

# CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO ALCANCE DO ARTIGO 1.034 E ARTIGO 489, §3º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – UMA NOVA VISÃO ACERCA DA EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO

Fernando Rey Cota Filho<sup>1</sup>

Anaísa Pasqual Salgado Cintra<sup>2</sup>

Resumo: O presente trabalho trata da possibilidade ou impossibilidade de os tribunais superiores analisarem, em primeira mão, as matérias de ordem pública, principalmente considerando o anterior Código de Processo Civil e a Constituição Federal no que concerne à expressão "causas decididas". Além disso, tem como objetivo estudar a jurisprudência histórica sobre o tema, além das possíveis interpretações sobre os novos artigos do novo Código de Processo Civil e as matérias ordem pública. No final, objetiva trazer uma visão geral sobre a evolução histórica e jurisprudencial sobre o assunto, bem como a conclusão acerca da possibilidade de conhecimento de matéria de ordem pública pela primeira vez no âmbito dos tribunais superiores.

Palavras-Chave: matéria de ordem pública – recurso de estrito direito – conhecimento

## CONSIDERATIONS REGARDING THE SCOPE OF THE ARTICLE 1,034 AND 489, THIRD PARAGRAPH, OF THE

---

<sup>1</sup> Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Bolsista de Mestrado do CNPq, graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo - CEAPRO.

<sup>2</sup> , Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Pós-graduanda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## NEW CIVIL PROCEDURE CODE - A NEW VISION OF THE REQUIREMENT ABOUT PREVIOUS QUESTIONING

**Abstract:** The present research is about the possibility or not of supreme courts to analyze for the first time the public order subjects, mainly considering the previous Civil Procedure Code and the Federal Constitution within the expression “decided causes”. Further, it aims to study the jurisprudence historical about the theme, as well as the possible interpretations about the new articles of the new Civil Procedure Code and the public order subjects. In the end, it aims an overview about the historical and jurisprudential evolution about the subject, and the conclusion of the supreme courts between allowing or not the analysis about public order subjects for the first time.

**Keywords:** Civil Procedure Code – public order subjects – extraordinary appeal

**Sumário:** 1. Nota introdutória - 2. A exigência Constitucional da ‘causa decidida’ para rompimento dos recursos excepcionais - 3. Entendimento sobre Matéria de Ordem Pública - 4. Possibilidade de reconhecimento destas matérias nas instâncias excepcionais em primeira mão – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas

### 1. NOTA INTRODUTÓRIA.



tema que será objeto deste artigo é controvertido no sistema processual. De fato, a interpretação contemporânea sobre o reconhecimento de matérias de ordem pública nas instâncias excepcionais em primeira mão, oscila entre a sua impossibilidade e sua possibilidade, o que dá azo ao presente estudo, principalmente em função da alteração perpetrada pelo Código de

Processo Civil de 2015 ('CPC/15'), o qual será analisado sob a ótica constitucional.

Primeiramente, merece destaque que o artigo 267, § 3º do Código de Processo Civil de 1973 ('CPC/73'), dispõe que as matérias de ordem pública poderão (leia-se: deverão) ser reconhecidas de ofício pelo Julgador a qualquer momento do processo, não havendo qualquer tipo de limitação legal quanto ao momento processual.

Parte da doutrina<sup>3</sup> possui entendimento consolidado no sentido de que há neste artigo uma limitação implícita de que aludidas matérias constantes nos incisos IV, V e VI do artigo 267 devem ser reconhecidas pelo julgador tão somente nos graus de jurisdição ordinários, sendo certo que os tribunais superiores só poderão analisa-la se tenha ocorrido decisão prévia do tribunal local.

Vejamos o quanto dispõe aludido artigo processual:

*“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)*

*I - quando o juiz indeferir a petição inicial;*

*II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;*

*III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;*

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

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

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

*VII - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)*

*VIII - quando o autor desistir da ação;*

---

<sup>3</sup> Nesse sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Ed. GZ, 2012 e JUNIOR, Nelson Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Ed. RT, 2010;

*IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;*

*X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;*

*XI - nos demais casos prescritos neste Código.*

*(...)*

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

O referido entendimento decorre do quanto expõe a Constituição Federal no inciso III dos artigos 102 e 105, que limita a cognição excepcional às matérias decididas, *litteris*:

*“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipua-  
mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*(...)*

*III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas deci-  
didas em única ou última instância, quando a decisão recor-  
rida:*

*a) contrariar dispositivo desta Constituição;*

*b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*

*c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em fa-  
ce desta Constituição.*

*d) julgar válida lei local contestada em face de lei fede-  
ral. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”*

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

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

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

*b) julgar válido ato de governo local contestado em face de  
lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45,  
de 2004)*

*c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja  
atribuído outro tribunal”.*

Pela leitura do referido dispositivo, verifica-se que a expressão ‘*causas decididas*’ está presente tanto para o cabimento de recurso especial para o STJ quanto para o cabimento de recurso extraordinário para o STF. Nesse sentido, até o ad-

vento do novo Código de Processo Civil as casas superiores compreendiam o significado de causas decididas de forma distinta, deixando o jurisdicionado diante de insegurança jurídica.

A princípio, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, a novel Casa responsável por dizer a última palavra acerca de matéria infraconstitucional, era no sentido de que os tribunais superiores poderiam conhecer matérias de ordem pública sem prequestionamento. Com o passar do tempo, aludida Corte alterou o seu entendimento consolidado, reconhecendo a impossibilidade de analisar matérias de ordem pública sem a devida manifestação das instâncias ordinárias, conforme disposto no comando Constitucional.

A esse respeito, importante ressaltar que o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgador do C. Superior Tribunal de Justiça desde sua criação (que se deu com a Constituição Cidadã) até meados de 2006, capitaneou o entendimento no sentido de que as matérias de ordem pública poderiam (deveriam) ser reconhecidas de ofício inclusive nas instâncias extraordinárias, por se tratarem de matérias de ordem pública.

Após a saída do Ilustre Ministro, tal entendimento perdurou até meados de 2009, ou seja, havia no STJ um entendimento seguro e pacífico no sentido de que era possível reconhecer-se a ocorrência dos incisos IV, V e VI do artigo 273, e seu § 3º em função do ofício, no STJ em primeira mão.

Cita-se, com fins de ilustração, acórdão relatado pelo Ministro Sálvio<sup>4</sup> neste sentido:

*“Processo Civil. Revelia. Incidência dos efeitos não abrange questões de direito. Condições da ação. Legitimidade ad causam. Conhecimento de ofício, em qualquer momento e grau de jurisdição. Denúnciação da lide. Inteligência do art. 75, CPC.*

*- A ilegitimidade ad causam, como uma das condições da ação (art. 267, VI, CPC), deve ser conhecida de ofício (art. 301, § 4º, CPC) e em qualquer tempo e grau de jurisdição*

---

<sup>4</sup> STJ. Recurso Especial 55/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 08/08/1989.

(art. 267, § 3º, CPC), incorrendo preclusão a respeito.”

Ocorre que, algum tempo após a saída do Ministro Sálvio, e após vinte anos de jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o Órgão Especial reanalisou essa questão alterando o entendimento pacificado. E, para total surpresa do jurisdicionado, entendeu que o Superior Tribunal de Justiça não poderia conhecer de matéria de ordem pública em primeira mão.

Ressalta-se que aludido julgamento ocorreu sem nem ao menos reportar-se às razões pelas quais o entendimento pacífico da Corte de duas décadas deveria ser revisto. Vale dizer, sem demonstrar quais os fundamentos para alteração do posicionamento, senão vejamos:

*“Processual civil. Recurso Especial. Embargos de divergência. Agravo regimental. Discussão acerca da aplicação de regra técnica relativa ao conhecimento do recurso especial. Impossibilidade. Matéria de ordem pública. Prequestionamento. Imprescindibilidade. Súmula n. 168/STJ.*

*2. Para a abertura da instância especial, é necessário o cumprimento do requisito do prequestionamento das matérias de ordem pública.*

*3. Incidência da Súmula n. 168/STJ.”*

(STJ. Corte Especial. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgado: 23.04.2012)

Assim, ao considerar o posicionamento histórico do Superior Tribunal de Justiça, desde sua composição originária, que ocorreu com a Constituição de 1988 até pouco tempo depois da saída do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, entendeu-se que havia a possibilidade de se reconhecer em primeira mão de matéria de ordem pública no STJ. Em 2009, contudo, foi proferido acórdão da Corte Especial alterando o entendimento sedimentado, concluindo pela necessidade de análise das matérias de ordem pública pelas instâncias ordinárias para que possa ser analisada pela Corte Superior.

Diante desse cenário, iremos analisar a constitucionalidade da exigência do prequestionamento em sede de matéria de

ordem pública, tomando como base o posicionamento dos tribunais superiores, bem como o entendimento doutrinário a respeito do tema.

## 2. A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DA ‘CAUSA DECIDIDA’ PARA ROMPIMENTO PARA BARREIRA PARA DOS JULGAMENTOS DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.

O Recurso Especial e o Recurso Extraordinário estão inseridos no rol dos recursos excepcionais e possuem previsão constitucional, como já mencionado, bem como no regramento processual (artigos 541 a 546, do CPC/73 e artigos 1.029 a 1.041, do CPC/15).

Nos dizeres de Arruda Alvim<sup>5</sup>, são recursos de direito estrito, “*no sentido de que seu objetivo precípua e imediato diz respeito à observância das normas federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e possuem âmbito restrito de devolutividade, “justamente por visarem à tutela do ordenamento jurídico positivo”*, não havendo reexame ou julgamento de fato.

José Miguel Garcia Medina<sup>6</sup>, por sua vez, os classifica como recursos de fundamentação vinculada.

Nesse sentido, o efeito devolutivo se manifesta com maior ou menor intensidade de acordo com o âmbito de cabimento de cada recurso. Vale dizer, “*em relação aos recursos cujos possíveis fundamentos são delimitados pela lei, o efeito devolutivo também se manifesta, mas vincula-se à natureza do recurso, ocorrendo de forma diferente. É que, por seu âmbito de cabimento limitado a certas questões, tais recursos, em regra, não são aptos a desenvolverem ao juízo ad quem toda e qualquer matéria que venha a ser delimitada pelo recorrente,*

---

<sup>5</sup> Novo Contencioso Cível no CPC/15. De acordo com o Novo CPC / Lei 13.105/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 507.

<sup>6</sup> Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1204 e 1257.

*no recurso, dentre aquelas debatidas na decisão recorrida”<sup>7</sup>.*

Ressalta-se que de maneira geral, o recorrente pode se valer de fundamentação livre e irrestrita, por conseguinte, o efeito devolutivo manifesta-se de modo mais amplo, como é o caso da apelação, podendo ser suscitada toda a matéria discutida nos autos, inclusive fatos e provas. Entretanto, não é o que ocorre com os recursos de fundamentação vinculada, como recursos especial e extraordinário, em que o recorrente apenas poderá suscitar matéria de direito fundada em violação à lei infraconstitucional e constitucional.

A função dos recursos excepcionais não é tão somente a de servir como terceiro grau de jurisdição para rever o que o tribunal decidiu, mas sim para que seja atribuída interpretação adequada para determinadas normas constitucionais (se recurso extraordinário) ou infraconstitucionais (se recurso especial). De fato, sobre a função dos recursos excepcionais, ensina Eduardo Arruda Alvim<sup>8</sup>:

*“São recursos – o extraordinário e o especial – denominados de estrito direito, através dos quais se colima o prevalecimento da ordem constitucional (no extraordinário) e a unidade e a integridade do direito federal, infraconstitucional, em todo o território nacional (no especial) ”.*

Dessa forma, tem-se que a função precípua dos recursos excepcionais é garantir que a decisão recorrida não padeça de violação à norma objeto de recurso, razão pela qual *“Pode-se dizer, com propriedade que o recurso extraordinário e o recurso especial são recursos que se dirigem contra a lesão ao direito objetivo”<sup>9</sup>.*

De posse de tais considerações, importante mencionar para o ajuizamento desses recursos excepcionais, exige-se o pressuposto constitucional do prévio esgotamento das vias or-

---

<sup>7</sup> MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 104.

<sup>8</sup> ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. Direito processual civil. São Paulo: RT. 2010. p. 887.

<sup>9</sup> Op. Cit. p. 889.



dinárias, insculpido na expressão ‘causas decididas em única e última instância’. Isso significa que o recorrente deverá interpor todos os recursos ordinários cabíveis, sob pena de inadmissão do seu pleito<sup>10</sup>:

*“Os recursos extraordinário e especial têm como pressuposto de cabimento o esgotamento das vias ordinárias. Sendo cabíveis, ainda, recursos ordinários, eles é que deverão ser interpostos primeiramente, e não diretamente os excepcionais. Sendo cabíveis embargos de declaração (CPC, art. 535) ou embargos infringentes (CPC, art. 530), deverão, antes, ser empregados estes recursos e, somente após o julgamento dos mesmos (...), estar-se-á diante da decisão ‘de última instância’ a que se referem aos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal”<sup>11</sup>.*

Além desse esgotamento, necessário o requisito do prequestionamento, o qual consiste na necessidade de o tribunal de origem ter enfrentado a tese jurídica acerca da violação à lei infraconstitucional ou constitucional suscitada pelo recorrente. A esse respeito, dispõe Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>12</sup> que *“O prequestionamento foi consolidado jurisprudencialmente, por tradição histórica. A expressão ‘causa decidida’ (arts. 102, III, e 105, III, da CF) conteria tal exigência”*.

### 3. EFEITO DEVOLUTIVO X MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

O sub-ramo do Direito Processual Civil é instrumento de direito público, o que significa que o jurisdicionado está submetido a normas cogentes, consideradas de ordem pública e que interessam mais ao Estado em si do que às partes, diferentemente das relações de direito material que são privadas e tra-

<sup>10</sup> Novo Contencioso Cível no CPC/15. De acordo com o Novo CPC / Lei 13.105/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 512.

<sup>11</sup> MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 216.

<sup>12</sup> Recursos extraordinário e especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 10ª Ed.

tam, portanto, de direito disponível (que as partes podem dispor). Em outras palavras, as normas de processo imperam, sob essas não pode a parte dispor.

Em Juízo, as partes levam uma insatisfação, uma dúvida sobre quem seria o titular do direito material, um conflito de interesses, para que o Poder Judiciário, após o contraditório, decida e substitua a vontade das partes. Assim, discute-se na demanda matérias inerentes/concernentes àquelas partes e a ninguém mais, sendo certo que a parte poderá dispor da forma que bem lhe entender a respeito dos direitos inerentes à sua esfera jurídica.

Esta ideia poderia levar ao errôneo pensamento de que o processo é totalmente individualista, que seria a leitura antiga sobre o juiz ser equidistante. Sobre isso, pode-se extrair o que ensina Arruda Alvim<sup>13</sup>, sobre o princípio do juiz natural: *“precisamente tendo em vista este princípio, agregam-se aos juízes, complementarmente, as garantias asseguradoras da imparcialidade”*.

Se deduz, conforme se verifica acima, que o magistrado era tido como equidistante das partes. De fato, a ideia que se tinha da equidistância do juiz não é a mesma leitura que se deve ter atualmente. Em tempos de outrora, o juiz sequer teria possibilidade de determinar a realização de uma prova, por exemplo, o que seria inconcebível na atual sistemática processual, sendo certo que a leitura acerca da equidistância do juiz às partes foi alterada.

A disposição de direitos não é irrestrita e diz respeito à disposição sobre o direito material. Contudo, existem outras matérias que a parte está impedida de dispor, ainda que queira, em razão do interesse público, que são denominadas matérias de ordem pública.

Para que possamos nos adentrar no estudo das matérias

---

<sup>13</sup> ARRUDA ALVIM. José Manoel de. Manual de direito processual civil. São Paulo: RT. 2008. p. 185.

de ordem pública, é necessário estabelecer primeiro algumas premissas sobre o princípio devolutivo dos recursos.

O princípio devolutivo é decorrência do princípio dispositivo para ajuizamento da ação no âmbito dos tribunais, explica-se.

Para que possa se socorrer do Poder Judiciário deve balizar os limites da lide, através da sua petição inicial, na qual, de acordo com o pedido feito se sabe exatamente qual é o limite do que se pede, e sobre o que deve decidir o julgador. De mesmo modo, no âmbito recursal tem-se a mesma característica, sendo certo que a parte que sucumbiu, ao recorrer, devolve ao órgão julgador a matéria que bem entender.

De fato, dispõem os artigos 128 e 460 do CPC Buzaid acerca da limitação da lide:

*“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.*

*“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.*

Neste mesmo sentido são os artigos 141 e 492 do CPC de 2015:

*“Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.*

*“Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.*

O princípio dispositivo, quando transposto para o âmbito recursal significa que o sucumbente ao recorrer leva ao órgão julgador a matéria impugnada. Neste sentido é o artigo 1.002 do CPC/15: *“A decisão pode ser impugnada no todo ou em parte”.*

Conclui-se, portanto, que é ônus da parte recorrer, e que o recurso apresentado limitará a cognição do poder judiciário. Isto leva a reflexão de qual seria o limite do direito dispositivo

aplicado aos tribunais, em âmbito recursal, no que concerne à liberdade do recorrente levar aos tribunais superiores tão somente as matérias que entender.

No âmbito da devolutividade ampla, e utilizando-se como exemplo o recurso de apelação, a doutrina conclui que o recorrente não escolhe tão somente sobre o que quer se insurgir, pois algumas matérias acompanham o recurso mesmo sem a vontade da parte. Em outras palavras, o recurso possui devolutividade ampla e o fato de recorrer já faz com que leve consigo não apenas a matéria impugnada, mas também as matérias de ordem pública. É o que Nelson Nery Jr. denomina de efeito translativo dos recursos.

O efeito translativo dos recursos, em síntese, significa que ao tribunal é permitido (poder-dever) conhecer de algumas matérias, não obstante tenham sido alegadas, e mais do que isso, não obstante não tenham sequer sido objeto de decisão, quebrando com a característica de revisor a que atende o tribunal.

Em outras palavras, não obstante o recurso seja limitado pelo insurgente, o tribunal deve conhecer de algumas matérias a que a lei dá caráter de ordem pública. Isto pois, o reconhecimento destas matérias é algo mais importante do que a disposição das partes, por serem corolário do estado de direito e interessarem mais a sociedade do que as próprias partes de um determinado processo. Justamente por esse motivo, são consideradas indisponíveis, o que autoriza o seu conhecimento pelo tribunal, ainda que não suscitada na instância a quo.

Este pensamento não estava contido no regramento processual de 1939 e foi introduzido pelo parágrafo 3º do art. 267 do CPC/73:

*“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:  
§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos*

*autos, responderá pelas custas de retardamento”.*

Aludido artigo foi alterado no CPC/15, nos seguintes termos:

*“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:*

*§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.*

São exatamente estes dispositivos que autorizam a quebra do sistema de preclusão no nosso ordenamento. Atualmente a doutrina é pacífica ao estabelecer que para o grau de jurisdição ordinário o julgador deve conhecer das matérias de ordem pública em primeira mão.

Ademais disso, insta consignar que vige sob o sistema processual, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, que da mesma forma que para o sistema anterior não era um princípio explícito, mas extraído da compreensão do sistema recursal como um todo, se manteve que diz respeito ao *novel* sistema processual. De fato, acerca de aludido princípio, Eduardo Arruda Alvim<sup>14</sup> afirma que “*O tribunal destinatário do recurso não deverá decidir de molde a prejudicar a situação do recorrente*”.

Dessa forma tem-se que o princípio da proibição da *reformatio in pejus* é corolário do efeito devolutivo do recurso, pois devolve ao tribunal tão somente determinadas matérias, impedindo que se piore a situação do recorrente, razão pela qual o efeito devolutivo do recurso tem limitação nessa proibição processual. Dito de outra forma, a parte sucumbente pode recorrer da decisão que impacta sua esfera jurídica, mas não pode ficar em situação pior do que se não tivesse recorrido.

Vale dizer, acontece a *reformatio in pejus* nas hipóteses em que o órgão destinatário do julgamento do recurso profere decisão mais desfavorável ao recorrente se considerado a decisão que foi objeto de recurso. Em última análise, podemos dizer que somente se recorre para beneficiar a situação do recor-

---

<sup>14</sup> Op. Cit. p 757.

rente.<sup>15</sup> Ensina Arruda Alvim, "o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ou seja, aquele segundo o qual o recurso somente poderá beneficiar a parte que recorreu, significa que nunca, em função do seu próprio recurso, a parte que recorreu poderá vir a ser prejudicada, isto é, não deverá ver piorada, pelo julgamento do seu recurso, a situação jurídica".<sup>16</sup>

Por evidente, a parte jamais irá interpor recurso para ficar em uma situação de maior desvantagem do que se não tivesse recorrido, sendo certo que o que poderá ocorrer é o não provimento do seu pleito recursal, mantendo-se, incólume, a decisão recorrida.

Da mesma maneira, se não é possível prejudicar ainda mais a situação do recorrente, também não é possível beneficiá-lo fora dos limites recorridos. Ou seja, o máximo que se pode alcançar é aquilo que se pede, sem superar o pedido requerido. A esse respeito, Nelson Nery Jr. traz em sua obra *Teoria Geral dos Recursos* que há doutrina alemã que denomina a este fato como "princípio para a defesa da coisa julgada parcial"<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Veja-se, nesse sentido, trecho da ementa do julgado no qual restou decidida a inviabilidade de aplicação da jurisprudência do STJ, por respeito à proibição da *reformatio in pejus*:

"RECURSO ESPECIAL. (...). RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO APENAS PELA FAZENDA ESTADUAL. DECISÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REFORMATIO IN PEJUS INDEVIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (...). É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo *reformatio in pejus* contra a parte recorrente. 4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação. 5. Recurso especial desprovido" (REsp 601.056/BA, Rel. Ministra Denise Arruda, 1.ª Turma, julgado em 09/03/2006, DJ 03/04/2006).

<sup>16</sup> Arruda Alvim, *Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos - direito brasileiro*, in: *Direito processual civil - 3: Coleção estudos e pareceres*, São Paulo: RT, 1995, p. 318.

<sup>17</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo: RT, 2004, pg. 1813, citação 271.

Parte da doutrina entende que o princípio da proibição da *reformatio in pejus* não é absoluto. Nesse sentido afirma Araken de Assis, “a falta de regra proibitiva explicitada na lei, já se intui que pode não ser absoluta a proibição [da *reformatio in pejus*], ou suficiente invocar o princípio dispositivo para evitá-la em todos os numerosos casos que sobem aos tribunais”.<sup>18</sup>

Situação diferente reside no fato de serem autor e réu sucumbentes, e ambos recorrerem, pois aí, neste caso, não há o “princípio para a defesa da coisa julgada parcial” como defende Fasching, pois ambas as partes recorreram, e o que deixa uma parte pior do que estava antes é exatamente o recurso da parte *ex adversa*.

Ademais, o referido princípio tem por exceção o quanto disposto no § 3º do artigo 267, do CPC/73, ou § 3º do artigo 485, do CPC/15. Vale dizer, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* tem sua limitação nas matérias de ordem pública, aquelas que podem (devem) ser conhecidas de ofício pelo Julgador.

E mesmo a exceção do princípio possui suas limitações, em sendo caso de reconhecimento de matéria de ordem pública pelo tribunal *ad quem*. Veja-se como exemplo uma ação ordinária em que o autor em sua inicial requer a condenação do réu ao pagamento de determinado dano na monta de 100, mas a sentença condena apenas em 50. Caso o autor interponha o competente recurso de apelação e o tribunal *ad quem* reconheça a sua ilegitimidade, que obviamente não foi suscitada pelo autor/recorrente, torna-se evidente a ocorrência do prejuízo, mas não há o que se falar em violação ao princípio do *non reformatio in pejus*.

Desta forma, se por um lado o princípio dispositivo impede a ocorrência de prejuízo ao recorrente, por outro lado, tem-se que as matérias de ordem pública possuem uma força

---

<sup>18</sup> Cf. Araken de Assis, *Manual dos recursos*, 3.ª ed. cit. p. 114.

maior do que as matérias disponíveis, e são levadas ao órgão *ad quem* independentemente da vontade do recorrente.

Como se trata da manutenção da ordem jurídica mitiga-se o princípio dispositivo nestes casos, para garantir a manutenção da ordem jurídica.

#### 4. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DESTAS MATÉRIAS NAS INSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS EM PRIMEIRA MÃO

Tendo estabelecido todas as premissas necessárias, passa-se ao cerne do presente estudo que se refere à análise de todos os pontos acima elencados sobre a possibilidade de os tribunais superiores conhecerem ou não das matérias de ordem pública sem que nunca tenham sido ventiladas nos autos.

Primeiramente, ao analisarmos a Constituição Federal temos que de fato existe a necessidade da ocorrência de ‘*causas decididas*’ para que os tribunais superiores possam, através de recurso especial ou extraordinário, decidir acerca da violação às matérias infraconstitucionais e constitucionais, respectivamente.

Como anteriormente demonstrado, a doutrina consolidou posicionamento no sentido de que somente poderá ser objeto de recurso excepcional as matérias que forem decididas em única ou última instância tais matérias, sendo certo que tal entendimento se origina da interpretação sistemática da Constituição Federal e parágrafo terceiro do artigo 267 do CPC/73. Mas não é só.

Além da limitação constitucional, a doutrina majoritária se firmou no sentido de que o conhecimento dessas matérias sobre a limitação da expressão “*em grau de jurisdição ordinário*”, interpretação esta que impediria o conhecimento das matérias de ordem pública em primeira mão pelos tribunais superiores.



Ocorre que, o código de processo civil de 2015 inovou ao dispor na parte final do parágrafo terceiro do artigo 485 que as matérias constantes dos incisos IV, V VI e IX (matérias de ordem pública) devem ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, “*enquanto não ocorrer o trânsito em julgado*”, o que, conseqüentemente, retira a limitação anteriormente imposta.

Assim, o entendimento anterior somente se sustentava dado à limitação atribuída ao parágrafo terceiro do artigo 267, do CPC/73 de forma a compreender que a expressão ‘*causas decididas*’ referia-se a matérias sob as quais as únicas ou últimas instancias já tinham se manifestado. Contudo, o novo regramento processual alterou esse posicionamento por expressa determinação do legislador, o qual deixou claro que a interpretação a ser dada diz respeito ao conhecimento *ex officio* dessas matérias enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, ressuscitando a discussão em voga.

Com isso, quer parecer que o novo regramento verificou a necessidade de se alterar esse entendimento, e o fez através do Código de Processo Civil de 2015.

Uma vez que o legislador entendeu por bem imputar a expressão “*enquanto não ocorrer o trânsito em julgado*”, por mais que se refira aos graus ordinários de jurisdição, não há como negar a possibilidade de conhecimento de tais matérias pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, sendo certo que tal entendimento não está dissociado do que impõe a Constituição Federal.

Tal assertiva somente estaria em dissonância ao que dispõe a Constituição Federal caso a interpretação dada à expressão ‘*causas decididas*’ fosse mantida tal como anteriormente a entrada em vigência do CPC/15, ainda mais levando-se em consideração a possibilidade de nova interpretação sistemática. E como se deixou claro, aludido entendimento acerca da norma constitucional não era pacífico.

Por esse motivo, o que se propõe é que a interpretação da expressão constitucional '*causas decididas*' ocorra à luz do quanto dispõe o artigo 485, § 3º, do CPC/15, entendendo-se como sendo questão decidida ainda de que forma implícita. Isto porque, somente há que se falar em conhecimento de um recurso se este superar a barreira de sua admissibilidade, ou seja, análise do interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, dentre outros.

Logo, inexistindo, por exemplo, uma falha na legitimidade, certo é que a ação deveria, desde o início, ter seu prosseguimento obstado (após a oportunização do contraditório, evidente). Todavia, caso não tenha sido obstado, infere-se que, ainda que implicitamente, essa questão foi analisada pela instância ordinária.

Dessa forma, se considerarmos os dois altiplanos dos recursos, quais sejam, admissibilidade e mérito, somente pode-se falar em julgamento do mérito se estiverem presentes todos os requisitos de admissibilidade, e nessa esteira devemos entender também como presentes os requisitos aptos a dar sustentação ao processo em si considerado.

Portanto, o que se defende é que deve ser realizado uma nova releitura da expressão constitucional *causas decididas* a fim de que essa de adequação de forma sistemática ao ordenamento, garantindo plena efetividade das normas processuais, do sistema processual como um todo.

## 5. CONCLUSÕES

Diante dessas considerações, podemos extrair o seguinte que fará concluir pela possibilidade de os tribunais superiores conhecerem de matéria de ordem pública em primeira mão, primeiro que conclui-se que o parágrafo terceiro do artigo 485, do CPC/15, abriu espaço para uma nova interpretação à expressão constitucional de '*causas decididas*' para interposição dos

recursos excepcionais, no sentido de que os tribunais superiores devem conhecer as matérias de ofício as matérias de ordem pública elencadas nos incisos IV, V, VI e IX, quais sejam, ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, existência de preempção, litispendência ou coisa julgada, ausência de legitimidade ou interesse recursal e impossibilidade de transmissão da ação por disposição legal em caso de morte do autor. Afinal, ainda que não tenham sido ventiladas explicitamente no curso da demanda, são matérias preliminares que devem ser analisadas pelo julgador ordinário antes da análise do mérito.



## 6. Referências bibliográficas

- AGUIAR, João Carlos Pestana de. Recursos extraordinário e especial. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.
- ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. Admissibilidade do recurso especial. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de direito processual civil. São Paulo: RT, 1998, v. 1.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso Especial e recurso extraordinário, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: RT. 2002. v5.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Ed. GZ, 2012.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Processo Constitucional. São Paulo: RT, 2014.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de direito

- processual civil. 12.<sup>a</sup> ed., São Paulo: RT, 2008.
- ALVIM, Arruda. Novo Contencioso Cível no CPC/15. De acordo com o Novo CPC / Lei 13.105/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALVIM, Thereza. O direito processual de estar em juízo. São Paulo: RT, 1996.
- ASSIS, Araken de. Prequestionamento e embargos de declaração. Revista Jurídica, n. 288/5, out.01.
- ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. “Efeito suspensivo dos recursos”. In: ASSIS, Araken de. et. al (Coord.). Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Condições de admissibilidade dos recursos cíveis”. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: RT, 1999.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol. V.
- \_\_\_\_\_. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. Rio de Janeiro: Sem Editora, 1968.
- BARIONI, Rodrigo. Efeito devolutivo da apelação civil. São Paulo: RT. 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Recurso especial, agravos e agravo interno. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CHIOVENDA, Guisepppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva. 1945. v. III.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Recurso extraordinário e recurso especial. São Paulo: Saraiva, 2010.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeitos dos recursos, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: RT. 2002. v.5.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. (Coord.) Meios de impugnação ao julgado civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JORGE, Flavio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recursos extraordinário e especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 10ª Ed.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Campinas: Millennium, 2000. Vol. IV.
- MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 399/157, Set-Out/2008.
- MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Dos recursos – temas obrigatórios e atuais. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002. Vol. 2.
- MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1204 e 1257.
- MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NERY Jr., Nelson. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- SOUZA, Roberto Carvalhosa de Souza, Recurso especial, 2.<sup>a</sup>

ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.