tal inconformidade merecesse o reexame pelo órgão encarregado de julgá-lo”.⁵⁸⁶ E naturalmente serão examinados no primeiro plano, antes de

⁵⁸⁶ Ovídio Baptista da Silva, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 416.

qualquer outro elemento. Portanto, se o juízo de admissibilidade do recurso ordinário se revela negativo, o órgão *ad quem* não estende a sua cognição às matérias de ordem pública processuais, tais como as condições da ação, ou alguma nulidade que pudesse ser declarada.

Como dito, a cognição não ultrapassa o exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, e nenhuma outra questão, por mais relevante que possa parecer, tem o condão de inverter esta ordem, nem mesmo as matérias de ordem pública.

Caso neste processo específico o juiz prolator da sentença fosse absolutamente incompetente, o órgão *ad quem* não chegaria a analisar este aspecto. Da mesma forma, se a decisão de primeiro grau tivesse sido dada entre partes ilegítimas, ou tivesse conferido o bem da vida à parte que, segundo as provas dos autos, não era a efetiva titular do direito em litígio, tais aspectos não seriam objeto de qualquer exame pelo tribunal. Eventual nulidade ou injustiça da decisão prevaleceriam, diante do juízo negativo de admissibilidade do recurso.

O raciocínio é rigorosamente o mesmo em relação aos recursos excepcionais.⁵⁸⁷ Nenhuma razão de ordem pública é forte o suficiente para justificar que este aspecto, que surge no julgamento do mérito do recurso, seja examinado, e eventualmente reconhecido, no plano prévio e prejudicial do juízo de admissibilidade de recursos que, por sua própria natureza e função, possui objetivos diversos, relacionados à uniformidade do controle da legislação infraconstitucional e da constituição, independentemente da justiça do caso concreto.

Disso decorre que não se pode cogitar do exame de matérias de ordem pública ainda no plano da admissibilidade recursal, tanto em relação aos recursos ordinários como nos recursos excepcionais.⁵⁸⁸ Nos recursos ordinários, como visto nos capítulos precedentes, elas

⁵⁸⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, 6. ed., p. 278.

⁵⁸⁸ Na correta lição de Barbosa Moreira, “é inconcebível que o órgão *ad quem* se veja diante da alternativa *não conhecer do recurso* ou *provê-lo*. Seria uma opção entre termos heterogêneos. Se ela (aparentemente) se põe ao órgão *ad quem*, é sinal de que a equação não está corretamente armada. Não tem sentido pedir a alguém que escolha entre *não ler* um livro e *gostar* dele: a escolha tem de ser, inicialmente, entre *lê-lo* e *não o ler*; depois (e só no caso de ler-se o livro), entre *gostar* e *não gostar* dele. ‘Não li e não gostei’ é frase jocosa, é pilhéria sem compromisso com a lógica”. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial, p. 132-133.

poderão ser examinadas em um segundo plano da cognição que o tribunal venha a exercer, já diante do mérito do recurso, ainda que não tenha sido sequer mencionada no recurso de apelação.

As disposições do artigo 267, § 3.º, do CPC terão aplicação somente se for superado o juízo de admissibilidade, hipótese em que é dado ao tribunal examinar a matéria de ordem pública relacionada aos capítulos da decisão contra os quais o recurso se volta.⁵⁸⁹ É próprio da profundidade do efeito devolutivo permitir o exame de todos os fundamentos, de todas as questões relacionadas à extensão do recurso. A cognição quanto ao mérito recursal, no tocante aos recursos ditos ordinários, tem seus limites estabelecidos pelo artigo 515 do CPC, o que significa dizer que ao recorrente compete delimitar a parcela do pedido que pretende ver reexaminada, operando-se a partir de então a devolução ampla e ilimitada de todos os fundamentos, alegações, questões de fato e de direito concernentes àquele pedido.

Nos recursos excepcionais a possibilidade de exame das matérias de ordem pública sofre uma ulterior restrição, pois nem mesmo quando o Tribunal Superior passa ao exame do mérito do recurso tais questões poderão ser analisadas sem que tenham sido objeto específico do recurso. As características do efeito devolutivo nos recursos excepcionais não podem ser buscadas apenas pelo exame da legislação infraconstitucional. É a Constituição Federal, nos artigos 102, III, e 105, III, que estabelece a conformação do efeito devolutivo dos recursos extraordinário e especial, determinando a forma pela qual os Tribunais Superiores exercem a cognição sobre os recursos que lhes são submetidos, como será visto nos tópicos que seguem.

10.4 Pressupostos específicos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário

Aos pressupostos comuns a todos os recursos, tais como a tempestividade, regularidade formal, interesse recursal e preparo, devem ser adicionados outros quando se fala

⁵⁸⁹ Sobre os poderes do juiz, que são amplos e uma exigência da concepção moderna do processo, Paulo Lucon ressalva que “sem a interposição de recurso não há devolução das questões de ordem pública não argüidas pelas partes”. Sem que o recurso preencha todos os seus requisitos, “nem mesmo essas questões são suscetíveis de análise, ou seja, exige-se um mínimo de iniciativa da parte”. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento, p. 317.

nos recursos excepcionais. Os recursos ditos ordinários possuem características que podem ser assim resumidas: a sua forma é menos rígida, são dirigidos aos tribunais locais, não têm exigências específicas de admissibilidade, comportam discussão de matéria de fato e de direito, e o mero fato da sucumbência autoriza a sua interposição.⁵⁹⁰

A propósito das exigências para a interposição destes recursos, a doutrina costuma distingui-los em recursos de fundamentação livre e de fundamentação vinculada. Nesta segunda categoria se enquadram os recursos que apresentam a exigência de que a decisão recorrida contenha tipos específicos de vícios.⁵⁹¹

Os recursos de fundamentação vinculada, como o recurso especial e o recurso extraordinário, exigem a ocorrência de vícios específicos na decisão. Tais recursos não podem ser interpostos porque a decisão seja reputada injusta, mas tão somente porque, tendo decidido questões de direito, em única ou última instância, tal decisão tenha violado a Constituição ou a legislação federal infraconstitucional, em algumas das situações específicas das alíneas dos artigos 102, III, e 105, III, da CF.

Tanto o recurso especial como o recurso extraordinário só são cabíveis após o esgotamento das instâncias ordinárias, e seus fundamentos específicos de admissibilidade estão na Constituição Federal, não no Código de Processo Civil. Apesar de o texto constitucional não referir a “questões” ou “questionar”, o fato é que da expressão “causa decidida”, contida tanto no artigo 102 sobre o recurso extraordinário como no artigo 105

⁵⁹⁰ Esta enumeração é de Rodolfo de Camargo Mancuso, que em relação aos recursos excepcionais possuem forma mais rígida, são dirigidos aos Tribunais Superiores, apresentam juízo de admissibilidade dividido entre estes e os tribunais locais, não são vocacionados a corrigir a “mera injustiça”, só comportam discussão de matéria de direito, e “apresentam a particularidade de exigirem a sucumbência e um *plus* que a lei processual determina e específica”. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 76.

⁵⁹¹ Em nosso *A apelação e seus efeitos*, tivemos a oportunidade de salientar que a apelação “possui importantíssima função de cunho psicológico, na medida em que permite o exercício do mero inconformismo, permite que a parte se volte contra uma decisão mesmo que ela não contenha qualquer vício. Seu pressuposto básico reside no mero fato da sucumbência, entendida em seu contexto mais amplo como a existência de decisão que, de alguma forma, contraria os interesses da parte” (p. 15-16). Sobre este tema, ensina Ovídio Baptista da Silva que os recursos de fundamentação livre, como a apelação, pressupõem apenas a sucumbência do recorrente. Nos de fundamentação vinculada, como os embargos infringentes e o recurso extraordinário, além da sucumbência, pressupõem outro requisitos de admissibilidade. Pondera ainda o saudoso processualista gaúcho que este critério de divisão é efetivamente relevante em nosso sistema, justamente pela repercussão em relação à cognição do órgão *ad quem*. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 412.

sobre o recurso especial, a doutrina e a jurisprudência extraem até hoje a origem normativa da exigência do prequestionamento.⁵⁹²

O tema é de grande importância, pois da compreensão do que seja o prequestionamento depende o acesso aos Tribunais Superiores, que, como visto, possuem a relevante função em nosso sistema de estabelecer a interpretação correta de toda a legislação federal, seja em nível constitucional, seja infraconstitucional. Com total razão a advertência de Cassio Scarpinella Bueno, no sentido de que os contornos deste requisito devem ser claramente estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, para que o acesso ao Judiciário e a via dos recursos excepcionais deixem de ser mera ilusão e se tornem uma via efetiva, tal como assegura a Constituição Federal.⁵⁹³

À míngua de semelhante definição, a doutrina e a jurisprudência se encarregam de procurar fixar estes critérios, mas também nestas sedes vigora grande dissenso.⁵⁹⁴ De um lado, uma corrente associa o prequestionamento à atividade da parte, em questionar, suscitar o debate da questão federal (ou constitucional). De outro, considera-se que prequestionamento ocorre como fruto da atividade própria do órgão jurisdicional, que só assim atende o preceito constitucional da “causa decidida”. Há ainda quem exija a reunião destes dois componentes.⁵⁹⁵

⁵⁹² Nelson Luiz Pinto, *Código de Processo Civil comentado*, p. 1618 (comentário ao artigo 541). Também Roberto Dórea Pessoa, Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito, p. 495-520. Arlete Inês Aurelli, *Jurisprudência comentada: arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – Desnecessidade de prequestionamento*, p. 268.

⁵⁹³ A despeito de o artigo 105 cuidar do recurso especial, regular suas hipóteses de cabimento, e deste recurso ser dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, o autor explica, com a habitual proficiência, que se trata de uma norma constitucional, daí por que cabe ao Supremo Tribunal Federal interpretar esta norma e definir o que se deve entender como “causa decidida”, quais os contornos do requisito do prequestionamento que o próprio Superior Tribunal de Justiça deve aplicar. Pondera ainda que somente com esta interpretação poderia ser uniformizado o entendimento dos Tribunais Superiores acerca do prequestionamento, dando fim à duplicidade de entendimentos que hoje existe, e que torna o acesso aos Tribunais Superiores mais ilusório do que real, mera declaração de direito que não se realiza como efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Cassio Scarpinella Bueno, *Quem tem medo do prequestionamento*, p. 51.

⁵⁹⁴ Por esta razão, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta, com razão, a aplicação do princípio da fungibilidade também no tocante ao requisito do prequestionamento. *Fungibilidade de “meios”*: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, p. 1135-1137.

⁵⁹⁵ As Súmulas 356 do STF e 211 do STJ estabelecem requisitos diferentes para a configuração do prequestionamento. Para o Supremo Tribunal Federal, prequestionamento está mais associado ao material impugnado ou questionado pelo recorrente, tanto que exige a oposição de embargos declaratórios, mesmo

A este respeito, Arruda Alvim afirma que não se deve confundir prequestionamento com imprescindível postulação pela parte a respeito de uma questão federal. Ainda que não suscitada, a questão pode resultar decidida no acórdão, configurando-se assim o prequestionamento. Mesmo sem atividade da parte ou discussão prévia da questão, o fato de ser ela decidida revela-se suficiente para que a decisão possa ser recorrida.⁵⁹⁶

De fato, não apenas da interpretação literal dos dispositivos, mas principalmente de sua interpretação histórica e teleológica, forçoso concluir que o prequestionamento significa a exigência de que a questão jurídica tenha sido objeto específico da decisão do tribunal *a quo*.⁵⁹⁷

Em seus artigos 102, III, e 105, III, a Constituição determina serem cabíveis os recursos para julgar causas decididas. O objetivo, portanto, é estabelecer competência recursal para redecidir, mas não toda e qualquer questão, de toda e qualquer causa.⁵⁹⁸ Há uma ulterior

que venham a ser rejeitados. Este entendimento tem a vantagem de possibilitar o exame do recurso extraordinário, ainda que o órgão *a quo* tenha se recusado a enfrentar a questão constitucional que lhe foi submetida. De outro lado, considerando a função deste recurso e a exigência constitucional de a causa ter sido decidida, assiste razão a Eduardo Ribeiro de Oliveira, quando afirma: “Com a devida vênua, entender que se faz imprescindível o pedido de declaração, mas que nada importa o que disso advenha, corresponde a simplesmente cumprir um ritual. Afirma-se que, quanto ao ponto omissis, o recurso não é apto a alcançar seguimento e tal assertiva está amparada pelos termos em que constitucionalmente previstos o extraordinário e o especial. Pedida a declaração, a omissão continuou. Entretanto, cumprido o cerimonial, passa a ser possível a impugnação atacando ponto não considerado pelas instâncias ordinárias. Ora, se é admissível ainda que continue não enfrentada a questão porque ter-se como inarredável o pedido de declaração? A conclusão, em verdade, haveria de ser que o prequestionamento constitui requisito prescindível. Se, em tal caso, se pode decidir sem que a isso preceda pronunciamento do tribunal *a quo*, há de concluir-se que é supérfluo e seria de dispensar-se sempre”. *Prequestionamento*, p. 254. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça considera o conteúdo da decisão como relevante para a configuração do prequestionamento. Como afirma Cassio Scarpinella Bueno, “para o enunciado do Superior Tribunal de Justiça é indiferente a iniciativa do recorrente quanto à tentativa de fazer com que a instância *a quo* decida sobre uma questão por ele levantada. Indispensável, para ele, não a iniciativa da parte, mas o que efetivamente foi decidido e, nestas condições, está apto para ser contrastado pela Corte Superior”. Quem tem medo do prequestionamento, p. 26.

⁵⁹⁶ Arruda Alvim, O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens, p. 26.

⁵⁹⁷ Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon, “Seu pressuposto de validade reside em sua própria essência, pois não é possível cogitar-se ofensa à Constituição Federal, tratado ou lei federal, sem que, no entanto, o *decisum* recorrido não tenha enfrentado diretamente a matéria objeto do recurso. Na seara dos recursos especial e extraordinário não há espaço para a aplicação dos brocardos *da mihi facto, dabo tibi jus* ou *iuria novit curia*, próprios das instâncias ordinárias. Isso porque Superior Tribunal de Justiça e também Supremo Tribunal Federal não representam terceiro ou quarto grau de jurisdição”. Repercussão geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo, p. 357-358.

⁵⁹⁸ Nelson Nery Jr. pondera que “não se pode redecidir (competência recursal) o que não tiver sido decidido”. Para o autor, a expressão causas decididas dos artigos 102 e 105 da CF “significa que somente a matéria que

delimitação, de que esta nova decisão deve se voltar exclusivamente a questões jurídicas, contra as quais sejam alegados certos vícios jurídicos, como os de (i) contrariar a Constituição, (ii) contrariar ou negar vigência à legislação federal, (iii) dar a alguma norma federal interpretação diversa da que lhe foi dada por outro tribunal, e demais situações, retratadas nas alíneas dos referidos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição.⁵⁹⁹

Não obstante a discussão doutrinária sobre a consagração do prequestionamento em nível constitucional ou não, parece inegável que esta exigência decorre sim do nosso ordenamento. Exige-se a prévia discussão da questão jurídica, e que ela seja efetivamente analisada na decisão recorrida, para que então se abra a via dos recursos excepcionais.

A Constituição Federal de 1988 consagra o requisito do prequestionamento ao exigir que somente as causas decididas desafiem o recurso extraordinário e o recurso especial. Faz mais, pois não se limita a esta exigência. Relaciona, em *numerus clausus*, os tipos de vícios que podem ser invocados contra aquelas decisões, tornando os recursos excepcionais o exemplo mais típico de recursos de fundamentação vinculada existentes em nosso ordenamento.⁶⁰⁰

Logo, leis de hierarquia inferior não podem criar, modificar ou restringir as suas hipóteses de cabimento, que são taxativamente previstas na Constituição Federal.⁶⁰¹ Segundo os citados dispositivos, o recorrente não pode se limitar a invocar uma sucumbência genérica,

tiver sido efetivamente decidida pelos TRFs e TJs é que pode ser redecidida pelo STF e STJ no julgamento dos RE e REsp”, sem nenhuma exceção, nem mesmo para as questão de ordem pública. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257), p. 968.

⁵⁹⁹ Por esta razão, Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim afirmam que o prequestionamento é uma condição necessária, mas não suficiente, para a admissão do recurso. Outros requisitos precisam ser preenchidos, para que ele seja conhecido. Recurso especial e prequestionamento, p. 166.

⁶⁰⁰ Flávio Cheim Jorge é da opinião de que os embargos infringentes não se enquadram como recurso de fundamentação vinculada. Sua peculiaridade não diz com vícios específicos da decisão, mas com o efeito devolutivo. Só se transfere o conteúdo do voto vencido, mas, se ele existe, “a fundamentação dos embargos é a mais ampla possível, não dependendo o seu cabimento da presença de um determinado defeito na decisão”. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 35. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, 6. ed., p. 260.

⁶⁰¹ Como bem observa José Miguel Garcia Medina, isto não impede, porém, que leis inferiores, como o Código de Processo Civil, supram as omissões da Constituição Federal e regulem seu procedimento, fixando regras como a de interposição, prazos, forma de processamento e demais aspectos, que são hoje previstos nos arts. 541 a 546 do CPC. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial, p. 251.

como causa para seu pedido de novo julgamento, tampouco alegar todo e qualquer vício ou defeito do julgado. Deve restringir e concentrar seus argumentos na demonstração de que a decisão do tribunal *a quo* desrespeitou a legislação federal, de nível infraconstitucional ou constitucional.

A causa deve ter sido decidida, e, ao fazê-lo, o órgão *a quo* deve incorrer em alguns dos vícios específicos que a Constituição Federal contempla, para só então justificar a interposição dos recursos excepcionais. Se o órgão *a quo* incorre em vício gravíssimo relacionado à matéria de fato, por exemplo, não ensejará competência dos Tribunais Superiores para exercitar qualquer controle sobre esta decisão. Esta circunstância, no mais das vezes atrelada ao mérito da causa e à prolação de um resultado absolutamente injusto, é de um modo geral admitida.⁶⁰² Decorre do sistema que a justiça do caso concreto, conforme a sua natureza, ficará mesmo limitada a um controle nos graus de jurisdição ordinários.

Todos os autores que escrevem a respeito dos recursos excepcionais reconhecem, de forma unânime, que tais recursos não são vocacionados a corrigir a eventual injustiça da decisão, que este não é o seu objetivo precípua, diferentemente do que ocorre nos recursos ordinários.⁶⁰³ Se assim é, se o mérito da causa pode não receber a melhor solução, e mesmo assim prevalecer a decisão “injusta”, não há substancialmente nenhuma diferença quanto às decisões que, “injustamente”, deixem de reconhecer ou constatar alguma matéria de ordem pública, que tendencialmente conduziria a resultado diverso. Como reiteradamente sustentado

⁶⁰² Ementa: Recurso extraordinário – Alegada violação a preceitos inscritos na Constituição da República – Ausência de prequestionamento – Ofensa indireta à Constituição – Contencioso de mera legalidade – Reexame de fatos e provas – Impossibilidade – Súmula 279/STF – Recurso improvido. A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário. A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório (RE 599195 AgR/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.06.2009).

⁶⁰³ Rogério Licastro Torres de Mello, tratando especificamente do recurso especial, afirma que a devolutividade do recurso é restrita, atrelada basicamente ao debate jurídico relativo à interpretação de espécie normativa federal, “afastando-se qualquer possibilidade de discussão acerca da justiça da decisão hostilizada”. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento, p. 336. No mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina, para quem os recursos excepcionais “têm fundamentação vinculada, ou seja, só têm cabimento nas estritas hipóteses que o texto constitucional especifica, não sendo meio idôneo para a reapreciação da ‘justiça’, o que significa não se poder apreciar provas, interpretar cláusulas contratuais, e interpretar direito local...”. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial, p. 331.

ao longo da tese, a ordem pública processual existe e se caracteriza como conjunto de regras (técnicas, deve-se adicionar) voltadas à consecução dos fins da atividade jurisdicional, qual seja permitir que se obtenha uma decisão final de mérito, útil, tempestiva e *preferencialmente* justa. Não se sobrepõe nem prevalece ao objetivo que ela mesma procura resguardar, que é a decisão de mérito, apta a pacificar e dar por cumprida a função jurisdicional. Portanto, constitui uma inversão, técnica e ontologicamente inaceitável, fazer prevalecer o julgamento processual, sob o argumento de que certas circunstâncias não podem prevalecer, sobre o julgamento do mérito, se outras circunstâncias igualmente graves são admitidas.

O sistema admite e convive com decisões finais que não retratam a efetiva situação do direito material, que outorgam o bem da vida a quem não deveria tê-lo recebido. Pode, da mesma forma, admitir decisões finais que não retratem a melhor situação processual, seja porque isto é inerente a um sistema que, em dado momento, precisa preservar o valor da segurança, em detrimento da justiça, seja ainda, no que toca especificamente aos recursos excepcionais, pelas suas funções e pelas características específicas da cognição que exercem os Tribunais Superiores, como será visto em seguida.

10.5 Dinâmica do efeito devolutivo nestes recursos

Ainda que não seja o único, o efeito devolutivo é certamente o mais relevante dos efeitos dos recursos, inerente a toda e qualquer modalidade recursal, pois por ele se transfere ao conhecimento do órgão *ad quem* a matéria impugnada no recurso. A natureza do órgão *ad quem*, a dimensão desta transferência de conhecimento e até o tipo e a função específica do recurso podem variar enormemente, mas em todas as possíveis variações permanece o fenômeno constante da devolução de matéria para conhecimento de outro órgão jurisdicional.

A conformação exata do efeito devolutivo depende do direito positivo, daí por que compete analisar os contornos deste efeito à luz da legislação brasileira atualmente em vigor. E nos termos do artigo 515 do CPC, o efeito devolutivo está diretamente relacionado com a matéria impugnada no recurso. Isso significa que é ao recorrente que compete delimitar os pedidos que pretende ver reexaminados no Tribunal. Ele pode se insurgir contra todos os capítulos desfavoráveis da decisão, ou se limitar a apenas alguns deles, como já visto.

Uma vez delimitada a extensão do recurso, fixam-se ao órgão julgador os limites do seu julgamento. Não poderá ele deixar de apreciar os pedidos deduzidos, nem extrapolar suas funções e analisar pedidos que não lhe foram transferidos (devolvidos) por força do recurso.

Entretanto, esta circunstância não esgota o problema, pois ainda é preciso estabelecer quais fatos, alegações, provas, devem ser levados em conta pelo órgão julgador para apreciar aqueles pedidos. No direito brasileiro, a apelação constitui uma efetiva possibilidade de revisão da causa, razão pela qual o próprio sistema impõe a quase absoluta igualdade entre os elementos de que se valeu o órgão *a quo*, e aqueles que o órgão *ad quem* deverá considerar.

Disso decorre que, apontado o capítulo da sentença contra a qual se recorre, *ex legis*, todo o material existente a respeito daquele capítulo é devolvido automaticamente ao tribunal. Pouco importa que o recorrente ou o recorrido opte por não reiterar determinados pontos de fato ou de direito que foram previamente discutidos. A devolução será ainda assim ampla. É este o modelo recursal brasileiro, concebido para efetivamente permitir ao grau superior de jurisdição analisar a causa tal qual foi feito perante o juízo inferior, e assim apurar o acerto ou desacerto da decisão.⁶⁰⁴

Por isso se diz que a atribuição de delimitação horizontal do pleito recursal é exclusiva do recorrente, nos termos do artigo 515, *caput*, analisados em conjunto com diversos outros dispositivos legais (artigos 500, 505, 128, 460, etc.). No entanto, uma vez estabelecido o limite horizontal do recurso, ou seja, a sua extensão (pela indicação dos capítulos da decisão contra os quais se recorre), a determinação dos limites verticais da cognição do tribunal, da profundidade do efeito devolutivo, decorre única e exclusivamente de lei (artigos 515, §§ 1.º e 2.º, e 516).

⁶⁰⁴ “A peculiaridade de o tribunal conhecer de questões que não foram impugnadas pelo recorrente, decorre da característica que o efeito devolutivo possui quando manifestado nos recursos denominados ‘ordinários’, notadamente no que tange à profundidade, a qual tem o condão de levar ao conhecimento do órgão julgador todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnados pelo recorrente.” Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 227.

No capítulo nove deste estudo, foi visto que, em relação aos recursos ordinários, a matéria de ordem pública se insere neste mesmo contexto. Compõe o limite vertical do efeito devolutivo, o núcleo de temas que são submetidos ao tribunal independentemente de expressa menção no recurso. Como são simples fundamentos de capítulos do pedido (e da sentença), o que se impõe ao recorrente é que delimite estes capítulos, para gerar a devolução automática de todos os seus fundamentos.

Nesta perspectiva, as questões de ordem pública relacionadas aos capítulos da sentença que tenham sido recorridos são sempre submetidas ao exame do tribunal *ad quem*, mesmo sem requerimento.

De outro lado, é inconcebível que o tribunal se disponha a examinar e reconhecer matérias de ordem pública incidentes sobre capítulos da sentença que não tenham sido recorridos, pois sobre estes terá se operado a coisa julgada, insuscetível de ser reexaminada pelo mesmo juiz, ou por qualquer outro.

Tudo o que foi exposto neste tópico tem aplicação apenas e tão somente aos recursos ditos ordinários e de fundamentação livre. A Constituição Federal, ao exigir que o julgamento dos recursos excepcionais ocorra apenas em causas decididas, impõe que o recorrente não apenas indique os limites horizontais do seu recurso (os capítulos da decisão contra os quais pretende recorrer), mas também os fundamentos de direito para que aquele pleito recursal deva ser acolhido.

Ainda que pareça óbvio, ninguém propõe ou defende uma demanda para provar, por exemplo, que aconteceu certa conduta culposa, ou para declarar a ilegalidade de uma lei, a nulidade de um contrato. Estes elementos são meros fundamentos – ou questões – invocados para amparar a pretensão efetivamente deduzida, que é de obter uma indenização, a desconstituição de uma relação jurídica, etc. Nas instâncias ordinárias, o reconhecimento de certo fato ou o acolhimento de certa razão de direito apenas são relevantes na medida em que servirão para embasar a conclusão final da decisão, bem como para que o juiz estabeleça o resultado final e atribua o bem litigioso ao seu titular. Na lição sempre atual de Liebman, tais questões dizem respeito ao conteúdo lógico da decisão, a partir do qual o juiz chega ao

conteúdo imperativo, ou seja, à parte da decisão que estabelece com aptidão para a imperatividade e definitividade sobre o acolhimento ou não do pedido.⁶⁰⁵

Também o recorrente de um recurso especial ou recurso extraordinário pretende a reforma da decisão, que seja acolhida a sua pretensão. Como em qualquer outro recurso, o pedido recursal se volta contra o dispositivo (conteúdo imperativo) da decisão recorrida. Aliás, nem haveria interesse recursal em apenas pleitear outra fundamentação para a decisão, caso não se quisesse mudar o seu resultado. Entretanto, porque objetivam proporcionar controle sobre a inteireza do sistema jurídico e porque dependem da alegação específica de determinados vícios na decisão, passa a ser também relevante a atividade da parte no que se refere à profundidade do efeito devolutivo, ou seja, será também do recorrente a atribuição de invocar os fundamentos que quer ver reexaminados pelo Tribunal Superior, que justificam em seu entender a reforma da decisão.⁶⁰⁶

Como recursos de estrito direito que são, só admitem discussão de vícios expressamente apontados na Constituição, não autorizam que o Tribunal Superior, em qualquer caso, se valha de fundamento jurídico não invocado nas razões recursais para julgar o recurso. É de Flávio Cheim Jorge a advertência, muito correta, de que nos recursos de fundamentação vinculada torna-se difícil a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito.⁶⁰⁷

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier pondera que nos recursos de fundamentação vinculada esta aparente sobreposição é inevitável, gerando certa dose de confusão entre a admissibilidade e o mérito, “pois, obviamente, saber se a decisão recorrida

⁶⁰⁵ Enrico Tullio Liebman, *Parte o capo di sentenza*, p. 57. Nas palavras de Araujo Cintra, “a cada disposição da sentença, e por conseguinte, a cada capítulo corresponde uma serie maior ou menor de questões, cuja solução foi preparatória da disposição. Assim, v.g., a disposição condenatória, na ação de ressarcimento, pressupõe a resolução de questões atinente à culpa do réu, à relação de causalidade entre sua ação (ou omissão) e o evento danoso, etc.”. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, p. 55.

⁶⁰⁶ Nelson Rodrigues Netto faz uma associação interessante entre a causa de pedir do recurso e a fundamentação da decisão judicial. Afirma que, “em decorrência da correlação existente ente a motivação da decisão e a causa de pedir, parece-nos acertado afirmar que esses meios recursais são qualificados, ou melhor, devem ter em mira a motivação da decisão recorrida”. Arremata então o autor aduzindo, corretamente, que “a amplitude do efeito devolutivo nestes recursos é limitada, tanto na perspectiva horizontal, quanto na perspectiva vertical. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*, p. 91.

⁶⁰⁷ Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 35.

efetivamente contrariou lei federal (artigo 105, III, *a*) é mérito do recurso especial e não requisito a ser analisado por ocasião do juízo de admissibilidade”.⁶⁰⁸ Inegável, porém, que as mesmas circunstâncias que condicionam a admissibilidade do recurso também condicionam o seu provimento, daí por que Ricardo de Barros Leonel afirma, com acerto, que nos recursos excepcionais “a tipicidade do erro é um dos pressupostos de cabimento do recurso, enquanto sua efetiva ocorrência é um dos pressupostos para sua procedência”.⁶⁰⁹

De toda forma, uma vez superado o exame de admissibilidade, a função institucional das Cortes Superiores se realiza pelo controle restrito dos fundamentos jurídicos pelos quais a decisão é atacada, de modo que apenas o que efetivamente for invocado no recurso é que será analisado. E aqui estamos no plano da profundidade do efeito devolutivo.

Como pondera José Miguel Garcia Medina, são julgadas em recurso especial e recurso extraordinário apenas decisões específicas (causas decididas, de última ou única instância), ou seja, tais recursos não cabem contra toda e qualquer decisão. E, como estas decisões específicas devem ainda ser objeto de alegações de vícios específicos, daí decorre que “as regras relativas ao efeito devolutivo se aplicam de modo diferenciado a tais recursos”.⁶¹⁰

De fato, a cognição exercida pelo Tribunal quanto aos fundamentos do recurso, em vez de plena, passa a ser parcial,

[...] limitada exclusivamente àquela questão tida como infringente da norma posta. E mais, no que tange à profundidade, não se abre ao julgador a possibilidade de examinar qualquer outra questão de fundo que não conste

⁶⁰⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, 6. ed., p. 275.

⁶⁰⁹ Ricardo de Barros Leonel, *Recurso extraordinário e o controle objetivo de constitucionalidade na Justiça Estadual*, p. 365. Não bastasse a natural “confusão” que a admissibilidade e o mérito destes recursos já causam, há o agravante de que a técnica de julgamento dos Tribunais Superiores parece eliminar qualquer distinção que pudesse haver entre tais planos de cognição, o que se revela absurdo. A respeito das críticas sobre esta técnica de julgamento, Cassio Scarpinella Bueno, *Quem tem medo do prequestionamento*, p. 33.

⁶¹⁰ José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial*, p. 292.

expressamente do acórdão, bem como da própria petição de interposição do recurso.⁶¹¹

Enrico Tullio Liebman já alertava que esta sistemática é própria dos recursos de estrito direito, em que a divisão das decisões quanto ao plano vertical torna-se relevante, pois são justamente os fundamentos adotados na decisão, e atacados por meio do recurso, que deverão ser analisados pela Corte Superior.⁶¹²

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente julga no sentido de que os fundamentos do recurso devem estar atrelados à motivação e à fundamentação da decisão recorrida, não se admitindo “inovações ou meros requerimentos”.⁶¹³ A confirmar a exigência de um duplo requisito, acórdão relatado pelo Min. José Delgado, depois de ressaltar que o recorrente se limitou a tecer considerações genéricas sobre os motivos da sua impugnação, sustenta que “o recurso especial é de fundamentação vinculada e exige não só a indicação precisa do preceito legal que se entende violado, mas a demonstração clara das razões pelas quais postula a reforma do julgado” (EDcl no REsp 834416/SC, 1.ª Turma, j. 04.03.2008).

10.6 Objeto da cognição dos Tribunais Superiores nos recursos excepcionais: relevância da dimensão vertical (fundamentos do recurso) do efeito devolutivo

Assim como ao propor uma demanda a parte deve expor as razões pelas quais considera ser titular de certo direito, que justificam a sua pretensão, também no âmbito dos

⁶¹¹ Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*. Prossegue o autor: “A cognição do julgador, quanto à profundidade, justamente em razão de sua limitação, deve ser realizada unicamente em relação àquilo que foi apontado no recurso excepcional e que por sua vez consta do acórdão impugnado. Qualquer outra matéria – mesmo que ligada diretamente à questão discutida – que não tenha sido efetivamente atacada pelo recorrente, não poderá ser apreciada” (p. 229).

⁶¹² Enrico Tullio Liebman, *Parte o capo di sentenza*, p. 58. No direito italiano, o ônus de invocar os fundamentos específicos (profundidade do efeito devolutivo) existe já em relação ao recurso de apelação. O artigo 346 do CPC peninsular determina que as alegações e exceções não repropostas são consideradas renunciadas. Diante desta realidade normativa, Liebman afirmava que, do ponto de vista da atividade lógica, a lei italiana determina que as questões que foram decididas e que não foram repropostas precluem, e não podem ser objeto da cognição do tribunal. Esta circunstância interfere inclusive na postura da parte vencedora, diante do recurso do adversário. Nas palavras de Liebman, “a parte vencedora não pode e não deve propor apelação, nem mesmo incidental, contra uma sentença que tenha resolvido de forma desfavorável algumas das questões examinadas, mas pode e deve repropor tais questões nas devidas formas e antes dos memoriais, se quer que o juiz de apelação possa conhecê-las” (p. 59).

⁶¹³ REsp 1024574/TO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.02.2009.

recursos deve ocorrer o mesmo. O pedido recursal deve estar amparado nas diversas razões contidas no próprio recurso, pelas quais o recorrente entende ser merecedor da nova decisão.

A demanda é delimitada pela causa de pedir contida na petição inicial. O juiz se restringe aos fatos constitutivos alegados pelo autor. No recurso, os motivos da impugnação constituem a causa trazida no recurso, e em relação aos recursos excepcionais, que possuem efeito devolutivo limitado, estes motivos funcionam como fator de limitação à amplitude da cognição e decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.⁶¹⁴ Apenas os fundamentos invocados serão examinados. O exame do inconformismo está restrito aos fundamentos deduzidos no próprio recurso interposto, com exclusão daquilo que não foi objeto de expressa decisão pelo tribunal *a quo*.

Perante as instâncias ordinárias não há este rigor quanto aos fundamentos da decisão, nem exigência de correspondência absoluta entre a atividade jurisdicional e as razões de inconformismo trazidas pela parte. A relevância da discussão jurídica em si é menor, seja porque a matéria pode ser predominantemente fática, seja porque a questão de direito pode ser resolvida pelo magistrado de outro modo, pela qualificação jurídica diversa e pela aplicação de normas legais que podem nem mesmo ter sido invocadas pelos litigantes. O sistema é todo concebido para possibilitar este “melhor julgamento”, inclusive no plano recursal, eis que a cognição realizada pelo tribunal, apesar de limitada pelo pedido da parte, é bastante ampla no aspecto dos fundamentos, justamente para permitir um controle sobre a decisão anterior.⁶¹⁵

Já a busca pela uniformização na aplicação do direito não se dá pelo exame do pedido da parte, mas dos fundamentos invocados por ela para justificar a aplicação desta ou daquela regra jurídica. O pedido pode ser de diferentes naturezas, a pretensão pode e em geral

⁶¹⁴ “Assim, nas instâncias ordinárias (no juízo de primeiro grau, ou nos tribunais, já em grau de recurso de apelação ou agravo) há integral cognição a respeito dos fatos e do direito, dentro dos limites da configuração dada ao litígio pelas partes (em razão do princípio da correlação). Já nos recursos de sobreposição, no processo subjetivo, a função dos tribunais superiores é limitada pelas razões e nos termos já esclarecidos.” Ricardo de Barros Leonel, *Recurso extraordinário e o controle objetivo de constitucionalidade na Justiça Estadual*, p. 367.

⁶¹⁵ A despeito da regra contida nos §§ 3.º e 4.º do artigo 515, a apelação no direito brasileiro é concebida como forma de efetiva revisão da causa (*revisio prioris instantiae*), o que se faz pela renovação do mesmo julgamento já realizado em primeiro grau, em autêntica operação aritmética de conferência da operação anterior. Ver, em termos mais amplos, o nosso *A apelação e seus efeitos*, especialmente o capítulo cinco.

varia conforme a parte interessada, mas a discussão jurídica em si é sempre baseada em fundamentos. Assume então relevo a *motivação* da decisão recorrida, bem como a fundamentação do recurso interposto, que figura, portanto, como uma espécie de roteiro que o órgão *ad quem* deve seguir, para examinar se a decisão violou ou não o ordenamento brasileiro.

Não por acaso, é bastante comum verificar recursos especiais ou extraordinários divididos por tópicos, cada um atacando um fundamento particular utilizado na decisão recorrida, ou invocando um argumento específico que demonstra a violação à lei federal ou à norma constitucional. Isto se dá porque, objetivando tais recursos a manutenção da ordem constitucional e infraconstitucional, é imprescindível atacar a motivação do acórdão, uma vez que “a irresignação deve estar em compasso com as hipóteses de cabimento exaurientemente descritas na Constituição Federal”.⁶¹⁶

O Superior Tribunal de Justiça, pela via do recurso especial, tem a missão de resguardar o direito federal infraconstitucional. Sua atividade então é verificar se uma decisão específica (do tribunal *a quo*) contraria ou nega vigência ao direito federal, o que obviamente só pode ser feito à luz do que se contém naquela mesma decisão. Não se exercita um controle sobre a inteireza do direito federal que tenha sido amplamente discutido na causa, mas apenas e tão somente um controle do direito objetivo, isto é, controle das possíveis violações que a decisão anterior tenha praticado, pelos fundamentos específicos que o recorrente tenha trazido em seu recurso.

De fato, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inúmeros acórdãos reiteram a característica de se tratar o recurso especial de um recurso de fundamentação vinculada, “não bastando que a parte apenas indique seu pedido sem o vincular a dispositivo

⁶¹⁶ Nas palavras de Nelson Rodrigues Netto, “a decisão, sob este ângulo, não poderá ser decomposta, exclusivamente, no plano horizontal de sua parte dispositiva, sob pena de não se identificar a fundamentação vinculada, exigida para a interposição do recurso extraordinário e/ou do recurso especial. De tal maneira, deve ser admitida a divisão da motivação do julgado em tópicos, cada qual apto a delinear o pertinente recurso”. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*, p. 87. Mais adiante, o autor ainda afirma, com total razão, que “a amplitude do efeito devolutivo nestes recursos é limitada, tanto na perspectiva horizontal quanto na perspectiva vertical” (p. 91).

de lei federal ou o faça de forma genérica” (REsp 1008203/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 24.06.2008).

Há a exigência de dois fatores. Primeiro, para superar os óbices de admissibilidade, a questão federal deve ter sido efetivamente enfrentada, pois só assim se cuidará de uma causa (efetivamente) decidida. Segundo, o novo exame daquela causa decidida só é feito com base na fundamentação efetivamente adotada no recurso, com base nas razões de impugnação trazidas pelo recorrente.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de julgar recursos extraordinários em que a alegação de violação à Constituição Federal estava vinculada à ofensa ao princípio do devido processo legal, inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5.º, inciso XXXV, da CF). Por não vislumbrar esta violação específica, o recurso foi negado, ainda que outras possíveis violações pudessem ter sido cogitadas (como a afronta ao artigo 102, III, que trata do cabimento do recurso especial), mas, por não terem sido usadas como argumento do recurso, não poderiam ser apreciadas pelo tribunal.

Isso se dá, e deve ser encarado com absoluta normalidade, porque mesmo fundamentos estritamente jurídicos, que deixarem de ser mencionados nas razões do recurso, não serão examinados pelos Tribunais Superiores, pois não há devolução automática de fundamentos da causa, mas cognição limitada aos fundamentos do próprio recurso.⁶¹⁷ A cognição operada nos Tribunais Superiores sofre diversas restrições, fazendo com que o efeito devolutivo destes recursos, em especial quanto à sua profundidade, se manifeste em modo diferente, seja porque os fundamentos não utilizados nas razões recursais não podem ser

⁶¹⁷ É bastante comum esta circunstância, lembrada por Nelson Rodrigues Netto. Por exemplo, se a decisão recorrida contiver disposições que possam configurar negativa de vigência a dois artigos de lei e o recurso atacar apenas um, o Superior Tribunal de Justiça não estará autorizado a conhecer do outro fundamento, eis que não indicado no recurso especial. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*, p. 91-92.

examinados, seja porque estes fundamentos só podem estar relacionados a questões de direito, pertinentes à matéria federal ou constitucional.⁶¹⁸

Não obstante o que se disse, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça podem ser encontradas decisões em sentido contrário. Entre elas, uma das primeiras que analisou detidamente a questão foi relatada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no REsp 609.144/SC, j. 24.05.2004. O acórdão afirma que, a despeito da devolutividade limitada à matéria prequestionada,

[...] o REsp não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria nos termos previstos no CPC 267 § 3.º e 301 § 4.º.

O voto condutor assevera que se deve ao requisito do prequestionamento “um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie”.

Sob uma perspectiva teórica, levando em conta todos os elementos sustentados até aqui, já se poderia afirmar que a decisão, não obstante a qualidade de seu prolator, enfoca aspectos que não compõem o núcleo das preocupações e das funções destes recursos. Ocorreu, no caso concreto, a realização de atividade judicial de ofício, que não se compatibiliza com as funções daquela Corte. Ademais, para proceder a este tipo de julgamento, inevitável que o Tribunal analise circunstâncias fáticas do caso concreto, o que ordinariamente é vedado no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula 7 do STJ.

O Tribunal, naquele caso específico, observou que o acórdão recorrido e o recurso dele interposto se voltavam contra uma realidade que nada tinha a ver com a demanda

⁶¹⁸ Roberto Dórea Pessoa, Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito, p. 495-520. Isto não significa, porém, que não haja o efeito devolutivo, ou seja ele desprovido de sua dimensão vertical, como pretende Tânia Aoki Carneiro, Recurso especial, efeito translativo. Matéria de ordem pública, p. 211.

proposta. Diante desta dissociação entre a lide original e o objeto do julgamento em segundo grau, a Corte optou, naquela situação específica, em privilegiar a “justiça da decisão” e anular o acórdão recorrido. Adotou esta solução a despeito de não haver pedido de anulação da decisão, nem fundamentos específicos que invocassem este vício da decisão recorrida.⁶¹⁹ Sob esta perspectiva, a decisão deixou de observar os preceitos constitucionais aplicáveis ao recurso especial.

Para uma breve comparação, vale lembrar que no recurso de apelação é indiferente a atividade do órgão *a quo* em relação a todas as questões ou fundamentos, pois mesmo se analisar apenas parte das alegações que poderia, todas as demais serão ainda assim transferidas ao conhecimento do órgão *ad quem*. Aliás, é recorrente a ponderação de que o julgador não está obrigado a responder a todas as perguntas formuladas, ou analisar todas as alegações das partes, mas apenas o que for relevante para o julgamento da causa. Independentemente de certo exagero nesta postura, ou mesmo do risco de decisões pouco fundamentadas, fato é que a cognição do segundo grau não depende de que todos os fundamentos tenham sido efetivamente enfrentados, contentando-se o sistema com uma identidade potencial entre o material submetido a exame nos diferentes graus de jurisdição.

Nos recursos excepcionais a situação é, duplamente, diferente. As questões jurídicas que não constarem expressamente das razões de decidir não permitem nenhum exame pelos tribunais de sobreposição, por ausência de “causa decidida”. Isso impõe às partes não apenas o dever de invocar estes fundamentos, mas também o de requerer a expressa manifestação do órgão julgador a seu respeito, inclusive pela via dos embargos de declaração “prequestionadores”.⁶²⁰

⁶¹⁹ Ainda que se admita a situação delicada em que se coloca um julgador, responsável e ciente das mazelas do Poder Judiciário, diante de um julgado que decidiu caso completamente diverso do que lhe foi apresentado originalmente, o fato é que esta circunstância fática deve ser conferida e combatida pelos procuradores das partes e, do ponto de vista dos órgãos jurisdicionais, compete a todos os demais órgãos, integrantes das instâncias ordinárias, realizar este tipo de controle. Aliás, como bem advertiu Nelson Nery, a ocorrência de julgamentos que não guardam relação com a demanda original é uma triste e recorrente realidade. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257), p. 972.

⁶²⁰ José Miguel Garcia Medina, nesta mesma linha de raciocínio, afirma que o acórdão local deve, necessariamente, analisar cada um dos fundamentos e teses levantadas, seja para acolher ou rejeitar, mas, enfim, deve decidir sobre cada uma delas. Decidindo-as, mesmo que para rejeitá-las, a matéria está

Exemplo típico deste modo de ser dos recursos excepcionais se verifica na ementa a seguir:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Alegação de incompetência absoluta. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282. I – A questão constitucional objeto do recurso extraordinário não foi objeto de apreciação do acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 282 do STF. II – Matéria de ordem pública não afasta a necessidade do prequestionamento da questão. III – Agravo regimental improvido.⁶²¹

De outro lado, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal só examinarão as questões jurídicas efetivamente abordadas (com ou sem indicação expressa ou numérica do dispositivo legal, esta circunstância é indiferente para os fins deste estudo), os órgãos de segundo grau devem apreciar todas as questões suscitadas e discutidas, sob pena de violação ao artigo 535 do CPC e interposição do recurso especial por este fundamento.⁶²² Este dever se estende também a aspectos fáticos deduzidos no processo, pois, mesmo que não se possa revê-los, é possível que as Cortes Superiores examinem a aplicação da norma constitucional ou da norma federal com base na realidade fática estabelecida nas instâncias inferiores. Assim, para hipóteses específicas, em que o julgamento da questão jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal depende do exame (não necessariamente do rejuízo) de questões de fato, a doutrina sustenta, com propriedade, que a parte deve, exercendo legitimamente a sua atividade de prequestionar, pedir ao órgão *a quo* que faça constar do acórdão matéria fática, para demonstrar, a partir da mera leitura da decisão, o que se pretende a título de revisão da questão jurídica.⁶²³

prequestionada. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento, p. 42.

⁶²¹ AI 633.188, Min. Ricardo Levandowski, j. 31.10.2007. Agravo Regimental no AI 733.846-6/SP, Min. Carmem Lucia, j. 28.04.2009.

⁶²² Rodrigo Barioni. *Efeito devolutivo da apelação civil*, p. 151.

⁶²³ Teresa Arruda Alvim Wambier, Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento, p. 515. Prossegue a autora, admitindo que a posição dos tribunais *a quo* e a do Superior Tribunal de Justiça criam um fosso entre a realidade real e a realidade criada pelo processo, e apenas com cooperação entre os tribunais se pode corrigir a inadmissão dos recursos por esta circunstância específica. Afronta-se também a economia processual, pois um primeiro recurso especial é interposto por violação ao artigo 535 do CPC, anula-se o acórdão, profere-se novo e então um segundo recurso especial será interposto, pela violação original.

A relevância dos fundamentos do recurso na atividade cognitiva dos Tribunais Superiores também se demonstra pela construção jurisprudencial a respeito do “fundamento suficiente”. Resumidamente, a jurisprudência das Cortes Superiores considera inadmissíveis recursos se, mesmo que acolhidos, não forem suficientes para modificar o julgamento, (i) porque a decisão se baseia em fundamento constitucional e infraconstitucional, e apenas um recurso é interposto, (ii) porque a decisão se baseia em mais de um fundamento, e apenas parte deles é atacada.

Nestas situações, exigem-se a interposição dos dois recursos e a insurgência contra todos os fundamentos da decisão (Súmula 283 do STF e Súmula 126 do STJ).⁶²⁴ Disso resulta que a referência para o julgamento a ser proferido pelas Cortes Superiores é o recurso em si, o que consta das razões recursais, desprezando-se argumentos e fundamentos que não estão ali expressamente indicados e explorados.⁶²⁵

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também caminhou no sentido de admitir o exame de todos os fundamentos invocados no recurso, ainda que o tribunal de origem tenha admitido o recurso por apenas um deles. Nem por isso está a parte obrigada a manejar agravo de despacho denegatório, pois, uma vez superado o juízo de admissibilidade (por um fundamento apenas), o juízo de mérito do recurso se faz a partir de todos os fundamentos e motivos indicados no próprio recurso. Esta circunstância, igualmente retratada em súmula, serve também para ilustrar a distinção – nem sempre fácil – entre a admissibilidade e o mérito destes recursos.⁶²⁶

⁶²⁴ Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Súmula 126 do STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

⁶²⁵ Ver, a respeito, José Theophilo Fleury, *Prejudicialidade do recurso especial em face do recurso extraordinário e vice-versa*, p. 324-357.

⁶²⁶ Súmula 292 do STF: “Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão por apenas um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros”.

Súmula 528 do STF: “Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal ‘a quo’, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento”.

Em larga medida, o recurso de apelação no direito italiano apresenta esta mesma característica. O Código de Processo Civil italiano possui uma regra particular (artigo 346), não verificada em outros diplomas, de que as exceções não acolhidas pela sentença, caso não sejam repropostas no recurso ou na resposta, consideram-se renunciadas e, em consequência, não integram a devolutividade do recurso de apelação.⁶²⁷

No direito peninsular, para se determinar a cognição que o tribunal exerce já em relação ao recurso de apelação, é relevante não apenas a identificação do capítulo da sentença contra o qual se recorre, mas a indicação dos fundamentos desta irresignação. Andrea Proto Pisani pondera que, se julgado improcedente o pedido, a apelação do autor será admissível somente se impugnar todos os motivos pelos quais o pedido foi rejeitado. Se a rejeição da demanda se deu por mais de um motivo, e o recurso se refere a apenas um deles, afirma o referido autor que a apelação deve ser considerada inadmissível, pois, mesmo que o tribunal considere que o motivo alegado não existe, a sentença não poderá ser modificada porque outros motivos não terão sido devolvidos ao tribunal.⁶²⁸

10.7 Impossibilidade do exame de matéria de ordem pública que não seja objeto do recurso

Toda a sistemática envolvendo os recursos excepcionais e a relevância do exame dos fundamentos da decisão demonstram que, no âmbito destes recursos, é de fato impossível cogitar do exame de questões de ordem pública que não constituam o fundamento específico do pleito recursal.

As razões são de ordem eminentemente técnica, pois não se compatibiliza com o sistema dos recursos especial e extraordinário a análise de questões jurídicas que não tenham sido (i) objeto de específica decisão no acórdão recorrido e (ii) impugnadas especificamente

⁶²⁷ Decadenza dalle domande e dalle eccezioni non riproposte. – Le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate.

⁶²⁸ Proto Pisani, Nete sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione, p. 111.

nas razões recursais. Faltando qualquer destes elementos, o julgamento não poderá ser realizado.⁶²⁹

Para a corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta a possibilidade do exame da matéria de ordem pública mesmo em sede destes recursos, dois são os fundamentos básicos que a permitem.⁶³⁰ Em primeiro lugar, a relevância das questões de ordem pública no sistema e a impossibilidade de um órgão julgador, qualquer que seja ele, “fechar os olhos” a estes aspectos do processo, que dizem respeito à regularidade da atuação da atividade jurisdicional.⁶³¹ Segundo, o fato de que, ultrapassado o juízo de admissibilidade, a função do Tribunal Superior é julgar a causa.

Em relação ao primeiro argumento, a doutrina pondera que não podem persistir no “sistema jurisdicional situações em que o irrestrito apego aos requisitos de admissão dos recursos excepcionais possam gerar convalidação de lesão a matérias de ordem pública”.⁶³² Ainda, que a afronta a preceitos de ordem pública autoriza a propositura de ação rescisória, argumento que igualmente justifica que seu controle seja exercitado em todos os momentos do processo.

⁶²⁹ Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim são também da opinião de que os artigos 267, § 3.º, e 301, § 4.º, do CPC não se aplicam ao Superior Tribunal de Justiça, no caso do recurso especial. “Também neste caso, há necessidade de prequestionamento, porque, caso contrário, não se fará presente o requisito constitucional ensejador do cabimento do recurso especial pela alínea *a* do inc. III do art. 105 da CF/88.” Recurso especial e prequestionamento, p. 170.

⁶³⁰ Paulo Henrique dos Santos Lucon, Recurso especial: ordem pública e prequestionamento, p. 326.

⁶³¹ Eduardo de Albuquerque Parente, Os recursos e as matérias de ordem pública, v. 7. O autor é da opinião de que a tutela jurisdicional outorgada ao recorrido se revelaria injusta, na medida em que o reconhecimento de matérias de ordem pública poderia influir no julgamento. Diante do não conhecimento do recurso excepcional, a questão de ordem pública deixará de ser apreciada, gerando desequilíbrio ao ordenamento. Se, como afirmou Chiovenda em sua já clássica exortação, *o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo que ele receberia se não precisasse do processo*, Eduardo Parente questiona como se pode justificar a outorga do direito a quem não tem este direito. Em suas palavras, “seria lícito oferecer tutela a quem não tem este direito? Pior, na visão da chamada pretensão bifronte, entregá-la a quem sequer tem direito a um julgamento de mérito?” (p. 137). Pelas razões expostas ao longo da tese, e em particular neste capítulo, é de reconhecer que também por julgamentos equivocados de questões de mérito se pode violar a máxima de Chiovenda, atribuindo-se o direito a quem não seja seu efetivo titular. Assim, não há substancial diferença entre estas situações, de forma que ou ambas são admitidas, como riscos inerentes ao sistema, ou nenhuma é admitida, o que implicaria eliminação do fator segurança, com todas as nefastas consequências daí decorrentes.

⁶³² Rogério Licastro Torres de Mello, Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento, p. 342.

Na realidade, a ação rescisória é admissível também em situações de violações ao direito material. Nem por isso, entretanto, deve-se admitir a permanente e incessante busca por novas etapas de controle a respeito da regularidade da aplicação da regra de direito à situação em conflito. A ordem pública processual é apenas uma técnica de que o processo se vale para atingir o melhor resultado possível, evitando desperdício de atividades e extirpando irregularidades sempre que possível. Não se pode atribuir demasiada importância a este conjunto de regras, pois o interesse público que está em sua base cede diante de outra manifestação do interesse público, a de obter decisões finais, e de mérito, estas, sim, o verdadeiro escopo da jurisdição.⁶³³

O segundo argumento, de que compete aos Tribunais Superiores o “julgamento da causa”, tem amparo na Súmula 456 do STF, segundo a qual “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.⁶³⁴ Mas em nosso entender esta Súmula não tem o significado que se lhe quer atribuir.

A súmula foi editada com o objetivo de estabelecer a função julgadora do recurso extraordinário, em contraposição à função meramente rescindente, típica de Cortes Superiores de outros sistemas jurídicos, como a Corte di Cassazione italiana. À época da edição da súmula, o Supremo Tribunal Federal não se limitava a cassar as decisões que violassem a Constituição ou a legislação federal, remetendo o processo para o grau inferior prolatar nova decisão. Após reconhecer vícios da decisão recorrida, o Supremo Tribunal Federal exercia juízo de rescisão, logo seguido de novo julgamento, substituindo a decisão recorrida. Esta postura do Supremo Tribunal Federal se mantém até hoje no tocante à matéria constitucional, estendendo-se ao Superior Tribunal de Justiça quanto à legislação federal infraconstitucional.

⁶³³ Vito Antônio Boccuzzi Neto igualmente atribui importância excessiva ao controle das questões de ordem pública, admitindo que ele seja feito nos Tribunais Superiores, independentemente da superação do juízo de admissibilidade. Admite a existência e a aplicação do efeito translativo nos recursos excepcionais, o qual se encontra “encartado na própria definição do devido processo legal”. Por tudo o que foi dito no corpo do texto, não podemos concordar com tais opiniões. Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública, p. 447.

⁶³⁴ Egas Dirceu Moniz de Aragão ensina que na fase do julgamento, quando a admissibilidade é superada, “ficará livre ao tribunal apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, sem o que lhe seria impossível aplicar o direito à espécie, conforme dispõe a mesma regra regimental”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, n. 541, p. 411-412. Também para Ada Pellegrini Grinover, “aplicar o direito à espécie significa, sem qualquer margem de dúvida, passar pelo exame de matérias de ordem pública”. *Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de prequestionamento)*, p. 109.

Este o significado da expressão “julgar a causa”, mas por razões óbvias o disposto em súmula não pode se sobrepor às normas constitucionais que disciplinam as hipóteses de cabimento e a dinâmica do julgamento dos recursos excepcionais.⁶³⁵ Pelos motivos já expostos, há uma efetiva limitação à cognição que as Cortes Superiores podem exercer, adstrita aos fundamentos indicados no recurso. Não fosse assim, como adverte Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o Superior Tribunal de Justiça se transformaria em nova instância, tribunal de revisão ordinária dos julgados.⁶³⁶

Nesta mesma ordem de ideias, Araken de Assis, discorrendo sobre os recursos de fundamentação vinculada, afirma que

[...] a motivação vinculada restringe a extensão e a profundidade do efeito devolutivo do recurso, impedindo que o órgão *ad quem* julgue além ou fora do erro típico que torna admissível o recurso. Tal característica impede que o STF e o STJ, ao aplicarem o direito à espécie, transmudem-se em indesejável terceira instância, conquanto jungida ao reexame das questões de direito.⁶³⁷

Com efeito, a prevalecer esta interpretação mais ampla dos limites do julgamento proferido pelos tribunais superiores, a pretexto de tutelar o controle da regularidade do processo, teríamos ao mesmo tempo duas consequências absolutamente nefastas. Primeiro, a preponderância de questões processuais sobre as questões de mérito (pois quanto a estas ninguém discute que situações de injustiça e mal aplicação do direito ao caso concreto podem ocorrer, como risco inerente a qualquer sistema jurídico). Segundo, a deformação e o desvirtuamento das funções dos Tribunais Superiores.

⁶³⁵ Nelson Nery Jr., idealizador da figura teórica do efeito translativo, é bastante enfático ao expor as razões pelas quais ele não se aplica nos recursos excepcionais. Contudo, em artigo específico sobre este tema, amparado na distinção que faz entre a função rescindente e de revisão, próprias dos recursos excepcionais no sistema brasileiro (que não se limitam a meramente rescindir o julgado, mas também de julgar o recurso), o autor afirma que, ao realizar o juízo de revisão, “porque exerce funções de tribunal de apelação (segundo grau de jurisdição), pode o tribunal superior examinar pela primeira vez as questões de ordem pública, que devem ser examinadas em qualquer grau ordinário de jurisdição (CPC 267, § 3.º e 301, § 4.º), circunstância decorrente do efeito translativo dos recursos”. Questões de ordem pública e o julgamento de mérito dos recursos extraordinário e especial, p. 968.

⁶³⁶ “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 de recursos e permitindo o uso abusivo das ‘nulidades guardadas’, a serem suscitadas depois de vencida a instância ordinária.” Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Recurso especial: questão de ordem pública. Pquestionamento, p. 287.

⁶³⁷ Araken de Assis, *Manual dos recursos*, p. 54

Sem razão, portanto, a corrente jurisprudencial fartamente encontrada na 2.^a Turma do STJ, que admite o exame das questões de ordem pública a partir da admissão do recurso especial por outro fundamento, pois a questão não se limita à existência ou não de prévia decisão a respeito, mas exige também a específica impugnação da questão nas razões do recurso.⁶³⁸

Na jurisprudência, tais temas acabam sendo tratados sob o exclusivo enfoque do prequestionamento, de forma que para uma corrente jurisprudencial que se pode considerar mais tradicional, ainda que a questão verse sobre matéria de ordem pública, é necessário o prequestionamento. Para outra, desenvolvida mais recentemente e que vem ganhando adeptos, o exame das matérias de ordem pública é possível se o requisito do prequestionamento tiver sido superado em relação a outro fundamento do recurso. Assim, mesmo não prequestionada a matéria de ordem pública, ela poderá ser analisada por ocasião do julgamento do mérito do recurso.

Por tudo o que se sustentou, a limitação ao exame da ordem pública, como ademais em relação a qualquer outro fundamento, não se limita ao requisito do prequestionamento, pois depende também da específica indicação como razão do recurso, como motivo de ataque à decisão recorrida. A se confirmarem todas as considerações expendidas ao longo desta tese, as matérias de ordem pública se convertem em mero fundamento de ataque às decisões dos tribunais locais, de forma que, se foram objeto da decisão e, cumulativamente, estão especificadas no recurso, poderão ser examinadas. Faltando algum destes requisitos, inviável a sua cognição nos recursos excepcionais.

⁶³⁸ Entre os julgados que assumem postura mais liberal quanto ao tema, EDcl nos EDcl no REsp 920334/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2.^a Turma, j. 24.06.2008, em cuja ementa consta o seguinte trecho: “1. Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento. 2. Excepciona-se a regra se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial. Precedentes”. Também o AgRg no REsp 900449/RJ, Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.06.2009: “1. O fato de a questão da legitimidade passiva não ter sido alvo de prequestionamento não impede que esta Corte Superior trate do ponto. É que os recursos extraordinários (em sentido lato) também possuem o efeito translativo, ainda que de abrangência mais limitada, tendo em conta a necessidade de que o inconformismo seja conhecido ao menos por algum outro fundamento que não o que deixou de ser prequestionado. Incide, no caso, a Súmula n. 456 do STF, por analogia”. Em sentido oposto, pela inadmissibilidade do exame da matéria de ordem pública que não seja especificamente mencionada, o AgRg no REsp 1090055/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 21.05.2009: “1. Em agravo regimental, é vedada a inovação de teses não contidas, de modo expresso, no recurso especial. Além do mais, as denominadas questões de ordem pública, apreciáveis de ofício nas instâncias ordinárias, devem ser prequestionadas, isto é, examinadas no acórdão recorrido, para viabilizar o exame no recurso especial”.

11

CONCLUSÕES

Do desenvolvimento dos capítulos precedentes podem ser extraídas algumas conclusões, que são resumidas abaixo em forma de itens.

1. A ordem pública tem sido considerada como o conjunto de princípios que refletem os valores fundamentais de uma determinada sociedade. Estes valores, que se encontram na sua base, sofrem modificações conforme o tipo de sociedade, o tempo e o lugar, mas de modo geral estão associados com aspectos morais, sociais, econômicos e religiosos desta mesma sociedade.

2. A par de constituir um verdadeiro princípio, de feições universais e aplicação a diferentes ramos do direito, a ordem pública também se constitui, em um plano mais concreto, como um conjunto de regras, que justamente procuram dar cumprimento ao princípio mais geral da ordem pública. Tais regras apresentam elementos centrais, que são a existência de interesse público marcante, a cogência absoluta e a imperatividade destas normas, do que resulta a impossibilidade de transação ou de qualquer ato de disposição a seu respeito, ressalvada a expressão meramente econômica de tais conteúdos. Para identificar a presença da ordem pública, será sempre necessário investigar a presença destes elementos.

3. Em relação ao direito material, a ordem pública significa limitação à liberdade de contratar, imposição de determinadas cláusulas ou situações jurídicas, assim como restrições às partes em eleger lei diversa, enfim, um conjunto de restrições que são estabelecidas com base na premissa de que não se pode permitir que as partes regulem livremente certas situações, sob pena de ofender princípios fundamentais do ordenamento jurídico e violar normas que retratem o interesse público.

Assim, sempre que se tratar de uma relação jurídica regulada por normas de ordem pública, haverá necessariamente maior controle não apenas sobre a formação daquele ato ou negócio jurídico, mas sobre seu desenvolvimento, execução e até rescisão, admitindo-

se inclusive a revisão judicial, ou seja, abrindo-se uma exceção ao princípio da intangibilidade dos contratos.

4. No contexto da arbitragem nacional, a ordem pública influencia tanto na escolha das regras de direito (de fundo e procedimentais) pelas partes como no controle judicial que se faça sobre tal sentença, pois em maior ou menor medida todas as hipóteses de anulação da sentença arbitral (LA, art. 32) estão amparadas em razões de ordem pública. Ademais, ainda que com advertências sobre o seu caráter absolutamente excepcional, deve-se admitir que outras situações ali não previstas possam justificar a anulação, se da violação à ordem pública decorrerem situações de manifesta injustiça e teratologia.

5. Para a arbitragem internacional, a ordem pública é influenciada pelos princípios do comércio internacional, objetiva um controle mínimo sobre as decisões transitadas em julgado proferidas no exterior. Sua função específica é exercer controle sobre a aplicação, no território nacional, de decisões que violem os preceitos fundamentais do direito brasileiro, em suas relações internacionais.

Sob este aspecto, também no plano da arbitragem internacional, a interpretação que se propõe à violação da ordem pública e, de um modo geral, a todas as hipóteses de recusa no reconhecimento de decisões estrangeiras, tem sido bastante restritiva, seja porque este é o espírito da convenção internacional mais difundida sobre o tema – CNY de 1958 –, seja porque se deve buscar preservar e favorecer a arbitragem internacional como fator de desenvolvimento das relações internacionais. Pondere-se ainda que o juízo que se exerce sobre sentenças estrangeiras é meramente formal, não podendo, em qualquer hipótese, adentrar o mérito do que foi decidido.

6. Por sua vez, no tocante ao objeto específico da tese, a ordem pública de direito processual tem sido interpretada de modo equivocado e aplicada, em termos práticos, como mecanismo para a extinção anômala de processos, sem o exame do mérito das pretensões.

As questões de ordem pública costumam ser definidas (equivocadamente) com base nas três características processuais que em regra apresentam, que são a (i) a possibilidade

de exame de ofício, (ii) ausência de preclusão da matéria e (iii) possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Entretanto, não é a presença destas três características que define uma questão como de ordem pública, mas a imperatividade da sua aplicação, o objetivo que a regra de direito processual procura resguardar, atrelado ao interesse público na plena realização da função jurisdicional, no atingimento dos seus escopos, com economia. Assim, a ordem pública processual atua como forma de controle da admissibilidade do processo, da sua regularidade e aptidão para atingir o resultado final buscado pela jurisdição, que vem a ser a realização de julgamentos de mérito, que decidam sobre a controvérsia e atribuam o bem da vida ao seu titular.

7. Sua aplicação está diretamente relacionada ao propósito de salvar processos e permitir que sejam julgados quanto ao mérito, e não o de gerar a extinção sem tal exame, diante da suposta necessidade de tutelar categorias processuais que, de um modo geral, vêm sendo mal interpretadas e aplicadas. A pretexto de realizar tal controle, os operadores do direito se esquecem dos objetivos deste mesmo controle e acabam sustentando posições que se valem do remédio para causar a doença, e não para evitá-la.

8. Em relação à maior parte das hipóteses concretas pelas quais a ordem pública processual se verifica e se materializa – as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades processuais absolutas –, foi demonstrado que deve haver limites para a sua alegação, para sua cognição, e sobretudo, como regra, as sentenças de mérito que porventura chegaram a ser proferidas devem ser preservadas (ainda que invertendo-se o resultado do julgamento). Se o escopo da pacificação depende da decisão sobre o direito em litígio, não se admite em regra que este julgamento seja retirado das partes, substituindo-o por julgamento processual, que nenhuma delas veio efetivamente em busca.

9. O reconhecimento da questão de ordem pública jamais pode prescindir da observância, prévia, do princípio do contraditório, de forma que os juízes devem necessariamente informar às partes sobre a possibilidade de julgamento sobre tais questões, evitando julgamentos surpreendentes.

10. Sem prejuízo da definição da ordem pública processual proposta no capítulo 4, nesta sede conclusiva, pode-se igualmente considerar a ordem pública processual como o conjunto de normas, contidas no ordenamento jurídico, pelas quais se exerce o controle tempestivo sobre a regularidade do processo, normas estas voltadas a permitir que a jurisdição atinja seus objetivos, de decidir o mérito, atribuir o bem da vida e gerar pacificação.

11. A regra do artigo 249, § 2.º, segundo a qual “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”, tem plena aplicação a todas as hipóteses de ordem pública processual, e não apenas às nulidades processuais absolutas. Há inúmeras razões sistemáticas que impõem o dever, do magistrado e de todos os operadores do direito, em privilegiar soluções de mérito, sempre que tais julgamentos puderem ser realizados, mesmo e a despeito de aspectos processuais que poderiam, na mesma oportunidade, gerar sentenças terminativas (beneficiando a mesma parte que poderá receber o julgamento favorável quanto ao mérito).

12. Questões de ordem pública e questões cognoscíveis de ofício não são a mesma coisa, e não se justifica a imprópria associação que se costuma fazer entre tais fenômenos. Há um universo muito amplo de poderes de ofício, que decorrem apenas e tão somente de política legislativa. São escolhas do legislador, baseadas em critérios os mais diversos. Sobre este universo amplo de poderes de ofício, um rol bem mais reduzido compõe a ordem pública processual.

13. O Código de Processo Civil, não obstante prever em dispositivos específicos as questões processuais que são mais relevantes para fins do correto exercício da jurisdição, não faz adequada sistematização dos poderes de ofício, tampouco dos meios de arguição das questões processuais. Em consequência, confunde critérios e impõe um tratamento não uniforme das questões processuais que podem ou não ser objeto de conhecimento espontâneo pelo magistrado.

14. As matérias que o juiz pode conhecer sem provocação são denominadas objeções. Dividem-se em processuais ou substanciais, conforme a sua natureza. As objeções substanciais são objeto de fragmentada e assistemática regulação no plano do direito positivo,

o que torna sua aplicação prática bastante confusa, e tem alimentado polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais históricas, não apenas no direito brasileiro, como também nos ordenamentos que lhe são originários.

15. De toda forma, mesmo compondo a ordem pública de direito material, tais questões só podem ser objeto de cognição espontânea do magistrado quando dizem respeito ao objeto do processo. A configuração de uma matéria como de ordem pública material não justifica o desrespeito a princípios processuais que são, por seu turno, também de ordem pública, como a congruência, demanda, contraditório, entre outros.

16. No direito processual, prevalecem as situações em que o juiz atua oficiosamente, e apenas em via excepcional ele depende das partes para decidir acerca da condução do processo e das questões processuais em geral. Não obstante, do universo de hipóteses que autorizam a extinção do processo sem resolução de mérito a maior parte não pode ser reconhecida de ofício. O artigo 267, § 3.º, atribui apenas às hipóteses dos incisos IV, V e VI (as questões de ordem pública por natureza) tal aptidão.

17. Entre tais exceções, a incompetência relativa, a convenção de arbitragem e a admissibilidade do agravo por falta de comunicação da sua interposição compõem um grupo reduzido de situações que, não obstante digam respeito à admissibilidade e à regularidade do processo, não admitem conhecimento espontâneo.

18. A prescrição, seja sob o prisma do direito material, seja do processual, não se configura questão de ordem pública, apenas pelo fato de ser cognoscível de ofício, a partir da Lei 11.280/2006. Esta aptidão ao conhecimento judicial espontâneo não é suficiente para modificar a natureza do instituto, aspecto que serve apenas para demonstrar a dissociação entre a ordem pública e a cognição *ex officio* de certas matérias.

19. Do exame dos aspectos procedimentais, quanto à alegação e ao exame da questão de ordem pública processual, foi demonstrado que poucas hipóteses efetivamente admitem julgamentos tardios ou retrocessos procedimentais. O reconhecimento a destempo da inexistência ou nulidade da citação, inépcia da petição inicial, preempção, conexão,

incapacidade, convenção de arbitragem, e mesmo em relação à falta de condições da ação são fruto da má compreensão a respeito do conteúdo da ordem pública processual.

Inegável, contudo, que há hipóteses mais graves, que impõem seu reconhecimento mesmo em segundo grau, ou seu controle ainda que tenha havido expressa decisão anterior a respeito. Nesta categoria de questões de ordem pública mais relevantes e potencialmente mais graves, devem ser consideradas (apenas) a incompetência absoluta, a litispendência e a coisa julgada, pois efetivamente não se pode compatibilizar o objetivo maior de pacificação e aplicação do direito ao caso concreto, com situações processuais que envolvam tais requisitos.

20. Mas, nestas situações, o reconhecimento tardio da ocorrência de tais questões de ordem pública impõe não apenas a penalização das partes por sua omissão ou arguição tardia, como também a responsabilização do julgador, por violação ao seu dever funcional de dirigir o processo com diligência e eficiência.

21. A hipótese mais grave, entre todas as tuteladas pela ordem pública processual, é de inexistência ou nulidade de citação. Trata-se de circunstância do processo de conhecimento à qual o sistema atribui gravidade absoluta, verdadeira hipótese de inexistência jurídica da sentença.

Contudo, trata-se justamente de exceção que confirma a regra, sendo a única questão de ordem pública que efetivamente sobrevive ao trânsito em julgado do processo de conhecimento. *A contrario sensu*, todas as demais hipóteses são passíveis de convalidação. Demonstra-se, à luz do direito positivo em vigor, a relativização da importância da ordem pública, em oposição do que se sustenta reiterada e irrefletidamente.

22. Em relação à característica sempre afirmada, de que as questões de ordem pública não se sujeitam à preclusão, foi demonstrado que os objetivos da ordem pública não se compatibilizam com semelhante interpretação, e que a liberdade conferida aos magistrados, de não examinar no momento próprio e sempre relegar para fase procedimental mais avançada tal exame, tem se revelado extremamente prejudicial ao processo. Entre outros efeitos, retira também da parte a responsabilidade pela invocação de questões processuais que

possam impedir o julgamento do mérito. De um cenário de omissão generalizada acabam então advindo situações que certamente poderiam ser evitadas.

23. Admite-se excepcionalmente que o controle exercitado sobre o processo, método estatal de resolução de conflitos, possa conduzir a uma decisão meramente processual, diante da inaptidão do instrumento para a realização dos escopos da jurisdição. Tal consequência, posto que não desejada pelo sistema, deve, contudo, ser obtida o quanto antes, evitando-se o desenvolvimento de processos que não reúnam as condições mínimas de procedibilidade.

Assim, não basta que as hipóteses de extinção anômala dos processos se verifiquem apenas quando for absolutamente indispensável, é necessário que tal atividade saneadora se realize de forma tempestiva.

24. A despeito da relevância e indisponibilidade da matéria de ordem pública processual, se o juiz de primeiro grau chegou a analisar tais temas, considerou o processo em ordem, saneou-o e, mais adiante, proferiu sentença de mérito, é razoável reputar que tais matérias não podem ser conhecidas pelo segundo grau. No aspecto teleológico, muito razoável, porque extinguir o processo sem exame do mérito quando já proferida uma primeira decisão de mérito se afigura um contrassenso, afronta a própria técnica das condições da ação e dos pressupostos processuais.

25. O artigo 471 do CPC constitui fundamento suficiente para justificar a ocorrência de preclusão quanto às questões de ordem pública, ao menos para o próprio juiz de primeiro grau, uma vez ultrapassada a oportunidade de decisão a respeito daquelas matérias (fase de saneamento do processo).

26. Segundo a concepção tradicional e absolutamente majoritária, em relação ao segundo grau de jurisdição, a dicção legal do artigo 267, § 3.º, permite que tal exame seja realizado, ainda que não tenha havido recurso da parte a este respeito. Há razões sistemáticas para sustentar a tese contrária, mas, seja como for, há também outros inúmeros elementos que permitem afirmar que apenas em via excepcional poderá o tribunal invocar tais questões para substituir uma sentença de mérito por julgamento meramente terminativo.

27. Em relação à coisa julgada, a correta compreensão do tema da ordem pública impõe a conclusão de que a prerrogativa que tem o órgão jurisdicional de realizar o controle sobre a sua própria atividade e impor o correto uso deste instrumento jamais pode ser exercitada, ou continuar sendo exercitada, após a verificação da coisa julgada.

A característica tradicional de a coisa julgada constituir um mecanismo de sanatória geral de todas as possíveis nulidades e injustiças materiais da decisão judicial se mantém inalterada quando em confronto com a ordem pública. Esta, como visto, constitui um conjunto de regras processuais, com relevantes objetivos, mas todos relacionados ao modo de ser do processo. Aquela possui relevância muito maior, diz com a estabilidade das relações jurídicas, sendo há muito tempo aceita a ideia de que decisões, ainda que injustas, devem se estabilizar, a bem da própria manutenção da sociedade e da atividade jurisdicional do Estado.

28. Tais conclusões se aplicam indistintamente a processos cujas decisões transitem em julgado em uma única oportunidade, como nos casos em que o julgamento venha a ser fragmentado, com trânsito em julgado em momentos diferentes. Não é a coisa julgada que se subordina e fica dependente da matéria de ordem pública, pois semelhante interpretação não apenas afronta diversos princípios e regras processuais, como subverte a finalidade do processo e coloca o direito material em plano secundário.

Ao contrário. As questões de ordem pública se submetem à disciplina da coisa julgada, a qual, analisada em conjunto com a sistemática do julgamento parcial de um recurso, do princípio da demanda e do âmbito de devolutividade da apelação, tornam impossível o exame de questões de ordem pública que não guardem relação direta com os capítulos da decisão que tenham sido recorridos.

29. Em relação aos recursos extraordinários, o exame das questões de ordem pública só poderá ser realizado se constituírem especificamente o objeto do recurso, ou seja, tais matérias são equiparadas a qualquer outra questão jurídica, cujo exame no âmbito destes recursos sofre diversas restrições, relacionadas à natureza destes recursos e às suas características procedimentais específicas.

Mais do que isso, tais questões devem ter sido expressamente enfrentadas na decisão recorrida. E sem que este duplo requisito esteja preenchido, não se admite a cognição espontânea destas matérias, pois, a exemplo de inúmeras outras situações, não passam de fundamentos pelos quais as pretensões das partes são ou não acolhidas, em cada caso concreto. Reduzidas que são a “meros fundamentos”, também as questões de ordem pública se submetem ao regime constitucional destes recursos, que impõe a invocação específica do fundamento jurídico para que possa ser analisado em sede de recurso especial e de recurso extraordinário.

30. O objetivo da tese foi estabelecer as razões sistemáticas para o correto dimensionamento da ordem pública processual, para a redução das hipóteses em que da sua aplicação decorram julgamentos absolutamente não desejados, frustrantes e, do ponto de vista da função pacificadora da jurisdição, inúteis.

Como argumento final, pondere-se que, se é amplamente aceito que um processo possa conduzir a resultados absolutamente injustos e contra a lei, não se compreende por que não admitir que um julgamento seja realizado em processo que não deveria tê-lo recebido. Qual é, substancialmente, a diferença entre praticar uma injustiça formal, em julgar o mérito entre partes claramente ilegítimas, ou mesmo entre proferir um julgamento por autoridade absolutamente incompetente, e praticar uma injustiça material flagrante, como a de deixar de decretar o despejo de locatário confessadamente inadimplente, ou ainda de autorizar a penhora e alienação do bem de família de um devedor?

Por maior que seja o interesse do Estado quanto ao correto exercício da sua função jurisdicional, tal interesse não é absoluto, e como todo e qualquer interesse estatal, deve ser confrontado com outros valores, que os precedam ou que imponham limitações. É inegável que a matéria de ordem pública importa ao sistema, mas ela deve ser entendida e aplicada no contexto da dinâmica regular da atividade jurisdicional, seja para que se imponha ao magistrado a prática de certos atos em determinado momento do procedimento, seja para que se admita a hipótese de julgamento da ordem pública não conforme o direito, tratando-as como falhas de julgamento absolutamente idênticas a tantas outras falhas que, não obstante até mais graves, são toleradas pelo sistema. Assim considerada, a ordem pública assume sua verdadeira função e poderá ser apta a cumprir os nobres objetivos para os quais foi concebida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 132, p. 273-287, fev. 2006.
- ALMEIDA, Edson Oliveira de. Parecer na SEC 349/Japão. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, p. 333-342, abr.-jun. 2006.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, p. 262-276, abr.-jun. 2006.
- . *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso especial e prequestionamento. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997. p. 160-179.
- ALVIM, Thereza. A possibilidade de saneamento do processo em segunda instância: notas introdutórias e suas implicações. *Revista Forense*, São Paulo, v. 103, n. 389, p. 515-521, jan.-fev. 2007.
- AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 836, p. 733-763, jun. 2005.
- ANDRIOLI, Virgilio. *Commento ao Codice di Procedura Civile*. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1961. v. 1.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- . *Nova reforma processual civil: comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003. Obra coletiva.
- . O artigo 515, § 4.º, do Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo*, São Bernardo do Campo, ano 12, n. 14, p. 399-422, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 21, n. 10, p. 1139-1148, out. 2005.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- ARFAZADEH, Homayoon. *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation: une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*. Bruxelas: LGDJ, 2005.
- ARROYO, Diego P. Fernández. Los dilemas del Estado frente al arbitraje comercial internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. 5, p. 99-128, jan.-mar. 2005.

- ARRUDA ALVIM. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 37-44, out.-dez. 1999.
- . *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 2.
- . O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997.
- ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999. p. 11-51.
- . *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.
- . Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória (I). *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 7, p. 140-158, set.-out. 2000.
- . Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória (II). *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 8, p. 138-159, nov.-dez. 2000.
- ATTARDI, Aldo. Note sull'effetto devolutivo dell'appello. *Giurisprudenza Italiana*, Turim, UTET, parte IV, v. 113, p. 145-171, 1961.
- AURELLI, Arlete Inês. Jurisprudência comentada: argüição de matéria de ordem pública em recurso especial – Desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 89, p. 266-280, jan.-mar. 1998.
- AYMONE, Priscila Knoll. Jurisprudência comentada, SEC 874 do STJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. 10, p. 213-225, jul.-set. 1991.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *Temas de direito processual*. 1.^a série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97-109.
- . Aspectos da extinção do processo conforme o art. 329 do CPC. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 261-274.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.
- . Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- . Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 83, p. 207-215, jul.-set. 1996.
- . *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- . Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual*. 3.^a série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99-113.
- . Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial, *Temas de direito processual*. 4.^a série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131-138
- . O neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual*. 9.^a série. São Paulo: Saraiva, 2007.

- . *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Temas de direito processual*. 1.^a série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 90-96.
- . Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Temas de direito processual*. 9.^a série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- . Saneamento do processo e audiência preliminar. *Temas de direito processual*. 4.^a série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 105-144.
- . Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2007. p. 168-177. v. 1.
- . Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*. 4.^a série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: RT, 2007. p. 107-108.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2003. v. 7, p. 437-473.
- . *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- . *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- . Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 358-378.

- . Nulidades processuais e apelação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- . Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: ———; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p.13-52.
- . *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1966.
- BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Public policy as a limit to arbitration and its enforcement. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 21, p. 163-174, abr.-jun. 2009.
- BOCUZZI NETO, Vito Antônio. Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2007. v. 11, p. 439-448.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC, a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- . *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- . *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BONSIGNORI, Angelo. L'effetto devolutivo dell'appello. *Rivista Trimestrale di Diritto e Processuale Civile*, p. 1326-1344, 1974.

- . L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 944-975, 1976.
- . Premesse all'effetto devolutivo dell'appello. *Studi in memoria di Furno*. Milão: Guiffrè, 1973.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho civil*. Parte general. 21. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BRESOLIN, Umberto Bara. Resposta do réu no processo de conhecimento: objeções e exceções. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 227-242.
- . *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BRILLI, Corrado. In tema di nullità insanabili non dedotte in appello e di formazione del giudicato interno. *Foro Italiano*, CXIV, 1991.
- BUZAID, Alfredo. Do despacho saneador. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro. Forense, 1957. v. 1.
- CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Preclusão e instrumentalidade do processo*. 2006. Tese (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla reformatio in pejus. *Studi sul processo civile*. Pádua: Cedam, 1943. v. 3, p. 163-199.
- . *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.
- . *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: Cedam, 1936

———. Vizi della sentenza e mezzi di gravame. *Opere Giuridiche*, Nápoles, v. 8, 1979.

CALEB, Marcel. *Essai sur Le principe de l' autonomie de La volonté*. Paris, 1927.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3.

———. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

———. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 218-223.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 8, n. 43, p. 110-121, 2006.

CAMBI, Eduardo. Notas sobre questões recursais envolvendo a aplicação do art. 285-A do Código de Processo Civil. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, v. 11, p. 61-67.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

———. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 57, p. 39-54, jan.-mar. 1990.

CARNEIRO, Tânia Aoki. Recurso especial, efeito translativo. Matéria de ordem pública. Jurisprudência comentada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 143, p. 205-223, jan. 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Milão: Giuffrè, 1992.

———. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Pádua: Cedam, 1986, v. II.

———. Sulla reformatio in peius. *Rivista de Diritto Processuale Civile*, Pádua, v. 4, parte I, p. 181-188, 1927.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, p. 207-251, abr.-jun. 2006.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 2.

CAVALINI, Cesare. Questioni rilevabili d'ufficio e processo societário. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, p. 647-662, 2005.

———. Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, 2005, p. 731-750.

CERINO-CANOVA, Augusto. *Le impugnazioni civili*. Struttura e funzione. Pádua: Cedam, 1973.

CHIARLONI, Sergio. *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milão: Giuffrè, 1969.

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

———. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1928. v. 2.

———. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Nápoles: Jovene, 1928.

———. Sulla eccezione. *Saggi di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 149-156.

- CIANCI, Mirna. A prescrição da Lei 11.280/2006. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 148, p. 32-45, jun. 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.
- . *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. 1986. Tese (Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CLAY, Tomas. Arbitragem e meio ambiente. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. 4, p. 32-43, out.-dez. 2004.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.
- COMPERNOLLE, Jacques Van. I poteri del giudice nel processo civile nel diritto belga, *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, v. 48, p. 1122-1133, 1993.
- COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacorte Vitale. Ordem pública na Lei n. 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 197-214.
- COSTA, Sergio. *Contributo al concetto di “capo” di sentenza nel processo civile*. Sassari: Università di Sassari, 1931.
- COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 56, p. 223-233, out.-dez. 1989.
- . *A penhora e o bem da família do fiador da locação*. São Paulo: RT, 2003.

- . Aspectos atuais do conceito de “exceção substancial” a partir da teoria chiovendiana. *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- . *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.
- . Penhora sobre bem do fiador de locação. *A penhora e o bem da família do fiador da locação*. São Paulo: RT, 2003. p. 13.
- . Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Temas polêmicos de processo civil* São Paulo: Saraiva, 1990.
- CREMADES, Bernardo M.; CAIRNS, David J. A. El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 16, p. 374-379, abr.-jun. 2002.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4.º do art. 515 do CPC). In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 759-769.
- DELGADO, José Augusto. A ordem pública como fator de segurança. Brasília: BDJur, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10215>>.
- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile: lezioni introduttive*. Bolonha: Il Mulino, 1989.
- . Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 23, 1968.
- DIDIER JR., Fredie. Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ao Código Civil de 2002. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. v. 8, p. 115-122.

- . *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do mérito*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- . Primeiras impressões sobre o parágrafo único do art. 526, CPC. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 7, n. 23, p. 41-42, jan.-mar. 2002.
- . Teoria da exceção: a exceção e as exceções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 54-66, jul.-ago. 2004.
- . Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 65-82, jul.-set. 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- . *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.
- . *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.
- . ———. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.
- . ———. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.
- . *Instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- . Momento de eficácia da sentença constitutiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 7-17, jul.-set. 1991.
- . Os efeitos dos recursos. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. v. 5, p. 29-30.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das conseqüências previstas para o seu não cumprimento*. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22.

———. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. A evolução da ordem pública no direito internacional privado. *Tese à cátedra de DIP*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979.

FABBRINI, Giovanni. L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione. *Studi in memoria di Furno*, Milão, 1979.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo* São Paulo, v. 58, p. 7-32, abr.-jun. 1990.

FAIREN GUILLEN, Victor. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1990.

FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario di cognizione: impugnazioni*. Turim: UTET, 1990. v. 2.

———. *Istituzioni di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 1975.

———. *Lezioni di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1995. v. 1.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenório da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRI, Corrado. Appello del diritto processuale civile. *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Turim: UTET, v.12.

———. *Profili dell'appello limitato*. Milão: Cedam, 1979.

- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v. 4, t. II.
- FILLARDI, Hugo. Vícios processuais e sanabilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 141, p. 191-196.
- FILOMENO, Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- FLEURY, José Theophilo. Prejudicialidade do recurso especial em face do recurso extraordinário e vice-versa. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997. p. 324-357.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência – competência na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, v. 9, p. 277-303, 2006.
- FORNACIARI JR., Clito. A sobrevivência da exceção de pré-executividade. *Revista do Advogado*, v. 27, p. 109-112, jul. 2007.
- . Nova dimensão para o recurso especial. *Jornal Tribuna do Direito*, São Paulo, ano 14, n. 162, p. 645, out. 2008.
- FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- . Vicissitudes do duplo grau de jurisdição: o art. 515, § 3.º, do CPC. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 692-707
- FREIRE, Rodrigo Cunha Lima. Falta de pressuposto processual ou de condição da ação – declaração *ex officio* em agravo de instrumento. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2001.

- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. 2007. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento, arts. 243 a 269*. São Paulo: RT, 2000. v. 3.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1967.
- GONZÁLEZ, Manuel Richard. *La segunda instancia en el proceso civil*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 2.
- GRASSO, Edoardo. *La pronuncia d'ufficio*. Milão: Giuffrè, 1963.
- . Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, 1992, p. 711-730.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

GRECO, Leonardo. As invalidades processuais e a execução. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, p. 2-5, dez. 1999.

———. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 290-304.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

———. Interesse da União. Preclusão. A preclusão e o órgão judicial. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 235.

——— et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

———. Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de prequestionamento). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 804, 2002.

———. *Recursos no processo penal*. São Paulo: RT, 1996.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Eficácia vinculante em precedente judicial e pronunciamento de ofício da prescrição e da competência relativa: estudo crítico das recentes reformas processuais que fortaleceram os poderes do magistrado. *Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2008, p. 47-56.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

———; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

LACERDA, Galeno *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile: la novella del 1990*. Milão: Giuffrè, 1991.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, p. 171-196, jan.-abr. 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

———. Recurso extraordinário e o controle objetivo de constitucionalidade na Justiça Estadual. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2007. v. 11, p. 358-371.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milão: Giuffrè, 1935.

———. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, v. 15, p. 551-565, 1960.

———. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1980. v. 1.

———. ———. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1984. v. 2.

———. *Parte o capo di sentenza*. Pádua: Cedam, 1964. v. 19, p. 47-63.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LLOBREGAT, José Garberí; SERRANO, Nicolás Conzález-Cuéllar. *Apelación y casación en el proceso civil*. Madrid: Colex, 1994.

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 45, 1987.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

———. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 307-330, jan.-dez. 2003.

———. Repercussão geral (ausência). Pquestionamento (ausência). Ofensa indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 157, p. 345-368, mar. 2008.

LUISO, Francesco Paolo. Appello nel diritto processuale civile. *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Turim: UTET, v.1.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo: um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória*. 2009. Tese (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Limites objetivos do recurso de apelação*. Rio de Janeiro, 1961.

MALACHINI, Edson Ribas. Do julgamento conforme o estado do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, p. 77-109, nov.-dez. 1977.

MALLET, Estevão. Recurso parcial e prazo para propositura de ação rescisória.

Revista Jurídica Trimestral Trabalho Doutrina, São Paulo, n . 24, p. 62-69, mar. 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: il processo di cognizione*. 7. ed. Turim: Giappichelli, 1989. v. 2.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *Princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

———. *Das exceções rituais no processo civil brasileiro*. Tese (doutorado), Universidade de São Paulo – USP, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 1999. v. 2 e 3.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006.

———. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. P. 57-78.

MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997. p. 331.

———. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. O preparo dos recursos em face da instrumentalidade do processo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.).

Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2001. p. 905-916.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. A nova sistemática das exceções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, p. 61-76.

———. As providências preliminares no Código de Processo Civil brasileiro de 1973. *Direito processual civil.* São Paulo, 1977. n. 16.

———. Do saneamento do processo. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 59-72.

———. *Introdução aos recursos cíveis.* 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: RT, 2009.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1974.

———. Preclusão. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 141-184.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, p. 90-101 maio-ago. 2004.

NAVES DA FONSECA, João Francisco. Efeito devolutivo da apelação e questões de ordem pública. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 21, p. 95-108, 2007.

- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NERO, João Alberto Schützer Del. Direito adquirido e ordem pública: a tópica do direito intertemporal. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 14, n. 54, out.-dez. 1990.
- NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1990.
- . Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 966-975.
- et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.
- NOLASCO, Rita Dias. Possibilidade de reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de feito devolutivo restrito. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006. v. 10, p. 454-494.
- NOTARIANO JÚNIOR, Antonio de Padova. A conversibilidade do agravo de instrumento e as matérias de ordem pública. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2005. v. 8, p. 25-33.
- NUNES, Thiago Marinho. Homologação de sentença estrangeira, citação por carta rogatória e princípio do contraditório. *Revista de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, n. 20, p. 111-147, out.-dez. 2008.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- . Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 132-150.
- . Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 131-140.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999. p. 245-257.
- OLIVEIRA, Gleydson Kléber Lopes de. Embargos infringentes e matéria de ordem pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 102, p. 299-307, abr.-jun. 2001.
- . Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada. In: ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 232-271.
- ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 128, p. 175-184, out. 2005.
- PAES, P. R. Tavares. O direito adquirido e a ordem pública. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 15, n. 55, p. 69-74, jan.-mar. 1991.
- PARENTE, Eduardo Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2003. v. 7, p. 111-144.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.
- PERROT, Roger. Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, v. 30, p. 228-264, 1975.
- PESSOA, Roberto Dórea. Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006. v. 10, p. 495-520.
- PINTO, Nelson Luiz. *Código de Processo Civil comentado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. III.
- . *Tratado de direito privado*. Parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 3.
- . ———. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. III.
- PIZZOL, Patricia Miranda. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Nápoles: Jovene, 2002.
- . Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione. *Il Foro Italiano*. Roma, v. CXIV, p. 107-117, 1991.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

- QUINTELLA, Eliane Proscurcin. As matérias de ordem pública e o regime da retenção obrigatória do agravo. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2007. p. 68-75. v. 11.
- . *Matéria de ordem pública no âmbito do processo civil*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- RACINE, Jean-Baptiste. *L'ordre public et l'arbitrage comercial internacional*. Paris: LGDJ, 1999.
- RAMOS, André de Carvalho. O reconhecimento da sentença arbitral estrangeira e a Cooperação Jurisdicional no Mercosul. *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*, 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- RANEA, Roberto Loutayf . *El recurso ordinario de apelacion en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 1989. v. 1.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.
- RASCIO, Nicola. *L'oggetto dell'appello civile*. Nápoles: Jovene, 1996.
- RECHSTEINER, Beat Walter. Sentença arbitral estrangeira – Aspectos gerais de seu reconhecimento e da sua execução no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, p. 35-51, abr.-jun. 2005.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1985. v. 1 e 2.
- RICCI, Edoardo Flavio. Il principio dispositivo come problema di diritto vigente. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 29, p. 380-389, 1974.
- . Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Processo e Constituição : estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 495-499.

- RIZZI, Sérgio. Ação de indenização por apossamento administrativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 138, p. 238-258, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- . *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. *Processo civil e interesse público*. Coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2003. p. 39-77.
- SANSEVERINO, Milton. O Ministério Público e o interesse público no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, p. 83-103, 1978.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SANTO, Víctor de. *Nulidades procesales*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.
- . *Execução provisória e antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- . Quem tem medo do prequestionamento. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 1, p. 23-53, abr. 2003.

SCHWAB, Dieter. Liberdade contratual e formação de contratos “ex vi legis”. *Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 39, p. 16-36, mar. 1987.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 1.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2009. No prelo.

———. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1963.

———. *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.

SILVA, Luis Antonio da Gama e. *Ordem pública em direito internacional privado*. 1944. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. v. 1.

———. Eficácias da sentença e coisa julgada. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 95-130.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

———. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declaratória). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 64-87, jul.-set. 1991.

SPADONI, Joaquim Felipe. Cláusulas abusivas nas relações de consumo e sua declaração judicial: alguns aspectos recursais. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001. p. 593-611.

STEFEN, Carlos Elias. *O efeito devolutivo da apelação*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 331-358.

———. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

———. Saneamento do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 78-111, abr.-jun. 1997.

———; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 3.

TALIBA, Rita de Cássia Mesquita. Embargos infringentes e questões de ordem pública (REsp 61.984-0-MG, do STJ). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 87, p. 272-277, jul.-set. 1997.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 8, p. 38-60, abr.-jun. 1983.

———. *As reformas do CPC*. São Paulo: ABDR, 2006.

———. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. II.

- . *Curso de direito processual civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.
- . Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, p. 18-37, abr.-jun. 1980.
- . Os embargos do devedor após as reformas do CPC efetuadas pelas Leis n. 11.232 e 11.382. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 27, n. 92, p. 89-108, jul. 2007.
- . *Processo cautelar*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2005.
- TIBÚRCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *Atividades de ofício em grau recursal*. 2008. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- . Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. In: —— (Coord.). *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, 2007. p. 231-239.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- . Impenhorabilidade de bens de família. *Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 21, n. 60, p. 78-93, mar. 1994.
- . Representação judicial – carência de ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, p. 197-207, 1982.
- VALLADÃO, Haroldo. *O conflito das leis no espaço*. 1957. Edição particular.
- VERDE, Giovanni. Dispositivo (princípio). *Digesto delle discipline privatistiche*. Turim: UTET, v.1.

- WALD, Arnaldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira. SEC 802, Jurisprudência comentada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 7, p. 195-211, out.-dez. 2005.
- ; GALÍNDEZ, Valéria. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não-assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 228-245, jul.-set. 2005.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 165-173.
- ; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 3.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2001. v. 4. p. 1090-1144.
- . *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.
- . *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.
- . *Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
- . Regularização da representação processual. Limite temporal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 235-245, out.-dez. 2000.
- . Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento. *Aspectos polêmicos e atuais dos*

recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2002. v. 6, p. 513-531.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, p. 95-99, abr.-jun. 2005.

———. *Juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZANETTI JR., Hermes. Democracia e Judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte 1). In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 199-217.

ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto processuale civile*. Milão: Guiffrè, 1964.

RESUMO

O presente trabalho se ocupou de estudar a ordem pública processual, procurando identificar os critérios para a adequada sistematização do tema, definir seu conceito, fundamentos e características.

Para tanto, nos três primeiros capítulos, tratou de analisar o conceito mais genérico da ordem pública, para constatar que em suas diferentes manifestações, conforme o ramo do direito, a ordem pública possui características e funções próprias, que não se confundem e não podem receber, no plano processual, o mesmo tratamento.

No capítulo quarto, foram estabelecidas as bases teóricas para a correta interpretação da ordem pública processual, demonstrando-se que inúmeras situações que recebem julgamentos sem exame do mérito poderiam ser evitadas. Os efetivos objetivos da ordem pública processual e a forma da sua atuação permitiram construir um critério de interpretação das questões de ordem pública, de forma que sempre seja priorizado o julgamento de mérito dos processos, e apenas em via excepcional se utilize a ordem pública como justificativa para a extinção anômala dos processos.

Nos capítulos cinco a sete, as características costumeiramente atribuídas às questões de ordem pública processuais foram submetidas à análise crítica, em especial a circunstância de poder ser examinada de ofício pelo magistrado, sem provocação ou manifestação das partes, e de admitir cognição em qualquer tempo e grau de jurisdição, sem preclusões.

Demonstrou-se que, em relação a uma relevante gama de situações, tais afirmações não se verificam, e que a verdadeira função da ordem pública processual está atrelada ao controle tempestivo da regularidade do processo.

O capítulo oito analisa a ordem pública processual em relação à coisa julgada, instituto fundamental de qualquer ordenamento jurídico, e que bem por isso não é influenciado por regras eminentemente internas ao processo, como é o caso das questões de ordem pública. Os dois capítulos finais situam o tema em relação à temática recursal, tanto nos recursos ordinários como nos extraordinários.

Palavras-chave: Ordem pública – Ordem pública processual – Condições da ação – Pressupostos processuais – Nulidades – Instrumentalidade do processo.

ABSTRACT

The present work concerns the study of procedural public policy, attempting to identify the criteria for its proper systematization and define its concept, foundations and characteristics.

Accordingly, in the first three chapters an overall concept of public policy was analyzed to ascertain that, in its different manifestations according to the legal area, public policy has individual characteristics and roles that cannot be confused and granted the same procedural treatment.

In chapter four, the theoretical bases for the correct interpretation of procedural public policy were established, demonstrating that several situations where the final judgment do not analyze the merits (dismissal without prejudice) might be avoided. The actual objective of procedural public policy and how it acts have led to the creation of criteria for the interpretation of the public policy issue, so as to always prioritize a judgment entered into with prejudice, able to analyze the merit itself of the pleading, and public policy be used as an exception that justifies the anomalous termination of procedures.

In chapters five to seven, the usual characteristics attributed to procedural public policy were submitted to critical analysis, especially its possibility of being examined by the Court by virtue of office without any motion being filed by any party (*ex officio*), and acknowledged at any time and degree of jurisdiction without preclusion.

It is hereby demonstrated that, with regard to several different situations, such statements were not ascertained, and the true role of procedural public policy is bound to the timely control of procedural regularity.

Chapter eight analyzes procedural public policy with regard to the *res judicata*, a fundamental institute in any legal system, and which cannot be otherwise influenced by intrinsic procedural rules, such as public policy issues. The two final chapters regard procedural public policy with relation to appeals, either ordinary or extraordinary.

Keywords: Public policy – Procedural public policy – Causes of action – Procedural requisites – Annulment – Instrumentality of the process

RIASSUNTO

Il presente lavoro si è occupato dello studio dell'ordine pubblico processuale, cercando di identificare i criteri per l' adeguata sistematizzazione del tema, definire il suo concetto, i suoi fondamenti e le sue caratteristiche.

Pertanto, nei primi tre capitoli, si tratta di analizzare il concetto più generico dell' ordine pubblico, per constatare che nelle sue diverse manifestazioni, a seconda del settore del diritto, l'ordine pubblico possiede delle caratteristiche e delle funzioni proprie, che non si confondono e che non possono ricevere, nell' ambito processuale, lo stesso trattamento.

Nel capitolo quarto, sono state stabilite le basi teoriche per la corretta interpretazione dell' ordine pubblico processuale, dimostrandosi così che innumerevoli situazioni che ricevono dei giudizi senza l'esame del merito potrebbero essere evitate. Gli effettivi obiettivi dell'ordine pubblico processuale e la forma della sua applicazione hanno permesso di costruire un criterio di interpretazione delle questioni d'ordine pubblico, in modo che venga sempre prioritizzato il giudizio del merito dei processi, e, soltanto eccezionalmente, venga utilizzato l'ordine pubblico come giustificazione all'estinzione anomala dei processi.

Nei capitoli da cinque a sette, le caratteristiche solitamente attribuite alle questioni d'ordine pubblico processuali sono state sottomesse all' analisi critica, in particolare, la circostanza di poter essere esaminata d' ufficio dal magistrato, senza provocazione o manifestazione delle parti, e quella di ammettere la cognizione a qualunque tempo e grado di giurisdizione, senza preclusioni.

È stato dimostrato che, per quanto riguarda una rilevante gamma di situazioni, tali affermazioni non si verificano e che la vera funzione dell'ordine pubblico processuale si trova collegata al controllo tempestivo della regolarità del processo.

Il capitolo otto analizza l' ordine pubblico processuale in riferimento alla cosa giudicata, istituto fondamentale di qualsiasi ordinamento giuridico, e che, esattamente per questo, non subisce l'influenza da parte delle regole, eminentemente interne al processo, come è il caso delle questioni d' ordine pubblico. I due capitoli finali discutono il tema all'interno della tematica ricorsale, sia nel caso dei ricorsi ordinari, sia nel caso di quelli straordinari.

Parole chiave: Ordine pubblico – Ordine pubblico processuale – Condizioni delle azioni – Presupposti processuali – Nullità – Instrumentalità del processo.