

RECURSO ESPECIAL : questão de ordem pública : prequestionamento¹

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR*

Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça

1. No Recurso Especial, questão é todo o ponto de relevo jurídico que surge durante o processamento de uma causa, objeto de decisão ou sentença. Causa, usada em sentido amplo, é todo o procedimento em que o direito da parte é objeto de uma manifestação jurisdicional, em processo de jurisdição contenciosa ou voluntária.

Para que caiba Recurso Especial é necessário tenha havido o exercício da jurisdição. Mas há uma zona intermédia entre a atuação administrativa e a jurisdicional do juiz, como acontece na dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis. Nesse caso, o STJ decidiu que havia uma causa:

Havendo contraditório entre os proprietários e o Ministério Público, acerca de dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis, está configurada a causa, no sentido constitucional, e do acórdão proferido pela Câmara do Tribunal de Justiça cabe Recurso Especial. (...). (STJ, 4ª T., REsp 4.810/PR, j. 20.08.1996, DJ 07.10.1996).

2. Questionar, no que diz com o Recurso Especial - e esse é o único sentido que nos interessa -, é examinar a questão no julgamento recorrido.

Esclarece EDUARDO RIBEIRO:

O que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, pois, isso sim, deflui da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional.

¹ Artigo escrito com base em texto básico de palestra proferida no III Seminário do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas "Aspectos controvertidos dos recursos excepcionais", realizado em São Paulo, em 11.11.2005.

Vale insistir. O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema, objeto do recurso, haver sido examinado pela decisão atacada, constitui consequência inafastável da própria previsão constitucional, ao estabelecer os casos em que são cabíveis extraordinário e especial. Não há nenhum amparo legal ou constitucional, entretanto, para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule à provocação da parte, antes do julgamento.²

No entendimento leigo, "questionar" é suscitar a questão ("*fazer ou levantara questão, discutir*", conforme o Dicionário Aurélio), o que tem levado muitos recorrentes a sustentarem, no Recurso Especial, que a sua matéria foi prequestionada por ter sido mencionada, desde a petição inicial ou a contestação. Não basta: impende que o tema tenha sido objeto da manifestação do tribunal. Talvez a denominação adotada nos pretórios não seja a mais adequada: se questionar, para o Recurso Especial, implica tenha havido o exame da matéria na decisão recorrida, o mais apropriado seria denominar esse requisito de "prévio exame".

Seja como for, prequestionamento é hoje um termo consagrado, e foi incluído no dicionário da Academia Brasileira de Letras por influência do Min. Fontes de Alencar.

Em resumo, a questão está prequestionada quando foi objeto de julgamento pelo tribunal *a quo*, e não quando apenas suscitada pela parte. É prévio não em relação ao julgamento pelo Tribunal *a quo* (pois é ali que se dá o questionamento), mas porque antecede ao recurso excepcional oferecido pela parte.

3. Esse prequestionamento pode ser expresso ou implícito. No expresso, há referência ao dispositivo legal; no implícito, há apenas o enfrentamento do tema, sem outra indicação. Com essa base, a parte pode recorrer e indicar como violado o dispositivo legal que seria aplicado (ou que deixou de o ser), embora não referido pelos julgadores.

² RIBEIRO, Eduardo. *Recursos cíveis de acordo com a Lei 9765/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 248-249.

Se a Câmara não examina e rejeita os Embargos de Declaração, o tema continua sem prequestionamento e o caso é de Recurso Especial por ofensa ao art. 535, do CPC.

4. O Recurso Especial, como se sabe, tem muitos requisitos de admissibilidade. O prequestionamento é um deles. A exigência desse pressuposto tem sofrido críticas. Em primeiro, se diz que lei nenhuma existia ao tempo em que criada essa exigência, mera formulação pretoriana. Em segundo, porque limita o julgamento do recurso, inibindo a ação do tribunal superior. Em terceiro, por não ser razoável que, diante de uma ilegalidade manifesta, o tribunal superior não possa fazer prevalecer o direito.

Mas a verdade é que o prequestionamento é ínsito à estrutura do Recurso Especial: se o recurso cabe contra o julgado que ofendeu a lei ou divergiu de outra decisão, não há o pressuposto da revisão se inexistir esse julgamento prévio da questão objeto do recurso. A ilegalidade ou a divergência consistem em haver uma decisão sobre determinada questão que seja contrária à lei ou diferente de outro julgado. Sem a decisão da questão não há o suporte para o exercício de um juízo de revisão, que fica sem objeto material.

5. O tema que me foi proposto é o seguinte: é exigível o prequestionamento como condição para que o tribunal superior enfrente uma questão de ordem pública?

6. A primeira dificuldade a vencer é dar um conteúdo a esse conceito de ordem pública, matéria especialmente polêmica.

No Brasil, no âmbito do direito econômico, o Estado tem usado do conceito de ordem pública para ter certas leis como sendo de ordem pública, e a partir daí intervir na economia, com o afastamento de outras leis e desconsideração de contratos já celebrados, sob o argumento de

que a ordem pública prevalece sobre a ordem privada. Foi muito invocado, quando se discutiu a aplicação imediata das leis que implantaram planos econômicos. No direito civil, não se admite a cláusula de não-indenizar que ofenda a ordem pública. No campo processual, é recorrente a referência às questões de ordem pública para regular o âmbito de atuação do juiz e permitir sua maior intervenção na condução do processo e no julgamento da lide.

Para me aproximar do tema, faço algumas considerações sobre o conceito.

Ordem pública, insistiu o Prof. MIGUEL REALE, em palestra proferida no Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado em São Paulo, em 1995, é um conceito de valor ético que emerge do direito positivo dando efetividade ao sistema jurídico.

A partir da idéia de SATTI, para quem a ordem pública é um elemento fundante da ordem jurídica, posso dizer que o ordenamento existe para estabelecer uma ordenação da vida social. A ordem que resulta do sistema jurídico é a ordem pública, isto é, uma certa ordem que o Estado considera indispensável para a vida social.

Não é um conceito estático, mas dinâmico e externo, que varia conforme as circunstâncias de tempo e de lugar. É conceito conjuntural, não é genérico nem absoluto. Assim, atualmente, a tutela da dignidade da pessoa humana é de ordem pública, e também o respeito ao meio ambiente, temas novos que agora podem ser considerados como determinantes de questões de ordem pública. O que hoje não é, amanhã poderá sê-lo, como o número de filhos, a transgenia etc.

Ordem pública pode servir a duas finalidades: (a) como um princípio que auxilia o intérprete na definição de leis ou de questões, a fim de estabelecer se elas são ou não de ordem pública; (b) como uma

cláusula geral, expressão de valores jurídicos e metajurídicos, a qual autoriza o aplicador a formular uma norma concretizada para o caso, e com ela qualificar condutas, dizendo-as adequadas ou contrárias à ordem pública. Com ela o juiz pode eliminar certos direitos e impor obrigações: a ordem pública concede direitos e impõe limites às atividades dos indivíduos, sendo que certos comportamentos podem não infringir lei alguma, mas mesmo assim serem contrários à ordem pública.

Como princípio e como cláusula geral, não se pode dizer *a priori* o que é e o que não é de ordem pública. Penso que o melhor caminho para nos aproximarmos do nosso objeto (ordem pública) é o método da "argumentação dialética moderna", de que nos fala VIEHWEG³. Com alguns *topoi* ou lugares comuns - alguns deles arrolados por PERELMAN⁴ - e com os lugares específicos da ordem jurídica, recebidos como premissas adequadas ao exame de cada situação, poderemos conceituar o que seja lei de ordem pública, ou questão de ordem pública. É o que me proponho a fazer a seguir.

Se o ordenamento jurídico pré-define o que é ordem pública, não há dificuldade para o intérprete, que dessa disposição apenas deve extrair os efeitos. Ocorre que nem sempre o legislador menciona que a nova lei é de ordem pública, ou que tais ou quais questões sejam de ordem pública. Surge então a dificuldade para a qualificação do objeto.

7. A Lei de Introdução ao Código Civil reza, no seu art. 17:

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.

Ao tratar do conceito de leis de ordem pública, BEVILÁQUA definiu:

³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía dei Derecho*. Barcelona: Gedisa. p. 140 e ss.

⁴ PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica e la nueva retórica*. Madrid: Civitas. p. 120 e ss.

são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito⁵.

Ao que acrescentou SERPA LOPES: "O seu característico principal é a inderrogabilidade: não pode ser afastada pela vontade do interessado".⁶

No direito material, são arroladas como sendo de ordem pública as leis sobre a cidadania, o direito de família, os direitos da coletividade, as leis fiscais, etc.

STRENGER, ao distinguir ordem pública interna de ordem pública internacional, explicou:

Uma lei é de ordem pública interna sempre que o acordo entre as partes não pode afastar suas conseqüências; sempre que estas são inarredáveis ainda que as partes diretamente interessadas no litígio o desejem.⁷

MAXIMILIANO, na sua obra clássica⁸, acentuou a importância do interesse público para a compreensão do tema:

Consiste no seguinte: entre as primeiras, o interesse da sociedade coletiva-mente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do indivíduo constitui o objetivo primordial. Os limites de uma e de outra espécie têm algo de impreciso. (...) Consideram-se de ordem pública as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público; entram, portanto, naquela categoria as constitucionais, as administrativas, as penais,

⁵ BEVILÁQUA, Clovis. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 15.

⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, v.I, p. 28.

⁷ STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, p. 510.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1933.

as processuais, as de polícia e segurança, e as de organização judiciária⁹.

Escreveu TOLEDO sobre a lei de ordem pública:

Ordem pública é toda a matéria relativa imediatamente ao interesse coletivo (e apenas mediamente privado), de relevância social (e não somente para a regência das relações dos particulares entre si), voltada para a realização do bem comum. (...). Se, a partir da interpretação da lei mediante os cânones hermenêuticos da objetividade, da totalidade, da atualidade e da adequação, identifica-se que ela trata de matéria atinente não ao interesse privado imediatamente, mas é fundada em questões que atingem a toda a sociedade e cuja regulação é relevante para o bem estar de toda a coletividade, ela se apresenta, então, não como de ordem privada, mas de ordem pública.¹⁰

Essas lições todas, apesar de sua generalidade e de estarem preocupadas em distinguir normas de diferente natureza, fornecem dois indicativos que nos servem para a definição de questão de ordem pública no âmbito do juízo de admissibilidade do Recurso Especial: a indisponibilidade e o interesse da sociedade.

Entendo, pois, que o cerne do conceito de ordem pública está na inderrogabilidade ou na indisponibilidade da lei ou do direito pela parte, com a presença do interesse público predominante.

Trazendo essa idéia de inderrogabilidade para o exame do nosso tema - que se situa no direito processual, especificamente no direito recursal -, concluo:

a) seriam questões de ordem pública aquelas que versam sobre regras inderrogáveis pelas partes;

b) indo um pouco adiante, poderia dizer que são inderrogáveis as normas cuja proteção deve ser feita de ofício pelo juiz,

⁹ Idem, p. 234-235.

¹⁰ XOLEDO, Claudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, p. 211.

independentemente de manifestação das partes, conhecíveis em qualquer instância e grau de jurisdição.

8. Todas as normas da legislação processual, porque integrantes do direito público, podem ser consideradas de ordem pública. Mas essa conclusão não nos serve, porque nem todas as questões processuais são questões de ordem pública, para os fins estritos do direito recursal. Um fator que nos pode auxiliar está no conceito da preclusão.

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA NERY, ao discorrerem sobre a eficácia preclusiva da decisão de saneamento, depois de afirmarem o princípio, ressaltaram:

Há, entretanto, limitação para a eficácia preclusiva da decisão de saneamento: as questões de ordem pública. Como estas não são atingidas pela preclusão (v.g. CPC 267, § 3º, e 301, § 4º), o juiz poderá, depois de transitada em julgado a decisão de saneamento, decidi-las novamente¹¹.

O art. 267, do CPC versa sobre a extinção do processo, e seu § 3º reza que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV (pressupostos), V (perempção, litispendência, coisa julgada) e VI (condições da ação).

Considerando que sentença de mérito é também o acórdão do Tribunal, no segundo grau também seria possível o conhecimento de ofício das questões indicadas.

O § 4º do art. 301 do CPC estabelece: "com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo."

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, art. 331.

O art. 301 versa sobre nulidade da citação, incompetência absoluta, inépcia, perempção, litispendência, coisa julgada, conexão, incapacidade da parte, defeito da representação, carência e falta de caução.

Além dessas, há outras questões que também devem ser enfrentadas pelo juiz, de ofício, como a da constitucionalidade da lei, a da ausência de parte essencial do acórdão (relatório, voto), a da formação e composição do órgão julgador, a tempestividade do recurso, etc.

O fundamento para que se aprecie de ofício as questões de ordem pública está em que:

(...) a preclusão é sanção imposta à parte, porque consiste na perda de uma faculdade processual; mas não se aplica ao juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição ordinária. Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada¹².

9. Outro dado que nos ajuda a perseguir uma solução para o problema proposto está no instituto das nulidades.

Estabelece o art. 245, parágrafo único, do CPC:

Não se aplica esta disposição [dever de alegar a nulidade na primeira oportunidade] às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

Comentário de TORNAGHI: "As nulidade absolutas, insanáveis, são de ordem pública. O juiz deve declará-las de ofício"¹³.

Ao tratar do tema, explicou MONIZ DE ARAGÃO:

¹² BUZAID, Alfredo. Ac STF, RTJ, v. 101, p. 901. Veja, também, Ação Cível Originária 268/DF, *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Orgs.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 288.

¹³ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 234.

Ainda aqui, a preclusão se refere às anulabilidades e às irregularidades, sendo que destas, algumas não precluem jamais (art. 463,1). A inexistência e as nulidades, relativa e absoluta, não ficam sujeitas à regra por estar expressamente disposto no parágrafo único, que são imunes à preclusão as nulidades que o juiz deva pronunciar de ofício. Já ficou visto que apenas a anulabilidade não pode ser decretada espontaneamente pelo juiz, pois se situa no plano de disposição das partes. O exemplo, já várias vezes empregado, da infração ao art. 217 é, ainda, útil (*citação em hora imprópria*). Se a parte oferece resposta em vez de reclamar a anulação, extingue-se-lhe a faculdade. Não ocorre o mesmo, porém, com a nulidade relativa, pois esta pode ser apreciada de ofício, por ser cogente a norma que a regula e isso implica em retirá-la do poder dispositivo das partes¹⁴.

No seu livro clássico, GALENO LACERDA recomendou:

Como deverá comportar-se o juiz diante dos vícios do ato processual, considerado em seu aspecto objetivo? Afirmamos no capítulo anterior que esses vícios podem ser essenciais e não essenciais, e que os primeiros se distinguem em nulidades absolutas, relativas e anulabilidades. O critério distintivo repousa na natureza e nos fins da norma violada. Quando nela prevalecer o interesse público, a nulidade será absoluta, insanável. Se o interesse preponderante for privado, e a norma cogente, haverá nulidade relativa; anulabilidade, no caso de norma dispositiva - em ambas as hipóteses, sanáveis os vícios¹⁵.

Segue nessa linha DALL'AGNOL, distinguindo entre vícios essenciais e não essenciais. Os essenciais são insanáveis (nulidade absoluta) e sanáveis (nulidade relativa e anulabilidade)¹⁶.

10. Em resumo, é de ordem pública a questão que versa sobre matéria inderrogável e inafastável pelas partes, em razão do interesse público prevalente que nela se expressa, sendo que, no âmbito do Recurso Especial, são de ordem pública as questões enumeradas nos

¹⁴ ARAGÃO, Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 292.

¹⁵ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p. 124, 1985.

¹⁶ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989, p. 59 e ss.

arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, as que versam sobre nulidade absoluta e relativa (art. 245, parágrafo único) e as presentes em outras situações que também não precluem para o juiz (*v.g.* inconstitucionalidade da lei, intempestividade do recurso), apreciáveis de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.

11. Sobre a necessidade do prequestionamento, assim enunciam as Súmulas 282, 356 e 456 do STF:

Súmula 282, do STF. É inadmissível o Recurso Extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356, do STF. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de Recurso Extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Súmula 456, do STF. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do Recurso Extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

No STJ, foi editada a Súmula 211:

Súmula 211, do STJ. Inadmissível Recurso Especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

12. Delimitado o conceito de questões de ordem pública, e visto no que consiste o prequestionamento, requisito próprio do Recurso Excepcional (Especial ou Extraordinário), ainda persiste o problema: a questão de ordem pública não prequestionada pode ser objeto do julgamento pelo STJ?

Na jurisprudência do STJ, podemos identificar três correntes a respeito do tema:

I - A questão de ordem pública não prequestionada não pode ser conhecida em Recurso Especial.

(i)(...) I - Ausente o prequestionamento de tema objeto do inconformismo, a admissibilidade do Recurso Especial, no particular, encontra óbice nas Súmulas 282 e 356 do STF. II - As questões de ordem pública referentes às condições da ação e pressupostos processuais da execução podem e devem ser conhecidas de ofício pelos tribunais de segundo grau (arts. 618 e incisos, 585,586, c/c o art. 267, IV a VI, todos do CPC) (...). (STJ, 4ª T., REsp 450.248/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 03.10.2002, DJ 16.12.2002, p. 346).

(ii) (...) Com o fito de espancar eventual dúvida, cumpre trazer à baila o posicionamento no sentido de que 'esta Corte já pacificou o entendimento de que as questões de ordem pública também devem estar prequestionadas no Tribunal *a quo* para serem analisadas em sede de Recurso Especial' (conforme STJ, 2ª T., AgRg. no AgIn 309.700/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.10.2000, DJ de 24.02.2003). (STJ, 2ª T., REsp 426.397/AC, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 05.06.2003, DJ 08.09.2003, p. 282).

(iii) (...) Verifica-se que o Recurso Especial foi interposto contra acórdão julgado por certidão que, de acordo com o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, art. 200, § 2º, prescinde de relatório, voto e ementa.

Esta eg. Corte Superior já se manifestou no sentido de que a norma regimental é ilegal, uma vez que viola os arts. 165, 458, 1 a III, e 563 do CPC. Contudo, tais nulidades não foram enfrentadas pela agravante no especial, o que impossibilita a apreciação do cabimento do recurso, onde seriam examinadas as dissonâncias do acórdão com as normas federais possivelmente contrariadas.

Do exposto, nego provimento ao agravo regimental. (STJ, 2ª T., AgRg no AgIn 536.445/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.12.2004).

(iv) (...) 1. Esta Corte já pacificou o entendimento de que as questões de ordem pública também devem estar prequestionadas no Tribunal *a quo* para serem analisadas em sede de Recurso Especial. (...). (STJ, 2ª T., AgRg no AgIn 309.700, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.10.2000, DJ 24.02.2003).

(v) (...) Segundo a jurisprudência desta Corte, mesmo as questões e as normas de ordem pública devem ser prequestionadas para viabilizar o especial. (STJ, 3ª T., AgRg

no REsp 318.672/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.03.2002, DJ 23.09.2003).

O Min. e Prof. Athos Gusmão Carneiro, no seu recente trabalho sobre o Recurso Especial, aderiu integralmente a esse entendimento e assim examinou a questão: "O STJ tem exigido o prequestionamento mesmo em se tratando de alegação de ofensa a preceitos de ordem pública, tais como os alusivos à incompetência absoluta¹⁷."

II - A questão de ordem pública pode ser conhecida independentemente de prequestionamento e de ter sido o Recurso Especial conhecido por outro fundamento.

(i) (...) Tal como no caso *caso versante*, a matéria de ordem pública pode ser suscitada em qualquer fase do processo, até mesmo no Recurso Extraordinário ou Recurso Especial e ainda que não prequestionada. Consoante a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, é dever do Juiz pronunciá-la de ofício. (RTJ 56/642).

Sobreleva anotar o mérito da questão, que é de ordem pública, vale repetir, deve prevalecer sobre o formalismo processual exacerbado, pena de se praticar ato de injustiça, com conseqüências de repercussões irreparáveis, a pretexto de se fazer cumprir a norma inserta na lei processual civil. (...). (STJ, 3ª T., REsp 66.567/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 25.03.1996, DJ 24.06.1996).

(ii) Ora, a inscrição na Dívida Ativa e a execução fiscal são atos legais e necessários à existência do Estado. O exercício da cobrança tributária é um dever do Estado, mas, ainda que não fosse, a anulação de negócio jurídico por coação impõe se faça a prova cabal do vício afetado da vontade da parte. Tal prova não se fez previamente nem se admite se faça no bojo da ação de segurança.

Penso, pois, que a ação de Mandado de Segurança é incabível para o fim objetado - anulação de negócio jurídico.

¹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, p. 360. O autor citou precedentes do STJ: Resp 19.845; Resp 50.588; Resp 50.638; AgRg no AgIn 85.988; AgRg no Resp 318.672; AgRg no AgIn 95.597; AgRgnos Ediv no Resp 85.588. E, também, indicou acórdãos do STF: RE 99.230; RE 99.930; AgIn 110.452-0.

Mas, embora devesse ter sido indeferida *in limine*, como, aliás, apontou a sentença (item 2, fl. 366), o fato é que transpôs todas as instâncias até a especial, acionada pela Fazenda Nacional, após reforma do acórdão em sede de Embargos de Declaração, ao fundamento de violação ao art. 123, do CTN, e art. 1º do Dec. lei 1712/79, com as alterações introduzidas pelo Dec. lei 1.952/82.

Tratando-se, porém, das condições da ação, não posso dar curso ao processo, face à regra do art. 267, VI, do CPC, pela impossibilidade jurídica do pedido pelo meio processual utilizado, 'preliminar cujo exame antecede ao da ilegitimidade passiva *ad causam*, dado o caráter absoluto daquela em face do relativo desta', como assentou o Pleno do STF (RTJ 135/70 - *apud* Theotônio Negrão, comentário ao art. 267, item 33c, p. 320, 30. ed. São Paulo: Saraiva), e que devo conhecer de ofício nos termos do § 3º do mesmo artigo do Código Processual.

Fazendo-o, conheço do recurso e lhe dou provimento. (STJ, 2ª T., REsp 173.421/AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 25.04.2000).

No STF há antigo julgado do Plenário, admitindo o julgamento da questão da decadência, suscitada apenas no recurso extraordinário:

(iii) (...) Realmente parece melhor a doutrina do voto do eminente Min. Amaral Santos, no sentido de dispensar o prequestionamento para a matéria que se reconheça como de ordem pública, tal a caducidade do direito de demandar. Reconhece-se na doutrina o dever do Juiz de pronunciar de ofício a decadência. (...). (STF, Pleno, RE 66.103/MG, Rel. Min. Adualto Cardoso, j. 18.11.1970).

III - A questão de ordem pública não prequestionada pode ser conhecida, desde que o recurso seja conhecido por outro fundamento, e a Turma tenha que enfrentar o mérito.

(i) A regra é a de que, ao conhecer do Recurso Especial, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada. Todavia, se ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode conhecer, de ofício, das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Essa decisão foi tomada em Recurso Especial em Mandado de Segurança, sobre adicional ao frete para renovação da marinha mercante, em que se decidiu pela ilegitimidade passiva da autoridade impetrada.¹⁸ .

O Relator conheceu do Recurso Especial pela divergência:

E conhecendo do recurso, devo julgar a causa, aplicando o direito à espécie. Creio que, ao aplicar o direito à espécie, a decisão, em princípio, deve ficar adstrita à questão federal controvertida. Acontece, porém, que no caso, há peculiaridade: julgar a questão federal implica julgar o mérito da controvérsia, com a concessão ou denegação da segurança. Ocorre que, para proferir decisão de mérito, é indispensável que tenham sido observados os pressupostos processuais e as condições da ação, temas esses que o juiz poderá conhecer de ofício.

(ii) No Recurso Especial, é admissível ao STJ conhecer de ofício das matérias alusivas às condições da ação e aos pressupostos processuais, quando lhe for submetida à apreciação o mérito da controvérsia. Precedentes. (STJ, 4ª T., REsp 94.458/PR, Relator Ministro Barros Monteiro, j. 15.02.2001, DJ 09.04.2001, p. 365).

Constou do voto do Ministro Barros Monteiro, citando precedentes:

Não caberia o interdito para a defesa do direito autoral. É a hipótese, pois, de proclamar-se a extinção do processo, sem conhecimento do mérito, nos termos do disposto no art. 267, VI do CPC, circunstância que obsta a admissibilidade do Recurso Especial interposto. Caso o tribunal tenha de ingressar no exame do mérito da controvérsia, (é o caso dos autos), possível é que venha ele conhecer de ofício das matérias alusivas às condições da ação e aos pressupostos processuais. (REsp 36.663-1/RS, 41.226/PR, 32.410/PE, e 188.329/MG) (STJ, 4ª T., REsp 94.458/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.02.2001, DJ 09.04.2001, p. 365).

(iii) A regra do art. 267, § 3º do CPC, só pode ser aplicada na instância especial uma vez conhecido o recurso, quando, então, aplica-se o direito à espécie. (STJ, 3ª T., AgRr no

¹⁸ Trata-se STJ, 2ª T., Resp 36.663/RS, Rel Min. Antonio de Pádua Ribeiro, Há outros no mesmo sentido, tais como o Resp 41.226/PR.

AgIn 65.827/RJ, Rel. Min. Paulo Costa Leite, j. 12.06.995, *DJ* 13.05.1996, p. 15.554).

No caso, o recurso não foi conhecido:

São ponderáveis os argumentos expendidos pelo agravante, no plano da celeridade processual, mas os limites do Recurso Especial não podem ser ultrapassados. Se o acórdão cuidou apenas do tema atinente à denúncia da lide, não é dado, no âmbito do recurso especial, examinar questão de outra ordem, ainda mais de ofício, como pretendido. A regra do art. 267, § 3º, do CPC, só pode ser aplicada na instância especial uma vez conhecido o recurso, quando, então, aplica-se o direito à espécie.

(iv) Hipótese em que não foi ultrapassado o juízo de conhecimento, sendo inviável a análise da questão de ordem pública em torno do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais. (O art. 40 permite a decretação da prescrição por iniciativa do juiz, apenas dependente de prévia ouvida da Fazenda Pública) ¹⁹.

(v) Embora não tenha sido objeto de Recurso Especial, a questão da legitimidade passiva da CEF e da incompetência absoluta da Justiça Estadual, verifico que o tribunal analisou a questão. (...) Conforme jurisprudência assente desta Corte, o prequestionamento se faz imprescindível até mesmo para argüir as nulidades absolutas, porque não pode o STJ conhecê-las de ofício. (...) A rigidez da observância veio a ser flexibilizada por alguns acórdãos que entendem possível adentrar-se o STJ em matéria de ordem pública de ofício se, após ser o especial conhecido, com o prequestionamento de tese pertinente, depararem-se os julgadores com uma nulidade absoluta ou com matéria de ordem pública e que pode levar à nulidade do julgamento ou à rescindibilidade. (...) Os precedentes aqui colacionados servem para efeitos ilustrativos, porque a posição majoritária da jurisprudência é no sentido de só ser possível reconhecer de ofício matéria de ordem pública se conhecido o recurso. (...) Aberto o juízo de mérito, pelo conhecimento do recurso, de ofício levanto a preliminar de litisconsórcio necessário do agente financeiro com a CEF, o que leva à incompetência absoluta da Justiça Estadual. (STJ, 2ª T., REsp 698.061/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.03.2005, *DJ* 27.06.2005, p. 337.)

¹⁹ Conforme STJ, 2ª T., Edcl no AgRg no Resp 617.178/SC Rel. Min. Eliana Calmon, j. 27.09.2005, *DJ* 17.10.2005, p. 252.

IV - Observo, a respeito dessa terceira corrente, que são duas as situações:

a) o acórdão recorrido não examina a questão, e falta o prequestionamento, mas a parte recorre e pede sua apreciação, o que vem a ser feito pela Turma;

b) há o prequestionamento, mas a parte não recorre desse ponto, e o STJ, de ofício, ao conhecer do recurso especial, conhece da questão de ordem pública.

13. Há um aspecto interessante, e que diz com o efeito de transladação, que existe nas instâncias ordinárias e que está limitado no recurso especial, no qual a devolução apenas se dá nos casos de admissibilidade do recurso.

Não há o efeito translativo nos Recursos Excepcionais (Extraordinário, Especial e Embargos de Divergência), porque seus regimes estão no texto constitucional, que diz serem cabíveis das causas *decididas* pelos tribunais inferiores. Caso o tribunal não se tenha manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (Ação Rescisória, já que incidem na hipótese dos verbetes 282 e 356 do STF, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional)²⁰.

De se notar que, nos recursos ditos ordinários, o efeito translativo opera-se sem restrições (CPC, art. 496, I a V). Todavia, tal não ocorre nos recursos excepcionais. (...) Assim, se a manifestação judicial levada pelo Recurso Extraordinário ou Recurso Especial não houver decidido a questão suscitada - inclusive de ordem pública, normalmente conhecível de ofício - não poderão o STF nem o STJ dela conhecer²¹.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 413-414.

²¹ AMORIM, Aderbal Torres de. *Recursos cíveis ordinários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 45.

Nesse ponto, na instância ordinária, o tribunal não pode de ofício reconhecer questão de ordem pública e decidir contra o interesse do único recorrente. Há de prevalecer, aí, a proibição da *reformatio in pejus*, assim como decidido pela 4ª T., em acórdão da relatora do Min. Barros Monteiro:

Não é dado ao Tribunal, de ofício, extinguir o processo sem o conhecimento do mérito por incompatibilidade de pedidos, no recurso de apelação interposto pela autora, visando a ampliar o acolhimento da sua pretensão inicial. (STJ, 4ª T., REsp 547.663/RS, j. 16.08.2005, DJ 03.10.2005, p. 260).

O mesmo problema se põe perante o STJ: se ele, conhecendo do recurso, cuida de aplicar o direito à espécie, assim como o faria o juiz da instância ordinária, é de se perguntar se ele também pode, em assim agindo, decidir contra o interesse do recorrente.

São duas as situações possíveis:

a) o acórdão recorrido examina a questão e decide a favor da parte que recorre por outra razão; se o STJ conhecer do seu recurso, não poderia de ofício decidir contra o interesse do recorrente, conhecendo de questão de ordem pública.

b) o acórdão não examina a questão, a parte que seria favorecida não recorre, e recorre a outra, mas ninguém refere a questão de ordem pública; não poderia o STJ, sem prequestionamento, sem suscitação da parte, contra o interesse do recorrente, conhecer de questão de ordem pública.

14. Conclusões

I. A controvérsia sobre o julgamento de questão de ordem pública surge, tanto quando falta o prequestionamento, como quando falta a suscitação pelas partes perante o STJ. No primeiro caso, seria

dispensado o requisito do prequestionamento; no segundo, dispensa-se a atividade da parte (*tantum devolutum quantum appellatum*).

II. O entendimento majoritário no STJ, considerando os precedentes da 1ª Seção, e, também, os julgados da 2ª Seção, inclusive, do Min. Paulo Costa Leite e um recente do Min. Barros Monteiro, é no sentido de que, admitido o Recurso Especial, por ofensa à lei ou por divergência jurisprudencial, e assim aberta a possibilidade de o Tribunal enfrentar o mérito da causa, deverá, antes disso, reconhecer a existência de questão de ordem pública, ainda que não prequestionada (dispensa de prequestionamento) e a ainda que não provocada da parte (reconhecimento de ofício).

Algumas observações devem ser feitas a respeito desse entendimento:

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

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

prequestionado, porque, nesse caso, não se agrava a situação do recorrente, apenas se amplia a fundamentação.

III. As outras duas correntes acima mencionadas seriam minoritárias, hoje, no STJ, embora alguns julgados recentes sobre a existência do prequestionamento. Nenhum acórdão mais recente aceitou a tese de que o tribunal pode livremente conhecer da matéria.

A verdade é que o entendimento do Tribunal ainda não está pacificado.

IV. A ordem pública é um conceito complexo, que pode funcionar como um princípio para distinguir leis ou questões de ordem pública e de ordem privada, ou como uma cláusula geral, para qualificar condutas. No cerne da sua definição estão as idéias de inderrogabilidade pelas partes e relevância do interesse da sociedade.

V. São questões de ordem pública, no âmbito do Recurso Especial, as indicadas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, as que versam sobre nulidade que não preclui (art. 245, parágrafo único), e outras situações previstas em outras normas ou decorrentes do sistema (art. 40 da Lei de Execução Fiscal, intempestividade do recurso, inconstitucionalidade da lei, etc).

Não definida na lei, cabe ao Tribunal reconhecer tratar-se de questão de ordem pública.

VI. A questão de ordem pública, só por isso, não dispensa o requisito do prequestionamento. Isso significaria alterar substancialmente o sistema recursal desenhado na Constituição, transformando o STJ em tribunal de revisão ordinária dos julgados dos tribunais locais, desfigurando a sua posição, aumentando ao infinito o número dos recursos e permitindo o uso abusivo das "nulidades guardadas", a serem suscitadas depois de vencida a instância ordinária. Na situação mais

favorável, a sua apreciação acontecerá sem prequestionamento, quando necessária para a aplicação do direito à espécie, no recurso conhecido por outro fundamento.

VII. Reconheço lisamente a existência da controvérsia e a evidente colisão de princípios (daí a razoabilidade de qualquer das posições adotadas), mas parece preferível a solução aceita pela corrente por último exposta acima.