

**Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil e recurso especial (ordem pública e prequestionamento)**

**Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>1</sup>**

Professor Doutor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nos cursos de graduação e pós-graduação. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializou-se em Direito Processual Civil na Universidade Estatal de Milão. Advogado. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law.

**SUMÁRIO:**

- 1. Efeito devolutivo e seus prismas:**
  - a) prisma objetivo no sentido horizontal: extensão (ou amplitude) : o § 3º do art. 515;**
  - b) prisma objetivo no sentido vertical: profundidade;**
  - c) prisma subjetivo: pessoas beneficiadas ou prejudicadas pelo novo julgamento.**
- 2. Matéria de ordem pública e preclusão.**
- 3. Uma decorrência dos poderes do juiz e do interesse do Estado.**
- 4. Prequestionamento e recurso especial.**
- 5. Embargos de declaração prequestionadores e motivação das decisões.**
- 6. Linhas de raciocínio para o conhecimento.**
- 7. Tendência dos tribunais de superposição.**
- 8. Conclusão: três temperamentos:**
  - I) regular oposição de embargos de declaração;**
  - II) Súmulas 456 e 528 do Supremo Tribunal Federal;**
  - III) evitar decisões inúteis, nulidade absoluta e inexistência do processo.**

---

<sup>1</sup> - E-mail: lucon@lucon.adv.br

## 1. Efeito devolutivo e seus prismas

Todo e qualquer recurso tem por fim último permitir um novo julgamento, mas agora favorável a quem o interpôs. Mas para saber ou delimitar a matéria que será suscetível de reexame é imperioso, antes de mais nada, a análise do denominado efeito devolutivo.

Desde que presentes todos os pressupostos de admissibilidade que a lei prevê, o *efeito devolutivo* ou *de transferência* cria a possibilidade de o órgão jurisdicional *ad quem* conhecer a causa ou o incidente nos limites da impugnação ofertada.

Além disso e como é natural, o aludido efeito impede a formação da coisa julgada, exatamente por haver essa possibilidade de novo conhecimento da matéria objeto do meio de impugnação.<sup>2</sup>

Por tudo isso, o termo *efeito de transferência* (ou *translativo*) reflete de melhor forma o tradicionalmente denominado *efeito devolutivo*.<sup>3</sup>

Esse efeito comporta sempre a análise a partir de dois prismas ou dimensões diversos: I) objetivo, representando pela *extensão* (sentido horizontal) e *profundidade* (sentido vertical); II) subjetivo, representado pelos efeitos benéficos ou maléficos determinados pelo novo julgamento propiciado pelo meio de impugnação.

---

<sup>2</sup> - V. NELSON NERY JÚNIOR, **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**, pp. 196-200, esp. p. 199 e ainda, p. 209.

<sup>3</sup> - A expressão *efeito de transferência* deve ser atribuída a ALCIDES DE MENDONÇA LIMA que sugere a alteração da nomenclatura prevalente (*cf.* **Introdução aos recursos cíveis**, n. 186, pp. 287-305, esp. p. 290). Corretamente, NELSON NERY JÚNIOR entende que o conhecimento de matérias de ordem pública em grau recursal pelo juiz decorre não do efeito devolutivo, mas do efeito translativo, ligado ao princípio da inquisitorialidade (**Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**, p. 417).

**a) prisma objetivo no sentido horizontal:  
extensão ou amplitude: o § 3º do art. 515**

A extensão diz respeito à amplitude da impugnação e está representada pelo clássico *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, é a extensão delimitada por aquilo *que é* submetido ao órgão *ad quem* a partir do que foi pedido no recurso.

Há ainda o art. 293, que também tem sua importância na medida em que estabelece que os pedidos devem ser interpretados restritivamente. Essa regra tem igual relevância e validade no âmbito recursal, uma vez que, de um lado, impõe ao recorrente o dever de formular a sua pretensão recursal de forma clara, e de outro, impede que o órgão jurisdicional responsável pelo julgamento do meio de impugnação interposto dê uma interpretação extensiva ou ampliativa ao que foi pedido pelo recorrente.

Por outro lado, em outro caso, se o recorrente pede apenas a anulação do *decisum* e é o caso de reforma, não poderá o órgão jurisdicional *ad quem* reformá-lo, porque estaria proferindo julgamento *extra petita* na exata medida em que concede o que não lhe foi expressamente pedido.

A decisão que faz a entrega da prestação jurisdicional em desconformidade com o postulado amplia o efeito devolutivo do recurso, afrontando a regra do art. 515 do Código de Processo Civil.

Antes do movimento de reforma do Código de Processo Civil, o objeto do julgamento pelo órgão *ad quem* poderia apenas ser *igual* ou *menos extenso* comparativamente ao julgamento do órgão *a quo*, mas nunca *mais extenso* ou *diverso*.

Em prol da *efetividade, adequação e tempestividade da tutela jurisdicional*, a Lei n. 10.352, de 26 de dezembro

de 2001, introduziu no art. 515 do Código de Processo Civil um § 3º, por meio do qual “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Embora uma interpretação literal desse texto normativo conduza a grandes avanços no sentido de tornar a tutela jurisdicional mais tempestiva, seu real objetivo no seio do ordenamento jurídico pátrio desafia um trabalho hermenêutico mais acurado.

Ao ser visualizada em face das garantias constitucionais do *acesso à ordem jurídica justa* e da *tempestividade da tutela jurisdicional*, percebe-se que a letra de tal norma *minus dixit quam voluit*. Seu real sentido demanda interpretação extensiva para (I) abarcar em seu seio todos os tipos de recursos e não apenas o de apelação e (II) ser possível o imediato julgamento do mérito pelo tribunal para o qual for remetido o recurso não apenas nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, mas em todos aqueles nos quais não seja necessária dilação probatória para o julgamento da demanda, por estar a causa madura para o pronto julgamento.

Em nome dessas magnas garantias constitucionais, o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil promoveu uma profunda mitigação do duplo grau de jurisdição (que é apenas um regramento e não uma garantia constitucional) e agora, em todas as hipóteses nas quais a demanda esteja em condições de ser julgada, é plenamente lícito e legítimo ao tribunal (tribunais de segundo grau de jurisdição ou tribunais superiores) fazê-lo, sendo vedada a remessa dos autos ao órgão julgador *a quo* quando não seja necessária para o julgamento a produção de novas provas.

Esse é o espírito das reformas do Código de Processo Civil, em atenção às novas tendências metodológicas do direito

processual. Em certos casos, o aprimoramento dos resultados a serem atingidos pelo processo apenas pode ser alcançado com o desafio a antigos e injustificáveis dogmas. Diante do dispositivo em tela, esconder-se sob o “princípio” do duplo grau de jurisdição<sup>4</sup> e deixar de julgar a matéria objeto do recurso quando não existem outras provas a produzir, constitui uma atitude profundamente misoneísta e totalmente descompromissada com os avanços da moderna ciência processual.

**b) prisma objetivo no sentido vertical:  
profundidade**

A profundidade é medida pelo material jurídico e fático *com que* o órgão *ad quem* poderá trabalhar. Consoante o disposto nos dois primeiros parágrafos do art. 515, a devolução propiciada pelo recurso, em profundidade, é integral. De modo que o recurso abrange não somente as questões decididas na sentença, mas também todas aquelas que poderiam ter sido (questões de ofício e aquelas suscitadas e discutidas pelas partes, mas que deixaram de ser apreciadas pelo órgão jurisdicional).

Ainda que qualquer das partes não tenha oferecido embargos de declaração com o fim de suprir eventual omissão sobre determinada questão suscitada e debatida durante o primeiro grau, o tribunal poderá apreciá-la já que, no sentido vertical, são plenos a devolução e o conhecimento.

---

<sup>4</sup>- “O duplo grau de jurisdição, compreendido como o direito à revisão da decisão proferida pelo juiz que teve, pela primeira vez, contato com a causa, não é garantido constitucionalmente, nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça.

Mais importante que o duplo grau é o princípio que garante a todos o direito de acesso à justiça, o qual tem como corolário, como já foi dito, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional” (MARINONI, **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, pp. 208-209). No entanto, em que pese tal entendimento, o duplo grau de jurisdição é muito mais uma regra técnica do processo, do que efetivamente um princípio constitucional. Princípio, como se sabe, é o ponto de partida de uma ciência ou a coluna estrutural de uma ciência.

A oposição de embargos declaratórios para esse fim é conferida a todas as partes no processo, porque é legítimo o interesse recursal de integrar ao máximo o *decisum*, seja no campo do relato do caso ou da fundamentação, seja no da decisão propriamente dita. Por outro lado, em qualquer outra modalidade recursal, somente o vencido, o terceiro prejudicado e o Ministério Público poderão provocar o órgão jurisdicional a se expressar sobre todas as questões suscitadas e debatidas no processo, porque apenas eles têm interesse recursal na modificação do que foi decidido (art. 499). Dentro dessa linha de raciocínio e arrematando com aquilo que se quer efetivamente dizer, não será conhecido eventual recurso do vencedor com a intenção de provocar o órgão jurisdicional a se manifestar sobre questões discutidas no processo e não levadas em consideração na decisão. É de LAURA SALVANESCHI, em prestigiosa monografia, o ensinamento de que “l’interesse ad impugnare pone il suo fondamento nell’acquisizione di un risultato di vantaggio cui la parte aspira e che può in concreto ottenere attraverso l’interposizione del gravame”.<sup>5</sup> Se não há vantagem para o recorrente na interposição do recurso, é claro que seu destino fatal será o não conhecimento.

Não obstante, de outro lado, também é claro que o vencedor poderá manifestar-se sobre questões suscitadas e debatidas, mas não consideradas na decisão, por meio de embargos declaratórios ou mesmo na resposta ao recurso, até porque o vencido deverá ter o cuidado de não apenas impugnar a decisão, mas também de se manifestar sobre os outros argumentos que lhe são desfavoráveis, uma vez que o tribunal poderá decidir com base em qualquer um deles.

Assim, p. ex., se em primeiro grau foram levantadas questões atinentes a pagamento e novação e o órgão de primeiro grau considerou existente o pagamento, restando omissis sobre a

---

<sup>5</sup> - L’interesse ad impugnare, n. 2, pp. 379-385.

novação, no recurso interposto pelo vencido deve ele manifestar-se também no sentido de que não houve novação, porque o tribunal *ad quem* poderá afastar o pagamento e aceitar a tese acerca da novação, sendo certo que, em tal hipótese, a decisão permanecerá desfavorável ao vencido, só que agora por outro fundamento totalmente distinto. Essa hipótese pode parecer um tanto singela, mas a experiência revela inúmeros casos em que o vencido não cuida de tratar em seu recurso de todas as matérias debatidas, sendo mais tarde surpreendido pela decisão do órgão hierárquico superior composta de outros argumentos.

Como o § 1º do art. 515 dispõe que serão “objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” e o § 2º do mesmo dispositivo estabelece que “quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”, e fácil inferir ser a intenção do legislador fixar a possibilidade de reapreciação de **toda a matéria fática e jurídica objeto da irresignação** no sentido vertical.

No entanto, é certo que a matéria fática encontra óbices legítimos quando se trata de recurso especial ou extraordinário. Nesses casos, os tribunais de superposição, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, não podem examinar e decidir questões de fato.

Na verdade, com exceção dessas hipóteses excepcionais, quando se fala de profundidade no âmbito recursal, em razão da interposição do meio de impugnação e da presença de seus pressupostos de admissibilidade, afirma-se corretamente ser integral o exame da matéria debatida pelo tribunal.

Se o recurso é parcial, não abrangendo toda a extensão do que consta do ato decisório, por óbvio, a devolução não

poderá ser integral.<sup>6</sup> Mas essa hipótese nada tem nada a ver com a profundidade, mas apenas e tão somente com a extensão ou a amplitude do recurso. No que diz respeito à parcela devolvida e ressalvado o óbice legítimo que veda a apreciação de matéria de fato pelos tribunais superiores, o tribunal poderá sempre analisar toda matéria jurídica e fática a ela concernente.

A partir de tais premissas fundamentais, distingue-se a extensão da profundidade do meio de impugnação. Confirmando as premissas até aqui expostas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: *“a amplitude da devolução, contida no art. 515 e seus parágrafos do CPC, se limita às questões discutidas no processo e não contidas na sentença, assim como os fundamentos que não são considerados no julgamento de grau inferior, mas não abrange parcelas deferidas na sentença e não impugnadas na apelação”*.<sup>7</sup>

### **c) prisma subjetivo: pessoas beneficiadas ou prejudicadas pelo novo julgamento**

Dentro do que se expôs, emerge a idéia segundo a qual tem interesse recursal a parte que pretende uma situação melhor do que aquela que obteve com a decisão. Outra idéia igualmente relevante é a que a situação de prejuízo, potencial ou efetivo, determina o interesse de recorrer. Daí porque não somente as partes vencidas têm interesse na interposição de recurso, mas também todo e qualquer terceiro que tenha sido atingido desfavoravelmente pela decisão (art. 499).

O prisma subjetivo tem relevância também no que concerne ao tema da pluralidade de partes. A parte final do art. 509 expressa o princípio da autonomia dos litisconsortes, consagrado pelo

---

<sup>6</sup> - V., a propósito, LUCON, “Efeitos imediatos da decisão e impugnação parcial e total”, pp. 513 e ss..

<sup>7</sup> - STJ, 3ª T., Resp. n. 8.621-MG, rel. Min. DIAS TRINDADE, j. 2.4.91, não conheceram, v.u., DJU 29.4.91, p. 5.270, 2ª col., em..



art. 48 do Código de Processo Civil. Diz aquele dispositivo que “o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, *salvo se distintos ou opostos os seus interesses*”. É claro que essa segunda parte não se aplica se o litisconsórcio for unitário, porque a decisão necessariamente será uniforme a todos os litisconsortes. A incindibilidade da relação jurídica de direito material impõe que a decisão atinja os litisconsortes de forma idêntica. Nesses casos, o recurso de um dos litisconsortes poderá beneficiar os demais, porque o tratamento homogêneo de todos é algo inafastável. A devolução propiciada pela interposição do recurso é integral, ainda que oferecido por apenas um dos litisconsortes.

## **2. Matéria de ordem pública e preclusão**

As assim chamadas matérias de ordem pública dizem respeito às condições da ação e aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo. São elas, portanto, relacionadas com o amplo espectro dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional.

Como é sabido e ressabido, as matérias de ordem pública podem e devem ser conhecidas *ex officio* pelo órgão jurisdicional, não se operando a preclusão (CPC, art. 301, § 4º e art. 303, inc. II).

O fenômeno da preclusão nada mais é que (I) um acontecimento ou, simplesmente, um fato “resultado da ausência de outro (inércia durante o tempo útil destinado ao desempenho de certa atividade)” – preclusão temporal; ou (II) a “conseqüência de determinado fato que, por ter sido praticado na ocasião oportuna, consumou a faculdade (para a parte) ou o poder (para o juiz) de praticá-lo uma segunda vez” – preclusão consumativa; ou ainda (III) a “decorrência de

haver sido praticado (ou não) algum fato, incompatível com a prática de outro” – preclusão lógica.<sup>8</sup>

Em matéria de preclusão, dúvida não há de que, em grau de importância para o processo civil (e porque não dizer, para a vida dos direitos), **os efeitos superam o acontecimento**. Como é natural, esses efeitos são de ordem variada, podendo repercutir ou não sobre o desfecho final do processo.

Assim, afastar a ocorrência de preclusão em determinadas situações é, em síntese, tutelar o resultado do processo. Mas, exatamente para que isso não se torne regra e impeça a solução final do processo, para que o fenômeno da preclusão **para as partes** não ocorra é preciso que haja expressa previsão legal. Daí a razão, eminentemente de caráter metodológico, que justifica a existência do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil. **Para o juiz**, a preclusão não pode ser causa de perpetuação de injustiças. Em determinadas situações excepcionais, e dentro dos poderes que lhe são conferidos, torna-se imperativo afastar a preclusão.

### 3. Uma decorrência dos poderes do juiz e do interesse do Estado

Mas não é somente uma razão metodológica que justifica o preceito legal mencionado. Na verdade, a razão de ser da possibilidade legal de o julgador conhecer das matérias de ordem pública nos diversos graus de jurisdição vai muito além do simples imperativo legal: diz respeito a uma diretiva superior, relacionada com o papel do juiz no processo civil moderno.

Ou, porque não dizer, relaciona-se com os poderes do juiz ou o princípio inquisitório.<sup>9</sup> No âmbito recursal, ainda que

---

<sup>8</sup> - Respectivamente, preclusão temporal, consumativa e lógica, v. MONIZ DE ARAGÃO, “Preclusão”, p. 145.

haja omissão por parte do recorrente, as matérias de ordem pública podem ser examinadas pelo julgador: a omissão da parte ou do interessado sobre essas matérias em sede de recurso em nada afetam a possibilidade de examiná-las pelo julgador.

De todo o modo, ressalvado o caso de reexame forçado, categoricamente pode se afirmar que sem a interposição de recurso não há devolução das questões de ordem pública não argüidas pelas partes. Mais ainda, o meio de impugnação deve preencher todos os requisitos necessários para a sua admissibilidade. Sem isso, nem mesmo essas questões são suscetíveis de análise, ou seja, exige-se um mínimo de iniciativa da parte.

Devido à não-ocorrência de preclusão quanto às assim denominadas matérias de ordem pública, também conhecidas por objeções, autoriza-se a sua análise a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinários.

Nesses casos, o próprio Estado tem interesse de que sejam respeitadas as regras que disciplinam o modo pelo qual o processo se desenvolve. Não interessa ao juiz, como representante do Estado, que o processo não se desenvolva regularmente e não possa chegar ao fim colimado, que é justamente o julgamento de mérito.<sup>10</sup> Por isso, está o julgador autorizado a conhecer dessas matérias de ofício, observando sempre o contraditório legitimador de seu provimento.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> - Nesse sentido, NELSON NERY JR., **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**, pp. 236-237.

<sup>10</sup> - V. RICARDO APRIGLIANO, **Os efeitos da apelação civil**, pp. 146-151, esp. p. 148.

<sup>11</sup> - É preciso pôr fim, definitivamente, ao *processo civil de armadilhas*, no qual o julgador surpreende a parte com decisão terminativa a respeito de matéria sobre a qual não se desenvolveu um mínimo de contraditório, violando o preceito constitucional constante do inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal. Na legislação comparada, com a preocupação de preservar o contraditório, o art. 16 do Código de Processo Civil francês foi claro ao impor o dever de submeter às partes até mesmo as questões releváveis de ofício. V., mais amplamente, ROGER PERROT e HENRY SOLUS, **Droit judiciaire privé**, n. 121, pp. 129-131; JEAN VINCENT e SERGE GUINCHARD, **Procédure civile**, nn. 617-624, pp. 419-423.

A cognição *ex officio* dessas matérias é garantia de boa administração da justiça, sendo que (I) a falta de alegação do réu na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, provoca sua responsabilidade patrimonial pelo retardamento, e (II) eventual inércia do magistrado o torna responsável pelo mau desempenho do cargo em decorrência de grave omissão.<sup>12</sup>

Em função da importância que essas matérias representam, está o Estado-juiz autorizado a declarar não estar disposto a exercer a função jurisdicional.

No campo recursal, a possibilidade de exame de tais matérias decorre da já vista profundidade propiciada pelo efeito translativo que, em alguns recursos, é ampla (p. ex., apelação) e em outros, é limitada a certas condições (p. ex., recurso especial).

#### **4. Prequestionamento e recurso especial.**

Nos graus de jurisdição especial e extraordinária a questão é um pouco mais complexa. Foram construídas duas vertentes de pensamento aparentemente inconciliáveis.

De um lado, sustenta-se a impossibilidade de se conhecer matérias relacionadas com os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e as condições da ação, em virtude de não terem sido essas matérias ventiladas nos graus ordinários. A justificativa está no fato de não ter sido cumprido o requisito do prequestionamento.

---

<sup>12</sup> - V. CRUZ E TUCCI, “Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento”, n. 7, p. 284, com arrimo em HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, “Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil”, p. 303. Obviamente, na prática, essa responsabilidade processual da parte e do magistrado é relativizada, principalmente em face da evolução doutrinária e jurisprudencial.

De outro, tal requisito sucumbe diante da importância, para o legislador, das matérias de ordem pública. Ou seja, o recurso especial pode versar sobre matérias de ordem pública não obstante a ausência de debate nas instâncias ordinárias.

Sabe-se que o prequestionamento é pressuposto indispensável (e exigência inafastável) para o conhecimento dos recursos especial e extraordinário dirigidos aos tribunais de superposição e deve ser respeitado pelos tribunais de grau inferior.<sup>13</sup> Esse requisito “consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado”.<sup>14</sup> Portanto, o objeto do prequestionamento diz respeito à questão federal e à questão constitucional analisadas nos graus ordinários de jurisdição.

Na verdade, a possibilidade de reconhecimento das matérias de ordem pública diretamente nos graus de jurisdição especial e extraordinário requer certa reflexão em torno, principalmente, da evolução jurisprudencial.

Correto está o entendimento segundo o qual “a matéria relativa a pressupostos processuais, preempção, litispendência, coisa julgada e condições de admissibilidade da ação pode ser apreciada, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, enquanto não proferida sentença de mérito (art. 267, § 3º). Suscitada a questão sobre a ilegitimidade de parte, não pode o Tribunal eximir-se de apreciá-la, sob alegação de preclusão, sendo-lhe possível, no caso, examiná-la de ofício”.<sup>15</sup> Na linha dessa orientação, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que não é exigível o prequestionamento de

---

<sup>13</sup> - Sobre os embargos de declaração prequestionadores e o *abuso do direito de recorrer*, v. LUCON, “Abuso do exercício do direito de recorrer”, pp. 896-897.

<sup>14</sup> - STJ, Corte Especial, Emb. de Divergência em Resp. n. 162.608-SP, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; j. 16.06.99, v.u. (*in* Bol. da AASP n. 2.148).

<sup>15</sup> - STJ, 3ª Turma, REsp. 5.735-PR, rel. MIN. WALDEMAR ZVEITER, j. 4.12.90, não conheceram v.u., DJU em 4.2.91, p. 576.

questão relacionada com a incompetência absoluta do Tribunal *a quo* para julgar agravo de instrumento interposto contra a inadmissão de recurso especial, visto que, se a matéria chegar ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, deve ser declarada de ofício.<sup>16</sup>

Existe, por outro lado, o posicionamento mais rígido de acordo com o qual “o prequestionamento, essencial ao acesso à instância superior, é imprescindível até mesmo em se tratando de nulidade absoluta e condições da ação”.<sup>17</sup>

## **5. Embargos de declaração prequestionadores e motivação das decisões**

Se o prequestionamento exige a apreciação e a solução de questão federal e constitucional, é preciso considerar que, muitas vezes, a parte levanta determinado ponto que não chega sequer a ser enfrentado e solucionado, em que pese ter sido regularmente suscitado diversas vezes e por meio de embargos de declaração. Nesse caso, sólida construção jurisprudencial entende haver ocorrido, corretamente, infringência ao direito aos embargos declaratórios, o que provoca violação ao disposto nos arts. 535 e seguintes do Código de Processo Civil e no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal e determina, por consequência, a anulação da decisão recorrida.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> - STJ, 1ª T., ag. reg no REsp n. 118.908-DF, rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 15.2.2001, m.v..

<sup>17</sup> - STJ, 4ª T., ag. reg. em ag. de inst. n. 67.596-SP, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 27.6.1996, *in* DJU 26.8.1996, p. 29.638. Na doutrina, v. MEDINA, **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**, n. 3.5.2, pp. 342-347.

<sup>18</sup> - Conforme entendimento jurisprudencial predominante, nesse caso seria necessária a anulação do acórdão recorrido para que outro, no qual a matéria seja devidamente prequestionada, seja proferido. Ante a interpretação dada nessa oportunidade ao novo art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, no entanto, tal procedimento não é mais necessário, sendo possível ao tribunal superior apreciar o mérito do recurso desde logo.

O direito aos embargos declaratórios tem fundamento na garantia constitucional da motivação das decisões, que deve ser completa ou íntegra e não simplesmente parcial. Nesse mesmo sentido, reporta-se MICHELLE TARUFFO, em célebre monografia, à inteireza da motivação (*completezza*) ao exame das peculiaridades de cada caso: “o parâmetro com base no qual deve ser avaliada a inteireza da motivação é constituído pelas exigências de justificação surgidas em relação à decisão, sendo pois um parâmetro cujo significado varia sensivelmente em cada caso concreto, o que conseqüentemente torna pouco pertinentes eventuais critérios formulados de modo genérico e abstrato”.<sup>19</sup>

Para diminuir a demora excessiva do processo, o tribunal de superposição deve estar autorizado, verificando que houve um mínimo de análise da questão federal ou constitucional, a enfrentar o mérito do recurso, sem determinar a anulação da decisão recorrida por força da frontal violação ao disposto nos arts. 535 do Código de Processo Civil e 93, inc. IX, da Constituição Federal. A anulação, não há como se negar, revela-se contraproducente e inútil, devendo ser, na medida do que for praticamente possível, evitada.

## **6. Linhas de raciocínio para o conhecimento**

É certo que as objeções são cognoscíveis de ofício pelos órgãos jurisdicionais por expressa disposição legal, não tendo feito o legislador ou o constituinte alusão explícita a qualquer obstáculo em função dos graus de jurisdição. Pelo contrário, o art. 267, § 3º, estabelece claramente que determinadas matérias devem ser conhecidas *ex officio* em qualquer grau de jurisdição.

Se não se aceita o respeitável argumento de que há prequestionamento implícito sobre as matérias a respeito das quais o

---

<sup>19</sup> - **La motivazione della sentenza civile**, cap. VI, n. 5, letra e, esp. p. 450.

tribunal *a quo* deve examinar, o que determina sempre o conhecimento do recurso pelo tribunal de superposição.<sup>20</sup> Não é possível discordar que há omissão quando o tribunal não aprecia questões suscitadas pelas partes e cognoscíveis de ofício.<sup>21</sup>

E relativamente a estas, havendo omissão, viola-se o preceito constitucional da motivação das decisões, superior ao requisito do prequestionamento, que não pode se caracterizar como um óbice ilegítimo, ilegal e inconstitucional.<sup>22</sup> Por esses argumentos, um filtro como esse, consistente na impossibilidade de se conhecer matéria de ofício suscitada nos graus especial e extraordinário, revela-se despido de previsão no ordenamento jurídico.

## 7. Tendência dos tribunais de superposição

Não obstante essas considerações, há a orientação nos tribunais de superposição, decorrente do enorme volume de recursos (parece ser essa a verdadeira razão de fundo), que dá prevalência ao filtro do prequestionamento, interpretando-o de forma extensiva.

Para as matérias de objeção, sejam elas de natureza processual (p. ex., pressupostos de constituição e de desenvolvimento) ou substancial (p. ex., decadência), vem surgindo interpretação jurisprudencial rígida de acordo com a qual a decisão recorrida deve necessariamente ter se manifestado sobre tais matérias.

---

<sup>20</sup> - V. EGAS MONIZ DE ARAGÃO, “Pré-questionamento”, pp. 37-48, esp. p. 44.

<sup>21</sup> - *Cfr.* BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, n. 301, p. 539.

<sup>22</sup> - Em sentido contrário, MEDINA, **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**, n. 3.5.2, pp. 342-347, para quem a parte deve opor embargos de declaração para prequestionar a matéria examinável de ofício. Embora essa seja a tendência, em que são cada vez mais exacerbados os ônus da parte, a questão comporta solução distinta.



## 8. Conclusão: três temperamentos

No entanto, ainda assim, esse entendimento dos tribunais de superposição merece temperamentos.

### I) **regular oposição de embargos de declaração**

O primeiro temperamento, já destacado, reside na circunstância de que a parte não pode ser penalizada pela decisão que deixou de enfrentar a questão federal ou constitucional, embora tendo sido o tribunal *a quo* regularmente provocado por todos os meios que a lei lhe outorga, inclusive com a oposição de embargos de declaração.

Entendimento contrário é tornar o processo fonte autônoma de direitos, o que somente é possível em relação à sucumbência.<sup>23</sup>

Se a parte sustentou a falta de uma das condições da ação, opôs embargos de declaração e ainda assim, o tribunal *a quo* permaneceu silente, poderá o Superior Tribunal de Justiça conhecer do recurso em face da violação aos arts. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, tal como se a matéria tivesse sido prequestionada, pois, com o advento do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, torna-se desnecessária a anulação do acórdão recorrido para que outro seja proferido com o devido prequestionamento da matéria. É preciso incorporar o espírito do processo civil contemporâneo e acabar com formalidades inúteis, que em nada repercutem para o resultado substancial do processo. Mas, se por um infortúnio (bastante comum), o Superior Tribunal de Justiça não conhecer do recurso por falta de prequestionamento, essa decisão afigurar-se-á injusta e violadora de

---

<sup>23</sup> - Essa é a clássica lição de CHIOVENDA, em razão do caráter processual das normas que disciplinam a sucumbência (v. **La condanna nelle spese giudiziali**, nn. 172-bis e 172-ter, pp. 176-177).

preceitos legais e constitucionais. Contudo, a única alternativa será a via jurisdicional da ação rescisória, a ser proposta perante o tribunal *a quo*.

## II) Súmula 528 do Supremo Tribunal Federal

O segundo temperamento diz respeito à aplicação das Súmulas 456 e 528 do Supremo Tribunal Federal.

A primeira delas estabelece que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”. A partir dessa premissa, sendo conhecido o recurso extraordinário ou especial, o tribunal deverá necessariamente apreciar, de ofício, as matérias não disponíveis e de ordem pública constantes do ordenamento jurídico.<sup>24</sup>

Segundo a Súmula 528 do Supremo Tribunal Federal, “se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento”.

Por essa linha, estando comprovado o enfrentamento explícito de um dos dispositivos legais violados, nada impede que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, órgãos responsáveis pela preservação da ordem legal e constitucional, apreciem as demais violações.

---

<sup>24</sup> - Compartilha desse entendimento, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial”, p. 119. Como bem observado por GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA, ultrapassado o juízo de admissibilidade, “deverá o tribunal analisar de ofício matéria de ordem pública, porquanto não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira o tribunal superior decisão de mérito eivada de vício” (“Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada”, p. 267).

Aliás, corroborando a orientação expressa na mencionada Súmula, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a questão relativa à legitimidade de parte só pode ser objeto de recurso especial se prequestionada (Súmulas nn. 282 e 356 do STF). Se a matéria não foi prequestionada, isso não impede o seu conhecimento de ofício por esta Corte, mas só no caso de o recurso especial ser conhecido”.<sup>25</sup>

### **III) evitar decisões inúteis, nulidade absoluta e inexistência do processo**

O terceiro e último temperamento, igualmente relevante, diz respeito à circunstância objetiva de que a inobservância de certas matérias cognoscíveis de ofício, com a conseqüente violação a regras de direito positivo, provoca a total inutilidade da decisão proferida pelo órgão jurisdicional.

Em determinadas situações, para o próprio bem da boa administração da justiça, o tribunal de superposição deve considerar que a decisão proferida pelo órgão jurisdicional hierarquicamente inferior será *inutiliter data*. Aqui, é certo: a ponderação tem muito mais uma dose de bom senso, mas não deixa de propiciar a correta uniformização da interpretação de uma norma.

Tal ocorre, por exemplo, nos casos de violação à regra do litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa.

No caso de inobservância do litisconsórcio necessário, por exemplo, há dois prismas relevantes: o primeiro, relativo à própria eficácia da sentença ou acórdão portador de tal vício; o segundo, de ordem constitucional, relacionado com o respeito à garantia constitucional do contraditório.

---

<sup>25</sup>- STJ, 2ª Turma, AI n. 95.597-GO-AgRg, rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, j. 25.4.96, negaram provimento v.u., DJU 13.5.96, p. 15.554.

Em primeiro lugar, é ineficaz a sentença ou acórdão proferido sem a presença de todos os litisconsortes necessários. Nesses casos, o ato jurisdicional é nulo por infração a uma norma processual de ordem pública (art. 47, par.), não existindo preclusão apta a impossibilitar o reconhecimento de tal irregularidade. Os efeitos substanciais da decisão não podem ser impostos a quem não foi parte – o terceiro pode considerar a decisão como *res inter alios acta*; é inútil a sentença que não seja portadora de qualquer resultado prático, anulando o ato somente para os contraditores e deixando-o íntegro para os demais.<sup>26</sup> É preciso que estejam presentes todos os *legítimos e necessários contraditores*.<sup>27</sup> Como bem observado, “a sentença *inutiliter data* deve sempre ser banida do mundo jurídico, pelas mesmas incertezas e falsas impressões que é capaz de gerar, independentemente do andamento que o processo haja tido”.<sup>28</sup> Com a expressão *inutiliter data*, “si vuole intendere l’incapacità del giudicato sostanziale di produrre i suoi effetti *sia* nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso *sia* nei confronti delle parti fra cui si è svolto il processo”<sup>29</sup>. Outro ponto, que impõe o respeito às regras que disciplinam o litisconsórcio necessário, relaciona-se com o escopo maior de evitar julgados conflitantes. Nesse casos, o legislador impõe a coligação litisconsorcial de seus titulares com vista a preservar a harmonia de decisões.<sup>30</sup>

Em segundo lugar, como já dito, é imprescindível a observância do contraditório como meio apto a legitimar o produto final judiciário. Sem a participação dos interessados, não há como justificar a produção de efeitos da decisão na sua esfera jurídica.

---

<sup>26</sup> - V. DINAMARCO, “Litisconsórcio necessário e ato administrativo complexo”, n. 681, p. 1212.

<sup>27</sup> - A expressão é de REDENTI, que faz referência a essa noção (e expressão) elaborada pelos velhos comentadores (**Diritto processuale civile**, n. 66, p. 12).

<sup>28</sup> - DINAMARCO, “Litisconsórcio necessário – Controle jurisdicional do ato administrativo”, pp. 183-4.

<sup>29</sup> - PROTO PISANI, **Lezioni di diritto processuale civile**, p. 326.

<sup>30</sup> - *Cfr.* DINAMARCO, **Litisconsórcio**, n. 58.1, p. 219.

A atuação da regra jurídica material por meio do processo só é possível e só pode ter interesse para quem a pede, na medida em que seja apta a valer e a afirmar-se perante a outra pessoa a quem a regra se refere.<sup>31</sup>

Outros casos merecem também a análise dos tribunais superiores quando superada a fase de conhecimento do recurso: restando inequívoca a nulidade absoluta ou inexistência do processo, não há como o órgão jurisdicional *ad quem* deixar de se pronunciar sobre tais matérias. Apreciar o mérito antes de seu exame constitui equívoco inadmissível.

Havendo a violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido, principalmente naqueles casos em que a decisão será *inutiliter data*. É por isso que matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento. A violação à norma jurídica por inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária.

---

<sup>31</sup>- V. LIEBMAN, **Manual de direito processual civil**, n. 48, p. 101. *Cfr.* ainda ADA PELLEGRINI GRINOVER, **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**, pp. 89 e ss..

**BIBLIOGRAFIA**

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Os efeitos da apelação civil**, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito, São Paulo, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 7<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial”, *in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La condanna nelle spese giudiziali**, 2<sup>a</sup> ed., Roma, Foro Italiano, 1935.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento”, *in Saneamento do processo, Estudos em homenagem ao Prof. GALENO LACERDA*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, coord. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, 5<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

-----, “Litisconsórcio necessário – Controle jurisdicional do ato administrativo”, *in Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 333.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**, São Paulo, Bushatsky, 1975.

GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**, 23<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1994 (em coop. com Jean Vincent).

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, vol. 1, 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Abuso do exercício do direito de recorrer”, *in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier.

-----, “Efeitos imediatos da decisão e impugnação total e parcial”, *in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, coord. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

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

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Preclusão”, *in* **Saneamento do processo, Estudos em homenagem ao Prof. GALENO LACERDA**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, coord. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

----- . “Pré-questionamento”, *in* **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 328, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira. “Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada”, *in* **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, coord. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier.

PERROT, Roger. **Droit judiciaire privé**, Paris, Sirey, 1991 (em coop. com Henry Solus).

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1996.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1997, atualização de Mario Vellani.

SALVANESCHI, Laura. **L’interesse ad impugnare**, Milano, Giuffrè, 1990.

SOLUS, Henry. **Droit judiciaires privé**, Paris, Sirey, 1991 (em coop. com Roger Perrot).

TARUFFO, Michelle. **La motivazione della sentenza civile**, Pádua, Cedam, 1975.

VINCENT, Jean. **Procédure civile**, 23ª ed., Paris, Dalloz, 1994 (em coop. com Serge Guinchard).