



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As questões de ordem pública nos tribunais

Carla da Silva Costa

Rio de Janeiro  
2013

CARLA DA SILVA COSTA

**Questões de ordem pública nos tribunais**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.

Professores Orientadores:

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro

2013

## QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NOS TRIBUNAIS

Carla da Silva Costa

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

**Resumo:** O presente trabalho traçará linhas de conceitualidade das questões de ordem pública e sua evolução no processo civil. A abordagem do tema envolve a aplicação das questões de ordem pública em fase recursal, com seus efeitos processuais e sociais, que envolvem a efetividade indo de encontro à celeridade e esclarecimentos desejados pelos que litigam em juízo. Envolveu-se a questão da ordem pública nos exemplificativos julgados dos Tribunais e da Corte Superior, a demonstrar a necessidade de estabelecer um critério processual para identificação das questões de ordem pública nos Tribunais.

**Palavras-chave:** Questões de Ordem Pública. Poder-dever do Magistrado. Efeitos processuais e Preclusão. Efetividade x celeridade. Possibilidade de relativização.

**Sumário:** Introdução. 1. Conceito de Ordem Pública. 2. Poder-dever do Magistrado para sua aplicação. 3. Aplicabilidade: em Grau Recursal. Consequências Processuais e Sociais. 4. Possibilidade de Relativização. 5. Conclusão. 6. Referências.

### INTRODUÇÃO

Surpresa aos jurisdicionados, insatisfação de uma das partes com longos anos de anseio e expectativas frustradas, gastos de ordem processual e de mão de obra em contrapartida à necessidade de manutenção da segurança jurídica. Estas são consequências que envolvem o reconhecimento das questões de ordem pública.

O conceito de ordem pública, sua possibilidade de aplicação processual pelo magistrado em sede recursal, diante do poder-dever que lhe é imposto ao interesse público assume uma postura conflitante com o interesse do particular.

Estabelece-se uma crise processual, após o trâmite processual na primeira instância, algumas vezes por longos anos e, no possível momento de seu ansiado deslinde, identificado é pelos operadores do direito “aquele detalhe”, aquela questão de ordem pública, que invalida todo o feito, que o leva a ser extinto sem apreciação do mérito, sem definir as questões das

partes envolvidas sobre o direito material e até que ponto tais resultados deveriam e necessitariam ser utilizados.

A relevância das questões de ordem pública e seu manejo pelos operadores do direito em sede recursal serão a seguir destrinchados, utilizando-se bibliografia, parcialmente exploratória, qualitativa e a jurisprudência.

## 1. ORDEM PÚBLICA

Ordem, palavra que traz uma carga emocional patriótica estampada em um de nossos maiores símbolos de soberania, nossa Bandeira Nacional, contudo, tem no mundo e, aí se inclui o jurídico, uma diversidade de conceitualidade.

Segundo Sílvio de Macedo<sup>1</sup>, o espírito humano tem horror ao caos e, para afastar-se dele, depara-se com o conceito de ordem com o fito de alcançar todas as coisas, sejam elas materiais ou/e espirituais.

A ordem jurídica pode-se assim dizer, teve seu início com a elaboração de leis para organizar, disciplinar e equilibrar a vida em sociedade. Essa ordem estende um estado de segurança e de coexistência à vida em sociedade.

Essa segurança e coexistência projetam-se como uma base para o tema ordem pública que se inicia no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 ao citar “ordem interna e internacional”<sup>2</sup> e passa a ter lugar de destaque no Código de Defesa do Consumidor que logo em seu primeiro artigo autoproclama a ordem pública em seu conteúdo.

---

<sup>1</sup>MACEDO, *apud* MARQUES, Jussara Cristina. *Ordem pública, ordem privada e bem comum: conceito e extensão nos direitos nacional e internacional*. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/.../346>>. Acesso em: 14.nov.2012

<sup>2</sup>BRASIL. *CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 13.maio.2013.

Sob a ótica de segurança e coexistência, a concepção de ordem pública, como um prisma a refletir seus feixes de luz, alcança o direito civil, o direito processual, o direito internacional privado e o público, o direito constitucional, o direito administrativo, o direito ambiental, entre tantos outros.

É uníssona a dificuldade para encontrar uma definição precisa de ordem pública, justamente por possuir um imenso conteúdo abstrato. Tanto é assim, que Fábio Ramazzini Bechara preleciona que “por se tratar de um conteúdo indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior que os conceitos legais determinados”<sup>3</sup>.

Ricardo de Carvalho Aprigliano<sup>4</sup>, afirma que os objetivos da ordem pública processual estão relacionados à missão e à função jurisdicional do Estado.

Apesar de existir essa dificuldade de interpretação quanto ao conceito de ordem pública, na prática, sua aplicabilidade no direito processual civil, reside em ultrapassar o interesse das partes em litígio para alcançar o interesse da sociedade como um todo, reflexo do interesse público.

Com suporte no interesse público, processualmente, as questões de ordem pública, em obediência ao caráter imperativo envolvido, podem e devem ser levantadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, sob pena de eivar de nulidade a disposição que a contrarie.

Trata-se do dever do magistrado à sua aplicabilidade, independentemente da manifestação das partes.

Essa tomada de decisão pelo magistrado, sem a oitiva das partes, sem estabelecer um debate, ou a possibilidade de aproveitamento do ato que contaminou de nulidade o feito, transfere ao Magistrado uma carta em branco quanto ao destino do processo, na maioria das vezes, sua extinção sem o exame do mérito, interferindo diretamente no direito material das partes.

---

<sup>3</sup> BECHARA, *apud* MENDONÇA, Paulo H. Furtado de. *Questões de ordem pública e a competência recursal dos Tribunais*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1774> Acesso em: 14.nov.2012

<sup>4</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12.

Alguns processualistas defendem que o reconhecimento da matéria de ordem pública no processo não deveria ultrapassar as instâncias ordinárias, contudo, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou de forma diversa.

Para um processo mais célere, objetivo do Estado e anseio dos jurisdicionados, as questões de ordem pública não deveriam ultrapassar a decisão que saneia o processo, o “despacho” saneador, todavia, muitas vezes a questão passa pelo saneador, passa pela sentença, caminha até o juízo *ad quem* e, por fim, aos Tribunais Superiores, sem que seja percebida, desenvolvendo por longos anos, às vezes, um processo eivado de nulidade.

Assim são as questões de ordem pública, de observância indispensável ao interesse público, que interessam mais ao coletivo do que aos particulares e que pode gerar nulidade em todo o processo.

As questões que envolvem a matéria de ordem pública, de aplicação imediata, poder dever do Magistrado, momento de sua aplicação serão temas vistos a seguir.

## **2. PODER-DEVER DO MAGISTRADO PARA SUA APLICAÇÃO**

Note-se que a função jurisdicional objetiva a solução de conflitos, aplicando o direito material com justiça.

Muitas vezes, o reconhecimento de uma matéria de ordem pública pelos tribunais direciona o feito para sua extinção sem exame do mérito, após longos anos de tramitação, isso torna, sem dúvida, a busca das partes frustrante para solucionar seus conflitos.

Sob esse aspecto, a função do juiz que examina o feito em primeira instância é fundamental, porque sua atuação no processo poderá reduzir tempo e dinheiro.

Ricardo de Carvalho Aprigliano<sup>5</sup> assim menciona “compete ao órgão jurisdicional exercer um controle sobre o objeto formal desde o primeiro momento”.

---

<sup>5</sup> APRIGLIANO, *op. cit.*, p. 23.

Neste contexto, as características da ordem pública se apresentam como: a possibilidade de exame de ofício; a ausência de preclusão da matéria e a possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Para isso se faz necessário um controle, uma sistematização, com a aplicação a ser realizada pelo magistrado que age com aquele que conduz as partes na estrada dos procedimentos para alcançar da melhor e mais justa maneira o destino, que é a resolução da lide.

Em outro ponto, percebe-se que esse “poder-dever” atribuído ao magistrado, para o reconhecimento de ofício das matérias de ordem pública sem a oitiva das partes, causa a elas um sentimento de frustração e surpresa ao se depararem com a extinção do feito.

O Código de Processo Civil não trata diretamente sobre a matéria, entretanto, o princípio do contraditório e do devido processo legal erigidos constitucionalmente, deveriam alcançar as partes quando o tema é uma possível nulidade no processo.

O interesse das partes sobre o processo é real e evidente, anseiam resoluções dos problemas apresentados em juízo, e, para tanto, deverão também participar dessas resoluções emitindo opiniões, debatendo, interagindo processualmente, ainda que o destino do processo seja a sua extinção sem o mérito julgado.

O poder-dever do magistrado deve também se inserir no dever da transparência processual, trazendo às partes as possibilidades e ocorrências dentro do processo, evitando a extinção, o que causaria uma surpresa para as partes.

Alguns doutrinadores, ainda que minoritários, como Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>6</sup> e Mendonça Lima<sup>7</sup>, respectivamente abaixo citados, defendem a necessidade de oportunizar a manifestação das partes nos temas que envolvem a ordem pública, expressando sua opinião:

---

<sup>6</sup> LUCON, *apud* APRIGLIANO. *op. cit.* p. 72

<sup>7</sup> LIMA, *apud* APRIGLIANO. *op. cit.* P.72

“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 no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento.”

“O apelante, portanto, é como se fora tomado de surpresa, como vencido com referência a capítulos da sentença para cuja subsistência não teve o ensejo de lutar.”

Nos caminhos trilhados para a constitucionalização processual não se pode imaginar que o feito seja extinto, sem que as partes tenham ciência de que isso poderá ocorrer, ainda que a matéria seja de ordem pública.

Diante dessa cartada em branco, ou seja, estar ao arbítrio do Judiciário a análise e reconhecimento das matérias de ordem pública em qualquer grau, sem a oitiva das partes e sem que o magistrado ingresse no mérito do julgado torna indiferente o direito material que lhe é apresentado.

Dessa forma, o dever e o poder do juiz para a apreciação das matérias de ordem pública assumem um papel de extrema relevância no processo, exigindo, portanto, uma análise minuciosa e criteriosa desde o seu ingresso, com o fito de evitar um longo percurso inútil ao judiciário e às partes.

### **3. APLICABILIDADE: EM GRAU RECURSAL. CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS E SOCIAIS**

As partes com a efetiva prestação jurisdicional em suas mãos, a sentença, observam que no julgado, restaram vencidas em algum ponto do direito material e interpõe o recurso de apelação, para segunda instância.

Neste momento processual, as questões de ordem pública são analisadas em situações concretas: a incompetência absoluta do juízo prolator da sentença, a ilegitimidade das partes, insertas nos pressupostos processuais e alegações de nulidade que possam alterar o curso do processo. Em grau recursal a questão de ordem pública pode ser repisada pelas

partes, reavivando uma discussão que, inclusive já havia sido discutida e, supostamente, levada à preclusão. Como se destaca no julgado<sup>8</sup> abaixo exemplificado:

APELACAO DES. RONALDO ROCHA PASSOS - Julgamento: 22/06/2010  
- TERCEIRA CAMARA CIVEL

EMENTA APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE METROVIÁRIO DE PASSAGEIROS. ALEGA ACIDENTE NO INTERIOR DE VAGÃO DA EMPRESA RÉ. ADUZ SEQUELAS E INCAPACITAÇÃO PARA O TRABALHO. RESPOSTA DA RÉ ALEGANDO ILEGITIMIDADE PASSIVA, QUE FOI REJEITADA NO PRIMEIRO GRAU. LAUDO PERICIAL CONCLUINDO PELA INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS NO AUTOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL, FIXANDO DANOS MORAIS EM R\$7.500,00. APELO DO AUTOR EM QUE PEDE A MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PARA R\$30.000,00. APELO DA RÉ REEDITANDO A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM, E NO MÉRITO, ALEGA INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS E QUE VALOR ARBITRADO É EXORBITANTE. A alegada sucessão empresarial entre a ré e a CIA. DO METROPOLITANO DO RIO DE JANEIRO - METRÔ é questão fática, daí porque não pode ser presumida e somente se prova mediante documento, conforme entendimento jurisprudencial pacífico. O termo "sucederá", contido no contrato administrativo de concessão de serviço público entre as partes [fls. 96, CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA - SUCESSÃO, caput], diz respeito tão-somente à saída da empresa pública da condição de prestadora do serviço de transporte de passageiros e a concessão do mesmo à OPPORTANS, cuja investidora foi originária. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte, "[P]ara que ocorra sucessão, faz-se mister que haja incorporação ou aquisição de controle acionário ou qualquer ato caracterizador de cessão", o que se dá, v.g., com a cisão ou incorporação, hipóteses que não foram comprovadas pelo autor. A transferência do patrimônio à OPPORTANS se deu em razão da investidora originária mediante contrato administrativo, sendo que tal patrimônio continua pertencendo ao Estado do Rio de Janeiro, vez que se trata de outorga a empresa particular, feita por contrato, mediante licitação [art. 175, c/c art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95], em que o poder público transfere apenas a execução do serviço e conserva a sua titularidade, assim como a do patrimônio, vale repetir, que também passa a ser utilizado pela concessionária para a execução do serviço. A responsabilidade da ré está delimitada no contrato com o poder concedente, e no que respeita aos fatos pretéritos à tomada de posse da ré após regular processo licitatório só lhe caberia se estivesse prevista no referido contrato, o que não é a hipótese, mas, ao contrário, exclui a responsabilidade da OPPORTANS. Embora a matéria quanto à legitimidade passiva da ré tenha sido julgada por esta Câmara, no instrumental de fls. 243/249, oportunidade em que se afirmou sua legitimidade para figurar no pólo passivo desta demanda, em se tratando de condição da ação, logo matéria de ordem pública, pode ser apreciada em qualquer momento do

---

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0049636-88.2004.8.19.0001. Relator: DES. RONALDO ROCHA PASSOS. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 14.nov.2012

processo, não sujeita à preclusão para o Julgador que a conhecerá de ofício [§3º, do art. 267, do CPC]. Precedentes. Há indicação do STJ de alteração da posição jurisprudencial em caso análogo, assim como desta Eg. Corte. PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO APELO, DA RÉ, PARA ACOLHER A ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM, E COM ISTO EXTINGUIR O PROCESSO NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC. PREJUDICADO O EXAME DO APELO DO AUTOR.

Na leitura do julgado acima, verifica-se que a questão da ilegitimidade passiva da parte já havia sido apreciada em sede de agravo de instrumento pela Câmara, supostamente, protegida pelo manto da preclusão. Não obstante a esse fato, no exame da apelação, foi reapreciada e o julgado foi alterado para reconhecer a ilegitimidade passiva e extinguiu o processo sem julgar o mérito.

Por certo, um processo que possui pelo menos oito anos de trâmite, inclusive tendo a discussão já sido apresentada em segundo grau, através de agravo de instrumento, e decidida, como explicar às partes, principalmente, a inicialmente vencedora, a priorização da questão de ordem pública?

Aos manejadores do direito a questão é mais fácil de ser explicada, mas a uma grande parte da população, isso se torna muito difícil. É como se a finalidade do processo fosse inexistente para solucionar o conflito e totalmente frustrante para a sociedade. Resta um vácuo, um vazio processual, que se torna um vazio para a sociedade.

Neste contexto, percebe-se necessário delimitar pontos sobre a questão da matéria de ordem pública para atingir a segurança jurídica e estabilidade das decisões. Um tema garrido para esta discussão é o fenômeno da preclusão e sua aplicabilidade nas questões de ordem pública.

Observe-se que o artigo 267, §3º do Código de Processo Civil menciona que o juiz conhecerá de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição as matérias relativas às condições da ação, aos pressupostos processuais e a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada. As expressões de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição conduzem

a imaginar verdadeiros “superpoderes” para os juízes. Todavia, na leitura integral deste artigo, verifica-se a participação da parte ré em alegar no primeiro momento em que falar nos autos. Destaca-se a necessária atuação da parte para evitar um prolongamento desnecessário do feito. Logo, demonstra-se que o superpoder do julgador também alcança a parte ré, que deverá invocá-lo no primeiro momento que lhe couber.

Observa-se, ainda, que o artigo 473 do Código de Processo Civil aduz que “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”, assim, proferida a decisão quanto aos pressupostos e condições da ação no saneador, somente através de recurso cabível, no caso, o agravo de instrumento levará ao conhecimento do Tribunal a matéria discutida, que decidida, não caberá mais discussão.

O julgado acima destacado demonstrou que a questão de ordem pública não foi assim tratada. Como se demonstra, devem existir parâmetros para aplicação dos temas de ordem pública dentro dos Tribunais.

A decisão proferida no agravo de instrumento que é julgado pelo Tribunal de Justiça, ou seja, a instância revisora pode ser novamente revista, porque a matéria nele contida e julgada diz respeito à ordem pública.

Evidencia-se um enfraquecimento à segurança jurídica dentro de uma matéria que é vista e revista, para se concluir que se tratava de matéria de ordem pública que pode ser arguida em qualquer tempo e indefinidamente?!

Ressalte-se, a questão do prequestionamento no Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup> tornou-se, recentemente, requisito de admissibilidade recursal, como abaixo se destaca o aresto a seguir colacionado:

O entendimento de que é possível conhecer das questões de ordem pública de ofício, ainda que não prequestionadas ou suscitadas, na excepcional hipótese de o recurso especial ter sido conhecido por outros fundamentos, em razão do

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1252991/RJ. Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=MATERIA+DE+ORDEM+P%+DABLICA+E+PREQUESTIONAMENTO &b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=MATERIA+DE+ORDEM+P%+DABLICA+E+PREQUESTIONAMENTO&b=ACOR)>. Acesso em: 08.mai.2013

efeito translativo, foi superado em nova análise pela Corte Especial, que concluiu pela necessidade do requisito do prequestionamento na instância extraordinária."

Da mesma forma, faz-se necessária, portanto, a definição de parâmetros para análise das questões de ordem pública.

No contexto da discussão, observe-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup> proferida no julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. INTEGRAÇÃO DO ACÓRDÃO. QUESTÃO REFERENTE À LEGITIMIDADE PASSIVA DO IBAMA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA. 1. O art. 535 do CPC dispõe que são cabíveis embargos de declaração quando a decisão for omissa, obscura ou contraditória, ou quando o julgado embargado decide a demanda orientado por premissa fática equivocada. No caso dos autos, a ocorrência de omissão justifica o acolhimento dos presentes aclaratórios, inclusive, com a atribuição de efeitos infringentes. 2. No caso em questão, discute-se a violação, pelo Tribunal de origem, do disposto no art. 535 do CPC, sob o argumento de que o aquela Corte não se manifestou acerca da alegada ilegitimidade passiva do IBAMA para integrar o polo passivo da ação de indenização por desapropriação indireta. 3. Apesar de apenas nos segundos embargos de declaração o IBAMA ter se intitulado parte ilegítima para figurar como sujeito passivo ad causam na ação de desapropriação indireta, caberia ao Tribunal de origem manifestar-se sobre o tema, por se tratar de matéria de ordem pública de grande relevância para a demanda. 4. Embargos de declaração acolhidos, para, conferindo-lhes efeitos modificativos, dar parcial provimento ao recurso especial para anular o acórdão de origem, determinando-se o retorno dos autos para que se examine a questão referente à ilegitimidade do IBAMA para integrar o polo passivo da ação de desapropriação indireta. (EDcl no REsp 1164209/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 03/05/2012)

Constata-se que a mesma questão de ordem pública, inserida nas condições da ação, não foi apreciada pelo Tribunal de Justiça *a quo*, sendo necessária a anulação do julgado para que a questão fosse pelo juízo *ad quem* apreciada.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1164209/MA. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipovisualizacao=null&livre=processo+e+quest%E3o+e+ordem+e+publica+e+ilegitimidade&b=ACOR#DOC8>

Percebe-se que matérias invocadas, em sua maioria inovadas em grau recursal, que deixam de ser objeto de análise pelo julgador e pela parte adversa, reconduz o processo, via de consequência, a caminhos já percorridos com retornos a pontos evidentes, que foram negligenciados.

A questão de ordem pública necessita de estrutura para análise de sua existência dentro de processo. O julgador necessita de diretrizes que permitam a análise dessas situações.

Almejam-se celeridade e efetividade social das normas. O sistema processual vigente, quanto ao tema de ordem pública, assim como delimitado, sob a necessidade do prequestionamento nas Cortes Superiores, urge por um norte, uma maior elucidação de sua possibilidade e aplicabilidade nas instâncias ordinárias.

É insuficiente a alegação de preclusão, por certo, a rediscussão de tema já definido no Tribunal *ad quem* foge à esperada segurança jurídica das decisões judiciais.

Estabeleça-se um momento processual oportuno para apreciação das questões de ordem pública, que não seja concomitante à decisão saneadora, posto que delonga o feito mais que o necessário, existindo a devida possibilidade de revisão recursal, se pertinente.

Busque-se na celeridade que a reapreciação recaia no momento da interposição da apelação pelo juízo *ad quem*, diante do efeito translativo do recurso, mas torne-se obrigatória a análise, como requisito de admissibilidade recursal intransponível pela Corte superior, respeitando-se o contraditório, para evitar as longas e frustrantes marchas processuais.

#### **4. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO**

O tema enseja o enfrentamento das questões de ordem pública, sob uma nova ótica, uma nova interpretação, com a preponderância de aplicação de princípios constitucionais, dentre os quais o devido processo legal e a duração razoável do processo são elencados com destaque, objetivando uma maior efetividade das normas processuais.

Sob tal enfoque, destaca-se a importância do intérprete da lei e neste ponto, a imprescindibilidade de manifestação aberta às partes do processo.

Reprisa-se abaixo o trecho de Luís Roberto Barroso<sup>11</sup> ao mencionar a importância do “olhar” do intérprete da norma em um sentido renovado:

Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e o objeto a ser interpretado. O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões. Registre-se que os juízes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais.

Em uma visão contemporânea do Direito, não se pode afastar as partes do processo. A garantia do contraditório deve emergir em qualquer instância, principalmente, quando a discussão atinge o direito material das partes.

O processo para atingir sua meta, ou seja, para solucionar de forma justa o conflito que foi apresentado pelas partes, deverá oportunizar essa participação ativa e equânime. Esta tarefa é colocada nas mãos dos magistrados, antes de decidir.

Não obstante as existências de tais princípios constitucionais, na prática forense, inúmeros julgados caminham anos a fio, para que se reconheça uma nulidade de citação, uma ilegitimidade passiva, questões relacionadas com as condições da ação, que carregam um conteúdo técnico, que o magistrado, algumas vezes negligentemente não analisa.

É possível entender um processo que tenha duração de aproximadamente dois a três anos para que seja verificada uma nulidade de citação? Para o cidadão comum a citação é o momento em que se chama a outra parte no processo, na linguagem popular: agora o oficial

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 309.

de justiça vai lá avisar que eu entrei com o processo. Como explicar que o processo vai voltar exatamente para dois ou três anos atrás.

E isso acontece na segunda instância e nas Cortes Especiais. Pelo conhecimento da técnica estas decisões são imprescindíveis para evitar injustiças, mas para o cidadão, que é parte, a conclusão é completamente diferente.

Nasce o questionamento que motivou o início desse trabalho: a questão de ordem pública apresenta na sua aplicação hoje a aspiração social da justiça mais célere, mais socialmente efetiva.

Os resultados respondem negativamente. Para essa modificação, o trabalho atuante dos magistrados e advogados é importantíssimo.

O momento processual para esta análise deve ser realizado pelo juiz o quanto antes, sendo no saneamento do processo a fase adequada para esta análise dos pressupostos processuais, as condições da ação e as nulidades processuais absolutas.

Na prática, é comum deparar-se com decisões proferidas pelos magistrados de primeira instância ao mencionar nas decisões que saneiam o processo, em que concluem que as preliminares se confundem com o mérito e com ele deverão julgadas. Esse é um retrocesso para o reconhecimento tardio de matéria de ordem pública, em que o condutor do processo, literalmente, opta para deixar o exame para um momento processual impróprio, culminando com uma sentença terminativa anos depois.

As preliminares já trazem em seu significado, questões relevantes, que deveriam ser analisadas antes mesmo da apresentação das provas, na decisão que saneia o feito, possibilitando a emenda à inicial ou com a celeridade justificável para uma extinção terminativa.

Nos tribunais, sugere-se a aplicação do princípio da cooperação, inserindo-se em esclarecimento e prevenção entre o magistrado e os jurisdicionados, a respeito da possibilidade da extinção do processo, sem o resultado pretendido pelas partes, inclusive e,

principalmente, na segunda instância, que, apesar de sua função revisora, deve permitir às partes o conhecimento de questão nova, ainda que se trate de decisão monocraticamente produzida pelo Desembargador ou da condução do tema ao Colegiado.

## CONCLUSÃO

Desta forma, restou demonstrada no presente artigo a dificuldade para constatação das questões de ordem pública nos tribunais, os anos que se perdem para que o processo venha a ser extinto sem julgamento do mérito, ou seja, sem a almejada apreciação do direito material apresentado pelas partes ao Judiciário, a necessidade premente de levar ao conhecimento das partes e dos patronos o que ocorre no processo, devendo ser revista as decisões relativas às questões de ordem pública que, através de uma decisão de ofício surpreende às partes, suprimindo os princípios constitucionais como o devido processo legal e o contraditório, devendo ser aplicado o princípio da não surpresa processual, isso sem olvidar a questão relativa à celeridade processual.

No seguimento deste contexto, forçoso reconhecer que a interpretação da ordem pública processual está equivocada e tem sido incorreta e indistintamente aplicada, como meio para extinção do processo de forma anômala, por utilização de critérios equivocados, pois não buscam as condições para realização de julgamentos em que o mérito seja enfrentado, que decidam as controvérsias que são levadas pelas partes ao Judiciário.

Além disso, normas de ordem pública são imperativas, mas não devem ser confundidas apenas com aquelas que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, diante da consequência prática que podem por fim ao processo, impende-se pelo legislador a elaboração de tais critérios para aplicação desta distinção.

Há, portanto, a necessidade de instar as partes a se manifestarem sobre as questões que foram apresentadas, antes de precipitada decisão pelo juízo *a quo*.

Saliente-se que, no projeto do novo Código de Processo Civil, a questão da necessidade do contraditório fica definida, pois estabelece a impossibilidade de o juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha oportunizado às partes a se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual possa decidir de ofício.

Veja-se uma luz no fim do túnel para definição e estabelecimento de parâmetros para apreciação das questões de ordem públicas processuais a emergir no atendimento da efetividade social das normas jurídicas para facilitar aos manejadores do Direito e bem esclarecer aos jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 309.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em 13.maio.2013.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 13.05.2013.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ESTEVES, Welton. *É possível suscitar matérias de ordem pública em sede de recurso extraordinário ainda que o tema não tenha sido ventilado em instâncias inferiores, nem mesmo tenha sido objeto de recurso excepcional?* Disponível em: <[hptt: conteudojuridico.com.br](http://conteudojuridico.com.br)>. Acesso em 14.nov.2012.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Recursos cíveis e outros temas*. Niterói: Impetus, 2011.

MENDONÇA, Paulo Halfeld Furtado de. *Questões de ordem pública e a competência recursal dos tribunais*. Disponível em <[hpptt:boletimjuridico .com.br/doutrina/textos. asp?id=1774](http://boletimjuridico.com.br/doutrina/textos.asp?id=1774)>Acesso em 13.nov.2012.