



José Rogério Tucci
advogado e professor da USP

Matéria cognoscível de ofício pelo STJ

Seguindo o mesmo regime do Código de Processo Civil de 1973, o

parágrafo 3º do artigo 485 do diploma processual de 2015 possibilita ao juiz conhecer de ofício, “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, as seguintes matérias: a) ausência de pressupostos processuais (inciso IV); b) existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada (inciso V); c) ausência de legitimidade de parte ou de interesse processual (inciso VI); e d) intransmissibilidade da pretensão deduzida em juízo (inciso IX).

Nota-se, de logo, que a nova redação da regra em apreço, para eliminar qualquer discussão quanto ao momento limite para a cognição *ex officio* dessas matérias, fixou aquele imediatamente anterior ao trânsito em julgado (alterando, portanto, a regra do artigo 267 do parágrafo 3º do código revogado). Com isso, como são consideradas de ordem pública, mesmo sem qualquer provocação da parte interessada, o juiz ou tribunal de segundo grau poderá proferir decisão, de ofício, sem exame do mérito com fundamento em uma das referidas hipóteses.

Todavia — é sempre bom lembrar —, somente poderá fazê-lo com prévia observância do disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil, de meridiana clareza:

“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Verifica-se que o enunciado desse dispositivo constitui desdobramento do anterior artigo 9º ao vedar, com todas as letras, o denominado “fundamento-surpresa” (ou “decisões-surpresa” — *Überraschungsentscheidungen*), ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício. Impõe-se, portanto, o contraditório, sob pena de nulidade do ato decisório.

Contudo, deve ser ressaltado que, a despeito da explícita redação do indigitado parágrafo 3º do artigo 485, o Superior Tribunal de Justiça continua entendendo que a regra legal em apreço somente incide nas



instâncias ordinárias, sendo, portanto, necessário que sobre aquelas matérias de cognição oficial haja o devido prequestionamento para serem admitidos, respectivamente, os recursos extraordinário e especial.

É o que se infere, a guisa de exemplo, do recentíssimo julgamento (24/4/2018), pela 3ª Turma, do Agravo de Instrumento nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.422.020-SP, com voto condutor do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

“A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial impede o conhecimento do apelo nobre (Súmula n. 282/STF).

As questões de ordem pública, embora passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, não prescindem, no estreito âmbito do recurso especial, do requisito do prequestionamento”.

Em outras palavras, as impugnações atinentes aos pressupostos processuais, condição da ação, e, enfim, às nulidades absolutas têm de preencher o requisito do prequestionamento para serem apreciadas em sede extraordinária. Isso porque o prequestionamento é requisito indispensável ao conhecimento do recurso especial, sem o qual não se pode decidir sequer sobre matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias de origem, até o julgamento, quando caso, dos embargos infringentes (STJ, AgReg. no Agr. em REsp. 196.928-CE, 3ª Turma, rel. p/ac. min. João Otávio de Noronha, m. v., DJe 6/4/2015: “Das matérias de ordem pública referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais o julgador pode conhecer nas instâncias ordinárias, ainda que em embargos infringentes”); ou, já agora, do incidente (extensão do julgamento) a eles equiparado, na hipótese de divergência no julgamento da apelação (artigo 942 do Código de Processo Civil).

Frise-se, por outro lado, que, admitido o recurso especial com fundamento na violação de um determinado texto legal, devidamente prequestionado no acórdão recorrido, nada obsta a que, por ocasião do respectivo julgamento, o Superior Tribunal de Justiça conheça, de ofício, por exemplo, a carência de ação por falta de interesse processual.

Com efeito, infere-se de julgamento da 1ª Seção, nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.149.424-BA, de relatoria da ministra Eliana Calmon, o seguinte posicionamento:

“Ainda que tivesse a Corte a quo examinado diretamente a questão, não estaria impedido o Superior Tribunal de Justiça de proceder à sua análise, porque admitido o recurso especial quanto à matéria de fundo. Conforme jurisprudência assente desta Corte, o prequestionamento se faz imprescindível até mesmo para arguir as nulidades absolutas, porque não pode o Superior Tribunal de Justiça conhecê-las de ofício. Entretanto, a rigidez da observância veio a ser flexibilizada por alguns acórdãos que entendem possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer das matérias de ordem pública de ofício se, após ser o especial conhecido, com o prequestionamento de tese jurídica pertinente, depararem-se os julgadores com uma nulidade absoluta ou com matéria de ordem pública e que pode levar à nulidade do julgamento ou a sua rescindibilidade” (v. u., DJe 14/9/2010).

Nessa mesma direção, expressivo julgado proferido pela 1ª Turma, no Recurso Especial 869.534-SP,



relatado pelo ministro Teori Zavascki, ao prover o recurso, declarou a nulidade do acórdão proferido pelo tribunal de origem, *in verbis*:

“Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal ‘julgar a causa, aplicando o direito à espécie’ (art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF). Para assim proceder cabe ao órgão julgador, se necessário, enfrentar a matéria prevista no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º, do CPC. Em outras palavras, a devolutividade do recurso especial, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública. No caso, provocado por agravo de instrumento para decidir sobre o cabimento de exceção de pré-executividade (que fora negado pelo juízo de primeiro grau), o Tribunal reformou a decisão e, indo além, decidiu o mérito, contra o recorrente. Houve, portanto, duplo error in procedendo: o do julgamento ultra petita e o da reformatio in pejus, o que acarreta sua nulidade” (v. u., DJe 10/12/2007).

Diante da alteração introduzida pela redação do parágrafo 3º do artigo 485 do Código de Processo Civil de 2015 verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, em princípio, tem mantido consistente coerência acerca dessa importante questão processual.