

NELSON PASSOS LIMA

**AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E A
EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO NO
RECURSO ESPECIAL**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Mestre Fábio Lima Quintas.

Brasília

2011

NELSON PASSOS LIMA

**AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E A EXIGÊNCIA E
PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO ESPECIAL**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito sob a orientação do Professor Mestre Fábio Lima Quintas.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Dedico o presente trabalho aos meus familiares e amigos.

Agradeço ao Professor Mestre Fábio Lima Quintas pelo insubstituível auxílio neste trabalho.

RESUMO

A possibilidade de julgamento de recurso especial que trata de questão de ordem pública não prequestionada implica investigar o que são questões de ordem pública. Dentro dessa categoria, doutrina e jurisprudência arrolam as condições da ação e os pressupostos processuais, que são estudados e criticados neste trabalho até se chegar à conclusão de que as questões de ordem pública devem ser identificadas com as nulidades. O principal, nesta conclusão, é evidenciar que a legitimidade das decisões judiciais depende da realização dos valores que a sociedade e Estado resolveram pactuar para guiar a relação processual. Sem alcançar esses valores, o processo é irregular e as decisões que dele derivam são ilegítimas. Conclui-se que, em tese, não é possível o exame de questões de ordem pública não prequestionadas devido à maturidade do entendimento que se tem da função dos tribunais superiores no exame de teses, em lugar de causas. Não se afasta, contudo, a revisão e reavaliação dessa conclusão frente a situações excepcionais.

Palavras-chave: Questão de ordem pública – Recurso especial – Prequestionamento – Condições da Ação – Pressupostos processuais – Nulidades – Legitimação - Procedimentalismo

ABSTRACT

The possibility of trial of a special appeal that embodies a matter of public order in the procedure that are not previously put to other courts inevitably leads to the investigation of what are matters of public order in the procedure. Within this category, doctrine and jurisprudence list the conditions of action and the procedural prerequisites, which are subject to study and criticism in this work until reach the conclusion that issues of public order in the procedure should be identified with hypotheses of nullity. The main point in this conclusion is to make evident that the legitimacy of judicial decisions depends on the fulfilment of the values that society and the state decided to condone in order to establish the main steps to be taken in the judiciary procedural relationship. Without reaching these values, the process is uneven and the decisions that are handed out from it are not legitimate. We conclude that, *a priori*, it is not possible to examine questions of public order in the procedure that are not previously put to other courts due to the long aged understanding that the function of the superior courts is to trial theses, rather than causes. However, it is not neglected that the review and reassessment of this conclusion in the face of exceptional situations is of interest of the system.

Palavras-chave: Matter of public order in the procedure – Special appeal – Previous submission – Conditions of action – Procedure prerequisites – Nullities – Legitimacy - Proceduralism

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

Id por idem

Ibid por ibidem

SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
Capítulo 1 - Teoria de Processo	11
1.1 O procedimentalismo na visão de J.J. Calmon de Passos	14
Capítulo 2 - Recurso Especial e Questões de Ordem Pública	20
2.1 Competência do STJ para Julgamento do Recurso Especial e o requisito do prequestionamento.....	20
Capítulo 3 - Questões de Ordem Pública	25
3.1 Condições da Ação	24
3.2 Crítica à Teoria das Condições da Ação	28
3.3 Pressupostos processuais	34
Capítulo 4 - Questões de Ordem Pública e o Recurso Especial	41
4.1 Exame das Questões de Ordem Pública no Julgamento do Recurso Especial.....	24
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O trabalho propõe-se cotejar o entendimento fixado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre a exigência de prequestionamento e a possibilidade de ser examinada a presença das questões de ordem pública em qualquer instância e grau de jurisdição. A reflexão será dirigida à compatibilidade entre a primeira ideia, baseada na interpretação feita pelo Tribunal da sua própria competência, e a segunda, baseada em dispositivos do Código de Processo Civil e na teoria geral do processo.

Em resumo, o problema posto é *“O STJ deve examinar em recurso especial matéria atinente às questões de ordem pública, independentemente de ser atendido o requisito de prequestionamento?”*

A escolha do tema deu-se por conta do impacto da prática no STJ de negar conhecimento a matérias que não foram prequestionadas, ou seja, decididas em última ou única instância nos Tribunais de Justiça Estaduais ou nos Tribunais Regionais Federais. Ao interpretar a própria competência, o STJ nega-se a examinar questões de ordem pública – pressupostos processuais e condições da ação – independentemente do que diz a doutrina sobre a validade de processos que, no seu curso, deixam de apresentar esses elementos.

Mais de vinte anos após a criação do STJ, esse tema ainda é posto em debate nos julgamentos, inclusive nos da Corte Especial, que representa todo o Tribunal. O tema impacta diretamente a atividade jurisdicional da Corte e causa conflito com a doutrina, em razão das teorias a respeito da validade e legitimidade de julgamentos em que não se observam questões de ordem pública.

A relevância do tema decorre tanto da sua atualidade quanto da posição ocupada pelo STJ na uniformização da jurisprudência. Cabe ao Tribunal dizer, por último, da interpretação das normas infraconstitucionais. Entre elas, destaquem-se as que regem os requisitos e pressupostos referentes à formação e ao curso do processo, justificando a sua necessidade e utilidade.

O confronto entre a prática judicial e o ponto de vista doutrinário é, por si só, de importância e interesse acadêmicos. O tema tem também relevância social, tendo em vista que as decisões do STJ são tidas pelos jurisdicionados como a última oportunidade para fazer valer a sua interpretação sobre as normas de lei federal e, logo, os seus direitos. Do ponto de vista profissional, é de interesse de todos os que devem estar a par dos critérios técnicos de admissibilidade dos recursos especiais, seja para com eles concordar ou deles discordar.

O tema é comumente visto como exercício da atividade política do Tribunal ao formar a sua “jurisprudência defensiva”, isto é, o seu entendimento sobre quais os requisitos exigidos para que um recurso especial possa ser analisado, ou melhor, conhecido – para utilizar a expressão corrente nos julgados.

Para tratar de tema assim relevante, a pesquisa que se propõe abordará os dispositivos da Constituição e das leis, dando especial ênfase às teorias sobre o que o processo deve ser, como ele deve ser formado e conduzido.

A principal ênfase da pesquisa será a reflexão com base nas teorias do processo, com destaque para as de J.J. Calmon de Passos, tendo em vista as suas ideias sobre a interação entre interpretação de textos, análise de conceitos jurídicos e prática forense.

Assim, a conclusão levará em conta as teses do doutrinador e a sua maneira de ver o processo, mas não sem ponderar sobre as consequências práticas e as teorias sobre condições da ação e pressupostos processuais.

Embora alguns julgados do STJ sejam trazidos à monografia a título exemplificativo, não será feita uma reconstrução do debate na jurisprudência, como também não será feita investigação das normas que trataram das questões de ordem pública ao longo da sucessão de leis processuais.

A proposta deste estudo é uma abordagem mais abstrata, referindo-se à lei posta como um ponto de partida para as reflexões teóricas sobre que são as questões de ordem pública, por que são assim consideradas e em que elas consistem. Ao fim, será construída uma posição a respeito do problema que motivou a pesquisa.

CAPÍTULO 1

TEORIA DE PROCESSO

J.J. Calmon de Passos, na sua obra “Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal”¹, lança as bases teóricas deste trabalho. As suas ideias sobre processo são o marco teórico adotado para as conclusões que serão expostas.

Para tanto, é necessário esclarecer alguns pontos de vista e premissas de que parte o doutrinador. A ideia de que o processo é meio por que o Estado dá legitimidade às suas decisões é central.

A proibição de que os particulares façam justiça com as próprias mãos exige a alternativa. Se não se pode deixar que as pessoas façam valer os seus direitos com seus próprios meios, o Estado tem de fornecer alternativa.

Ao substituir as providências das pessoas para a busca dos seus direitos, o Estado disponibiliza a elas o direito de ação. É o direito de acionar o Estado para que diga o direito material e imponha o que venha a dizer.

O Estado precisa distribuir justiça de maneira a criar nos cidadãos expectativas sobre os seus direitos. Nesse contexto, a previsibilidade é um dos mais importantes atributos da justiça.

É muito questionável dizer que previsibilidade seja aplicar soluções iguais para casos iguais.

A crítica começa pela indagação sobre a univocidade dos textos jurídicos e é inerente ao direito. A leitura de uma norma origina múltiplos entendimentos do direito porque ela não é lida sozinha. Nem a norma é lida isoladamente nem estão isolados os intérpretes que as leem.

Entender um direito é entender os seus múltiplos aspectos e especular sobre a sua aplicação em casos que não estão previstos com precisão pela norma. Da mesma

¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ - centro de atualização jurídica, v. 1, n°. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>

forma, é necessário entender as consequências desse direito em outras relações jurídicas em que direitos se embricam e concorrem entre si.

A outra questão que se coloca é a existência de casos iguais. As possibilidades de conflitos são infinitas porque a sociedade é dinâmica. Exemplo disso são as novas perguntas lançadas pelo avanço do conhecimento tecnológico. Alguns conflitos nascem quando as pessoas se perguntam se deveriam estar fazendo o que só agora elas são capazes de fazer.

Certamente, há casos que, pelas características dos interesses envolvidos, é necessário, como medida de política judiciária, tratar diversos casos como iguais ou semelhantes (como ocorre com muitas causas previdenciárias).

Mesmo nesses casos, pode haver decisões díspares tendo em vista a aplicação do texto da lei. E isso é natural porque o fluxo dos entendimentos sobre direitos dentro do Judiciário ocorre por acúmulo de massa crítica. É o acúmulo de entendimentos no mesmo sentido que lhe dá a inércia para continuar acumulando mais adesões.

E o acúmulo de massa crítica ocorre de maneira concomitante na doutrina, na jurisprudência e na atividade legislativa. Nesse sentido, é tentador fazer a comparação com comportamento de manada.

No entanto, não é caso de dizer que todos os intérpretes seguem o entendimento do primeiro. O que ocorre é “polinização cruzada”. Uns entendimentos influenciam os outros em sequência, ciclicamente ou de forma desordenada.

Tendo em vista apenas a atividade judiciária, causas consideradas iguais recebem decisões com orientações diferentes. Aos poucos ocorrem coincidências de entendimento e os casos vão passando pelos filtros das instâncias judiciárias.

O entendimento na segunda instância e na instância de sobreposição influencia a maneira como os juízes entendem os textos legais, ou seja, como eles entendem o direito. Da mesma forma, são os entendimentos dos juízes que influenciam o entendimento das demais instâncias.

Em tempos de súmula vinculante, no STF, e recursos repetitivos, no STJ, os entendimentos sobre certas questões de direito convergem ainda mais rapidamente.

Então, retorna-se à indagação sobre a previsibilidade. Pergunta-se se é razoável que o Judiciário seja capaz de dar respostas previsíveis após — e apenas se — passarem os anos de acúmulo de massa crítica.

Não é possível garantir a previsibilidade das decisões do Judiciário. O problema não é algo que se possa resolver aprovando uma nova lei que altere a estrutura da distribuição de justiça. A impossibilidade de univocidade do entendimento dos direitos é defeito genético, ou seja, da sua origem textual. Se direito é expresso por textos, e os textos têm a natureza de serem plurívocos, não é possível fixar um só entendimento a partir da sua leitura.

Logo, não é razoável esperar previsibilidade da resposta do Judiciário. Por outro lado, é razoável e necessário exigir previsibilidade na maneira como o Judiciário opera na produção dos seus entendimentos sobre o direito e na maneira como dá resolução aos conflitos.

A previsibilidade exigida está no processo de decisões judiciais. As normas de processo civil são como as outras normas jurídicas no que diz respeito ao seu defeito genético. As normas de processo advêm de textos e por isso geram entendimentos plurívocos sobre a sua aplicação.

É favorável à previsibilidade do processo o fato de que seja interpretado todas as vezes que há processo judicial e administrativo em curso. A exposição ao debate das suas normas é mais freqüente e, por isso, gera massa crítica mais rapidamente sobre seus vários aspectos.

É fundamental fixar entendimentos claros sobre a forma como o processo deve desenvolver-se. É o processo que confere legitimidade e viabilidade à proibição de se fazer justiça com as próprias mãos.

O processo é a alternativa dada às pessoas para fazer valerem os seus direitos. É o espaço dado para a discussão e para a resolução do conflito. Também é o meio por que, se necessário, o Estado emprega a força para executar as suas decisões.

Eis a importância de se discutirem as normas de processo. É necessário questionar os seus princípios basilares e estruturantes para superar os problemas de coerência dos textos e tornar mais eficientes e previsíveis os meios como o Judiciário opera.

1.1 O PROCEDIMENTALISMO NA VISÃO DE J.J. CALMON DE PASSOS

Para Calmon de Passos, o Direito é produto de um processo, no qual se organiza e se forma conhecimento a respeito do que existe. E não apenas o Direito, mas todas as áreas do saber dependem de um processo para apreender a realidade e traduzi-la para o seu entendimento.

Uma vez obtido o conhecimento, decide-se sobre o que se quer, o que se objetiva, fazendo juízo sobre mérito, correção e adequação das conclusões. Esses objetivos orientam a atividade humana e são determinados por uma expressão do arbítrio. É preciso decidir o que deve ser feito.

Conhecendo a realidade e decidindo os objetivos da experiência humana, age-se para fazer acontecer o melhor, o mais correto, o mais adequado. O ciclo fecha-se ao se refletir sobre a experiência vivida para produzir mais conhecimento, que será utilizado para informar novas decisões.

Expresso de outra forma, diz-se que o conhecimento é adquirido por meio de um processo. Decide-se o que fazer com ele, segundo critérios valorativos. Reflete-se sobre o conhecimento obtido e sobre a maneira como ele foi obtido. Volta-se, então, a buscar o conhecimento com base nessas reflexões, visando à realização dos objetivos orientadores do processo.

É necessário motivar ações para direcioná-las ao alcance dos objetivos propostos. Isso ocorre por meio da definição de regras individuais e coletivas, que decorrem do pensar o Direito e do pensar sobre o Direito². Com esse propósito, surgem atos normativos (nível macro) e sentenças e atos negociais e administrativos (nível micro). Estes são apenas textos prescritivos, produtos de pensamentos e decisão.

² Para pensar o direito, é necessário objetivá-lo, o que ocorre por meio da produção de textos. Chama-se essa atividade de ciência, doutrina ou dogmática jurídica e ela é de natureza descritiva e propositiva. Nas palavras do Autor: "E o que é pensado como direito deve ser objetivado, o que se dá mediante a produção de textos que denominamos de ciência, doutrina ou dogmática jurídica. Conhecimento que, no plano da regulação social da convivência humana, nenhuma consequência também determina, porquanto expresso por juízos descritivos, meras proposições, organizadas como saber especialidade." (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 2)

A juridicidade desses textos prescritivos decorre do processo que estatui modelos de prevenção ou solução autoritativa dos conflitos de interesses que fogem ao controle dos próprios interessados. Isso significa dizer que um texto é, em tese, jurídico na medida em que ele é redigido e aprovado segundo processo político pré-determinado. É esse processo que lhe confere juridicidade, ou seja, o seu caráter prescritivo.

O Direito prescreve, mas é sempre vulnerável. E essa vulnerabilidade decorre do fato de que, em boa parte, o Direito é composto de textos.

Tais textos são o reflexo do processo que os precedeu e gerou. Esse processo legislativo foi pensado e projetado para imprimir certas características ao conteúdo das normas abstratas. Melhor dizendo: não é o produto que condiciona o processo; é o processo que condiciona o produto.

Por essa razão, é imperioso disciplinar o processo (em todos os aspectos: agentes, organização e procedimentos) para que se alcance o produto objetivado.

Nesse raciocínio, a norma jurídica de caráter geral (nível macro) é determinada pelo processo político, legislativo, da sua produção. Logo, é impossível dissociar o Direito da sociedade que o produz. Tampouco é possível dissociar o Direito do processo político em que se reduzem as complexidades (valores, objetivos, necessidades) com a finalidade de produzir norma jurídica de caráter geral.

Mais adiante, na segunda etapa do processo de produção de Direito (nível micro), procede-se à “edição da norma reguladora” — para usar os termos de Calmon de Passos. Essa edição consiste na própria aplicação da norma abstrata, expressa por texto prescritivo, a um conflito com a finalidade de solucioná-lo. Isso porque solução dos conflitos é um dos objetivos do processo.

O processo de aplicação da norma abstrata consiste em editá-la para que incida com precisão à situação fática, levada ao Judiciário como conflito.

A última fase do processo é a execução e consiste no conjunto de atos materiais praticados à luz das decisões tomadas quando a aplicação da norma ao caso concreto foi feita.

A relevância da execução decorre do deslocamento da validade em direção à faticidade, gerando acontecimentos legitimados por sua adequação à legalidade.

Na fase da execução, os atos materiais ocasionam interferência na liberdade e no patrimônio, de modo a superar o âmbito dos textos jurídicos para chegar à concreção do que neles se prescreve.

Em outras palavras, o direito expresso em norma reguladora (geral e abstrata) é reconhecido como texto prescritivo e jurídico. Ele é, então, aplicado e o conflito recebe norma específica e concreta, consistente em sentença, por exemplo. A execução é a aplicação desta última norma por meio de atos materiais, de modo a torná-las fato. É a transformação da prescrição textual legal em realidade fática.

A instrumentalidade do processo – tida por Calmon de Passos como modismo – camufla a evidência de que é o processo que condiciona o produto e que um e outro são indissociáveis, o que exige rigorosa disciplina, a fim de impedir o arbítrio dos decisores³.

É bem sabido que o exagero nessa postura procedimentalista leva à negação dos objetivos escolhidos pela sociedade, como a resolução de conflitos. O risco é que o processo se torne auto-referencial. O processo não poderia estar em curso tendo como principal razão de ser a resolução de disputas sobre a interpretação das suas normas prescritivas, ao invés das de Direito civil, penal, administrativo, entre tantas outras.

No entanto, Calmon de Passos argumenta que, se o Direito é uma das formas de conferir sentido e significação ao agir, ele deve ser analisado sob o ponto de vista da comunicação humana, levando-se em conta sua dimensão intersubjetiva e linguística.

Para tanto, faz-se necessário institucionalizar-se o "status activus processualis. Com essa expressão, Calmon de Passos quer significar a participação ativa nos procedimentos que objetivam a produção de normas jurídicas, nos níveis macro e

³ Os que são adeptos da "processualização" do direito são, assim, chamados de "procedimentalistas". Por processualização quer-se dizer que a observância das regras de processo, das suas fases e normas estruturantes, são o próprio mecanismo legitimador da atividade do Estado de resolver conflitos na sociedade.

micro, e a institucionalização das respectivas normas organizativas. Nas suas palavras:

Foi a consciência dessa mudança que motivou a reflexão jurídica de pessoas que estão se tornando referências em nosso tempo. Poderíamos agrupá-las sob a denominação de “procedimentalistas”, à falta de um nome melhor, ou de adeptos da processualização do direito. Tentaremos sintetizá-la. Se o direito é uma das formas de emprestar sentido e significação ao agir do homem, ele reclama, para sua compreensão, ser analisado do ponto de vista da comunicação humana, donde a ineliminável dimensão intersubjetiva e lingüística de sua produção. Torna-se, pois, fundamental institucionalizar-se o que provisoriamente pode ser denominado *status activus processualis*, concebido como o reconhecimento do direito fundamental de se participar, ativa e responsabilmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas normas organizativas.⁴

O esforço é “*no sentido da garantia, através do procedimento, de um equilíbrio de posições entre os membros da sociedade democrática, tanto nas relações entre particulares como na relação destes como os poderes públicos.*”⁵

No Direito processual, a constitucionalização do processo foi a novidade do século XX. Com efeito, a noção de devido processo legal adquiriu dimensão constitucional, dando nova importância ao processo de produção e legitimação do Direito, que tem matrizes políticas.

Foi a constitucionalização do processo que permitiu o entendimento de que são indissociáveis a enunciação do Direito e a organização democrática das funções vinculadas à sua produção e aplicação.

No entender de Calmon de Passos, a instrumentalidade do processo segue o caminho inverso da história da relação entre os Direitos material e processual. Após o reconhecimento da interdependência entre os dois, e do condicionamento do Direito ao seu processo de formação, a instrumentalidade vem dizer, anacronicamente, que o processo seria secundário em relação ao Direito material.

Calmon de Passos insiste na crítica à doutrina da instrumentalidade do processo, ao dizer que não se trata de autonomia (indiferença) entre Direitos material e processual. Pelo contrário, constata-se que um não poderia existir sem o outro. A diferença entre autonomia e interdependência é relevante por si só e indica o grau

⁴ *Idem*, p. 4.

⁵ *Ibidem*, p. 5.

de envolvimento que direito material e processual devem ter na aplicação das normas gerais ao caso concreto.

O fato dessa diferença sutil ser ignorada ou desprezada, por vezes, aponta para o problema da falta de rigor terminológico — dogmática conceitual — assim nesses vocábulos como na própria definição do termo “instrumento”. Talvez essa circunstância explique a ênfase que muitos dão à instrumentalidade do processo.

Pensamento e linguagem são coisas distintas, mas não são independentes. Embora o pensamento não deva ser reduzido à linguagem, as palavras são indispensáveis tanto para a comunicação como para o próprio pensamento, especialmente em Direito.

Tanto o Direito posto quanto o Direito aplicado ao caso concreto são linguagem. “Não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.”⁶

O termo instrumento já tem significado próprio, no que se refere à interação do homem com a natureza. O Direito não é, contudo, objeto da natureza; situa-se no plano da ação e do discurso, da atividade humana em que se é compelido a optar e a tentar dar um sentido e significado ao agir.

Adaptar o termo instrumento a outros usos é assumir o risco de incomunicabilidade e de ambigüidade. Concretamente, a instrumentalidade frutificou na quebra do equilíbrio processual com o advento nas recentes reformas. Estas hipertrofiaram o papel do juiz e privilegiaram o autor da ação, exacerbando a litigiosidade e favorecendo o arbítrio, em nome da celeridade, da efetividade e da “deformalização” do procedimento.

⁶ *Idem*, p.10.

CAPÍTULO 2

RECURSO ESPECIAL E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

Uma das exigências mais firmes do Superior Tribunal de Justiça – STJ para julgamento dos recursos especiais é o chamado prequestionamento. Por algum tempo discutiu-se o alcance desse conceito, que foi abstraído da expressão “causa decidida”, constante no texto constitucional, que define a competência do Tribunal.

Apesar de ampla jurisprudência do STJ e do Supremo Tribunal Federal afirmando categoricamente a inadmissibilidade de exame de matéria não prequestionada nas instâncias superiores, este trabalho lança o “porquê” na discussão.

A jurisprudência pode ser firme no sentido da inadmissibilidade do recurso especial nessas circunstâncias, mas o questionamento da orientação faz-se necessário para entender como o processo pode legitimar decisão que nega o exame de questão de ordem pública não prequestionada. Essa matéria é a aquela cujo exame pode ser feito a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

O questionamento de cada conceito envolvido à luz do procedimentalismo de Calmon de Passos é o método escolhido para analisar esta questão: “O STJ deve examinar recurso especial que trate de questão de ordem pública não prequestionada?”

2.1 COMPETÊNCIA DO STJ PARA JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL E O REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO

Na análise do texto constitucional sobre a sua competência, os Tribunais Superiores retiraram de cada palavra do texto constitucional um requisito de admissibilidade para o recurso especial. No que interessa ao propósito deste trabalho, será analisado o prequestionamento.

A competência do STJ para o julgamento de recurso especial está definida no art. 105, III, da Constituição Federal – CF nos seguintes termos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

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

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

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

“*Causas decididas*” é a expressão textual utilizada para justificar a exigência do requisito do prequestionamento. O STJ interpreta a própria competência para fixar que “*o prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito, veiculada no recurso especial, tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Não basta ter havido a mera menção do dispositivo legal no juízo de primeira instância, se este não consubstanciar a própria razão de decidir.*”⁷

Destaque-se que a imposição do atendimento ao prequestionamento data de antes da Constituição Federal promulgada em 1988. Nas Constituições anteriores, ainda não havia sido criado o STJ, mas já existia a exigência de prequestionamento no recurso extraordinário, endereçado ao Supremo Tribunal Federal, época em que esta corte acumulava a revisão de material constitucional e infraconstitucional.

Essa é a razão por que o recurso especial é incluído na expressão genérica de “*recurso extraordinário*”. Assim, recurso extraordinário é gênero que de são espécies o recurso especial, endereçado ao STJ, e o recurso extraordinário *stricto sensu*, endereçado ao Supremo Tribunal Federal.

O que se observou, após a criação do STJ em 1988, foi a aplicação ao recurso especial do entendimento da Suprema Corte sobre os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário. Nesse tocante, o detalhe que costuma passar despercebido é que, em vez de utilizar a expressão isolada “*causas decididas*” as alíneas do art. 101, inc. III, da Constituição Federal de 1946⁸ usavam a expressão

7 JURISDIÇÃO. STJ. Recurso Especial. INSS vs. Almir Locatelli. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1059840. Julgado em 11 de setembro de 2008 e publicado em 29 de setembro de 2008. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801113394&dt_publicacao=29/09/2008>. Acesso em: 30 de janeiro.

⁸ III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

“causas decididas [...] quando se questionar sobre a validade de lei federal” e as alíneas do art. 101, inc. III, da Constituição Federal de 1937⁹ utilizavam a expressão *“causas decididas (...) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal”*.

O tal questionamento ou prequestionamento já não constava nas alíneas do art. 119, inc. III, da Constituição de 1967¹⁰ e tampouco apareceu na Constituição Federal de 1988. Mudaram os textos constitucionais, mas permaneceram as orientações sobre a admissibilidade do recurso extraordinário, que foram transferidas ao recurso especial.

É inevitável rememorar as ideias de Calmon de Passos sobre a mútua influência entre os textos legais e as orientações sobre o direito deles extraído. No caso da alteração do texto constitucional e das expressões utilizadas para dar os contornos ao recurso extraordinário e especial, o entendimento fixado pelos intérpretes do direito já era tão consolidado, que acabou superando qualquer mudança sobre a admissibilidade desses recursos que se pudesse cogitar a partir da mudança do texto legal.

No caso da admissibilidade do recurso especial, foi criado novo recurso, direcionado ao recém criado STJ, a partir da bipartição da competência original da Suprema

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

IV - rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos.

⁹ III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.

¹⁰ III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal;

Corte. Mesmo assim, os requisitos de admissibilidade permaneceram os mesmos, demonstrando a força do entendimento sobre o direito que regulava, desde antes, a admissibilidade do recurso extraordinário.

Especificamente quanto ao prequestionamento, a sua importância é tal para a admissibilidade do recurso extraordinário *lato sensu* que é equiparada a um dos requisitos recursais intrínsecos, isto é, relativa ao próprio poder de recorrer. Nas palavras de Fábio Lima Quintas:

O certo é que há muito o prequestionamento foi erigido, pelo Supremo Tribunal Federal, a verdadeiro requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário, sem o qual a impugnação estará fadada ao não-conhecimento, nos termos das Súmulas nºs 282 e 356 do STF [...]”¹¹

No exercício do que se veio a chamar de jurisprudência defensiva¹², o STJ desenvolveu conceitos como prequestionamento ficto, expresso e numérico.

A rigor, prequestionar significa provocar o pronunciamento das instâncias ordinárias sobre uma questão de direito para que ela possa ser examinada pelos Tribunais superiores. Basta que a questão seja enfrentada ou que a questão tenha surgido no julgamento realizado pelo Tribunal *a quo* ou ainda que a maneira como o Tribunal *a quo* realizou o julgamento seja uma questão de direito em si.

Ora, se o Tribunal manifesta-se sobre a questão de direito, então o prequestionamento é expresso. Os prequestionamentos numérico e implícito são, contudo, corruptelas ou desvirtuamentos do chamado prequestionamento expresso.

Se o Tribunal *a quo* se manifesta sobre a questão de direito e, além disso, menciona o número do dispositivo legal relacionado a essa questão de direito, então o prequestionamento é tido como numérico. Se o Tribunal *a quo* enfrenta a questão de direito, mas menciona expressamente o número do dispositivo legal a ela relacionada, então o prequestionamento é tido como implícito.

¹¹ Quintas, Fábio Lima. *A nova dogmática do recurso extraordinário: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento*. In: Revista de Direito Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, nº 22, jul-ago/2008. pp. 7-23, p. 15.

¹² Nome dado os entendimentos do Tribunal sobre os requisitos de admissibilidade criados ou “desenvolvidos” a partir dos textos legais para restringir o número de recursos que terão o seu mérito julgado. Em alguns contextos, a expressão tem conotação negativa.

Esses desvirtuamentos do requisito de prequestionamentos criam situações absurdas¹³, que não são úteis e embaralham o entendimento do requisito do prequestionamento.

Com a finalidade de dar prosseguimento a este trabalho e uniformizar as expressões utilizadas, estabelece-se que prequestionamento do recurso especial “*consiste na afloração da questão federal no acórdão impugnado. É o modo peculiar de expressar-se o cabimento do recurso de motivação vinculada.*”¹⁴

Nesse sentido, para configurar prequestionamento, basta que o Tribunal *a quo* (i) enfrente a questão de direito que lhe é posta a julgamento com ou sem menção expressa aos dispositivos legais relacionados; (ii) ou que a questão de direito a ser objeto do recurso especial tenha surgido durante o julgamento do Tribunal *a quo* porque se trata de fundamentação utilizada pelos julgadores; (iii) ou porque se trata de violação dos dispositivos legais que regulamentam a maneira como o Tribunal deve proceder no seu julgamento, hipótese em que surge nova questão de direito.

CAPÍTULO 3

QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

Uma das ideias centrais deste trabalho é buscar no que se vem entendendo como questões de ordem pública – condições da ação e pressupostos processuais – o que há de regras basilares da validação do processo e da legitimidade que ele confere ao seu produto, o direito.

¹³ Exemplo de situação absurda e bastante comum é o caso em Tribunal *a quo* não enfrenta a questão de direito posta a julgamento e, contra essa decisão, a parte opõe embargos de declaração para “*prequestionar a matéria*”. Em seguida o Tribunal acolhe os embargos de declaração, apenas para prequestionar a matéria, mencionando os números dos dispositivos legais que a parte indicou, que podem não se referir à questão de direito posta ao julgamento original do Tribunal. Então, o recurso especial é interposto e o STJ tem de julgar matéria prequestionada numericamente, mas sem que tenha havido sequer julgamento implícito. Esse é o tipo de contradição que ocorre quando se estabelece entendimento “defensivo” (para deixar de julgar alguns recursos) e as partes e as instâncias ordinárias adotam como regras sobre a regularidade de recurso especial. Simplesmente, não faz sentido.

¹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 764.

Trata-se de identificar algumas normas estruturantes do processo civil e aplicá-las para propor solução ao problema do exame das questões de ordem pública na ocasião do julgamento do recurso especial.

Para tanto, é preciso atentar à indicação feita pelo art. 267, § 3º, do CPC de que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, matéria de pressupostos processuais e as condições da ação.

No entanto, somente algumas dessas matérias mencionadas pelo dispositivo dizem respeito à estrutura do processo civil, isto é, são questão de ordem pública.

Não é bastante ler os textos e esperar que se extraia o entendimento mais adequado sobre direitos constantes nas suas proposições prescritivas. O esforço de interpretação do texto passa pelo crivo da lógica e do pensamento do processo como um todo orgânico.

A adoção da teoria de Calmon de Passos neste trabalho justifica-se pela necessidade de lançar olhar crítico às normas que informam o direito processual para lhes ver o sentido e a coerência dentro da necessidade de seguir o procedimento para legitimar a decisão que resolverá o conflito.

Fazendo essa análise, podem-se identificar as razões por que algumas normas constituem questões de ordem pública, ou seja, questões que podem ser analisadas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Elas são o eco da enunciação dos objetivos traçados quando da formalização das regras de processo.

Dito de outra maneira, apesar da fungibilidade das formas, existem regras basilares do processo, normas de estrutura. Se descumpridas, destituem do processo o seu caráter legitimador da decisão a ser proferida.

3.1 CONDIÇÕES DA AÇÃO

O Código de Processo Civil – CPC, no art. 267, inc. VI, diz que o processo deve ser extinto quando não concorrer qualquer das condições da ação¹⁵. A lei, então, enuncia como condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

A ideia foi trazida pelo doutrinador italiano Enrico Túlio Liebman ao processo civil para incluir a hipótese de exame anterior ao mérito para aferir a viabilidade *prima facie* do pleito autor. Para ser mais preciso, na concepção de Liebman, as condições da ação se situariam entre a ação e a situação de direito material, como afirma Ada Pellegrini Grinover:

Essa doutrina, que desfruta de notável interesse no Brasil, dá especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material.¹⁶

A possibilidade jurídica do pedido pode ser explicada como a existência teórica dos direitos cujo reconhecimento é pleiteado, com base nos fatos por ele expostos. Se o juiz, ao analisar a causa, entender que não existe a possibilidade sequer teórica de o autor ter razão, então ele deverá extinguir o processo sem julgar o mérito da causa por falta de uma das condições da ação.

A legitimidade das partes para a causa é explicada no CPC no art. 6º por meio da assertiva “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Somente tem legitimidade para ser autor da causa aquele que se diz titular do direito material. Da mesma forma, somente pode ser réu aquele que tem obrigação correspondente ao direito material afirmado pelo autor na petição inicial¹⁷.

¹⁵ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...)

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

¹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 251.

¹⁷ É necessário ressaltar dessa regra as hipóteses a chamada legitimação extraordinária, tendo em vista que previsão legal dessa exceção, como indica a parte final do art. 6º do CPC.

É importante destacar que a teoria das condições da ação pressupõe que o exame da legitimidade das partes deve ser feito antes do exame do mérito, pressupondo que se trata de matéria anterior ao próprio mérito.

Trata-se de exame que avalia se o autor seria a pessoa a quem deve ser dado o bem da vida, pressupondo que os fatos que enuncia são verdadeiros e pressupondo que existe o direito deles decorrente. Resume-se à pergunta: “o autor é o titular do direito pleiteado, se se considerar verdadeiro o seu relato dos fatos?”.

O interesse de agir, para muitos doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover¹⁸ e Luiz Guilherme Marinoni¹⁹, resume-se a saber se está configurado, no caso concreto, o binômio necessidade e adequação.

Por necessidade, entenda-se a situação em que o autor só poderia alcançar o direito material que diz ter se houver intervenção do Poder Judiciário. Por adequação, entenda-se a potencialidade de a medida jurisdicional pleiteada pelo autor remediar a situação de lesão a direito que narrada na petição inicial.

Os adeptos da teoria das condições da ação veem grande utilidade na sua utilização, tendo em vista a praticidade de se extinguir processo que evidentemente não teria como prosseguir. Os ganhos com a celeridade justificariam a sua implementação.

3.2 CRÍTICA À TEORIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

O processo é voltado ao resultado. A finalidade do processo é resolver conflitos. Para tanto, ele foi pensado e estruturado visando a alcançar os seus objetivos por

¹⁸ Idem, p. 257.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

meio de técnicas e fases, em que se viabiliza a defesa dos pontos de vista das partes.

As críticas a categorias processuais concentram-se na sua utilidade para a realização dos objetivos internos ao processo. Discute-se se certo instituto é útil no âmbito do processo. Se não for útil, discute-se se, além de supérfluo, o instituto também é pernicioso.

Em primeiro lugar, a distinção entre direito de ação e direito material é artificial. A ação constituiu direito por si só, dentro da perspectiva da teoria abstrata do direito de ação. É por meio dela que o jurisdicionado tem acesso ao Judiciário. O direito de ação compartilha da mesma materialidade que o direito chamado de material.

O direito processual é direito posto; é direito material. Suas normas têm caráter prescritivo e, algumas vezes, são objeto das discussões judiciais, especialmente em recursos.

Por uma questão de organização dos estudos, diz-se que o direito de ação difere do direito material. Assim, um é matéria de direito processual e outro é de direito civil, penal ou administrativo, por exemplo.²⁰

Feita essa ressalva, diz-se que o direito de ação não se confunde com o chamado direito material na teoria da ação em sentido abstrato.

A maior crítica à teoria das condições da ação de Liebman é a concepção de categoria intermediária, que nem é direito material nem é ação. A proposta da teoria eclética era resolver o problema das teorias abstrata e concreta.

Faz sentido falar em condições da ação dentro da concepção concreta da ação. Assim, a ação estaria relacionada ao direito material e seria atribuída apenas a quem realmente seja o titular do direito, conforme ensinava Giuseppe Chiovenda.

²⁰ “Limitar o direito de ação apenas à declaração de cabimento ou não de determinada *fattispecie* precista na lei material [...] fazendo pouco caso do próprio direito objetivo formal, é, também, violentamente e sem autorização, restringir o conceito de jurisdição, que se tornaria mera aplicação do direito material, ou considerar que o direito objetivo formal não é, nem nunca foi, digno de aplicação – o que é em si mesmo algo esconso e paradoxal” (DIDIER JR., FREDIE. *Um réquiem às condições da ação. Estudo Analítico sobre a existência do instituto*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 96, vol. 351, p. 65-82, julho-setembro. 2000, p. 67.)

Dentro dessa perspectiva, as condições da ação seriam confundidas com o mérito porque a própria ação estaria a ele vinculada. Ou seja, o autor teria ação se ele tivesse, efetivamente, o direito pleiteado. No entanto, Liebman pressupunha esse concretismo da ação na sua teoria, que veio a ser chamada de eclética²¹ ao mesmo tempo que declarava que direito material e ação são independentes.

A principal crítica à teoria da ação como direito concreto de agir é que o direito de ação não pertence apenas ao autor que tem razão. O direito de pleitear os seus direitos em juízo é o direito de ação a ser exercido contra o Estado e já terá sido exercido quando o juiz o examinar e decidir pela sua procedência ou improcedência.

De outra parte, a teoria da ação como direito abstrato de agir pressupõe a existência de direito que se sustenta a si mesmo e que seria pertencente a todos, mesmo ao que não tem direito.

Ela representa avanço ao explicar o direito de ação exercido pelo autor que não tem razão, mas não explica porque o direito de ação é direito dos que não têm direito material. Ademais, nem toda petição dirigida ao Judiciário é ação.

A concepção de categoria intermediária das condições da ação na teoria eclética acabou sendo adotada pelo CPC. Todavia, embora a categoria tenha sido criada para ser intermediária, ela pertence ao mérito.

Essa é uma fonte de indagações e problemas de toda ordem porque essa teoria foi adotada pela lei. O fato de o CPC atribuir extinção do processo sem julgamento do mérito à circunstância de falta de qualquer das condições da ação causa distorção.

Com perdão da repetição, é como se dizer que, em algumas vezes, o “julgamento do mérito” extingue o processo “com julgamento do mérito” e que, noutras vezes, “o julgamento do mérito” extingue o processo “sem julgamento do mérito”.

²¹ Para Liebman, no significado pleno da abstração da ação, a ação não compete a qualquer pessoa e não tem conteúdo genérico. Pelo contrário, ela se refere a uma *fattispecie* determinada e exatamente individuada, e é o direito de obter que o juiz sentencie a seu respeito, formulando (ou atuando) a regra jurídica especial que a governa. Ela é, por isso condicionada a alguns requisitos (que devem ser verificados em cada caso, preliminarmente, ainda que em geral se tenham como implícitos). Tais requisitos seriam o interesse para agir, a legitimação para agir e a possibilidade jurídica do pedido. Calmon de Passos tira essas conclusões do artigo de Liebman “L’azione nella teoria Del processo civile”, em Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, março de 1950, ano IV, nº I, pp. 66 e 67.

Esse é o caso exemplar de contradição que a categoria gera ao se examinarem as normas processuais do CPC. Assim, ao invés de se discutir o direito material pleiteado pelo autor, discute-se categoria processual que traz utilidades aos atores processuais.

A própria adoção de teoria da ação no CPC é questionável, uma vez que ainda não foi formulada teoria que seja imune a críticas. Essa também é a opinião de Celso Agrícola Barbi:

É discutível o acerto dessa orientação, de um Código adotar uma teoria da ação, quando é sabido que nenhuma das teorias até hoje construídas está isenta de críticas irresponsáveis. A construção de Liebman, apesar de sua engenhosidade, não resiste a uma análise mais aprofundada. Basta apresentar a mesma crítica que se fez à teoria civilista e à teoria de Chiovenda, com ligeiras modificações: quando o juiz, depois de ter sido desenvolvida larga atividade jurisdicional, conclui que o autor não tem direito de ação, porque falta uma daquelas três condições, como se explica a movimentação da máquina estatal por quem não tinha o direito de ação?²²

Em todo o caso, a abstração da ação em relação ao direito material remonta ao doutrinador alemão Oskar Von Bülow, que considera que *“o processo encerra uma relação jurídica dinâmica, de natureza pública, que se desenvolve gradualmente, não decorrendo exclusivamente do direito subjetivo alegado pelo autor.”*²³

A teoria adquiriu contorno mais preciso após os estudos do alemão Degenkolb e do húngaro Plósz. Ovídio A. Baptista da Silva explica em que ela consiste no direito subjetivo público, decorrente da personalidade jurídica do autor, exercido contra o Estado para obrigar o réu a comparecer em juízo, sem se vincular ao direito material:

O direito de ação, segundo a concepção de Degenkolb e Plósz, é o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado argüido pelo autor; pode ser concebido como abstração de qualquer outro direito (...); pré-existe à própria demanda, constituindo-se esta tão-somente no meio através do qual pode ser exercido. Compete a qualquer cidadão que puder invocar a proteção de uma norma legal em benefício do interesse alegado.²⁴

²² BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 32.

²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

²⁴ *Idem*, p. 109.

Se o direito de ação preexiste ao direito material, não faz sentido condicioná-lo a questões que dizem respeito ao mérito. Não faz sentido falar em carência de ação por falta de qualquer das condições da ação.

Para Ovídio Baptista, todos os requisitos postos como condição da ação situam-se no mérito da causa. Portanto, o juízo sobre a possibilidade jurídica, a legitimidade da causa e o interesse de agir levam à procedência ou improcedência, e não à rejeição da demanda por carência de ação.

O que se acabou chamando de carência de ação não pode significar a falta das chamadas condições da ação porque estas dizem respeito ao mérito.

Se ação não se confunde com mérito, a expressão “carência de ação” deve ser utilizada para significar a rejeição da demanda por falta de requisito que se situe antes ou fora do mérito.

Neste ponto, concepções abstratas e concretas do direito de ação não andam juntas. Não há, portanto, meio termo que se sustente. A tricotomia de categorias processuais Liebmaniana — pressupostos processuais, condições da ação e mérito — é incompatível com a autonomia integral do direito de ação.

Uma coisa é poder provocar o pronunciamento do juiz sobre determinada hipótese; outra é poder provocar a tutela do próprio direito. Em suma, “[a ação] deixou de ser o poder de provocar um pronunciamento do juiz sobre um direito que se tem, para se fazer o poder de provocar um pronunciamento do juiz sobre o direito que se afirma.”²⁵

Analisando especificamente a possibilidade jurídica do pedido, verifica-se que não há como ignorar que ela trate diretamente de mérito. Ao invés de falar em extinção do processo sem julgamento de mérito, melhor seria dizer, com precisão, que se trata de hipótese de improcedência *prima facie*.

Ao analisar a possibilidade jurídica do pedido, o Juiz considera se incide norma na hipótese narrada pelo autor. Trata-se de um problema de incidência da norma jurídica. Resume-se a determinar se dos fatos surge o direito que o autor pleiteia. Se

²⁵ CALMON DE PASSOS, J.J. *Em torno das condições da ação – A possibilidade jurídica*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, Ano II, Vol 4, p. 57 a 66, julho-dezembro. 1961, p. 60.

de nenhum fato pode surgir o direito que o autor pleiteia, tem-se a impossibilidade jurídica do pedido.

Como se vê, é um julgamento direto do mérito. É de se cogitar se essa teria sido a razão por que o próprio Liebman a reconsiderou como condição da ação, como lembra Fredie Souza Didier Júnior:

Entendemos que o legislador, além de incoerente em vários pontos, andou mal em seguir deliberadamente uma teoria que, à época, já havia sido revista, ainda que em parte, por seu pai (como é sabido, Liebman, na 3ª edição do seu "Manuale" já não mais mencionava a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.)²⁶

Da mesma forma e com mais razão, a legitimidade das partes é claramente questão de mérito. A máxima "*ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio*" convida a pergunta "*como saber se a pessoa que pleiteia certo direito está pleiteando em nome próprio?*"

Para responder a essa pergunta, exige-se do magistrado que avalie *prima facie* a narrativa dos fatos e verifique, considerando que são verdadeiros, se o autor seria, em tese, o seu titular. A caracterização da questão de mérito é evidente. Embora seja feito de maneira abstrata, a análise feita pelo Juiz é exatamente o objeto da causa.

Quanto ao interesse de agir, consistente na conjugação do binômio necessidade e adequação, a caracterização da análise do direito material também fica evidente em vários casos.

No que diz respeito à necessidade, por exemplo, da intervenção do Estado-Juiz para obtenção do bem da vida pleiteado, basta conceber a cobrança de dívida não vencida. A análise *prima facie* evidenciará pela narrativa dos fatos e, por vezes, consulta preliminar de documentos, que não há necessidade de o Judiciário ser acionado se não há direito a cobrar a dívida.

Tendo em mente essas considerações, é digno de nota que um dos objetivos propostos pela teoria das condições da ação é dar celeridade ao julgamento de certos casos.

²⁶ DIDIER JR., FREDIE. *Um réquiem às condições da ação. Estudo Analítico sobre a existência do instituto*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 96, vol. 351, p. 65-82, julho-setembro. 2000, p. 67.

Contudo, existe contradição²⁷ nesse raciocínio. Se, por um lado, a consequência legal da carência de ação é a extinção do processo sem julgamento do mérito, teoricamente o autor poderia intentar a mesma ação nos mesmos moldes e mobilizar novamente o Judiciário. Se, por outro lado, a consequência fosse a extinção do processo com julgamento do mérito, haveria coisa julgada, que é impedimento incontornável ao desenvolvimento da mesma demanda.

Após essas considerações, melhor seria abandonar a teoria das condições da ação. Para Fredie Souza Didier Júnior²⁸, as condições da ação devem ser retiradas do ordenamento porque o equívoco de não considerá-las questões de mérito cria outros problemas, como o da extinção do processo sem julgamento de mérito.

Independentemente do juízo sobre o encadeamento lógico das premissas e das consequências da teoria das condições da ação, é inevitável concluir que o processo civil não precisa dela. Ela não é útil e é, por vezes perniciosa, como visto acima.

As hipóteses de julgamento *prima facie* do processo são consectários lógicos da análise dos fatos narrados, da incidência das normas estruturantes do processo e da maneira como são formulados os pedidos. O fim a que a teoria das condições se propõe será alcançado, com menos atrito, sem essa categoria intermediária.

3.3 Pressupostos Processuais

Relação jurídica é o vínculo entre dois ou mais sujeitos regulado por normas jurídicas. E o processo judicial não é algo estático, não são os autos, não é algo que acontece nas dependências do Judiciário. Processo judicial é relação jurídica processual considerada na sua dinâmica.

²⁷ “Nosso direito, estranhamente, considera rigor excessivo a extinção prematura do processo sem julgamento do mérito. ‘-Não vamos permitir que o aparelho jurisdicional se movimente em razão de um pedido manifestamente repelido pelo ordenamento.’ O curioso é que essa medida economicamente esqueceu-se do mais elementar antídoto contra a proliferação de demandas judiciais: a coisa julgada material.” (DIDIER JR., FREDIE. *Um réquiem às condições da ação. Estudo Analítico sobre a existência do instituto*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 96, vol. 351, p. 65-82, julho-setembro. 2000, p. 76.)

²⁸ DIDIER JR., FREDIE. *Um réquiem às condições da ação. Estudo Analítico sobre a existência do instituto*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 96, vol. 351, p. 65-82, julho-setembro. 2000, p. 67.

Mais especificamente, diz-se que o processo é a relação jurídica processual que se constitui pelo vínculo estabelecido entre dois ou mais sujeitos, regulado pelas normas de direito processual. A questão é entender quais são os pressupostos para que esse vínculo se estabeleça.

A doutrina não é uniforme quanto aos elementos que compõem os pressupostos processuais. Há duas formas de ver o tema. A primeira consiste em restringir os pressupostos processuais aos elementos necessários para conferir existência à relação processual. A segunda consiste em incluir os elementos que conferem existência e validade à relação processual na categoria de pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento regular do processo, nos termos do CPC.

Partindo-se do primeiro ponto de vista, mais restritivo, é necessário atender aos seguintes pressupostos para formar a relação processual²⁹: a) órgão legalmente investido de jurisdição; b) sujeito com capacidade de ser parte; c) postulação ou pedido.

Esses pressupostos se situam fora do mérito e dizem respeito à existência da relação processual. Eles são, portanto, de interesse público, ou de ordem pública.

Nas palavras de Calmon de Passos:

Daí porque a dicotomia pressupostos processuais-condições da ação carece, em qualquer circunstância, de acerto, apenas se devendo distinguir pressupostos de existência (tudo quanto se faz de mister para que a relação processual exista) de condições de admissibilidade (tudo quanto se exige para que haja pronunciamento sobre o mérito). Havendo aqueles, existe a relação, que é válida para o fim de se obter um pronunciamento judicial. E isso traduz exercício do direito de ação, que é direito à sentença, ao juízo. (CALMON DE PASSOS, 1961, p. 58)

Esses pressupostos processuais, de existência da relação jurídica, são chamados de pressupostos de constituição do processo pelo CPC no art. 267, § 3º. O

²⁹ “Satisfeitas essas condições, existe relação processual, há processo, há exercício do direito de ação, fazendo-se indispensável a atuação jurisdicional do órgão” (CALMON DE PASSOS, 1961, p. 58).

dispositivo também menciona os pressupostos de desenvolvimento regular do processo, os quais também são chamados de requisitos de validade³⁰.

Os “*pressupostos processuais*” chamados de requisitos de validade³¹ inserem-se no segundo ponto de vista mencionado acima. “*Segundo essa visão, os pressupostos processuais podem ser objetivos e subjetivos. Os objetivos, por sua vez, se subdividem em positivos (petição inicial apta, citação válida e regularidade procedimental) e negativos (litispendência, coisa julgada e preempção). Os subjetivos dizem respeito ao Juiz (investidura, competência e imparcialidade) e às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória)*”³².

Acrescente-se a esses pressupostos processuais objetivos negativos a prescrição, decadência, medidas assegurativas (cautelares e antecipação de tutela) e medidas executivas, na medida em que elas têm relação de prejudicialidade com a demanda e com a relação jurídica.

No entanto, é interessante notar que, pela regulamentação legal dada aos pressupostos de constituição e desenvolvimento regular do processo, a sua importância está na possibilidade de poderem ser examinados de ofício a qualquer tempo e em qualquer instância, além de serem matéria que deve ser examinada antes do mérito.

Na prática forense, a relevância dos pressupostos processuais, de existência e validade, é encontrada na indicação de nulidades, as quais podem ser absolutas ou

³⁰ “*Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade [...] Assim, é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de ‘pressupostos de validade’. ‘Pressupostos processuais’ é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência. Sucede que ‘pressupostos processuais’ é expressão consagrada na doutrina, na lei [...] e na jurisprudência. É possível, assim, falar em ‘pressupostos processuais’ lato sensu, como locução que engloba tantos os requisitos de validade como os pressupostos processuais stricto sensu (somente aqueles concernentes à existência do processo)*”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 9ª Ed. Salvador: Podivm, 2008, p. 208).

³¹ Parte significativa da doutrina, têm os requisitos de validade como requisitos para propiciar o exame do mérito.

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Revista da Procuradoria geral do Estado de São Paulo. São Paulo: N. 35, p. 183-211, julho. 1991, p. 185.

relativas. Em quaisquer hipóteses, a sua alegação em juízo não estaria sujeita à preclusão. Há também os que defendam que a não observância dos pressupostos processuais pode gerar inexistência de um ato processual ou do próprio processo.

Abstratamente, faz sentido falar em inexistência se existem pressupostos para que uma relação processual exista. No entanto, essa existência não se afigura no mundo real, da mesma forma que a relação processual não é uma entidade do mundo dos fatos³³.

Esses institutos são ficção jurídica, da mesma estirpe que a expressão pessoa jurídica. Consideramos a abstração de que uma empresa é uma pessoa jurídica e lhe atribuímos direitos e obrigações, mas ela não é uma pessoa realmente. É mais um construto intelectual para separar patrimônios e viabilizar negócios.

Assim, ao se verificar que pressupostos processuais, de existência, não foram atendidos, melhor seria falar de nulidade absoluta e cancelar ou desconsiderar a prática de certo ato processual e determinar a sua realização de forma regular.

Na prática forense, declarar a inexistência jurídica de um ato ou relação jurídica teria resultados semelhantes aos declarar a sua nulidade absoluta. Os termos utilizados pela jurisprudência são indicativos dessa circunstância: “rejulgamento”, “nova citação” e “devolução do prazo”, entre tantos outros.

Ora, não pode rejulgar um recurso o órgão jurisdicional que realizou julgamento inexistente, como também não poderia fazer nova citação que não recebeu a citação “velha” porque esta foi considerada inexistente, e assim por diante.

A justificativa doutrinária para denominação de alguns atos como inexistentes é que eles não precisariam ser pronunciados como tais pelos juízes para que somente então pudessem ser desconsiderados. Essa teoria é atraente caso se considere que as partes e/ou terceiros poderiam ter certa autonomia para considerar alguns atos processuais e não outros.

³³ Com a licença de referir-se à terminologia de Pontes de Miranda.

Há muitas críticas, contudo, a essa posição. Em primeiro lugar os exemplos clássicos são muitas vezes cerebrinos: sentença não assinada pelo juiz e sentença assinada por juiz já aposentado.

Até se poderia dizer que é cerebrina a hipótese de haver recurso protocolado por advogado sem procuração nos autos, mas, mesmo assim, os efeitos da declaração da inexistência é que fazem o conceito de inexistência jurídica cair por terra.

Como dito acima, a inexistência poderia ser aferida diretamente pelas partes e elas poderiam considerar, por si sós, sem efeitos certo ato ou relação jurídica. Mas, não é crível que as partes simplesmente ignorem a publicação de sentença porque ela não foi assinada.

Elas provavelmente recorrerão da sentença alegando, possivelmente, a falta da sua assinatura. Mas, o fato de recorrerem já indica que consideram que o ato tem potencialidade de gerar efeitos que lhes causem prejuízos e, de certa forma, admitem a sua existência, pelo menos, por cautela, e agem como se ato fosse existente, requerendo a declaração da sua inexistência pelo Judiciário. Nesse sentido, Ovídio Baptista:

O critério que tem sido usado para a identificação dos atos inexistentes é a desnecessidade da sua decretação judicial, ao contrário das nulidades, bem como a absoluta impossibilidade de produzirem efeitos ou de serem convalidados. [...] Na verdade, é muito difícil admitir, dada a função preponderantemente instrumental da teoria das nulidades, a categoria dos atos inexistentes em processo civil. A rigor, nem se poderia incluí-los dentre os atos processuais, desde que a inexistência corresponderia a um não ato e não a um ato processual viciado. [...] e, se poderia parecer não adequado levar em consideração atos 'juridicamente inexistentes', mais danoso e inconveniente se mostraria deixar de dar relevância aos efeitos produzidos pelos mesmos.³⁴

Nesse trecho, Ovídio Baptista observa, com razão, a contradição a respeito da teoria da inexistência. Em que pese se dizer que não produzem efeitos, as partes devem agir de modo a evitar os prejuízos que o ato inexistente possa causar. Dito de outra forma, a contradição consiste em que a inexistência jurídica do ato gera efeitos, que devem ser afastados, anulados ou desconsiderados por declaração formal do Judiciário.

³⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 225-229.

Mais uma vez, a teoria de Calmon de Passos sobre a deficiência genética do direito se faz presente. Porque os atos processuais são expressos por linguagem, textos, a necessidade da interpretação e reflexão sobre o conhecimento produzido é inescapável.

A função dessa interpretação e reflexão é retirar da prática do direito processual conceitos inúteis. A teoria dos atos inexistentes parece abrir mais possibilidades e potencialidades, mas não acrescenta à teoria das nulidades porque, quase sempre, as chamadas inexistências jurídicas têm efeitos e remediações idênticos às nulidade absolutas, que não podem ser sanadas ou convalidadas, ao contrário das nulidades relativas.

Nesse ponto, tendo em vista tudo que foi dito sobre a utilidade da teoria da inexistência, seria melhor desconsiderar sanção mais grave que a nulidade absoluta para os casos em que não são atendidos os pressupostos de existência da relação processual. Se redundante em nulidade o reconhecimento dessa inexistência, melhor será falar apenas em nulidade dos atos praticados a partir da ocorrência do vício.

A teoria dos pressupostos processuais não está pronta. Apesar dos anos de reflexão da doutrina, da sucessão dos textos legais e de farta jurisprudência a respeito, ainda falta teoria que alcance todas as questões postas sobre tema.

O mínimo que se pode dizer sobre os pressupostos processuais, seja na visão mais restritiva, seja na que inclui os requisitos de validade, é que são formalidades que precisam ser observadas, sob pena de o processo não atender à previsibilidade que dele se espera.

Mais especificamente, são posturas (imparcialidade), constatações de fatos (litispendência, coisa julgada, perempção, capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória investidura, competência e regularidade procedimental) e atos formais (petição inicial apta, citação válida) erigidos pela lei e intérpretes como de fundamental importância para o processo.

Sem esses pressupostos/requisitos, a decisão a ser proferida não teria a legitimidade que o processo regular lhe conferiria. Por isso é que se fala em nulidades, as quais podem resultar na repetição ou na correção de um ato formal de

importância para que se diga “posso não concordar com a decisão, mas concordo com os meios que utilizamos para chegar a ela”.

Nesse ponto, melhor seria falar em razoável previsibilidade do processo, tendo em vista que, na teoria das nulidades, a aferição de vícios deve se dar segundo a efetiva constatação de prejuízo a uma das partes, o alcance da finalidade esperada com a prática do ato e possibilidade de aproveitamento do ato praticado.

Não é caso de dizer que todas as possibilidades estão abertas e todas as irregularidades serão relevadas para prática de atos processuais e constituição da relação processual. Significa dizer que, sabendo da importância e gravidade do papel do processo na pacificação social e da necessidade da sua celeridade, os intérpretes devem verificar se o ato irregular, o fato constatado ou a postura dos atores observada constitui vício, na medida em que tenha causado prejuízo a uma das partes e/ou que não alcance o resultado a que se propõe.

Trata-se de aferir qual é o objetivo que se quer alcançar, dentro do processo, com cada ato e com a postura das partes. Também se trata de aferir qual é ao efeito na relação jurídica da constatação de certos fatos, como a existência da coisa julgada.

Questão igualmente importante é determinar o momento em que essa aferição pode ser feita.

CAPÍTULO 4

QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E O RECURSO ESPECIAL

4.1 EXAME DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL

O exame das questões de ordem pública não prequestionadas em sede de recurso especial é amplamente rejeitado na jurisprudência do STJ³⁵. Essa é a orientação do Tribunal a partir dos textos legais sobre as questões de ordem pública e a partir do texto da Constituição Federal sobre a sua própria competência.

O que se deve questionar é se ela é correta.

³⁵ “Na via estrita do recurso especial não se admite ao STJ conhecer de ofício (ou sem prequestionamento) nem mesmo das matérias a que alude o § 3º do art. 267, CPC” (RSTJ 74/277). No mesmo sentido: STJ-3ª Turma, recurso especial 9.009-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 25.11.1991, não conheceram, votação unânime, DJU 16.12.1991, p. 18.532; STJ-4ª Turma, recurso especial 19.743-0-MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04.04.1995, não conheceram, votação unânime, DJU 08.05.1995, p. 12.394; STJ-RT 665/175; RSTJ 43/382.

Foi visto nos capítulos anteriores que comumente as condições da ação e os pressupostos processuais são identificados com as questões de ordem pública. Assim, ambos seriam, em tese, questões referentes à estrutura do processo civil, reguladas por normas de interesse público.

As questões de ordem pública seriam, também em tese, questões que não poderiam deixar de ser resolvidas porque são as bases em que o processo judicial se ergue para legitimar as decisões do Judiciário.³⁶

Ao longo deste trabalho, contudo, foram levantadas diversas críticas às condições da ação. A conclusão foi que elas não dizem respeito ao processo civil, à relação processual, mas sim ao direito material. Essa circunstância destituiu-lhes o caráter de questão ordem pelo simples fato de que estas são pertinentes à estrutura regular do processo.

Os chamados pressupostos processuais foram examinados segundo o critério de pertinência aos elementos que dão existência à relação processual e de pertinência aos requisitos de desenvolvimento regular do processo — ou requisitos de exame do mérito.

Identificou-se a estreita ligação entre os pressupostos processuais e a teoria das nulidades para concluir-se que as consequências relativas à inexistência de relação processual não geram efeitos práticos tão diferentes das consequências das nulidades absolutas. Também foi visto que os pressupostos processuais — existência e validade — têm a importância de retratarem atos formais, fatos e posturas dos atores processuais que são objetivos que devem ser alcançados dentro da relação processual.

A razão disso é que são esses objetivos que garantem a previsibilidade necessária para que o processo seja o meio de legitimação da decisão a ser proferida pelo Estado, em substituição à justiça feita pelos próprios particulares.

³⁶ É digno de nota que os chamados pressupostos processuais objetivos negativos (coisa julgada, litispendência, perempção, medidas assegurativas e executórias, prescrição e decadência) têm importante função de dar previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas, inclusive a relação processual, na medida em que com esta têm relação de prejudicialidade.

Assim, as condições da ação foram excluídas do rol de questões de ordem pública e os pressupostos de existência foram rejeitados como categoria autônoma. Isso por que se adotou o critério de utilidade, como ensina Calmon de Passos, para a preservação de categorias jurídicas. De forma mais direta: se a classificação/categoria jurídica criada não alcança os fins a que se dispõe, então ela deve ser desconsiderada.

Com essas premissas em mente, volta-se à pergunta: “*O STJ deve examinar questão de ordem pública não prequestionada em recurso especial?*” O principal nessa discussão é identificar as fases, etapas e a regularidade que são da essência da relação processual, considerada como o próprio processo.

As condições da ação nada têm a ver com direito processual; elas pertencem ao mérito. E os pressupostos processuais são relativos estritamente à relação processual.

A inobservância dos pressupostos processuais gera nulidades porque essa categoria incorpora vários dos valores e formalidades estabelecidos pela sociedade quando trocou a imposição da justiça dos particulares pela justiça estatal, condicionada pelas regras de processo.

Pode-se afirmar, com base nesse raciocínio, que as nulidades absolutas coincidem com as questões de ordem pública e que devem ser verificáveis a qualquer momento e grau de jurisdição sob pena de que se perda a legitimidade da substituição dos particulares na resolução dos seus conflitos.

Estado e sociedade negociaram os direitos, deveres e oportunidades que autor, réu e Juiz teriam para praticar os atos processuais que levam, em última instância, à entrega do bem da vida a alguém ou a extinção do processo. E a última instância não é a última prevista no ordenamento, mas sim aquela última a que as partes levam a resolução do conflito. Essa última instância pode ser, portanto, o primeiro ou segundo grau de jurisdição, como também pode ser as instâncias superiores.

A nota característica das instâncias superiores é que elas não são compostas por Tribunais de justiça, que reveem fatos e provas. O STJ e o Supremo são Tribunais de sobreposição. Isso significa dizer que sua função é unificar orientações sobre o

direito. Ultimamente, essa função tem sido destacada pela possibilidade de se estabelecerem súmulas vinculantes no Supremo Tribunal e de se submeterem processos ao julgamento de recursos repetitivos no STJ.

Para cada etapa do processo — saneamento, dilação probatória etc — existem normas jurídicas específicas regulando a relação processual quanto à forma e tempo da prática de atos formais, quanto à forma e tempo de apresentação de fatos relevantes. A relação jurídica é a mesma e segue em curso por todas essas etapas, que têm algumas regras em comum com as demais — como a necessidade do contraditório, competência etc — e normas específicas que impõem o limite para que certas discussões tenham lugar. Exemplo disso é o fato de não se poder discutir matéria infraconstitucional perante o Supremo Tribunal.

Com base nessas ideias, a conclusão é inevitável. O ordenamento jurídico até impôs regras impedindo a preclusão das questões de ordem pública, mas também impôs regras para a fase de exame das teses, abstraídas das causas. No exame do recurso especial, quaisquer questões, mesmo as referentes à regularidade do processo, serão abstraídas para serem consideradas apenas as que foram prequestionadas e regularmente apresentadas na petição recursal.

A relação processual continua a mesma. Também continuam sendo importantes as questões de ordem pública, mas as regras do próprio processo — o meio por que Estado e sociedade concordaram proferir decisões judiciais — estabeleceram o corte, o filtro para o exame de teses infraconstitucionais perante o STJ.

Prova de que essas regras que impedem o conhecimento de questões de ordem pública não prequestionadas pelo STJ são legítimas é o texto em que se localizam. O filtro, a restrição para o conhecimento de teses pelo STJ está escrita no texto da Constituição do Estado promulgada democraticamente, que é a expressão mais autêntica do pacto entre Estado e sociedade.

Esse entendimento foi produzido e questionado ao longo dos anos, sendo novamente debatido a cada mudança do texto legal, das atribuições dos Tribunais e das necessidades da sociedade. Ele expressa razoabilidade e amadurecimento das instituições e categorias relativas ao processo civil.

É tendente ao erro, no entanto, dar respostas apriorísticas a perguntas abertas, especialmente às que dizem respeito a procedimento, às etapas e possibilidades do processo. Embora os julgamentos dos Tribunais Superiores esteja reservado às teses, sempre existe a possibilidade de se aferir “fato novo”, que na técnica processual é, na verdade, fato antigo ou novo, com a peculiaridade de que só foi conhecido recentemente. Esses fatos novos podem trazer questões não prequestionadas ou que não foram objeto do recurso especial, ainda que tenham sido prequestionadas.

As regras do procedimento não podem prever todas as exceções para cada regra que institui. Situações excepcionais sempre exigirão que se verifique se a nulidade — que é questão de ordem pública — causou prejuízo às partes e se foi alcançado o objetivo da norma que regula a relação processual.

Como todo conflito de valores, e os que ocorrem no processo não são diferentes, é necessário encontrar a orientação que sirva de regra, para dar previsibilidades às relações jurídicas, e, após, manter o espírito aberto para analisar situações excepcionais, que serão resolvidas pela ponderação de princípios.

Seguindo a doutrina de Calmon de Passos, é preciso produzir o conhecimento e depois refletir sobre o conhecimento produzido para examinar as novas questões que se colocam. Fixar em pedra os entendimentos sobre a relação processual significa impedir a aquisição de novos conhecimentos. E só por meio do enfrentamento de situações excepcionais é que se põe em dúvida o conhecimento adquirido.

CONCLUSÃO

A proibição de que os particulares façam justiça com as próprias mãos exige que o Estado ofereça como alternativa direito de ação. É o direito de acionar o Estado para que diga o direito material e imponha o que venha a dizer.

O Estado precisa distribuir justiça de maneira a criar nos cidadãos expectativas sobre os seus direitos. Nesse contexto, a previsibilidade é um dos mais importantes atributos da justiça.

Para Calmon de Passos, o Direito é produto de um processo, no qual se organiza e se forma conhecimento a respeito do que existe. E não apenas o Direito, mas todas as áreas do saber dependem de um processo para apreender a realidade e traduzi-la para o seu entendimento.

Expresso de outra forma, diz-se que o conhecimento é adquirido por meio de um processo. Decide-se o que fazer com ele, segundo critérios valorativos. Reflete-se sobre o conhecimento obtido e sobre a maneira como ele foi obtido. Volta-se, então, a buscar o conhecimento com base nessas reflexões e visando à realização dos objetivos orientadores do processo.

No capítulo primeiro deste trabalho, destacou-se que a leitura de uma norma origina múltiplos entendimentos do direito porque ela não é lida sozinha. Nem a norma é lida isoladamente nem estão isolados os intérpretes que as leem.

Entender um direito é entender os seus múltiplos aspectos e especular sobre a sua aplicação em casos que não estão previstos com precisão pela norma. Da mesma forma, é necessário entender as consequências desse direito em outras relações jurídicas em que direitos se embricam e concorrem entre si.

O fluxo dos entendimentos sobre direitos dentro do Judiciário ocorre por acúmulo de massa crítica. É o acúmulo de entendimentos no mesmo sentido que lhe dá a inércia para continuar acumulando mais adesões.

E o acúmulo de massa crítica ocorre de maneira concomitante na doutrina, jurisprudência e na atividade legislativa. Uns entendimentos influenciam os outros em sequência, ciclicamente ou de forma desordenada.

Tendo em vista apenas a atividade judiciária, para formar o exemplo, causas consideradas iguais recebem decisões com orientações diferentes. Aos poucos ocorrem coincidências de entendimento e os casos vão passando pelos filtros das instâncias judiciárias. O entendimento na segunda instância e na instância de sobreposição influencia a maneira como os juízes entendem os textos legais, ou seja, como eles entendem o direito. Da mesma forma, são os entendimentos dos juízes que influenciam o entendimento das demais instâncias³⁷.

Em tempos de súmula vinculante, no STF, e recursos repetitivos, no STJ, os entendimentos sobre certas questões de direito convergem ainda mais rapidamente.

Não é possível garantir a previsibilidade das decisões do Judiciário. O problema não é algo que se possa resolver aprovando uma nova lei que altere a estrutura da distribuição de justiça. A impossibilidade de univocidade do entendimento dos direitos é defeito genético, ou seja, da sua origem textual. Se direito é expresso por textos, e os textos têm a natureza de serem plurívocos, não é possível fixar um só entendimento a partir da sua leitura.

³⁷ Mais uma vez, como apontou Calmon de Passos, o conhecimento alimenta a necessidade de especular sobre si próprio.

Logo, não é razoável esperar previsibilidade da resposta do Judiciário. Por outro lado, é razoável e necessário exigir previsibilidade na maneira como o Judiciário opera na produção dos seus entendimentos sobre o direito e na maneira como dá resolução aos conflitos.

É fundamental fixar entendimentos claros sobre a forma como o processo deve desenvolver-se. É o processo que confere legitimidade e viabilidade à proibição de se fazer justiça com as próprias mãos. E essa proibição foi estabelecida também por um processo, mas de natureza política.

A juridicidade dos textos prescritivos decorre do processo que estatui modelos de prevenção ou solução autoritativa dos conflitos de interesses que fogem ao controle dos próprios interessados. Isso significa dizer que um texto é, em tese, jurídico na medida em que ele é redigido e aprovado segundo processo político pré-determinado. É esse processo que lhe confere juridicidade, ou seja, o seu caráter prescritivo.

No Direito processual, a constitucionalização do processo foi a novidade do século XX. Com efeito, a noção de devido processo legal adquiriu dimensão constitucional, dando nova importância ao processo de produção e legitimação do Direito, que tem matrizes políticas.

Foi a constitucionalização do processo que permitiu o entendimento de que são indissociáveis a enunciação do Direito e a organização democrática das funções vinculadas à sua produção e aplicação.

No capítulo terceiro, demonstrou-se que “*Causas decididas*” é a expressão textual utilizada para justificar a exigência do requisito do prequestionamento. O STJ interpreta a própria competência para fixar que *o prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito, veiculada no recurso especial, tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Não basta ter havido a mera menção do dispositivo legal no juízo de primeira instância, se este não consubstanciar a própria razão de decidir.*

O que se observou, após a criação do STJ em 1988, foi a aplicação ao recurso especial do entendimento da Suprema Corte sobre os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário. Nesse tocante, o detalhe que costuma passar despercebido é que, em vez de utilizar a expressão isolada “*causas decididas*” as alíneas do art. 101, inc. III, da Constituição Federal de 1946 usavam a expressão “*causas decididas [...] quando se questionar sobre a validade de lei federal*” e as alíneas do art. 101, inc. III, da Constituição Federal de 1937 utilizavam a expressão “*causas decididas (...) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal*”.

O tal questionamento ou prequestionamento já não constava nas alíneas do art. 119, inc. III, da Constituição de 1967 e tampouco apareceu na Constituição Federal de 1988. Mudaram os textos constitucionais, mas permaneceram as orientações sobre a admissibilidade do recurso extraordinário, que foram transferidas ao recurso especial.

No caso da alteração do texto constitucional e das expressões utilizadas para dar os contornos ao recurso extraordinário e especial, o entendimento fixado pelos intérpretes do direito já era tão consolidado, que acabou superando qualquer mudança sobre a admissibilidade desses recursos que se pudesse cogitar a partir da mudança do texto legal.

No caso da admissibilidade do recurso especial, foi criado novo recurso, direcionado ao recém criado STJ, a partir da bipartição da competência original da Suprema Corte. Mesmo assim, os requisitos de admissibilidade permaneceram os mesmos, demonstrando a força do entendimento sobre o direito que regulava, desde antes, a admissibilidade do recurso extraordinário.

Feitas essas considerações, o problema toma forma ante a constatação de que é amplamente rejeitado na jurisprudência do STJ o exame, no âmbito do recurso especial, de questões de ordem pública não prequestionadas.

As questões de ordem pública seriam, em tese, questões que não poderiam deixar de ser resolvidas porque são as bases em que o processo judicial se ergue para legitimar as decisões do Judiciário.

Como visto, as condições da ação foram excluídas do rol de questões de ordem pública e os pressupostos de existência foram rejeitados como categoria autônoma. Isso porque se adotou o critério de utilidade, como ensina Calmon de Passos, para a preservação de categorias jurídicas. De forma mais direta: se a classificação/categoria jurídica criada não alcança os fins a que se dispõe, então ela deve ser desconsiderada.

No capítulo segundo deste trabalho, sustentou-se que as questões de ordem pública – condições da ação e pressupostos processuais – são regras basilares da validação do processo e da legitimidade que ele confere ao seu produto, o direito.

O esforço consiste na identificação algumas normas estruturantes do processo civil e aplicá-las para propor solução ao problema do exame das questões de ordem pública, sem o devido prequestionamento, na ocasião do julgamento do recurso especial.

Para tanto, é preciso atentar à indicação feita pelo art. 267, § 3º, do CPC de que o Juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, matéria de pressupostos processuais e as condições da ação.

A adoção da teoria de Calmon de Passos neste trabalho justifica-se pela necessidade de lançar olhar crítico às normas que informam o direito processual para lhes ver o sentido e a coerência dentro da necessidade de seguir o procedimento para legitimar o processo de resolução de conflitos por meio do Judiciário.

O processo é voltado ao resultado. A finalidade do processo é resolver conflitos. Para tanto, ele foi pensado e estruturado visando a alcançar os seus objetivos por meio de técnicas e fases, em que se viabilizam a defesa dos pontos de vista das partes.

As críticas a categorias processuais concentram-se na sua utilidade para a realização dos objetivos internos ao processo. Discute-se se certo instituto é útil no âmbito do processo. Se não for útil, discute-se se, além de supérfluo, o instituto também é pernicioso.

O Código de Processo Civil – CPC, no art. 267, inc. VI, diz que o processo deve ser extinto quando não concorrer qualquer das condições da ação. A lei, então, enuncia como condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

A ideia foi trazida pelo doutrinador italiano Enrico Túlio Liebman ao processo civil brasileiro para incluir a hipótese de exame anterior ao mérito para aferir a viabilidade *prima facie* do pleito autor. Para ser mais preciso, na concepção de Liebman, as condições da ação se situariam entre a ação e o direito material

A maior crítica à teoria das condições da ação de Liebman é que ela adota categoria intermediária, que nem é direito material nem é ação.

A proposta da teoria eclética era resolver o problema das teorias abstrata e concreta. Até faz sentido falar em condições da ação dentro da concepção concreta da ação. Assim, a ação estaria relacionada ao direito material e seria atribuída apenas a quem realmente seja o titular do direito, conforme ensinava Giuseppe Chiovenda.

Dentro dessa perspectiva, as condições da ação seriam confundidas com o mérito porque a própria ação estaria a ele vinculada. Ou seja, o autor teria ação se ele tivesse, efetivamente, o direito pleiteado. No entanto, Liebman pressupunha esse concretismo da ação na sua teoria, que veio a ser chamada de eclética, ao mesmo tempo em que declarava que direito material e ação são independentes.

Essa é uma fonte de indagações e problemas de toda ordem porque essa teoria foi adotada pela lei. O fato de o CPC atribuir extinção do processo sem julgamento do mérito à circunstância de falta de qualquer das condições da ação causa distorção.

Na tentativa de espelhar em palavras a confusão da ideia que elas contêm, faz-se a seguinte colocação: em alguns casos, “*o julgamento do mérito*” extingue o processo “*com julgamento do mérito*” e, noutros casos, “*o julgamento do mérito*” extingue o processo “*sem julgamento do mérito*”.

Se o direito de ação preexiste ao direito material, não faz sentido condicioná-lo a questões que dizem respeito ao mérito. Não faz sentido falar em carência de ação por falta de qualquer das condições da ação. Se ação não se confunde com mérito,

a expressão “*carência de ação*” deve ser utilizada para significar a rejeição da demanda por falta de requisito que se situe antes ou fora do mérito.

Neste ponto, concepções abstratas e concretas do direito de ação não andam juntas. Não há, portanto, meio termo que se sustente. A tricotomia de categorias processuais Liebmaniana — pressupostos processuais, condições da ação e mérito — é incompatível com a autonomia integral do direito de ação.

Independentemente do juízo sobre o encadeamento lógico das premissas e das consequências da teoria das condições da ação, é inevitável concluir que o processo civil não precisa dela.

As hipóteses de julgamento *prima facie* do processo são consectários lógicos da análise dos fatos narrados, da incidência das normas estruturantes do processo e da maneira como são formulados os pedidos. O fim a que a teoria das condições se propõe será alcançado, com menos atrito, sem essa categoria intermediária.

Nesse ponto, cumpre esclarecer uma premissa deste trabalho: o processo judicial não é algo estático, não são os autos, não é algo que acontece nas dependências do Judiciário. Processo judicial é a dinâmica da relação jurídica processual.

Mais especificamente, diz-se que o processo é a relação jurídica processual que se constitui pelo vínculo estabelecido entre dois ou mais sujeitos, regulado pelas normas de direito processual. A questão é entender quais são os pressupostos para que esse vínculo se estabeleça.

A doutrina não é uniforme quanto aos elementos que compõem os pressupostos processuais. Há duas formas de ver o tema. A primeira consiste em restringir os pressupostos processuais aos elementos necessários para conferir existência à relação processual. A segunda consiste incluir os elementos que conferem existência e validade à relação processual na categoria pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento regular do processo, nos termos do CPC.

Esses pressupostos se situam fora do mérito e dizem respeito à existência da relação processual. Eles são, portanto, de interesse público, ou de ordem pública

³⁸: a) órgão legalmente investido de jurisdição; b) sujeito com capacidade de ser parte; c) postulação ou pedido.

Os “pressupostos processuais” chamados de requisitos de validade³⁹ inserem-se no segundo ponto de vista mencionado acima. “Segundo essa visão, os pressupostos processuais podem ser objetivos e subjetivos. Os objetivos, por sua vez, se subdividem em positivos (petição inicial apta, citação válida e regularidade procedimental) e negativos (litispendência, coisa julgada e preempção). Os subjetivos dizem respeito ao Juiz (investidura, competência e imparcialidade) e às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória). Acrescente-se a esse rol também a prescrição, decadência, medidas assegurativas e executórias, que podem ter relação direta com a relação processual.

Na prática forense, a relevância dos pressupostos processuais, de existência e validade, é encontrada na indicação de nulidades, as quais podem ser absolutas ou relativas. Em qualquer hipótese, a sua alegação em juízo não estaria sujeita à preclusão. Há também os que defendam que a não observância dos pressupostos processuais pode gerar inexistência de um ato processual ou do próprio processo.

Abstratamente, faz sentido falar em inexistência se existem pressupostos para que uma relação processual exista. No entanto, essa existência não se afigura no mundo real, da mesma forma que a relação processual não é uma entidade do “mundo dos fatos”⁴⁰.

Assim, ao verificar-se que pressupostos processuais, de existência, não foram atendidos, melhor seria falar de nulidade absoluta e cancelar ou desconsiderar a prática de certo ato processual e determinar a sua realização de forma regular.

A justificativa doutrinária para denominação de alguns atos como inexistentes é que eles não precisariam ser pronunciados como tais pelos juízes para que somente então pudessem ser desconsiderados. Essa teoria é atraente se se considerar que

³⁸ “Satisfeitas essas condições, existe relação processual, há processo, há exercício do direito de ação, fazendo-se indispensável a atuação jurisdicional do órgão” (CALMON DE PASSOS, 1961, p. 58).

³⁹ Parte significativa da doutrina, têm os requisitos de validade como requisitos para propiciar o exame do mérito.

⁴⁰ Com a licença de referir-se à terminologia de Pontes de Miranda.

as partes e/ou terceiros poderiam ter certa autonomia para considerar alguns atos processuais e não outros, mas leva a contradições.

Apesar de que digam que os atos inexistentes não produzem efeitos, as partes devem agir de modo a evitar os prejuízos que o ato inexistente possa causar. Dito de outra forma, a contradição consiste em que a inexistência jurídica do ato gera efeitos, que devem ser afastados, anulados ou desconsiderados por declaração formal do Judiciário.

A função dessa interpretação e reflexão é retirar da prática do direito processual conceitos inúteis. A teoria dos atos inexistentes parece abrir mais possibilidades e potencialidades, mas não acrescenta à teoria das nulidades porque, quase sempre, as chamadas inexistências jurídicas têm efeitos e remediações idênticos às nulidade absolutas, que também não podem ser sanadas ou convalidadas.

Nesse ponto, tendo em vista tudo que foi dito sobre a inutilidade da teoria da inexistência, seria melhor desconsiderar sanção mais grave que a nulidade absoluta para os casos em que não são atendidos os pressupostos de existência da relação processual. Se redundando em nulidade o reconhecimento dessa inexistência, melhor será falar apenas em nulidade dos atos praticados a partir da ocorrência do vício.

A teoria dos pressupostos processuais não está pronta. Apesar dos anos de reflexão da doutrina, da sucessão dos textos legais e de farta jurisprudência a respeito, ainda falta teoria que alcance todas as questões postas sobre tema.

O mínimo que se pode dizer sobre os pressupostos processuais, seja na visão mais restritiva, seja na que inclui os requisitos de validade, é que são formalidades que precisam ser observadas, sob pena de o processo não atender à previsibilidade que dele se espera.

Mais especificamente, são posturas (imparcialidade), constatações de fatos (litispêndência, coisa julgada, perempção, capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória investidora, competência e regularidade procedimental) e atos formais (petição inicial apta, citação válida e) erigidos pela lei e intérpretes como de fundamental importância para o processo.

Com essas premissas em mente, volta-se à pergunta: “O STJ deve examinar questão de ordem pública não prequestionada em recurso especial?”

A inobservância dos pressupostos processuais gera nulidades porque essa categoria incorpora vários dos valores e formalidades estabelecidos pela sociedade quando trocou a imposição da justiça dos particulares pela justiça estatal, condicionada pelas regras de processo.

Para cada etapa do processo — saneamento, dilação probatória etc — existem normas jurídicas específicas regulando a relação processual quanto à forma e tempo da prática de atos formais, quanto à forma e tempo de apresentação de fatos relevantes. A relação jurídica é a mesma e segue em curso por todas essas etapas, que têm algumas regras em comum com as demais — como a necessidade do contraditório, competência etc — e normas específicas que impõem o limite para que certas discussões tenham lugar.

O ordenamento jurídico até impôs regras impedindo a preclusão das questões de ordem pública, mas também impôs regras para a fase de exame das teses, abstraídas das causas. No exame do recurso especial, quaisquer questões, mesmo as referentes à regularidade do processo, serão abstraídas das causas para serem consideradas apenas as que foram prequestionadas e regularmente apresentadas na petição recursal.

A relação processual continua a mesma. Também continuam sendo importantes as questões de ordem pública, mas as regras do próprio processo — o meio por que Estado e sociedade concordaram proferir decisões judiciais — estabeleceram o corte, o filtro para o exame de teses infraconstitucionais perante o STJ.

Prova de que essas regras que impedem o conhecimento de questões de ordem pública não prequestionadas pelo STJ são legítimas é o texto em que se localizam. O filtro, a restrição para o conhecimento de teses pelo STJ está escrita no texto da Constituição do Estado, promulgada democraticamente, que é a expressão mais autêntica do pacto entre Estado e sociedade.

Esse entendimento foi produzido e questionado ao longo dos anos, sendo novamente debatido a cada mudança do texto legal, das atribuições dos Tribunais e

das necessidades da sociedade. Ele expressa razoabilidade e amadurecimento das instituições e categorias relativas ao processo civil.

É, portanto, harmônico com o devido processo legal, a regularidade do curso processual, o entendimento de que mesmo as questões de ordem pública não podem ser apreciadas em recurso especial sem o devido prequestionamento.

É tendente ao erro, no entanto, dar respostas apriorísticas a perguntas abertas, especialmente às que dizem respeito a procedimento, às etapas e possibilidades do processo. Embora os julgamentos dos Tribunais Superiores esteja reservado às teses, sempre existe a possibilidade de se aferir “fato novo”, que na técnica processual é, na verdade, fato antigo ou novo, com a peculiaridade de que só foi conhecido recentemente. Esses fatos novos podem trazer questões não prequestionadas ou que não foram objeto do recurso especial, ainda que tenham sido prequestionadas.

As regras do procedimento não podem prever todas as exceções para cada regra que institui. Situações excepcionais sempre exigirão que se verifique se a nulidade — que é questão de ordem pública — causou prejuízo às partes e se foi alcançado o objetivo da norma que regula a relação processual.

Como todo conflito de valores, e os que ocorrem no processo não são diferentes, é necessário encontrar a orientação que sirva de regra, para dar previsibilidades às relações jurídicas, e, após, manter o espírito aberto para analisar situações excepcionais, que serão resolvidas pela ponderação de princípios.

Seguindo a doutrina de Calmon de Passos, é preciso produzir o conhecimento e depois refletir sobre o conhecimento produzido para examinar as novas questões que se colocam. Fixar em pedra os entendimentos sobre a relação processual significa impedir a aquisição de novos conhecimentos. E só por meio do enfrentamento de situações excepcionais é que se põe em dúvida o conhecimento adquirido.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Revista da Procuradoria geral do Estado de São Paulo. São Paulo:N. 35, p. 183-211, julho. 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *A Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ - centro de atualização jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Em torno das condições da ação – A possibilidade jurídica*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, Ano II, Vol 4, p. 57 a 66, julho-dezembro. 1961.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anotações sobre o recurso especial*. In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Organização do Ministro Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 9ª Ed. Salvador: Podivm, 2008.

DIDIER JR., FREDIE. *Um réquiem às condições da ação. Estudo Analítico sobre a existência do instituto*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 96, vol. 351, p. 65-82, julho-setembro. 2000.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIRES, Roberto Carlos Martins. O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica. In. Revista de processo, v. 32, n. 144, p. 117 a 132, fev. 2007.

Quintas, Fábio Lima. *A nova dogmática do recurso extraordinário: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento*. In: Revista de Direito Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, nº 22, jul-ago/2008. pp. 7-23.

ROSADO, Ruy Aguiar Jr. *Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento*. In. Revista de Processo, v. 31, n.132, p. 273/287, fev, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e a Ação Rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça - Competências originária e recursal*. In *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Organização do Ministro Sálvio Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3/11.